

General Roca, 20 de diciembre de 2.016

AUTOS y VISTOS: Estos autos caratulados: "MONASTERIO NICOLAS C/ SAPAC S.A Y VOLKSWAGEN ARGENTINA S.A s/ ORDINARIO" (Expte. Nro. 35.004-j5-11); y,

CONSIDERO:

Que a fs. 118/126 se presenta el Sr. Nicolás Monasterio, con su patrocinante, iniciando demanda contra las firmas SAPAC S. A. y VOLKSWAGEN DE ARGENTINA S.A., por daños y perjuicios por la suma de \$356.304,50 y/ o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, y sus intereses.

Relata que el día 09 de octubre de 2.009 adquirió en el concesionario oficial Sapac S.A una camioneta Saveiro con aire y dirección hidráulica, abonándola al contado, acompañando copia del recibo de la agencia nro. 0017893. La camioneta era modelo 1.900, diesel, dominio IVV-901. Ese mismo día le entregaron el vehículo con la copia del plan de asistencia técnica de garantía, aclarando que vino sin aire acondicionado, mandando a colocarle el aire a Radiadores Neuquén, devolviéndole \$ 800 que había pagado.

El día 22 de enero de 2.010, al realizar el primer service de los 7.500 kilómetros en la agencia, con 7.804 km, denunció los siguientes incidentes en la fusilera con posible corto, patente cable cortado, luz caja de carga, ajustar porta patente, abonando la suma de \$ 762,30.

Que el día 31/3/2010 al realizar el segundo service en la agencia Sapac se constató que tenía 15.887 km y se le realizó cambio de cartucho de aire y servicio de cambio de aceite abonando la suma de \$ 837,90 y factura por la suma de \$100,73. En dichos services detectaron que existía un filtro de retorno tapado, abonando luego de colocarle el filtro y su junta la suma de \$ 240,10.

El día 21 de abril la camioneta empieza a fallar, notando en la aceleración y en el excesivo consumo de la misma, llevándolo a la agencia el día 26 de abril el día del turno. Tal como consta en el informe de la agencia se detectó un ruido en el motor. Constatando que el ruido provenía de adentro, procediendo a desmontar en la agencia la tapa de cilindros para su chequeo, enviándola a la rectificadora Cabarcos Motores para el control de rutina, sin previo aviso y tratando de ocultar la situación.

Que en el informe de Cabarcos de fecha 12/5/2010 informan que durante el desarme e inspección de la tapa de cilindros del motor se verificó un excesivo desgaste de las guías de válvula, y se informa que para poner en óptimas condiciones la tapa de cilindro debía

reemplazarle las guías, válvulas rectificando los asientos, la verificación de la plenitud de la superficie y el armado de la misma con colocación de retenes nuevos.

Que considerando el tiempo transcurrido y habiendo pasado más de dos meses desde que se entregó en la agencia y no teniendo solución a sus problemas, no teniendo repuestas de la agencia; solicito los servicios del perito mecánico Pedro Cuello que después de verificar y sacar todos realizo el 28/5/2010 un informe pericial donde los materiales no responden a un 0 km y los problemas mecánicos surgidos tampoco responden a un 0 km y que es la magnitud que se hace imposible la utilización del vehículo sin riesgo para usuarios.

Que luego de dicho informe, y habiendo pasado más de dos meses sin soluciones, se acercó a Cabarcos motores donde le entregaron una copia de la factura con los trabajos y las piezas utilizados.

Que el día 01/7/2009 se presentó en la agencia Sapac, junto con su perito mecánico y escribano labrando un acta de constatación donde se verificó al abrir el capo la falta de tapa de cilindros completa, y todos sus accesorios, expresando que la tapa había sido llevada a rectificar por problema de desgaste en válvulas, guías de válvulas y asientos de válvulas.

Que el día 05/7/2010 sin poder disponer de su camioneta en condiciones de ser usada realizo una denuncia ante la Dirección general de Comercio interior.

Que ante los graves problemas que presentaba su camioneta sin tener solución y considerando que solo tenía 15.887 km en garantía, las demandadas querían solucionar parcialmente el problema desligándose de su deber de cambiar la cosa defectuosa.

Que en el expediente de prueba anticipada, el perito mecánico el día 30/8/2010 se constató que el motor se encontraba parcialmente desarmado, la tapa de cilindros original se encontraba rectificada y que sería reemplazada por una tapa de cilindros nueva. Transcribe las partes de la pericial

Que agotada la instancia de mediación, en el expediente administrativo pretendió entregar la camioneta con la tapa de cilindros rectificada como solución al problema.

Concluye que con fundamento en el dictamen pericial que el cambio de la tapa de cilindro completa no da solución definitiva al problema, ya que el vehículo es un 0km en garantía y el desgaste producido en las guías de válvulas de la tapa de cilindros produjo el desprendimiento de partículas metálicas que se introdujeron en el interior del motor lo que provoca la disminución de la vida útil, por lo que la solución es la sustitución del motor por uno nuevo de idénticas características

Que la responsabilidad que se atribuye al fabricante Volkswagen S.A reside en la violación del deber de seguridad de provisión de un bien que no cause un daño y sea apta para el destino adquirido, siendo responsable de su producto defectuoso y puesto en el mercado a través de su red de concesionarios.

En cuanto al vendedor no fabricante, sostiene que debe asumir el deber de garantía de seguridad de que el producto que vende no producirá daños al adquirente o usuario por el uso normal del mismo, sin perjuicio de la acción de regreso, fundándolo en lo dispuesto en el art. 1198 del CC. y 1119 del C civil de responsabilidad colectiva. Asimismo funda la responsabilidad en el art 13 y 40.

Que al momento de presentarse los inconvenientes se encontraban vigente la garantía, teniendo no más de 5 meses de uso, conforme manual que acompaña.

Solicita como daño emergente el valor de la unidad de la 24.240, que establece la responsabilidad solidaria de los responsables en el otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, ya que no le prestaron un correcto servicio, no determinaron fehaciente la causa y no precedieron al cambio de un motor nuevo

Que la camioneta se la entregaron el 06/9/2009 y comenzó con los problemas el 26/4/2010 con 17.548 km, y que al momento de interposición de la demanda se encuentra en la concesionaria

Solicita la suma de \$ 57.9740, que resulta el importe que ha abonado con más sus intereses, aclara que se peticiona la restitución del valor de adquisición del rodado y se pone a disposición de las accionadas la unidad defectuosa.

En relación al rubro por privación de uso manifiesta que la camioneta fue adquirida para afectarla a la producción frutícola, por lo que al no contar con su camioneta tuvo que acudir a la voluntad de sus familiares para transportarlo a las chacras, toma taxis para no afectar las tareas culturales de las mismas. Acompaña facturas de taxi por los meses de julio, a diciembre de 2.010 por un total de \$ 16.330.

Asimismo por no poder contar con su camioneta y no afectar el trabajo en las chacras compro un Jeep modelo 1.957 en fecha 03/11/2010 por la suma de \$ 25.000.

En cuanto al lucro cesante refiere que al comprar la camioneta administraba 3 chacras, la nro. 384 que refiere rescindió el contrato por no contar con su camioneta, la chacra nro. 316 que es parte de la isla nro. 47, acompañando contrato de comodato y la chacra ex isla 47.

Relata que en las chacras deben realizarse trabajos culturales en tiempo y forma, y la falta de movilidad llevo a varios problemas: disminución del rendimiento de los

empleados y horas, atraso en la poda, raleo, demora en la desbrozada; no pudiendo prevenir un incendio que destruyó un cuadro de durazno de 11.500 kg y un cuadro de pera Pakans con una pérdida de 20.000 kg.

Que ello implico no cosechar, sino también la perdida de la plantación, merma en los kg de fruta, aumento del porcentaje de fruta par a industria, perdida de venta en forma directa a pequeños comerciante, pago de combustible más caro, no cosechar a tiempo y forma; que todo está en relación directa con no tener medio de movilidad propia, por ejemplo se rompe herramienta, falta de combustible, no puede manejarse con un taxi.

Que existió una disminución de la cosecha esperada en 217.000 kg de fruta, y que quizá una parte pueda atribuirse a factores climáticos pero lo más grave fue la fruta no cosechada, ya que de lo cosechado 120.000 fueron a industria, atribuyéndolo a la falta de vehículo.

Señala que el personal cosecho como quería, a pesar de las directivas, al no poder estar con ellos en forma permanente, recolectaban frutas sin tamaño, la golpeaban, en forma lenta, y ello llevo a tener problemas de madures, por lo que Moño azul le corto la recepción de fruta, derivándolo a dos galpones más pequeños (Sardan y Futas al mundo) con una diferencia de precio no alcanzó a cubrir los costos d producción. Efectúa un detalle del daño económico, y los rubros solicitando pro el rubro la suma de \$ 205.840

En concepto de gastos de informe mecánico, acta notarial, honorarios mediación, tasa y envío de dos cartas documentos solicita la suma de \$1.194

Requiere la suma de \$ 35.000 en concepto de tratamiento psiquiátrico. Relata que empieza tratamiento psiquiátrico en el año 2.009 debido a resultar el único sobreviviente de un accidente de tránsito, que se encontraba en etapa de recuperación y con nuevos proyectos cuando compro el vehículo, que ante los inconvenientes con los demandados genero una recaída y la prolongación del tratamiento psiquiátrico y farmacológico, al no poder cumplir con los objetivos fijado, generando una sensación de frustración e impotencia.

En cuanto al daño moral, solicita se cuantificado cuando se aplique daño punitivo, solicitando en función de lo dispuesto por el art. 52 bis de la ley 24.240 se aplique una multa civil, requiriendo la suma de \$ 15.000 y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse.

Acompaña prueba y ofrece documental.

A fs. 232 se corre traslado de la demanda, presentándose a fs. 253 Sapac S.A, por medio de apoderado y acompañando documental, contestando la demanda y solicitando el

rechazo con expresa imposición de costas.

Realiza una negativa general de los hechos invocados en la demanda, desconociendo el contenido de la documental emanada de la accionante. Entiende que existe una visión subjetiva y unilateral de los hechos del actor, que le ha impedido advertir que las constataciones, diagnósticos y reparaciones debieron transcurrir dentro del sistema de garantía que determina fabrica e impone una serie de pautas específicas y obligatorias tanto para la concesionaria como para el usuario, rechazado los montos por improcedentes y exagerados, implicando un ejercicio abusivo del derecho y un intento de logra un enriquecimiento sin causa.

Refiere que el centro del reclamo se basa en un supuesto defecto de fabricación, que no deriva de una mala reparación, no admitiendo la rectificación ni el cambio de piezas sino el cambio del motor afectado, señalando que el automotor no era un 0km al momento de ingresar al taller, tenía más de 17.000 km, y que habitualmente circulaba por zona de chacras, caminos de ripio con el deterioro que ello implica que nada tiene que ver con defectos de fabricación.

Que en los services previos no hubo ninguna anomalía, y los supuestos desperfectos son consecuencia de uso en caminos irregulares, que al producir vibración en exceso traen como consecuencia aflojamiento, e incluso en ocasiones que se corte filamentos de los focos, cuestiones que se encuentran fuera de la garantía

Que tanto los fabricantes como los concesionarios indican que para los motores diesel actuales deben utilizarse combustibles Premium refinados bajo las norma euro diesel, ya que el gasoil estándar obedece a un nivel de 1500 ppm y el elemento azufre luego del proceso de combustión produce ácido sulfúrico, sustancia altamente nociva para los motores. Que su utilización produce mayor desgasta en las válvulas de escape, pro las cuales circulan los gases luego de la combustión, y que el daño producido en el motor proviene del uso de gasoil de mala calidad. Que el actor se mantiene renuente a retire el vehículo.

En cuanto a los rubros reclamados, en cuanto al daño emergente manifiesta que el vehículo se trata de un vehículo usado, y que con la demanda por un problema exclusivo del motor pretende que se reconozca el valor total de un vehículo nuevo, lo cual se contradice con sus propios actos anterior cuando dice que la solución es la sustitución del motor por uno nuevo de iguales características.

En cuanto a la privación de uso, se oponen a que deba abonarse los exorbitantes montos, así como el valor de otro vehículo. RESpecto de las facturas de taxi indica que se

superponen con las fechas que debió contar con el jeep, y el emisor no registra impuestos activos.

En cuanto al lucro cesante sostiene que la circunstancia de no tener su camioneta no le privo de ir a las chacras, ya que en el mes de junio de 2010 realizo 37 viajes de taxi, en el mes de julio 38 viajes, agosto 44, setiembre 40. , octubre 40 viajes y en noviembre 45 viajes; a lo cual debe adicionarse los que hizo con familiares y los realizados con el Jepp; con lo que la continuidad de presencia basta para efectivizar las ordenes y controlar los trabajos rurales, por lo cual no existe nexos causal con el reclamo.

Que el vehiculo fue sustituido por otro medio de transporte, por lo que la intensa utilización de medios alternativos de transporte invalida la tesis de falta de atención por falta de vehículo.

En relación al contrato de locación rural con validez hasta 30/6/2010, manifiesta que debió rescindir anticipadamente el 27/7/2011 por no contar la camioneta, cuando ya se encontraba vencido, y por su parte decía que no pida ir a Manque y acompaña facturas de seis meses por traslados a Manque

En cuanto a la perdida de la cosecha, indica que ha consultado a técnicos en la materia, y que la producción valorando las constancias del rensa será bastante menor a la afirmada por el actor, que las hectáreas realmente cultivadas son pocas en relación a la superficie total, y que algunas variedades son añejas, y otras de reciente implante que le imposibilita producir frutos, estando a la prueba técnica que se produzca.

Que además el actor se encuentra inscripto en la AFIP con una categoría D, es decir de \$ 48.000 anuales, por lo que independientemente de las expectativas que pudiera llegar a tener deja evidencia de la inconsistencia insalvable de la suma de \$ 205.840.

En cuanto al rubro psiquiátrico entiende que debe ser rechazado estando a la prueba que se produzca, señalando que el tratamiento resulta por una acontecimiento reciente y de una importancia infinitamente mayor como un accidente con víctimas fatal, estando a la prueba que se produzcan.

En cuanto al daño punitivo, entiende que ha cumplido con los trabajos de taller conforme las pautas de fábrica, entendiendo el monto del año punitivo resulta exagerado y para el caso de que exista condena solicita se gradúe adecuadamente conforme las constancias de autos y pruebas a producir.

Interpone reconvencción, la cual luego es dejada sin efecto a fs. 287, atento no haber dado cumplimiento al pago de la tasas y contribuciones conforme providencia de fs. 260. Ofrece prueba y funda en derecho.

A fs. 275/286 se presenta Volkswagen Argentina S.A, por intermedio de su apoderado contestando demandad y solicitando su rechazo con expresa imposición de costas.

Efectúa una negativa en general y particular. Relata que la sociedad se dedica a la fabricación e importación de automóviles, los que son comercializados a través de los concesionarios oficiales de la red, como Sapac S.A.

El concesionario adquiere de fábrica los automotores para su posterior reventa al público, a través del sistema de venta tradicional, que resulta el supuesto de autos. Que las terminales no poseen talleres propios para la atención de la garantía o asistencia técnico de los vehículos que producen, lo que su mandante lo realiza a través de sus concesionarios, así como el service de post venta.

Cuando la complejidad de la prestación lo requiere a través de su departamento de servicios brinda apoyo técnico a la red de concesionarios.

Que un automotor como cualquier producto y su alta complejidad es susceptible de padecer de ciertos desperfectos técnicos, y por ello existe la garantía que la fábrica asume, y se compromete a reparar todo desperfecto derivado del material montaje, fabricación por un periodo máximo de dos años desde la adquisición, asumiendo los gastos para el perfecto estado y funcionamiento del vehículo

Sostiene que en el caso no resulta aplicable la ley 24.240, atenta a que no puede ser considerado el autor consumidor, ya que conforme sus dichos lo adquirió para el desenvolvimiento de su actividad comercial, cita doctrina y jurisprudencia.

Que si bien se ha admitido a empresarios como consumidores, el destino del bien adquirido debe ser necesariamente extraño a su actividad profesional o comercial, que en el caso del actor hay una integración total y directa al a cadena de producción, y prueba de ello son los abultados rubros que reclama en torno a la supuesta producción de fruta.

En cuanto a la existencia de vicios, manifiesta que reviso a través de Sapac S.A y el personal especializado el vehículo en cada momento, que procedió a efectuar los trabajos necesarios, lo que surge del plan de asistencia técnica que tiene a su cargo la reparación de los desperfectos.

Que el ingeniero Kaskeline, luego de efectuar la revisión concluyo que la solución era el reemplazo de la tapa de cilindros completa con juntas y válvulas, lo que se realizó, quedando en perfecto estado de funcionamiento. Que quien pretende el cumplimiento de la garantía ha sido el propio actor, ya que pretende la sustitución del motor por uno nuevo de idénticas características, y luego la devolución de lo abonado

Que la falta de disponibilidad de la misma obedece a la caprichosa posición el actor, ya que entiende que el funcionamiento resulta normal, pretendiendo el integro de devolución del precio cuando fue utilizada por más de 17.000 km, siendo el propio actor quien no ha permitido el cumplimiento de la garantía.

Que asimismo no ha cumplido con la regularidad obligatorio de los servicios de post venta, ya que conforme manifiesta ha llevado el vehículo cuando tenía 7.804 km cuando en realidad dice que debe hacerse cada 7.500 km, lo mismo ocurrió con el segundo ya que acusaba 15.887, más de 887 km de lo estipulado

Que la importancia de realizar los servicios de postventa radica en la correcta mantención de la unidad, con la sustitución de las piezas y fluidos, solicitando se tenga en cuenta que el actor no ha cumplido acabadamente con los prescripto en el manual de garantía. Asimismo no ha cumplido con condiciones, como las cargas que trasladaba la misma y el estado que no ha sido informado al perito.

Que concluye que reparo las supuestas deficiencias con resultado absolutamente positivo y en un plazo inferior al límite previsto en el manual, incluso cuando el mantenimiento no era el que correspondía, y si no dispuso del vehículo en un periodo mayor fue imputado al propio accionante quien no ha querido retirar la unidad.

En relación a los rubros reclamados rechaza su procedencia y su cuantificación. Respecto del daño emergente sostiene que no puede pretender la devolución, ya que la camioneta se encuentra en perfecto estado de funcionamiento y a disposición del actor, y que ha cumplido acabadamente con la gratina.

En cuanto al rubro por privación de uso reitera que ha sido el actor quien ha obstado la entrega del bien correctamente reparado, por lo que no puede pretenderse que abone los gastos en que ha incurrido por su propio capricho. En cuanto a las facturas de taxi, señala que halos viajes serian en un lapso de 6 meses y corresponden a facturas que van del número 260/269, lo cual señala como llamativo y da cuenta que se estaría en presencia de facturas apócrifas, salvo que la empresa solamente hubiera realizados solo viajes al actor.

Respecto al lucro cesante, reitera que resulta incompatible con lo establecido por la ley 24.240, que no puede pretenderse responsabilidad a su representada por el mal desempeño de los trabajadores, con cifras que no tienen asidero fáctico y porcentajes improbables, así como por un hecho fortuito como una incidencia.

Rechaza la prudencia de los rubros por gastos, daño psíquico que entiende se origina en un hecho extraño al de autos, y el daño moral.

Plantea la inconstitucionalidad del art.52 bis de la ley 24.240, por violación al principio de tipicidad legal, legalidad y reserva, y en este punto por cuanto la determinación de la conducta sancionable queda sujeta a la mera discrecionalidad jurisdiccional, siendo incompatible con el principio e reserva, violación del principio non bis in ídem, presunción de inocencia y derecho de propiedad,

Ofrece prueba, funda en derecho. Efectúa reserva del caso federal.

A fs. 288se presenta el actor desconociendo por ser ajena, la documentación acompañada por Sapac S.A.

A fs. 300 obra acta de celebración de la audiencia preliminar, continuándose con la etapa de prueba.

Habiéndose producido la siguiente prueba : informativa SENASA (fs.332/346); Herman Schmidt (fs. 355); informativa Urioste (fs. 370/74);; Moño Azul (fs. 375/381); Pedro Cuello (fs. 388); documental en poder de Volkswagen (fs. 426/442) ;testimonial en extraña jurisdicción a Alejandro Juan Kaskeline (fs. 458/460); empresa Taxi (fs. 485); audiencia de prueba: absolución posición del actor, testimonial de Juan Pablo Kotlar, Nicolás Albano, Contin Alvarez y Gerardo Samuel Garelik. ; Informe perito mecánico (fs. 504/505); informe Afip (fs. 506/509); pericial mecánica (fs. 5554/558) que merecieron pedido de explicaciones a fs. 559/560; expediente 34006-J5-10 "Monasterio Nicolás S/ prueba Anticipada"; informativa Sardans (fs. 578); fotocopias expediente "Monasterio Nicolás C/ Sapac s.A y Volkswagen Arg. S.A S/ presunta infracción a la ley 24.240" (Expte ro 00310-2010) fs. 597/804.

A fs. 808 se declara la negligencia de la codemandada Sapac S.A en la producción de la prueba pericial agronómica, y se dispone la clausura del término probatorio.

A fs. 821//825 se agrega alegato de la parte actora; a fs.826/841 de Volkswagen S.A.

A fs845 se dicta la providencia de llamamiento de autos para sentencia; y,

CONSIDERO:

Como cuestión preliminar, corresponde resolver el marco legal aplicable al caso, la influencia de la sanción del Código Civil y Comercial.; para luego tratar el planteo efectuado por Volkswagen respecto de la inaplicabilidad de la ley de defensa del Consumidor.

El art. 7 del Cod. Civil y Comercial dispone que "las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo";

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci explica respecto de esta norma que "parece

conveniente que, en estos contratos de consumo, la regla sea invertida (refiriéndose en relación a los contratos en curso de ejecución donde deben regirse por la vieja ley supletoria que forma parte de ellos) en el sentido de que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente por fidelidad aun principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor. O sea, las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata".

Pero luego aclara "en mi opinión, la norma no dispone la aplicación retroactiva de la nueva ley, sino su aplicación inmediata. Fundo mi posición no solo en las palabras de la ley que en el párrafo tercero se refiere a la aplicabilidad inmediata, sino en el párrafo segundo que impide la aplicación retroactiva, sean o no de orden público". Explicando para concluir que "la relación de consumo, efectos aún no producidos, extinción aún no operada, regidos por la nueva ley; si es más favorable al consumidor". (La aplicación del Código Civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 60/61 y 63).

En el caso, siguiendo tal postura, entiendo que no se da el supuesto de contrato en curso de ejecución con efectos todavía no producidos, ya que el actor pretende la restitución de las sumas abonadas en función del cumplimiento de la garantía legal, incumplimiento que se configura y se ha consolidado en cuanto a sus efectos previo al nuevo código, por lo que se aplicaran las disposiciones legales vigentes al momento de la ocurrencia del hecho antijurídico dañoso (ob citada pág. 100/101).

Aclarada tal cuestión, y analizando el planteo efectuado por Volkswagen en torno a la inaplicabilidad de la ley 24.240 dice el art. 1 que "La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar. Por su parte en el art. 3 expresa que "la relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor usuario...En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor."

La discusión del reconocimiento o no del carácter de consumidor a determinadas empresas se dividieron en dos teorías : 2) la teoría subjetiva o finalista, que se centra en la idea de que quien es considerado consumidor debe extinguir física y económica el bien de consumo para cumplir con el requisito de "consumo final"; y 2) la teoría objetiva o maximalista que considera que la adquisición o utilización del bien en

condición de destinatario final factico, es decir , el agotamiento de la vida económica del bien, es la que caracteriza la relación de consumo.. La LDC argentina se asienta sobre una concepción subjetivista de la relación de consumo. Entonces, el destino dado al consumo podrá ser considerado "final" cuando con él se satisfagan necesidades "propias" de acuerdo con la naturaleza de la persona siempre que estén orientadas a cubrir necesidades ajenas al ámbito de actuación profesional del sujeto consumidor ("consumidores y Proveedores alcanzados pro al legislación de defensa del consumidor, Revista de Derecho Privado y Comunitaria año 2012, nro. 1, pag. 331, Rusconi Dante D, Rubinzal on line)

Jurisprudencialmente se han adoptado posturas contradictorias del concepto, compartiendo aquella que pone énfasis para definir la relación de consumo la subordinación del sujeto y el destino final del bien, en la "subjetivación" que pone acento en la persona, que resulta inclusiva y no excluyente.

Si bien el actor reconoce que el automóvil era utilizado como una herramienta de trabajo, para recorrer las chacras, controlar la producción; se evidencia claramente que no existe la intención de reinsertar el bien automotor en el mercado para su reventa o transformación; sino para satisfacer necesidades propias y quedarse con ellos como destinatario final; definiéndose también su calidad de consumidor en su relación por la nota de subordinación y/o vulnerabilidad, ya que no tiene el conocimiento suficiente acerca del producto o servicio que adquiere, actuando como "destinatario final".

Siendo además, que en relación al automotor actúa fuera del ámbito de su actividad comercial pues frente al proveedor se presenta en un ámbito de debilidad negocial en el poder de negociación por lo que corresponde considerar y aplicar la normativa aplicable a una relación de consumo, rechazando el planteo efectuado por la codemandada Volkswagen.

Aclarada las normas aplicables, e ingresando al análisis de la pretensión del actor, la misma se circunscribe a la restitución del valor de la adquisición de la camioneta en el marco de la garantía legal del vehículo , dejando aclarado que en virtud del principio de congruencia, se estará al límite dispuesto por el mismo, todo ello sin perjuicio de los demás rubros resarcitorios.

En cuanto a los hechos en los que se funda, expone que la camioneta fue entregada el día 06/9/09 y que comenzó a presentar problemas en su funcionamiento el 26/4/2.010 cuando tenía ya 17.548 km, manifestando que la reparación que brindó las demandadas con el cambio de la tapa de cilindro completa no dio solución definitiva al problema, ya

que desgaste producido por las guías de válvulas de la tapa de cilindros produjo desprendimiento de partículas metálicas que se introdujeron en el interior del motor lo que provoca la disminución de la vida útil

Como se explicó anteriormente, en el caso se configura una relación de consumo, siendo aplicable la protección del art. 42 de la constitución nacional y la ley de defensa del consumidor, como norma de orden público.

Las demandadas por su parte, si bien reconocen que existió y se detectó una falla en la tapa de cilindros y guías, en el momento en se encontraba en vigencia la garantía, las mismas entienden que la reparación ha sido satisfactoria en el marco de la garantía contractual, habiendo cumplido a su entender con las obligaciones a su cargo.

El art. 11 de la ley de defensa del Consumidor establece que cuando "se comercialicen cosas muebles no consumibles.... el consumidor y los sucesivos adquirentes gozaran de una garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo el contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado o su correcto funcionamiento.." Haciendo responsables por dicha garantía legal en forma solidarias " del otorgamiento y cumplimiento.. a los productores, importadores, distribuidores y vendedores" (art. 13)

No existe controversia, como he expuesto, en cuanto a que se detectó en la camioneta del actor un desperfecto en la tapa de cilindros, juntas y guías de las válvulas, disintiendo las partes en cuanto a que dicha reparación fuera satisfactoria. Las demandadas sostienen que al reemplazar la tapa de cilindros completas, el vehículo quedo en perfecto estado de funcionamiento (fs. 280); por su parte el actor manifiesta que no dio solución definitiva afectando la vida útil del vehículo y del motor; en función de lo cual solicita la restitución de lo abonado por el vehículo en el marco de lo dispuesto por el art. 17 LDC:

El codemandado Sapac S.A invoca además, que los supuestos desperfectos resultan producto del uso del actor en caminos irregulares, que al producir vibración en exceso trae aflojamiento, asimismo en la circunstancia de utilizar combustible no acorde al motor de dicho vehículo, es decir afirma que la causa ha sido ajena.

En autos se practicaron dos pericias mecánicas, la primera en el expediente de prueba anticipada que tramitara ante este tribunal. A fs. 63 de dicho expediente, el perito Damián Ricardo Martos expuso que al constituirse en la concesionario constató que "la tapa de cilindros original que venía con el vehículo 0km se encuentra rectificadas y será reemplazada por una tapa de cilindros nueva con todos sus componentes nuevos que se

podieron corrobora al momento de hacer la pericia para verificar el estado de los mismos" La camioneta se encontraba desarmada y con la tapa desmontada.

El perito expresa que los daños que presenta la unidad no responden a la particularidad de un vehículo cero kilómetro (con 17.548 recorridos) no es normal que se produzca desgaste de componentes mecánicos en un vehículo de estas características.

Explica que al sustituirse por una tapa de cilindro nuevo, el motor deja de ser un 0km normal, además el desgaste en las guías de válvulas produjo desprendimiento de partículas metálicas que se introdujeron en los cilindros del motor (fs. 66). En cuanto a las causas del excesivo desgaste en las guías de válvulas, expone que si bien no se sabe con certeza cuál fue el motivo, la posible causa es la mala calidad del material que derivó en un desgaste prematuro.

El perito dictamina a fs. 67 in fine de la prueba anticipada que no resulta normal que a los 17.548 km haya que rectificar una tapa de cilindros, siendo contundente en expresar que "la sustitución de la tapa de cilindros por una nueva no da solución por completo al problema presentando por la unidad, ya que el excesivo desgaste de las guías de válvulas produjo desprendimiento de partículas metálicas (que no se pueden observar a simple vista), las cuales se introdujeron en el motor y pueden causar una disminución de la vida útil del mismo. (fs. 69); contestando a fs. 73 respecto del pedido de explicaciones formulado por el actor que "la solución definitiva es la sustitución del motor por uno nuevo de las mismas características"

Posteriormente al pedido de impugnaciones el perito Martos amplió explicando que el desgaste que se produjo en las guías de válvulas lo pudo comprobar al momento de inspección ya que "existía un excesivo juego entre las guías y las válvulas, el producto de este desgaste el desprendimiento de partículas metálicas que se introducen al interior del motor, en la zona de rozamiento de los aros y cilindros produciendo desgaste abrasivo en esa zona. No hay forma de hacer una limpieza del motor porque esas partículas ya ocasionaron desgaste abrasivo, lo que se puede ver reflejado a futuro con la disminución de la vida útil del mismo"(fs. 93vta p. anticipada).

Asimismo, se practicó otra pericia por parte del ingeniero mecánico Hugo D. Castro (fs. 554/557), donde también verifico el estado de funcionamiento con la tapa de cilindros nueva, exponiendo que resulta apto para su uso y finalidad . No obstante, aclara que en cuanto a las reparaciones efectuadas cambio de tapa de cilindros por desgaste de guías de válvulas- "permiten descartar que aquellos desperfectos se hayan debido al mal uso de la unidad"; conclusión que resta importancia a la causal invocada por la

codemandada Sapac en cuanto a la conducta atribuida al actor en el uso del utilitario.

Es más, aclara que no se encontraron antecedentes que permitan inferir el mal uso de la unidad como serían lubricantes, combustibles, cargas y otras condiciones de uso inadecuados, aclarando que el nivel de prestaciones de 600 kg es normal tanto para una unidad cero kilómetro como 100.000 km, concordando en su dictamen con el perito Martos en que "el desgaste que se habría verificado no es normal ni habitual en las unidades 0km, ni siquiera en la extensión de la garantía mencionada"- (566)

En cuanto a la solución que brinda las demandadas, el perito ingeniero aclara que "las deformaciones de válvulas y sus asientos provocan menor potencia, mayor consumo de combustible con obviamente menos rendimiento. " entendiéndose que siempre el cambio de motor o de unidad será la reparación contractual más satisfactoria, claro que también con su correspondiente garantía "(fs. 567)

De los dictámenes periciales oficiales, se puede concluir que a fin de dar una respuesta satisfactoria al cliente debió cambiarse el motor del automotor, ya que el cambio de la tapa de cilindros conllevaría a un menor rendimiento del automotor.

En la ley 24.240, en el capítulo IV " cosas muebles no consumibles" establece que "cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme ar.t 2325 del Código civil el consumidor.. gozará de la garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, cuando ...afecten su correcto funcionamiento. La garantía legal en el caso de bienes nuevos es por seis meses a partir de la entrega, pudiendo convenir un plazo mayor. (art. 11)

La demandada Volkswagen reconoce que conforme el plan de asistencia garantía la misma cubre las reparaciones necesarias que surjan como consecuencia de desperfecto de material, montaje o fabricación por un periodo de doce meses, sin límite de kilometraje desde la fecha de entrega de producto"

Es decir que, aquí además de la garantía legal establecida por la norma citada, se ha pactado una garantía expresa, quedando sometidos fabricante y vendedor (ambos demandados)a asegurar el servicio técnico adecuado y el suministro en tales términos

La cláusula pactada expresa que tal garantía se extiende por 12 meses, comprendiendo el caso de autos, y cualquiera sea el kilometraje que tenga.

Si bien el perito Castro expuso que el automotor se encontraba en normal funcionamiento, al igual que el perito Martos, expuso que la reparación efectuada no resultaba totalmente satisfactoria, que para brindarla debía cambiarse el motor, circunstancia a la que se mostraron renuentes las accionadas, en las diversas instancias

administrativas y judiciales; ello sustentado en la opinión del ingeniero Kaskeline, que es asistente técnico zonal, y en relación de dependencia con Volkswagen.

En el proceso existen dos dictámenes de peritos oficiales que dan cuenta que la reparación implicará menor potencia y rendimiento en el combustible y aumento del consumo; por lo que la reparación no reuniría los caracteres exigidos.

Siendo aplicable el art. 17 de la ley 24.240 establece que, en caso de que la reparación sea insatisfactoria, el consumidor puede optar entre las siguientes soluciones: a) la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características; b) devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas; c) obtener una quita proporcional del precio; todo ello sin que la opción ejercida impida la reclamación de eventuales daños y perjuicios.-siendo la opción elegida por el actor la b).

La prueba pericial resulta en casos como el presente, relevante por ser una análisis en base a los conocimientos técnicos de auxiliares de justicia que en forma objetiva brindan argumentos sobre cuestiones específicas de su saber; por lo que no encuentro razones de peso que me permitan apartarme de sus conclusiones; dándole preeminencia respecto de otros medios de prueba como la testimonial en este caso del ingeniero Kaskeline, que brinda a la manera de consultor técnico opinión en el marco de su relación de dependencia y sosteniendo la postura de una de las demandadas. Opinión en la que las demandadas han sustentado su postura defensiva

Siendo además, que las demandadas no han impugnado mediante la opinión de un consultor técnico los dictámenes.

Por ende no reuniendo la cosa reparada las condiciones óptimas para cumplir con el uso a que está destinada corresponde otorgar al consumidor la opción prevista en el art. 17 por cuanto la reparación no resulta óptima.

Respecto de lo que puede entenderse como "Óptimo", según la Real Academia Española, significa que no puede ser mejor". El art. 17, párr. 1ª, del decreto reglamentario aclara que se entenderá por condiciones óptimas aquellas necesarias para un uso normal, mediando un trato adecuado y siguiendo las normas de uso y mantenimiento impartidas por el fabricante. Consideramos acertada esta interpretación relativa que se da a la expresión." (Farina; Juan Manuel, Defensa del Consumidor y Usuario, Ed. Astrea, pag. 270).-

Y como se expuso al comienzo de los considerandos, en la interpretación de los contratos como principio del derecho del consumidor debe estarse al sentido más

favorable al consumidor

Si bien el vehículo se reconoce tenía 17.548 km, la garantía pactada expresamente preveía que prescindía del kilometraje, por lo que tal circunstancia no obsta al cumplimiento de las obligaciones a su cargo; siendo además que el ofrecimiento de una determinada marca de un automóvil lleva ínsita la promesa de calidad por lo menos durante el periodo de la garantía, considerando el alto costo del producto que en el caso además se abonó de contado.

Ahora bien, el decreto reglamentario de la ley 24.240 establece en relación al art. 17 que " Se entenderá por "condiciones óptimas" aquellas necesarias para un uso normal, mediando un trato adecuado y siguiendo las normas de uso y mantenimiento impartidas por el fabricante. La sustitución de la cosa por otra de "idénticas características" deberá realizarse considerando el período de uso y el estado general de la que se reemplaza, como así también la cantidad y calidad de las reparaciones amparadas por la garantía que debieron efectuársele. Igual criterio se seguirá para evaluar el precio actual en plaza de la cosa, cuando el consumidor optare por el derecho que le otorga el inciso b) del Artículo 17 de la Ley. Con carácter previo a la sustitución de la cosa, si ésta estuviera compuesta por conjuntos, subconjuntos y/o diversas piezas, el responsable de la garantía podrá reemplazar los que fueran defectuosos. La sustitución de partes de la cosa podrá ser viable siempre que no se alteren las cualidades generales de la misma y ésta vuelva a ser idónea para el uso al cual está destinada. Que deberá tenerse en cuenta el período de uso y el estado general de la que se reemplaza, como así también la cantidad y calidad de las reparaciones acaparadas por la garantía que debieron efectuársele; "cabe admitir que, con carácter previo la sustitución de la cosa, si ésta estuviera compuesta por conjuntos, subconjuntos o diversas piezas, el responsable de la garantía pueda reemplazara los que fueran defectuosos, pero, la sustitución de partes de la cosa podrá ser viable, siempre que no se alteren las cualidades generales de ella y ésta vuelva a ser idónea para el uso al cual está destinada".-

Ricardo Luis Lorenzetti ("Consumidores"; 2da. edición actualizada ; pág. 352 Ed. Rubinzal Culzoni) refiriéndose al art. 17 de la LDC y las opciones que la misma contempla, con cita de jurisprudencia, expresa que "La reparación de la cosa, o se la puesta en marcha de la garantía, es sólo una opción a favor del consumidor, que en modo alguno lo ata a seguir necesariamente ese camino, pudiendo adoptar alguna de las acciones que contempla el artículo 10 bis de la ley 24240, ya que, caso contrario, la garantía del buen funcionamiento terminaría sirviendo para oponer una barrera a las

acciones de resolución del contrato que pueda promover el consumidor damnificado, forzándolo a aceptar simplemente la reparación o el reemplazo de las piezas defectuosas..."-.

Que las demandadas han persistido en su postura y argumentos respecto de que actuaron eficientemente en las reparaciones efectuadas; sustentándose en la opinión de su personal técnico, y respecto del dictamen del perito Castro conforme exponen en sus alegatos, pero efectúan una interpretación parcializada, pues el mismo si bien que es apto para su uso y finalidad, luego aclara el perito que el vehículo continua con menor potencia y rendimiento del combustible, compatibles con disminución en la aceleración y aumento del consumo (fs. 557) lo cual reitera al contestar las explicaciones a fs. 567 donde manifiesta que el cambio del motor o unidad será la reparación contractual más satisfactorias, no cumpliendo con los requisitos de rendimiento óptimo para el que estaba destinado, máxime tratándose de un utilitario.

La opción de reclamar la garantía legal de funcionamiento (art. 17 LDC), no debe interpretarse como un barrera para las opciones del consumidor para solicitar la restitución de lo abonado, ponderando la existencia de dictámenes periciales habiendo ya transcurrido más de seis años de litigio, por lo que el cambio del motor no resulta una alternativa ; considerando las opciones que la ley le otorga El funcionamiento óptimo también debe otorgarse en tiempo oportuno y razonable, teniendo los responsables de la garantía legal una obligación de resultado en relación a los productos que comercializa y fabrica.

El decreto reglamentario explica que el criterio para evaluar el precio actual en plaza de la cosa, debe realizarse considerando el periodo de uso y el estado general de la que se reemplaza. Al tratarse de una deuda de valor que debe determinarse al momento de dictar sentencia; debe fijarse en función del valor de mercado actual y/o para el caso de que el modelo no exista más establecerlo ponderando un modelo de similares características; y en ambos caso descontando la desvalorización por el uso, que en el caso resulta de 17.548 km de un vehículo en buen estado de conservación .

Es por ello, que corresponde reconocer el valor actual 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 lo cual se diferirá para la etapa de ejecución de sentencia su determinación por el perito mecánico actuante. 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 17.500 km recorridos.

Sin perjuicio de ello debe reconocerse asimismo el interés moratorio en la reposición del valor dañado transcurrida 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.

En cuanto al interés, considerando que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual y el incumplimiento de las obligaciones y que ha sido solicitado judicialmente deben ser computados desde la fecha de la notificación de la demanda o desde la fecha de constitución en mora (arts. 508; 509 y ceteros C.C.)

Por ello, los intereses deben ser admitidos desde la constitución en mora, que entiendo se configura con el emplazamiento manifestado en el acta de constatación labrada ante escribano publico donde deja constancia del incumplimiento alegado solicitando la sustitución del vehículo mediante carta documento de recepcionada en fecha 21/01/2011(conf. Constancias fs. 61).

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..

La condena alcanza al concesionario Sapac S.A. donde el actor adquirió la unidad y también a Volkswagen de Argentina S.A en virtud de lo dispuesto por el art. 13 y 40 de la Ley 24.240; siendo por otra parte que no se han acreditado las eximentes de responsabilidad alegados por el demandado, y que la causa le hubiera sido ajena.

Habiendo optado por una de las posibilidades, el aquí actor solicita además los daños y perjuicios sufridos, tal como lo refiere el segundo párrafo del art. 17 de la ley 24.240, lo cual será seguidamente tratado.

Pasando a tratar los restantes rubros indemnizatorios, el Sr. Monasterio solicita:

Privación de uso: reclama el actor la camioneta por la privación de uso para la realización de los trabajos culturales de las chacras, alegando que tuvo que acudir a la buena voluntad de sus familiares, por los meses de julio a diciembre de 2010. Asimismo solicita el costo que debió abonar por la adquisición de una camioneta Jeep marca IKA modelo 1957 el 03/11/2010 por la suma de \$ 25.000

La doctrina se pronuncia en favor del reconocimiento del daño por privación de uso (TRIGO REPRESAS, Félix y COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., Responsabilidad por accidentes de automotores, t. 2b, p. 547; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, t. II, p. 70) y también lo hace la jurisprudencia no exigiéndose prueba concreta del daño experimentado, pues entienden que la sola privación es suficiente para tener por consumado el detrimento negativo patrimonial; ya que se entiende se ve obligado a sustituir su uso por otros vehículos similares que le exigen erogación.-

"La sola privación del automotor afectado a un uso particular produce por sí misma una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria, que debe ser resarcida como tal (conf. Corte Suprema, Fallos 319:1975; 320:1567; 323:4065), y sin necesidad de prueba específica. En otras palabras, la privación del uso del vehículo es un daño emergente presumido en cuanto a las erogaciones para el transporte que debe hacer el damnificado ante la imposibilidad de utilizar su propio medio (conf. Kemelmajer de Carlucci, A., El cumplimiento tardío de la obligación de entregar el automóvil vendido y la reparación del daño producido por la privación del uso", RDPC, t. 2003-3, p. 215, espec. p. 224" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D - Giorgi, Carlos Camilo c. Ford Argentina S.A. • 12/03/2009 LA LEY 2009-D , 299).-

El automóvil ingreso el 26/4/2010, solicitando el actor el reintegro de los gastos de los meses de julio a diciembre, encontrándose acreditado en autos que la puesta a disposición del vehículo fue realizado en forma fehaciente ante la Dirección de Comercio en el marco del expediente 003010-DCI-10 en la audiencia de fecha 02/12/2010, donde la firma Sapac manifiesta que la camioneta fue reparada con posterioridad a la prueba anticipada, dejando allí constancia el actor que no la retira en virtud del dictamen del perito oficial (fs. 683); encontrándose reconocido y acreditado que el vehículo ingreso a reparar en el mes de abril de 2.010. Tiempo de indisponibilidad que se vincula causalmente con el ingreso a los talleres de la demandada en virtud de los desperfectos denunciados. Es por ello que el lapso solicitado se encuentra justificado y razonable.

En cuanto a la utilización de taxis, las demandas impugnan la documental refiriendo que la persona que emitido las mismas no registra impuestos activos, por lo que cuestionan la veracidad de los mismos y su eficacia probatoria, señalando que tal circunstancia se evidencia en la correlatividad de las mismas.

Si bien la emisora de las facturas, Delia Beatriz Irigoyen las reconoció como auténticas (fs. 485), conforme informe de la AFIP (fs. 507/9) la misma no registra actividad en las fechas de emisión de las facturas, surgiendo que dio la baja definitiva como autónomo en el periodo 10/2007. La documentación en tal sentido, al haberse acreditado que habrían sido emitidos por una persona que no se encontraba autorizada a su facturación, así como la correlatividad en el periodo de tiempo que da cuenta que no habría realizado otros viajes; le restan el carácter de prueba a fin de acreditar la existencia de los viajes, el pago de los importes que allí se reflejan, siendo además que la utilización de taxis no ha sido probado por otro medio probatorio.

En cuanto a la adquisición del vehículo Jeep, se adjunta un boleto de compraventa que no ha sido reconocido en su contenido y firmas por el Sr. Martin Miguel Ángel, no revistiendo tampoco el documento los caracteres de fecha cierta; considerando que tal documento no acredita la titularidad del mismo.

Al igual que la utilización de los taxis no existe medios probatorios que pudieran corroborar el efectivo desembolso del dinero, la adquisición del Jeep, que ello se vinculara causalmente a la falta de disponibilidad del vehículo.

Sin perjuicio de rechazar los montos pretendidos con fundamento en tal documental; como se expuso al comienzo corresponde reconocer el resarcimiento que conlleva a la necesidad de tener un vehículo para uso y traslado del actor.

Que al especial afectación del vehículo a la actividad del actor, se encuentra acreditada con el testimonio del Dr. Juan Pablo Kotlar, que fuera su médico psiquiatra, ya que ha relatado que la camioneta fue adquirida para volver a la vida laboral, para llevar adelante la chacra de su abuelo, y que para ello necesitaba su vehículo.

También que en el mes de julio de 2.010 había suscripto un contrato de locación rural una chara para la producción de peras, manzanas correspondientes a la isla nro. 47 (fs. 112), el que posee fecha cierta .

El SENASA informa a fs. 34 que el Sr. Monasterio se encontraba inscripto como productor, habiéndose emitido RENSPA a los fines del cultivo agrícola implantado y a implantar en el año 2.010, presentando un programa de exportación y cultivo.. También celebro un contrato de compraventa de fruta con Moño Azul en relación a tres chacras, correspondiente a la cosecha 2010/2011 (documental fs. 375/381).

De ello se puede determinar que el vehículo por su naturaleza, y por la actividad desplegada, resulta necesario para las actividades, por lo cual su privación e indisponibilidad ocasiona un daño y por ende un perjuicio indemnizable.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca in re "Milco S.R.L. c. Sapac S.A. y otra" • 12/07/2007 Publicado en: LLPatagonia 2007 (octubre), 1282 Cita online: AR/JUR/4451/2007 resolvió que "La pérdida del uso del rodado del accionante, en el marco de su destino propio, es lo que se debe indemnizar, aun cuando tal uso se reemplace con otro bien, propio o ajeno, por comodato o locación, pues el daño se consume por la indisponibilidad de la cosa, aun cuando efectivamente no se aproveche, por la razón que fuere, resultando prescindible que se acredite un uso determinado o efectivo, salvo que se pretenda un lucro cesante específico, bastando el sólo hecho de la imposibilidad de utilizar la cosa, para que se tenga el deber de reparar tal privación" Se dan los presupuestos para la admisión del rubro. 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 2.010, habiendo también tenido a disposición el utilitario objeto de este proceso.

Se ha dicho en relación a este concepto "Hay un problema que se suscita con frecuencia en las acciones de daños, y es el de determinar si el damnificado está obligado a afrontar por su cuenta el costo de la reparación (o reemplazo del vehículo en el caso), de modo tal que si no lo hace la extensión ulterior del perjuicio deja ya de ser imputable al demandado para conectarse causalmente con un hecho de la propia víctima, el cual, desde luego, no da lugar a indemnización (art. 1114, Cód. Civ.). La cuestión debe decidirse de conformidad con las reglas de causalidad. Si la víctima no puede asumir el costo de la sustitución o reparación por falta de medios, la prolongación es imputable al demandado como consecuencia mediata, porque es fruto de la conexión del hecho propio con un acontecimiento distinto pero previsible (arts. 901 y 904 C.C.). En cambio, si el damnificado cuenta con los recursos necesarios para superar el estado de cosas creado por el accidente, la ulterior extensión del daño -lucro cesante derivado de la privación de uso- no podría ser atribuida al demandado, aunque él esté en mora en cuanto al pago de la indemnización, porque esta circunstancia no autoriza a la víctima a omitir las precauciones que tomaría cualquier persona diligente y permitir de mala fe que se perpetúe un curso causal que está en sus manos interrumpir. El damnificado no puede enriquecerse a consta del autor del daño aumentando o prolongando injustificadamente las consecuencias perjudiciales del hecho (Orgaz, La Culpa, Nro. 97; Mosset Itrurraspe, Responsabilidad por daños, t. III ps. 65 y 125; Zavala de González,

Daños a los Automotores, p. 107)" (jurisp. citada en "Revista de Derecho de Daños" Accidentes de Tránsito-II pag. 305).-

Considerando los parámetros otorgados por la Cámara de Apelaciones en el año 2008 que fijó la suma de \$ 40 para el caso privación de uso de un vehículo utilitario (conf. RECHIONI MARCELO C/ NUÑEZ CORDOBA EZEQUIEL Y OTRO S/ Sumario" (Expte. n° 18.831-CA-07); 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 -

Por lo que éste rubro prospera por la suma de \$ 28.860.-- con más el interés que resulte de aplicar la tasa "mix" (promedio tasa activa pasiva del Banco de la Nación Argentina) hasta el 27 de mayo de 2010; fecha a partir de la cual corresponde liquidar la tasa "activa" cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina hasta el 24/11/2015, y a partir de esta última fecha la tasa del Banco de la Nación Argentina para préstamos personales libre destino (operaciones de 49 a 60 meses) (fallo "Jerez.." STJ). hasta el 01/9/2.016 en el que se aplicara tasa vigente en el Banco de la Nación Argentina para préstamos personales libre destino, en operaciones de hasta 36 cuotas mensuales. (doctrina legal obligatoria del STJ en el fallo " GUICHAQUEO"(Expte N° 27.980/15-STJ) hasta su efectivo pago

Gastos varios:

Solicita el actor una serie de erogaciones vinculadas al vehículo que motivo el juicio, como la realización de un informe mecánico del perito mecánico Cuello por la suma de \$ 650, acta notarial de \$ 200, honorarios del mediador por la suma de \$ 214,50, tasa de mediación pro la suma de \$ 25 y envió de dos cartas documentos por la suma de \$105; lo que da un total de \$ 1.299,50.

Tales gastos se encuentran acreditados en el expediente y reconocidos por sus emisores, por lo cual procede su reconocimiento, devengando intereses desde que cada factura ha sido emitida y conforme los intereses descriptos en el rubro por privación de uso.

Lucro Cesante:

En forma separada a la privación de uso solicita el actor el lucro cesante alegando que como consecuencia de la indisponibilidad del vehículo, sufrió una pérdida en la producción y en la calidad de la fruta en las chacras que explotaba.

En primer término se advierte contradicción en los fundamentos y hechos que dan sustento a lo solicitado por privación de uso, ya que esgrime que al no tener medio de

movilidad propia se produjo menor rendimiento de los empleados, no pudo prevenir un incendio en una de las chacras, el traslado de las herramientas, etc.; y por el otro lado en el concepto de privación de uso afirma que tuvo que tomar taxis "para no afectar las tareas culturales de las mismas" y en el mes de noviembre debió adquirir un Jeep manifestando también "para no afectar el trabajo de las chacras " (fs. 123).

Si bien se acompaña informes distintas frutícolas como Sardans s.a (fs. 578) Receptora Mainque(fs. 357); Moño Azul (fs. 375 yss) que dan cuenta de la comercialización y producción; tales elementos no resultan suficientes para acreditar las pérdidas alegadas. Se imponía acreditar los extremos y la merma con una prueba pericial específica por quien invocaba la pretensión resarcitoria y/o por otro medio de prueba idóneo.

El lucro cesante, como pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto, requiere de concreta y eficaz prueba, no bastando presumir los mismos por la mera indisponibilidad del vehículo; exigiendo la demostración acabada de los ingresos esperados, las causas que dieron motivo a las supuestas pérdidas; y sobre todo la relación de causalidad con los hechos que se atribuye al demandado.

Destacando que como lo afirma el actor, no podía presentar datos comparativos del año anterior, pues ese año sería el primer año de entrega a su nombre; circunstancia que también impide comparar los efectos que en su caso, la indisponibilidad habría ocasionado en la producción.

Que también se ha acreditado que existían circunstancias personales y ajenas a este proceso que se encontraba viviendo el actor con motivos de las consecuencias de un accidente de tránsito en el cual resultó el único sobreviviente, En autos declaro su médico psiquiatra, Pablo Kotlar, quien en forma clara y extensa explico el tratamiento que se encontraba cursando en el momento en que se produjo los reclamos del automotor, las circunstancias emocionales que vivía Declaro que " La camioneta iba a ser como una especie de superación del accidente, no quería manejar, volver a la ruta. Él estuvo inicialmente físicamente, luego de la recuperación quedo con algunas limitaciones para conducir, para volver a su vida laboral. Él estaba queriendo llevar adelante la chacra de su abuelo, y necesitaba un vehículo y eso fue una limitación. Cuando finalmente la adquiere estuvo a punto de ser el final del tratamiento, pero a partir de ahí comienzan los problemas con la camioneta, entonces el tratamiento se empieza a complicar por cosas relacionadas con la camioneta".

Agrego luego que fue " precisamente a partir de las vicisitudes de la camioneta que se arregla que no se arregla, ahí perdió la estabilidad la inicial que tenía para trabajar, fue

como fluctuando, había cambios de medicación, dosis, hasta que por ahí se produjo una recaída plena, un estado depresivo severo pero en el sentido que conlleva a un riesgo para su integridad. ".

Es por lo expuesto, que tampoco puede atribuirse las psupuestas pérdidas económicas causalmente a la indisponibilidad de la camioneta; ya que se evidencia la existencia de inexperiencia del actor por ser su primer año de producción, circunstancias emocionales que se encontraba viviendo con motivo de su recuperación y tratamiento; sin perjuicio del reconocimiento de los padecimientos en el orden espiritual que serán tratados en el rubro por daño moral.

Es por ello, que considerando que el lucro cesante imponía acreditar en forma concreta los presupuestos para su procedencia, , lo que entiendo no se ha cumplido en autos, corresponde rechazar el rubro solicitado.

Tratamiento psicológico:

Solicita el actor el reconocimiento del costo del tratamiento psicológico como consecuencia del hecho, por una sesión semanal por el término de dos años a un costo de \$ 200 la sesión..

Su médico psiquiatra en la audiencia de prueba explico que previo a los hechos que motivaron este proceso, el actor se encontraba realizando un tratamiento psiquiátrico con medicación, pero con motivos de las consecuencias que provoco los inconvenientes con el automóvil debió iniciar además un tratamiento psicoterapéutico con una frecuencia de una a dos veces por semana .

Que conforme relata el psiquiatra y he referenciado fue a partir de las vicisitudes de la camioneta que perdió la estabilidad inicial, con una recaída plena que justifico la necesidad del psicoanálisis.

En cuanto a la periodicidad y tiempo, siendo que no se ha acreditado el costo de un tratamiento a la fecha en que se realizó el mismo, así como que se hubiera efectivamente abonado, y no se ha realizado pericial psicológica, ponderando las manifestaciones de su perito psiquiátrica, y estimando el valor de una consulta a la época del hecho en unos \$150 con una consulta semanal por un año, en función de las atribuciones del art. 165 el rubro procede por la suma de \$ 7.200. Suma que se fija a la misma fecha en que se computa la mora en el rubro de restitución del valor de la camioneta, computándose igualmente intereses del modo allí descripto.

Daño moral:

El Sr. Monasterio solicita en su demanda que el daño moral sea cuantificado cuando se

aplique el año punitivo, solicitando la suma de \$ 15.000.

El daño moral, se define como "... la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas, y en general, toda clase de padecimientos comprendiendo también las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes. Su reparación está determinada por imperio del Art. 1078 del Cód. Civil, que con independencia de lo establecido por el Art. 1068 del mismo cuerpo legal, impone al autor del hecho ilícito, la obligación de indemnizar sin exigir prueba directa de su existencia" (Conf. CNEsp.Civ.yCom., Sala I, Sgro, Dora L. c/ Caruso, Antonio y otros s/ sumario", del 27-12-83, citado por Hernán Daray, ob. Cit., To. II, pág. 334, Nro. 7).

El Dr. Kotlar describió el tratamiento que realizaba el actor, como las circunstancias del accidente influyeron en la manera que el actor vivencio los sucesos ocurridos con motivo de los reclamos ante la concesionaria del vehiculo. Asi por ejemplo expreso."El tratamiento que realizaba se empieza a complicar por cosas relacionadas con la camioneta, lo que el vivió. Todas esas cosas las puertas que no se abre, todas las cuestiones vinculadas a lo que es el vehículo, cosas del vehículo , que tienen que ver con que uno pueda sobrevivir, si se abre,no se abre si se tuerce.. el queda vinculado a la madre del niño al vehiculo, las idas y vueltas, todas esas circunstancias emocionales atraviesan las circunstancias de despues de ir y buscar la camioneta, que esté o no este, todo se entreteje , eso para explicar como recrudece la locura emocional. Se llama stress postraumatico . Una insignificancia como una camioneta se llama reexperimentación como le pasa a los excombatientes en estado de alarma, de suceptibilidad. Lo de la camioneta adquirio visos de burla, no de burla, como un exceso de ironia del destino que tenia que ir y venir, era como que no se terminaba mas la pesadilla. Al mismo tiempo que significaba su recuperación, no podia superar esa etapa de tener un vehículo y ponerse a trabajar. "

Sin perjuicio de ello, se evidencia de las constancias del expediente ante la Dirección de Comercio interior, los inconvenientes que debió transitar el actor para el arreglo de su camioneta, la indisponibilidad del vehículo que representaba en ese momento de su vida la recuperación y vuelta a la actividad productiva, lo ha llevado a padecer ha momentos de angustia, preocupación, incertidumbre, impotencia y sufrimientos que provocaron la pérdida de su estabilidad emocional, la repercusión consecuente en el desarrollo productivo que había emprendido, y del cual el utilitario representaba un factor preponderante.

Que por otro lado, también debe ponderarse los antecedentes y circunstancias emocionales previas del actor y la incidencia causal, pues siguiendo el sistema de la causalidad adecuada no todos los padecimientos espirituales deben ser reparados y atribuibles a la conducta del demandado. La previsibilidad se configura cuando el hecho es idóneo, apto o adecuado para producir la consecuencia: si esta acostumbra a seguirlo "según el curso natural y ordinarios de las cosas", acotándose en el ámbito de las consecuencias inmediatas; ya que solo son imputables cuando la inejecución es maliciosa (art. 521 del Cód. Civil).

En tal sentido se explica que " el derecho no debe atender a súper sensibilidades, ni quedar supeditado a cualquier desequilibrio o flaqueza, o a lo que aparece como fruto de exagerada susceptibilidad: la protección jurídica se limita a sensibilidades medias y corrientes. En efecto, no se trata de tutelar cualquier afectividad, por real que sea, En sentido coincidente, se considera que los perjuicios psíquicos " sino responde a patrones de normalidad y en cambio significa una exageración. En sentido coincidente se considera que los perjuicios psíquicos deben ser tratados con un criterio normal y ordinario de las cosas, con lo que quedarán fuera del terreno de la responsabilidad civil todas aquellas consecuencias que aparezcan como desmesuradas en el sujeto, porque indudablemente no reconocerán como origen el accidente en sí, sino una estructura de la personalidad propensa la descompensación y subsiguiente magnificación del menoscabo producido"(Matilde Zavala de González , Disminución psicofísicas, Tomo I, pag. 141/142, Ed. AStrea,2009).

El médico tratante explico que "En una persona que no tuviera esa patologia esas idas y vueltas quizá hubieran provocado en un juicio o accion legal, pero no hubieran producido un estado depresivo severo, .. en cuanto a personificar en la compañía la causa de los males, para ser grafico, todo lo vinculado al trauma en la realidad, cualquier asunto que este vinculado al trauma mientras que no hubiera sido elaborado y digerido , lo que produce es reexperimentación, se vuelve a vivir el acontecimiento, en pesadillas, en el cuerpo las sensaciones, sino abre la puerta lo que se siente es que se esta en el mismo momento, el presente y el pasado se unifican en el punto del trauma. De manera que la reacción de la mente en su intento de digerir la cuestión, la reexperimentación da un daño adicional lo puedo encontrar en quizá en condiciones de responder, y respondo desmesuradamente. "

Que además no debe confundirse el daño moral, con el punitivo, pues la fundamentación del daño moral no se puede sustentar exclusivamente en la importancia

o trascendencia del hecho, debiéndose verificar las consecuencias en el sujeto afectado que lo ha padecido.

Es por todo ello, que entiendo que en el caso de autos, y con sustento principalmente en la declaración de su médico psiquiatra, los inconvenientes presentados en el automotor, los reclamos efectuados, la angustia que debió transitar, incertidumbre, han producido un efectivo padecimiento moral que debe ser resarcido; pero ponderando también las circunstancias personales y previas del actor .

Tomando como pauta el monto por daño moral reconocido por la Cámara de apelaciones en los autos "BADARACCO Lidia C/ PLAN OVALO S.A.de Ahorro para fines determinados S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" (Expte 42.412 de fecha 30/8/2016) donde se reconoció la suma de \$ 30.000 por daño moral, y siendo que su reparación no puede ser fuente de un beneficio inesperado o un enriquecimiento injusto, 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.

Daño punitivo:

El Dr. Jorge Peyrano citando al Dr. Pizarro explica que los daños punitivos son "las sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a las víctimas de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnización por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del damnificado y a prevenir hechos similares en el futuro".)La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación,pag. 332/33, Editorial Ateneo.

Y siguiendo tal posición la jurisprudencia que comparto explica que " las notas distintivas de los daños punitivos, las siguientes: 1) Resultan condenas extraordinarias, ya que son otorgadas en forma independiente de la indemnización, y asimismo, accesorias, ya que siempre se determinan en un proceso principal. Dicho en otras palabras, no existe acción autónoma para reclamar daños punitivos. 2) Su finalidad, justamente, no es mantener la indemnidad de la víctima ni restablecer las cosas al estado anterior. Por el contrario, tienden a prevenir y desalentar la reiteración de conductas dañosas similares. 3) Son verdaderas penas privadas con características propias que delimitan sus contornos de especialidad. Siguiendo a Siglitiz y Bru, podemos definir a

los daños punitivos en nuestro sistema, como una institución jurídica vigente en el marco del derecho del consumidor, destinada a sancionar graves inconductas en que incurren los proveedores de servicios o cosas en la relación de consumo, a través de la imposición de una sanción pecuniaria adicional, a favor del damnificado, y que excede la cuantificación de la indemnización compensatoria correspondiente (Jorge Bru y Gabriel Stiglitz, en "Manual de Derecho del Consumidor", pág. 389 y sgtes. Abeledo Perrot, 2009)

En igual sentido algunas de las formulaciones que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han ido delineando acerca de la imposición de la sanción en estudio expresan que: 1) Los daños punitivos deben quedar reservados para situaciones que demuestren una inconducta grave o absoluto desprecio hacia los derechos del consumidor, patentizado mediante un incumplimiento de obligaciones legales o convencionales, debiéndose articular las referidas ilicitudes con la gravedad y las circunstancias del caso. Queda claro entonces, que un mero incumplimiento no autorizará su aplicación. 2) Derivado de lo anterior, podemos afirmar que la imposición del daño punitivo debe ser restrictiva. 3) En su aplicación el Juez debe atender más al autor del daño que a la víctima, y merituar, entre otras circunstancias, la situación patrimonial del infractor, su participación en el mercado, las repercusiones del hecho, etc. 4) En referencia a su graduación, si bien el Juez goza de discrecionalidad a la hora de establecer el importe de la condenación punitiva la que, por otra parte, no necesariamente debe guardar relación o concordancia con la sanción reparatoria deberá recurrir a la prudencia y equilibrio a los fines de cuantificar el importe de esta sanción."- Expte. N° 155547.- "A., L. A. C/ AMX ARGENTINA SA s/ rescisión de contratos civiles/comerciales" - CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA (Buenos Aires) - Sala Primera 11/06/2014

La mayoría de la doctrina postula la prudencia de los magistrados para suplir y corregir las serias omisiones y defectos que el artículo en cuestión presenta. Esta doctrina sostiene que no basta con el mero incumplimiento de las obligaciones (legales o contractuales) a cargo del proveedor, sino que hace falta algo más: el elemento subjetivo que consistiría en un menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva y que se traduce en dolo o culpa grave (LORENZETTI, Ricardo A., "Consumidores", edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 563 y ss; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Los Daños Punitivos", edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, pág. 376 y ss). Autores: Teijeiro (o) Teijeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G s/ abreviado

otros recurso de casación (expte. 1639507/36 Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, 15-abr-2014

Entiendo 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.

En relación al planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis, deviene abstracto atento la solución que se propone, considerando como lo ha dicho el Superior Tribunal de Justicia " la declaración de inconstitucionalidad constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad, o última ratio del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella, sino cuando una estricta necesidad lo requiera y no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio a la que cabe acudir en primer lugar (Cf. Corte Suprema C. 2705. XLI; REX, Consejo Profesional de Ingeniería Agronómica c/ Marini, C. A. s/ ejecución; 13-05-08; SE. 24/10, "SINDICATO DE TRABAJADORES JUDICIALES DE RIO NEGRO S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD, TITULO VI DE LA LEY 4199.

En conclusión y respecto de los montos que se encuentra determinado el monto procede por la suma de \$.77.359,50; suma que comprende \$ 28.860 indisponibilidad del automotor; gastos varios \$ 1299,50; tratamiento piquiátrico 7.200 y daño moral \$ 40.000); todo con más los intereses correspondientes en cada uno de los rubros.

Las costas se imponen a las demandadas en su calidad de vencidas.

Por ello;

FALL O:

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 mas os 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 tramites necesarios para realizar la transferencia del utilitario Saveiro IVV-901 a favor de Sapac S.A .Cumplido lo cual, dentro de los 10 dias 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 \$ 77359,50 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.-

NOTIFIQUESE y REGISTRESE.-

LAURA FONTANA
JUEZ