

En la ciudad de General Roca, a los 11 días de diciembre de 2018. 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: "BARATTINI ROBERTO GUSTAVO C/ FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A S/SUMARISIMO" (Expte. N° B-2RO-247-C5-17), venidos del Juzgado Civil N° Cinco, previa discusión de la temática del fallo a dictar, procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL SR. JUEZ DR. DINO DANIEL MAUGERI, DIJO:

1.-A fs. 82/92 se dicta sentencia definitiva acogiendo parcialmente la pretensión de la actora.

La misma es apelada por: a fs. 93 por la aseguradora demandada, a fs. 94 por la actora y a fs. 95 por los letrados de la actora, quienes apelan sus honorarios por considerarlos bajos, siendo concedidos esos remedios a fs. 97 ordenándose allí el traslado de los fundamentos de la apelación arancelaria los que son rebatidos por la accionada a fs. 98/99.

2.-La demandada trae sus agravios a fs. 101/105 y allí se agravia contra los rubros estimados precedentes: Privación de uso y Daño Moral.

a) En cuanto a la Privación de uso del automotor, menciona que la sentencia hace lugar al rubro por la suma de \$ 50.000, entendiendo que corresponde \$ 400 por día, por el plazo de 4 meses, tiempo transcurrido desde el siniestro hasta la interposición de la demanda.

Transcribe la pretensión del actor textualmente para demostrar que en ningún pasaje el actor menciona cuál era su actividad laboral, ni que el vehículo lo utilizaba para trabajar ni que haya sufrido una pérdida económica producto de la indisponibilidad del rodado.

Entiende que ir más allá de lo argumentado por el actor, o de lo expuesto en la demanda y contestación implica violación del principio de congruencia.

Entiende que la Juez ha otorgado lucro cesante confundiendo ello con la pretensión del actor que era ser resarcido por privación de uso, ya que el actor reclamó ello por carecer de dinero para reemplazar el rodado – cuestión que asevera no acreditada-

Considera que la sentenciante no solo se ha excedido en interpretar el rubro más allá de lo solicitado sino que ante una orfandad probatoria del actor, cuantifica el rubro en una suma diaria no invocada ni acredita.

Apunta que el rubro debería ser por \$ 48.000 y no por \$ 50.000.

Califica al rubro otorgado como no probado, arbitrario, ilegítimo no ajustado a derecho la presunción del daño y la determinación por parte de la sentenciante de la cuantía del daño.

Endilga a la sentenciante no haber hecho referencia al estado y funcionamiento del vehículo al tiempo del siniestro, la incidencia de ello en el eventual uso comercial, y las ganancias dejadas de percibir por el actor no reclamadas pero que la sentenciante presume.

Por lo que considera que de haber perdidas económicas éstas serían también directa consecuencia del estado del vehículo y su falta de funcionamiento.

Solicita que sea descontado del monto a conceder los gastos que no ha insumido el actor, como gastos de combustible, estacionamiento, mantenimiento del vehículo etc.

Solicita el rechazo del rubro.

b) Con relación al Daño Moral, la sentenciante hace lugar al rubro por el monto de \$ 50.000.-

Se alza en contra de la concesión del rubro, argumenta mencionando que el actor base su reclamo con basamento en tres hechos: violación al deber de información, trato digno y prácticas abusivas previstas en la Ley 24240.

Entiende que no es aplicable la Ley mencionada, y que no fue probado ninguno de los tres presupuestos que según el propio actor implicaban la viabilidad del rubro.

Indica que la sentenciante basa la procedencia del rubro en las declaraciones de los testigos, pero apunta que dos de los testigos son amigos y ex empleados del actor, así como la Sra. Aramburu es ex pareja del mismo demostrando animosidad contra la demandada.

Imputa animosidad de beneficiar al actor, por lo cual no resulta prueba suficiente a los fines de tener por acreditado el rubro.

Entiende que encontrándose en el ámbito contractual no se presume el daño, por lo que el rubro debía de ser probado, con prueba más idónea no solo por testigos.

Además agrega que las meras molestias no son por si mismas configuratorias del daño.

Menciona que la sentenciante al valorar el rubro no ha tomado en cuenta la conducta del actor y su relación causal con el evento.

Solicita la revocación del rubro.

La actora procede al responde de estos agravios a fs. 110/110vta. sosteniendo:

a) En cuando a la privación del uso: menciona que el rubro fue solicitado en la demanda, y con prueba testimonial quedó acreditada la imposibilidad de reemplazo del rodado, y

las consecuencias laborales y personales de su privación para el actor, las que permitieron la concesión de la indemnización por tal privación, por lo que entiende no hay violación al principio de congruencia.

b) En cuanto al Daño moral, responde que el incumplimiento injustificado e ilegítimo de la obligación de pago del siniestro por la cobertura aceptada tácitamente, y de los incumplimientos del deber de información y trato digno por parte de la demandada justifican la procedencia del rubro.

Indica que las críticas efectuadas a los testigos omiten en advertir que al momento de la declaración no tenían interés en beneficiar al actor.

Entiende que no significó una mera molestia para el actor el hecho de no contar con su vehículo no con la indemnización correspondiente, sino una afeción importante a su ánimo con angustias y malestares.

La actora introduce sus agravios a fs. 106/108 vta.:

a) Se agravia de la falta de otorgamiento del daño punitivo, así como de la omisión por la falta de condena de hacer a cargo de la demandada consistente en publicar la sentencia.

Señala de arbitrariedad e ilegalidad de la sentencia al entender que utiliza fundamentos inexistentes al afirmar la sentenciante que ha habido tanto en la instancia de mediación como en la audiencia preliminar un ofrecimiento de acuerdo.

Igualmente insiste en que la conducta de la demandada merece reproche y sanción punitiva por dos motivos.

Primero señala que se le ha reconocido el daño moral por el incumplimiento contractual, menciona que la Cámara tiene dicho que ante el incumplimiento contractual corresponde daño punitivo. Destaca que no menciona el precedente.

Segundo, menciona que atento a la especial profesionalidad de la aseguradora no puede negar desconocimiento de que ha aceptado tácitamente el siniestro, y por ende debió abonar la cobertura con intereses legales, pero en lugar de ello apunta que la demandada planteó una supuesta imprudencia y desinterés del actor.

Continúa mencionando que la demandada no teniendo defensa legal alguna, al contestar demanda negó los hechos y su responsabilidad intentando introducir extemporáneamente una supuesta causal de rechazo de cobertura, insistiendo que ante este incumplimiento se ha posicionado al actor en una situación de indignidad que se ha prolongado hasta esta instancia.

Indica que la demandada no ha traído a autos el legajo del siniestro que los convoca, por

lo que se desconoce el resultado de la investigación del siniestro.

Señala que fue solicitada la documentación mencionada como documental en poder de terceros bajo apercibimiento del art. 388 del CPCC.

Dice que dicho legajo hubiera probado la versión de la demanda correspondiente al trato indigno sufrido por el actor a causa de las conductas extorsivas de los enviados por parte de la demandada que lo “invitaron” a firmar un desistimiento de sus derechos manifiestamente procedentes.

Endilga a la demandada falta de respuesta seria y coherente, un incumplimiento grave y manifiesto, conducta desaprensiva y de mala fe.

Menciona que ha sufrido afección en su tranquilidad anímica, decepción, malestar, perjuicio a su honor, todo lo que relaciona no solo al incumplimiento, y no contar con su vehículo sino a haberse visto estafado por una empresa que le rechazó el pago sin fundamento alguno, mostrando desinterés por su persona.

Entiende que la falta de sanción al dañador no hace más que alentar a que prosigan conductas despreciativas y temerarias como la que sufrió en el caso de autos.

Para la graduación del daño punitivo solicita la aplicación de la formula “Testa”, la cual da una multa superior a \$ 5.000.000, por lo cual solicita esta monto.

b) Como segundo agravio, apela al precedente “Entraigas Nilda c/ GPAT compañía Argentina S.A. Y Otras s/ Daños y Perjuicios” Expte. A-2RO-570-C1-14, mencionando que la Cámara tiene dicho que corresponde la publicación a cargo de la demandada, solicitando se condene a la demandada en iguales términos.

La demandada procede a la respuesta de los agravios de la actora a fs. 112/115 vta.:

En primer lugar solicita se declare desierto el recurso de la actora por no cumplir con los requisitos mínimos del art. 265 del CPCC.

Contesta al primer agravio, indicando que no supera el mero disconformismo o queja.

Indica que en el acta del 07/03/2018 se le ofreció un acuerdo conciliatorio por \$ 150.000 más honorarios profesionales.

Indica que su primer fundamento deviene insostenible.

Por otro lado apunta que el actor entiende que el solo hecho del reconocimiento del daño moral implica el reconocimiento del daño punitivo.

Entiende que al referirse que la Cámara tiene dicho que procede el daño punitivo por el mero incumplimiento contractual, no es más que una interpretación laxa y conveniente a sus intereses.

Manifiesta que hacer lugar al planteo, se apartaría de lo regulado por el art. 52 de la ley

24240.

Cita jurisprudencia, y apunta que para la procedencia del daño punitivo requiere de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo mencionando que ambos requisitos deben ser acreditados, y en autos no hay prueba de ello.

Señala que al ser un contrato bilateral también debe tenerse en cuenta la conducta desplegada por el actor.

Imputa al actor no haber tomado ninguna medida de seguridad en relación al vehículo.

Manifiesta que la circunstancia de investigar el hecho delictivo producido en relación al bien asegurado, en condiciones y conforme elementos obrantes en autos, apuntando en especial la denuncia del actor, resulta llamativo, indicando que ha tenido la conducta del actor incidencia causal en la producción del siniestro, no puede ser tenido como una actitud abusiva, dolosa, denigratoria o que implique destrato.

En cuanto al pedido de aplicación de la fórmula "Testa", sostiene que se encuentra extemporánea, ya debía haberla solicitado en su demanda, al contrario señala que solicitó el actor la multa por un monto de \$ 150.000 o 150 IUS, lo que marco los límites de su pretensión.

Agrega que en relación a dicha pretensión la demandada ejerció su defensa.

Dice que hacer lugar a la pretensión sería violatorio al principio de congruencia, vinculado a la garantía de defensa en juicio.

Solicitan el rechazo del agravio esgrimido por la parte actora.

Contestan al segundo agravio que debe ser declarado desierto, mencionado que el actor se limita en un único párrafo a citar un fallo de la Cámara de Apelaciones local, no indicando como sería el yerro de la sentenciante.

Solicita se declare desierto.

3.-Con referencia a la apelación arancelaria antes referida, los letrados de la actora sostienen que ha sido exiguo el porcentaje atribuido en la sentencia el que constituye el mínimo previsto (11 %) en el art. 8 de la norma arancelaria sin evaluarse su carácter de vencedores atribuyéndose por el contrario al letrado de la demandada perdidosa casi idéntico porcentaje.

Que se debió considerar no solo el art. 8 de la Ley 2212 sino los arts. 6, 7, 9, 11, 38 y 40.

Que habiendo intervenido en todas las etapas y habiendo cargado con la mayor tarea probatoria solicitan se eleven sus honorarios al 20 % del monto base.

4.- Ingresaré al tratamiento de los recursos principiando esa tarea por el de la

demandada, no sin antes destacar que la sentencia en lo que hace al incumplimiento contractual alegado como sustento de los daños reclamados ha quedado firme toda vez que no ha sido materia de agravios por esta parte, de lo que se colige que el siniestro ha quedado reconocido por la accionada surgiendo su obligación de abonarlo.

4.1.-Con referencia al agravio vertido por el monto otorgado por privación de uso es dable destacar que a fs. 8 vta, punto IV, 3 de su demanda el actor reclama:

“Solicito se condene a la demandada a abonar al actor la suma asegurada por robo total la cual se estima en la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA MIL (\$ 150.000.-) o el equivalente a 150 JUS al momento de la sentencia, y que además se la condene a abonar en concepto de privación de uso al actor por no disponer de dicho dinero para utilizarlo en la adquisición de un nuevo vehículo la suma de PESOS CINCUENTA MIL (\$ 50.000.-) o el equivalente a 50 JUS al momento de la sentencia.”

Al respecto en la sentencia en recurso se dispone:

“Privación de uso: Solicita el actor al suma de \$ 50.000 en concepto de privación de uso por no disponer de dicho dinero para utilizarlo en la adquisición de un nuevo vehículo .

La propiedad de la camioneta no resulta controvertida, surgiendo de la prueba testimonial brindada en autos que al momento en que ocurre el siniestro el vehículo se encontraba hacía varias semanas sin funcionar debido a un desperfecto en el burro de arranque, pero que la misma era utilizada previamente para la actividad comercial del actor.

Así el Sr. Marcelo Sebastian Guíñez dijo que la camioneta " se usaba para viajes cortos, salvo el problema de arranque no tenía otro problema" aclarando luego que " los viajes para llevar mercadería eran eventuales." Y al ser preguntado para que usara el actor la camioneta expreso " para trasladarse él con un acompañante, porque tiene una discapacidad visual". Agrego que " después del robo fue complicado porque era el medio que teníamos para transportar la mercadería, después de eso tuvo que empezar a alquilar flete, que no era lo mismo el tiempo de la camioneta propia que tener flete alquilado que maneja otros bienes"

Por su parte Eduardo Gabriel Pereda, amigo del actor, declaro que la camioneta la usaba " para trabajar, tiene una empresa de reparto, tiene una empresa de artículos de limpieza", y que luego del robo no pudo tener otro vehículo propio", que desde que ocurrió el robo "el trabajo ha mermado muchísimo y no puede cumplir con los pedidos pactados, es un elemento de trabajo ".

La Sra. Karina Paola Aramburu, quien fuera su pareja, relato que la actividad del actor

era la " venta de artículos de limpieza, bazar, y perfumería. Que a veces tenía un par de gente que lo ayudaba, a veces lo ayudaba yo porque tiene problemas visuales", que por el hecho manifestó que " en algún momento le preste su vehículo para solucionar los problemas que le causo la falta de la camioneta que la usaba para hacer repartos. No es lo mismo una camioneta que un auto.

Las características del vehículo, esto es una camioneta que usualmente se utiliza para transportar objetos, vinculado a la actividad de la actora, hace presumir también la utilidad y afectación que aquella tenía; y que la falta de disponibilidad de un vehículo, habría ocasionado a su propietario, un daño que debe ser reparado, en este caso por la demora en la cobertura del siniestro.

En tal sentido expresa Zavala de González en su obra "Resarcimiento de daños 1 Daños a los automotores" (ed. Hammurabi; pag. 155) que "cuando el automotor era instrumento para el despliegue de una actividad económica y rentable, la privación de uso durante el período necesario para repararlo o reemplazarlo determina de ordinario la configuración de un lucro cesante... En suma, cuando el empleo del automotor era antecedente útil para el logro de beneficios, la indisponibilidad conlleva la pérdida temporal de éstos (lucro cesante)".-

En cuanto a la delimitación temporal, la parte actora no efectúa precisiones respecto del tiempo considerado y cómo arriba al monto pretendido, ni tampoco acompaña comprobantes de pago de los fletes que menciona, destacando que si bien los mismos no resultan exigibles en supuestos similares, al haber sido abonados en función de una actividad comercial resultaba previsible que conservara los mismos.

No obstante ello, las testimoniales que dan cuenta que el actor no habría adquirido un nuevo vehículo y que eventualmente el mismo era utilizado para la actividad comercial del actor. Tampoco ha probado la imposibilidad económica de adquirir un nuevo vehículo, máxime que en el caso no se ha iniciado beneficio de litigar sin gastos para acreditar la situación económica del actor, y la inexistencia de bienes registrables entre ellos automotores.

En tal sentido conforme también jurisprudencia local (J.C. t. 11 pag. 25 nro. 62) si bien se ha admitido en cierta oportunidad un criterio amplio como el pretendido, se "ha limitado la excepcional viabilidad de este tipo de reclamos a la demostración acabada de la imposibilidad de reparar o reponer la unidad siniestrada".-

La jurisprudencia en caso similares ha admitido el plazo de indisponibilidad hasta la fecha de demanda. Así se ha dicho: "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).-

En función de lo expuesto, y considerando que han transcurrido aproximadamente 4 meses desde el hecho a la fecha de interposición de la demanda, y estimando una suma de \$ 400 diaria se arriba a la suma aproximada a la pretendida por el actor en su demanda de \$ 50.000. Por lo que el rubro prosperara por dicha suma, la que se fija a valores actuales a la fecha de la sentencia, correspondiendo aplicarle un interés puro anual fijo del 8% hasta la sentencia, y a partir de allí la tasa activa fijada en la doctrina obligatoria del STJRN en el fallo " Fleitas."

Al respecto este tribunal con voto del estimado colega Dr. Martinez ha dicho:

"6.2.- El segundo cuestionamiento formulado por el recurrente se relaciona a su rechazo al rubro otorgado por privación de uso.

Se agravia particularmente que se haya concedido el mismo sin acreditación fehaciente alguna del daño padecido, y en cuanto al monto menciona que el mismo carece de toda fundamentación en los hechos y derecho.

Por su parte el actor se defiende de dicha critica, sosteniendo que ha sido probado en

autos los inconvenientes e impacto que tuvo en su vida y la de su familia la falta del automotor, destacando que lo había adquirido en cuotas.

El demandado se enrola en una postura restringida respecto de la procedencia de este daño, lo que resulta incompatible con el criterio seguido por esta Cámara en su actual integración.

Se olvida el demandado lo que sucede en la vida real cuando una persona se ve privada de su medio de movilidad.

Exigirle una prueba acabada del daño sería cercenarle el derecho a la reparación, ya que el normal acontecer de los hechos nos muestra que ante la pérdida de un bien como un automotor, el propietario sufre inmediatamente un impacto en su vida desde todo punto de vista, en lo personal y familiar, en laboral o actividades económicas, como en lo recreacional, etc.

Es que, más allá de resultar prácticamente imposible contar con prueba específica sobre la magnitud del impacto del daño, lo cierto es que en la mayoría de los casos el propietario que se ve privado de su vehículo no puede afrontar los costos de taxis o automóviles de alquiler para así cubrir todos los servicios que le prestaba el bien. De modo que, casi inexorablemente, tiende a privarse de algunas ventajas: la comodidad del desplazamiento tanto del actor como de su grupo familiar, los paseos, u otros usos que le brindaban utilidad, satisfacción o placer.

Todo ello, sin duda, le irroga un daño cierto, por lo que en el marco de las facultades del art. 165 del CPCyC, la Sra. Jueza ha considerado justo admitir el importe reclamado, el que no se advierte en nada desmedido. Propongo por consiguiente también el rechazo de este agravio” (“MARTINEZ JORGE ANDRES C/ LA SEGUNDA COOPERATIVA LIMITADA DE SEGUROS GENERALES S/ ORDINARIO” Expte. N° A-2RO-379-C1-14).

No comparto en lo absoluto y no surge del propio reclamo del actor ni de la sentencia dictada que el monto concedido lo haya sido en concepto de lucro cesante sino por el contrario y tal como se indica en la sentencia recurrida por privación de uso, estimándose a esos fines desde la fecha del hecho denunciado (02/05/2017) y hasta la fecha de la sentencia de primera instancia (25/09/2018) la suma de \$ 50.000.-, lo que importa reconocer por dicho rubro la suma de \$ 349.- diarios (\$ 50.000.- / 143 días = \$ 349.-), lo que no parece desmedido en modo alguno, máxime cuando el actor ha acreditado que el vehículo era utilizado además en tareas laborales. Tal vez esta última ponderación efectuada por el sentenciante a los fines de valorar la procedencia del

rubro, lleve al recurrente a sostener equívocamente la incongruencia de lo resuelto con lo peticionado.

Como se ha dicho no se ha advertido que el monto concedido por el rubro en análisis resulte desmedido, máxime cuando además se ha ponderado sobre el mismo la aplicación de una tasa de interés puro del 8 % anual desde la fecha del hecho y hasta la fecha de la sentencia disponiéndose que a partir de la misma resultan aplicables los intereses fijados por el cívico tribunal en “Fleitas”, no siendo esta tasa además cuestionada por la actora en su recurso.

4.2.-Respecto del agravio referido a la concesión del daño moral la demandada sostiene que el actor reclamó el concepto en base a tres presupuestos: violación al deber de información, trato digno y prácticas abusivas previstas en el la LDC. Destaco como fundamental para el análisis de este agravio que la demandada recurrente no propicia la disminución del monto concedido sino por el contrario su procedencia, de modo que verificada ésta nada más debiera analizarse.

En la demanda, al efectuar el reclamo del rubro (ver fs. 7 y vta., punto IV, 1), el actor sostiene:

“No es necesario extenderse en demasía para comprender el inmenso daño moral que la situación de autos ha causado al actor, debido a la incomprensible conducta de la demandada. La afrenta moral configurada por la falta de trato digno, le ha provocado un malestar profundo, caracterizado por angustia e impotencia al no resolverse su problema.

Por este concepto, cuya apreciación quedará librado al criterio de V.S. Merece atención especial en función a las características del caso, ya que no se trata de un mero incumplimiento en una relación contractual común, sino de un incumplimiento en una relación de consumo, teniendo en cuenta la buena fe contractual y la buena voluntad por parte del actor, y la mala fé y conducta totalmente indiferente y dilatoria de la demandada...

La angustia sufrida a consecuencia de los hechos que nos ocupan, le penosa recurrencia incumplidora de la demandada, el padecimiento que durante la tramitación de su reclamo ha sufrido ella actor en el marco de una relación de consumo la cual V.S. Debe valorar en función de esa cotidiana necesidad de bienes y servicio que posee todo habitante, y en fin, el grave e ilegítimo desorden que trajo a su vida todas las actividades tendientes a finalizar con una situación ilícita no causada por la parte actora...”

Se advierte que desde la denuncia del siniestro obrante a fs. 35/36 por parte del actor, la

que fue abonada con una certificación de la denuncia judicial por robo efectuada por su parte, la aseguradora demandada nada hizo, siquiera se presentó en la causa penal tendiente a verificar la denuncia efectuada, las medidas adoptadas, la posibilidad de sugerir la que estimara convenientes, etc. Pero además de ello mantuvo para con su asegurado, frente a una clara denuncia efectuada en los términos del contrato celebrado un silencio incomprensible, no requiriendo información adicional al asegurado -y eventualmente la suspensión de los plazos- y mucho menos expidiéndose frente al siniestro denunciado en forma concreta y clara y dentro de los términos de ley (arts. 46, 56 y cctes. Ley 17418). Es más recién al momento de contestar la demanda incoada en autos, a más de 5 meses de denunciado el siniestro, pretende invocar la culpa grave del actor asegurado en los términos del art. 70 de la LS y cláusula 5 de la póliza contratada, sin haber invocado esa causal de rechazo en forma tempestiva tal como hemos destacado, además de haber consentido la sentencia aquí dictada en lo que hace a la configuración del incumplimiento contractual en que ha incurrido.

En los autos citados, con voto del Dr. Martínez se ha dicho:

“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/ Trevisan’* (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).

A partir de allí, hemos de tener en cuenta además – tal como lo hecho desarrollado precedentemente- que no debemos comparar solo los números, sino al poder adquisitivo o valor constante de las indemnizaciones de manera de que el fenómeno inflacionario no resulte ser un incentivo para quien rehúye la reparación del daño, ni que nos aleje de la reparación plena que además de una incuestionable base legal, tiene sustento constitucional y convencional.

Entiendo que la indemnización es justa y tampoco advierto razón para incrementarla en lo que respecta a este rubro en función del hecho nuevo alegado. Sin duda la promoción de la ejecución prendaria no es ajena al incumplimiento de la demandada y su actitud renuente al reconocimiento y satisfacción de los derechos del actor, ha incrementado el daño, mas entiendo que el importe reconocido en la instancia de origen cubre también tal afección no justificando su incremento como pretende el accionante.

En orden a los precedentes y más allá de insistir que en este aspecto la expresión de agravios no cumple con la carga de fundamentación impuesta por el art. 265 del CPCyC, he de señalar a mayor abundamiento que en la sentencia de fecha 19/08/2016 correspondiente al Expte. A-2RO-316, reconocimos la suma de \$ 100.000.- a valores del 16/02/2016, por la venta de un vehículo con defectos y falta de adecuada respuesta a los reclamos del consumidor. En la sentencia de fecha 30/08/2016 correspondiente al Expte. 42412, y a valores del 9/11/2015, con voto de los Dres. Mariani y Soto, se reconoció por incumplimiento contractual y trato indigno al consumidor, cuando no se había llegado a la privación del uso del rodado adquirido sino simplemente al mantenimiento indebido de la prenda, la suma de \$ 30.000.- . Por último, en la sentencia de fecha 31/10/2017 correspondiente al Expte. N 33713-10, confirmamos una indemnización de \$ 100.000.- acordada por la sentencia de primera instancia de fecha 07/12/2016, frente a otro caso de violación de los derechos del consumidor vinculados al uso de un automóvil y en circunstancias que en mi opinión el perjuicio sufrido por el actor fue menor al del presente.”

En la sentencia en recurso se lee:

“Daño moral: Reclama el actor daño moral alegando para ello la violación a la Ley de Defensa del Consumidor vinculadas al deber de información, trato digno y prácticas abusivas entre otras.

Más allá de los motivos que pudo creer tener la aseguradora para excluir cobertura, lo cierto es que incumplió con las comunicaciones necesarias impuestas por la ley de

seguros, quedando aceptado en forma tácita la cobertura del siniestro, lo que tornaba exigible el pago del siniestro en los términos del contrato.

La demora por tanto se torno en injustificada, conllevando que el actor no sólo no contara con el vehículo que constituía su medio de transporte, sino que habría afectado en el desenvolviendo de su actividad económica con preocupaciones, cambios de estado de humor, lo que fue relatado por los testigos que han declarado en la audiencia de prueba.

Se evidencia que la falta de respuesta oportuna, el incumplimiento oportuno de la prestación debida en función del contrato de seguro ha causado un perjuicio moral con afección a los sentimientos. En tal sentido se ha definido al daño moral como " una modificación disvaliosa para la persona en su capacidad de entender, querer o sentir, o en la aptitud de actuar, que se traduce en un modo de estar y desenvolverse, diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de este y perjudicial para su vida.... En definitiva, los perjuicios morales muestran reflejos negativos de una afrenta injusta en la subjetividad del afectado.."(Matilde Zavala de González, La responsabilidad civil en el nuevo Código, , tomo II, pág. 583/84, Ed. Alveroni Ediciones).

Considerando la dificultad para cuantificar el rubro, pues se intenta otorgar valores compensatorios de prestaciones sustitutivas, y siendo que se ha acreditado en autos que como consecuencia del incumplimiento contractual se ha causado y afectado la tranquilidad de espíritu, vinculados a afecciones legítimas, provocando angustias, preocupaciones e incertidumbres; tomando como pauta el monto peticionado en la demanda el que se muestra razonable en función de la prueba rendida en autos, en especial la testimonial, y las facultades del art. 165 del CPyC corresponde reconocer por el la suma de \$ 50.000 a valores actuales a la fecha de la presente sentencia. Monto que devengará un interés anual puro fijo del 8% desde el 02/5/2017 hasta la sentencia, y a partir de la sentencia se aplicara la tasa vigente determinada en la doctrina obligatoria del STJ."

Nada ha cuestionado la recurrente respecto de los claros fundamentos vertidos por la sentenciante para acoger el rubro, fundándose solamente para la impugnación del mismo en la descalificación de los testimoniales de Guíñez, Pereda y Aramburu. Extrañamente el primero de los nombrados ha sido ofrecido como testigo por su parte (ver fs. 43 vta, punto VIII, 4). Examinadas esas declaraciones no se advierten la circunstancia denunciadas por la recurrente para la descalificación de esa prueba, esto es

animosidad. Es más Guíñez denuncia ser conocido no amigo del actor. Por lo demás la sola circunstancia de declararse amigo no puede importar sin más la descalificación del testimonio máxime cuando se advierte una coincidencia entre las declaraciones prestadas en autos. Por último el art. 456 del CPCyC dispone:

Idoneidad de los testigos

Artículo 456 - Dentro del plazo de prueba, y antes de celebrarse la audiencia de prueba, o en el momento de celebrarse ésta, las partes podrán alegar y probar acerca de la idoneidad de los testigos. El juez apreciará, según las reglas de la sana crítica y en oportunidad de dictar sentencia definitiva, las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones.

Es claro entonces que el cuestionamiento de la mayor o menor idoneidad de los testigos resulta inoportuna, extemporánea en esta instancia, debiendo introducirlo en las oportunidades procesal que dispone el rito, destacando además que el testigo Guíñez fue ofrecido por el propio recurrente por lo que mal puede pretender cuestionar su idoneidad.

Destaco en particular la declaración de Concetti, quien resulta productor de se seguros de la demandada, quien manifiesta que el actor tuvo que concurrir varias veces a su oficina, que la accionada en este caso -como en otros similares- ordenó y realizó una investigación tendiente a determinar la veracidad de la denuncia de robo efectuada por el actor. Por último es dable constatar que el actor al formular la denuncia penal, no ocultó en apariencia ningún dato respecto del vehículo, incluso aquéllos que eventualmente podrían desfavorecerlo frente a su aseguradora (que quedó estacionado en la vía pública, que se encontraba con un vidrio roto, que el cierre centralizado a veces fallaba) no habiendo su contratante aquí demandado tenido una conducta diligente, clara y concreta acerca de la aceptación o no del siniestro denunciado.

Al respecto, y en el precedente de esta Cámara antes citado, se ha dicho:

“En primer lugar, no le asiste razón al demandado al mencionar que no se ha realizado una correcta aplicación del derecho, ya que nos encontramos ante una relación de consumo concretada entre un consumidor asegurado y una empresa aseguradora.

De ello se deriva que la Ley 24.240 es de aplicación al caso, así como la Ley 17.418, sin que esta última desplace la aplicación de la primera, siendo más bien complementarias.

Ya dicha cuestión fue tratada en el precedente `Baffoni` de nuestro Superior Tribunal de Justicia, siendo ilustrativo traer a colación un fragmento del mismo: “En este derrotero, hay que señalar que dentro de la actividad aseguradora nacional la defensa del

consumidor se encuentra garantizada por la vigencia de los regímenes que establecen las leyes 17.418 de contrato de seguro, 20.091 de los aseguradores y su control y 22.400 de productores y asesores de seguros; constituyendo este complejo normativo la trama que protege al consumidor, como consecuencia de la evolución propia de la actividad. No obstante ese plexo normativo específico de protección, particularmente en materia de contrato de seguro, considero que la Ley de Defensa del consumidor ha venido a ampliar el sistema de protección a todas luces insuficiente que instauran las normas específicas y ha permitido que los tribunales puedan pronunciarse con fundamento en ella y a favor del consumidor, en situaciones que no siempre resultaban claras y contundentes con el régimen de seguros. Asimismo, no hay dudas de que el seguro como servicio queda involucrado en el régimen de la Ley N° 24.240, sin que ello implique desplazamiento de los demás cuerpos normativos, los que deben aplicarse coordinadamente. En este sentido se ha sostenido que: `...no existe una colisión, sino que la superposición provocaría en ciertos casos una más amplia tutela de los derechos del asegurado consumidor (...) según la interpretación sistemática superadora de esta aparente contradicción o superposición, de sentido sumario, toda la tutela que la Ley de Seguros confiere al asegurado es el piso o mínimo y en los casos en que la relación contractual asegurativa pueda ser calificada de relación de consumo, se suman como techo las normas protectivas de máxima, que provienen de la denominada Ley de Defensa del consumidor (...). Esta interpretación sistemática permite apreciar finalmente que queda incólume la autonomía del derecho de seguro y que el mismo abre generosamente la posibilidad, poniendo en evidencia su dinamismo para adaptarse a los cambios sociales y económicos`. (Conf. Scolara, Eduardo R., 'Derecho del consumidor y Ley de seguros', en Derecho de Seguros, págs. 858/862)". (Baffoni, Laura Cecilia c/ la Segunda cooperativa limitada de Seguros Generales s/ Recurso s/ Casación, Expte. 20275/05, fecha Se: 30/03/2006).

A mayor abundamiento, resulta explicativa la siguiente jurisprudencia que realiza un análisis concreto de la relación de consumo a la que venimos haciendo referencia: "La demandada es una compañía de seguros en los términos de la ley que regula la actividad -Ley 17.418 -, y como la normativa de defensa del consumidor no limita ni distingue la naturaleza del servicio, el caso de marras queda alcanzado por las previsiones de la ley 24.240. No cabe duda que la demandada es una proveedora de un servicio: el seguro. Su actividad encuadra en las previsiones del Art. 2 del régimen consumerista, pues participa en la oferta de bienes y servicios en el mercado y al público indeterminado. La

actividad aseguradora se encuentra alcanzada por las premisas del artículo mencionado. Tampoco hay duda que el asegurado es un usuario o consumidor, por ello goza de una mayor protección como consecuencia de ser parte de una relación de consumo en virtud del régimen tuitivo aplicable. Recordemos que la Ley 24.240 desde el enfoque imperativo de un plexo de orden público, se articula como bisagra de las relaciones de consumo, avanzando sobre el Derecho Público, en cuanto no parte de la igualdad y libertad de las personas involucradas, sino que se trata de lograr esa igualdad o posibilitar una mayor libertad." (Cámara Civil y Comercial de Apelaciones N° 6 de Córdoba, `Basualdo, A. c. Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada´, Sent. N° 130, de fecha 08.10.2009)...

Continuando con los argumentos exployados por la recurrente, en su afán recursivo trata de aferrarse a los resultados de la pericial contable realizada en extraña jurisdicción, que a su entender prueban su postura defensiva.

Repasando las expresiones del informe contable, éste muestra que el demandado ha realizado peritaje sobre la unidad, la cual arrojó el resultado de un 75,47 % dando lugar a una posible pérdida total.

Suma información el experto en cuanto al análisis del daño realizado por el Sr. Roberto Taboada, supervisor de riesgos patrimoniales de la aseguradora, quien informa que los daños estimados del automotor representan más del 73 % del valor de la unidad en plaza, por lo que se estaría ante un daño parcial.

Puede observarse que es la misma aseguradora quien, a través de su analista de riesgos patrimoniales, baja el porcentaje posible de destrucción del automotor en su propio beneficio, y en base a ello se escudó para repeler el reclamo realizado por el asegurado.

No es un detalle menor, que nada de esto se le haya comunicado fehacientemente al asegurado -ahora actor -, lo que se desprende del detalle del experto contable en su respuesta al punto 9 de la pericial respectiva, en franca violación de sus derechos como consumidor de un servicio de aseguramiento y con un reclamo en trámite.

Si bien la ley de seguro no hace mención al deber de información a los asegurados, el art. 42 Constitución Nacional garantiza a los consumidores y usuarios de bienes y servicios, acuerda en el marco de una relación de consumo, el derecho a una información adecuada y veraz.

El mismo deber para los proveedores de bienes y servicios se ve reflejado en el artículo 4 de la Ley 24.240.

Y quiero destacar esto, porque está íntimamente relacionado con la buena fe

contractual, y lo que las partes entendieron o pudieron entender respecto al desarrollo del íter contractual en el marco de la relación de consumo.

Ello se concatena con el reclamo en primera instancia por destrucción total y la actividad desplegada a continuación por el demandado, quien conforme lo informado por el perito contador en el punto 9 envió solo dos cartas documentos al asegurado, la primera de fecha 19/03/2013 para suspender los plazos legales acorde Ley 17.418, y una segunda de fecha 06/03/2014 para informarle que se encontraba dispuesta a ofrecerle una nueva oferta con valores actualizados.

Puede observarse que el demandado se tomó más de un año para contactarse nuevamente con el asegurado, acogiendo recién en la segunda el siniestro, aunque transformándolo en una cobertura por daño parcial.

En tan sentido se ha dicho que: ‘La observancia del principio de buena fe requiere que en la relación jurídica la parte exhiba un comportamiento leal y adecuado a la creencia y confianza despertada en la otra manifestando la palabra empeñada desde el proceso formativo mismo, haciendo inadmisibles la contradicción de una conducta previa ... nos referimos a las cargas de transmisión, de diligencia, de información, de cooperación, etc. Que recíprocamente las partes esperan la una de la otra. Se trata de comportamientos añadidos a las prestaciones principales ...o dicho de otro modo, deberes basados en la consideración que según la equidad espera razonable y fundadamente, cada parte, de la otra’ (Stiglitz-Stiglitz, ‘El seguro Contra la Responsabilidad Civil’, págs. 201, 207/208).”

Surge como hemos visto de la testimonial de Concetti que en la especie la demandada ordenó una investigación del siniestro no habiendo informado al asegurado de la misma, mucho menos aún de su resultado. Es decir ha mantenido una postura de absoluta desidia frente al claro siniestro denunciado por su asegurado, no adoptando medida alguna, no acreditando haber informado al actor de la conducta adoptada frente al mismo y de su resultado y mucho menos aún de la decisión adoptada respecto del siniestro, situación que se consuma con su aceptación por obra de lo dispuesto en el art. 56 de la LS. Si bien es cierto que la actora en su demanda requirió la exhibición por parte de la demandada del legajo del siniestro del que podría eventualmente surgir la información mencionada (ver fs. 9, punto VII, 2) a fs. 48 vta. al proveerse la prueba la magistrada interviniente dio por cumplida dicha petición con la documentación aportada por la aseguradora demandada al contestar la demanda (fs. 23/36) sin haber planteado el actor medida alguna contra dicha providencia. También es cierto que la aseguradora

pudo y debió adjuntar esa documental al contestar la demanda en autos.

Frente a lo expuesto la pretensión de la improcedencia del daño moral resulta sin sustento alguno.

5.-Ingreso ahora al tratamiento del recurso de la actora.

5.1.-El primer agravio desarrollado por su parte es el relativo a la no recepción del daño punitivo en la sentencia en recurso.

Al respecto, la sentencia dispuso:

“Daño punitivo: Finalmente el actor solicita se aplique a la demandada la suma de \$100.000 o el equivalente a 100 IUS en concepto de daño punitivo.

Se explica, y se comparte la postura, 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".( Peyrano Jorge citando al Dr. Pizarro en " 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, se 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 Stiglitz 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).

Ahora bien, considerando que la demandada tanto en la instancia de mediación y luego en la audiencia preliminar ofreció a la actora la suma de \$ 150.000 con más las costas; y considerando las circunstancias particulares en las cuales se cometió el robo del

vehículo lo que es reconocido por el propio actor en la denuncia penal- ; entiendo que la compañía pudo entender que existían motivos para investigar el siniestro y excluir la cobertura.

Ahora bien, el incumplimiento de la oportuna comunicación para suspender la cobertura, llevo a la aceptación tacita del siniestro, por lo que si bien se advierte que existe una conducta negligente por parte de la demandada, generadora del daño que debe ser resarcido, no se configura una conducta grave que se asimile al dolo y desprecio al consumidor. Destacando que las repercusiones económicas y morales han sido reconocidas en los rubros precedentes.

Es por ello, que entiendo que no se encuentran, por las particularidades del caso y las circunstancias en las que se produjo el robo, configurado el supuesto que habilite a imponer daño punitivo, a todo evento, máxime cuando habría efectuado un ofrecimiento conciliatorio que no fue aceptado por el actor.”

El sustento para denegar el rubro en análisis ha sido que la accionada ofreció en la audiencia preliminar (corrijo, ha sido en la audiencia de prueba ver fs. 57) a la actora la suma conciliatoria de \$ 150.000.- más costas y las circunstancias particulares en que se cometió el robo, sumando además que no se pondera a la conducta de la demandada como grave o desaprensiva.

No comparto tal análisis y doy razones. Por el contrario estimo que se evidencia una clara despreocupación de la aseguradora demandada para con su contratante, habiendo este último actuado de buena fe al denunciar el siniestro y las condiciones reales en que se hallaba su vehículo al momento del robo denunciado. Ante esa denuncia la demandada procede aparentemente a realizar una investigación interna del siniestro, nada le comunica a su asegurado, no se apersona en la causa penal, no suspende los plazos para expedirse para por fin por el vencimiento del plazo legal aceptar tácitamente el siniestro. Más aún, consumada esa aceptación se presenta en autos y sin adjuntar el legajo del siniestro, del que surja la supuesta y no acreditada investigación, invoca la culpa grave del asegurado ya vencidos todos los plazos para formular ese reproche y recién en la audiencia de prueba (fs. 57) a más de 10 meses de denunciado el siniestro - en lo que entiendo es la propia admisión de su sinrazón- ofrece una suma a modo de conciliación que ni siquiera es comprensiva a esa fecha del valor de reposición contratado en la póliza \$ 134.200.- con más sus intereses, toda vez que de conformidad al cálculo efectuado por el sistema obrante en la página web del Poder Judicial dicho importe arroja a esa fecha la suma de \$170.299,26.-. Si como dice la magistrada la

demandada “pudo entender que existían motivos para investigar el siniestro y excluir la cobertura” debió obrar de buena fe anoticiando de la conducta adoptada a su asegurado, ejerciendo sus defensas de modo apropiado y tempestivo y no adoptar por el contrario una conducta desaprensiva (RAE: que obra sin atenerse a las reglas o sin miramiento hacia los demás) y poco profesional (art. 1725 del CCyC) para con su contratante, quien se vio privado de su medio de movilidad e imposibilitado de sustituirlo. Debió además al presentarse en autos adjuntar las constancias documentales que acrediten la eventual actividad desplegada por su parte ante la denuncia del siniestro y la información de esa actividad a su contratante y con relación al ofrecimiento dinerario efectuado en autos solo entiendo que podría evaluarse su conducta a los fines de eximirlo del daño punitivo reclamado de haber, al momento de su primera presentación, dado en pago el monto contratado por robo total en favor del asegurado demostrando de ese modo su voluntad de cumplir sus compromisos. Lejos de ello y vencidos ya todos los plazos para el rechazo del siniestro, invocó la culpa grave del siniestro.

Es por lo expuesto que estimo la conducta de la demandada amerita el acogimiento del rubro pretendido.

Considero ilustrativo compartir el informe de elevación de la Ley 26361 que introdujo el daño punitivo a través del artículo 52 bis, que señala como fundamentos de esta incorporación, los siguientes: ‘El artículo propuesto incorpora al estatuto del consumidor la figura del daño punitivo del Derecho anglosajón, consistente en una sanción de multa a favor de aquél cuando ha sido víctima de una conducta disvaliosa del proveedor. Distinta de las demás sanciones impuestas a éste en tanto en cuanto afecta al conjunto social con esa conducta, y distinta también de las indemnizaciones por daños concretos que deba reparar. Es de la misma naturaleza que el resarcimiento actualmente vigente del veinticinco por ciento de toda la suma reclamada o concepto indebido facturado, dispuesto a favor del usuario de servicios públicos por el artículo 31 de la ley, así como también similar a otras multas o sanciones establecidas en nuestro ordenamiento jurídico por diversas normas del Derecho Civil o Laboral. Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio, pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad. Acerca de esta multa civil, como también se la llama, se establece la facultad del juez de aplicarla y graduarla conforme la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, estableciendo un tope en tributo al principio de reserva de la ley penal, atento al carácter punitivo del instituto’. (El resaltado me pertenece).

La 'perversa ecuación' a la que hace referencia, es la que motivó la incorporación al Estatuto del Consumidor de los daños punitivos otorgándole a los jueces la posibilidad de aplicarlos y graduarlos conforme las inconductas de los proveedores acreditadas.

Pero su fin último ha sido corregir del mercado esta 'ecuación perversa' que se encuentra íntimamente relacionada con las practicas abusivas que son las que dan forma practica de aplicación de la misma en el mercado.

Como puede inferirse es el impacto económico del derecho de prevención el que impulsa a una empresa a evaluar la mayor rentabilidad aportada por cometer un perjuicio en la sociedad al comercializar un producto o servicio mediante una practica abusiva, que invertir dinero en corregir dicha practica ajustando un protocolo de acción sujeto a derecho.

En autos puede observarse que la demandada ha preferido el desinterés, silencio, la falta de respuesta, la inacción, la falta de oportuna información.

Y ahí puede inferirse que nos encontraríamos en presencia de esta 'perversa ecuación', siendo más beneficiosa esa actitud que asumir sus obligaciones contractuales y legales.

Se manifiesta esa conducta desinteresada, desaprensiva al ofrecer en autos tardíamente una suma que ni siquiera arribaba a la que fue materia del contrato celebrado con el actor.

Con el voto rector de Dra. Mariani en el expediente N° 35524-J5-12, sentencia de fecha 26/08/2014, este tribunal ha dicho "Maguer la solución que propongo, entiendo que es propicia la ocasión para apuntar que, a mi juicio, la falta que amerite punición debe ser de gravedad indiscutible.- En tal sentido, la doctrina ha sido profusa y ha definido los "daños punitivos" como aquellos "otorgados...para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro". También "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (conf. Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", en "Derecho de Daños", segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, págs. 291/292; citado en Picasso, S., "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor" publicado en Suplemento especial La Ley, "Reforma a la ley de defensa del consumidor", abril de 2008)".- Existe coincidencia en doctrina respecto de que el sustento jurídico y axiológico de los daños punitivos está dado en función de la prevención de futuras conductas reprochables, sancionando al sujeto dañador. Es decir,

vía la pena, disuadir comportamientos antisociales y desalentar la obtención de beneficios indebidos propios de los ilícitos lucrativos: aquellos supuestos en que deliberadamente se produce daño a sabiendas de que el resarcimiento a la víctima será inferior a las ganancias obtenidas. Dicha multa, tal como lo especifica la norma, es independiente de otros resarcimientos que correspondan y es graduada considerando la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, la índole del hecho generador, proporcionalidad de la sanción con la gravedad de la falta, valor de las prestaciones, caudal económico de quién lo debe satisfacer, su repercusión social, gravedad de la conducta del accionado en los términos del beneficio que obtiene y el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o el usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia, equidad como regla para establecer los montos, etc. (Ver ALTERINI, Atilio Aníbal, "Las reformas de la Ley de Defensa del Consumidor. Primeras lecturas veinte años después" en diario La Ley del 9.4.2008; MOSSET ITURRASPE-WAJNTRAUB, "Ley de Defensa del Consumidor", pág. 278 ss. y ccs., 2008).- El maestro Lorenzetti Ricardo, en su obra "Consumidores" ed. Rubinzal Culzoni, ilustra que el instituto de los daños punitivos "...tiene su origen en el common law. En el derecho inglés, suele citarse en tal sentido el precedente "Hucke vs. Money", de 1763, donde se otorgaron para sancionar el ingreso ilegal en la casa de una persona con el fin de procurar evidencias en su contra. En 1964, en el leading case "Rookes vs. Barbard" se restringió su aplicación únicamente a los casos en que haya una disposición legal que los autorice o cuando se trate de sancionar una conducta vejatoria, opresiva, arbitraria o inconstitucional de un funcionario público o cuando el autor del ilícito actuó sobre la previsión de que la ganancia que podía obtener con él sería mayor a la eventual indemnización a pagar al damnificado. En los Estados Unidos -con la salvedad de que ciertos Estados no los aceptan, o requieren para su imposición una expresa previsión legal-, se admiten en general en los casos de daños lucrativos, o cuando el actor actúa con el propósito deliberado de dañar. Uno de los supuestos en los que se han aplicado, es, precisamente, el de la comercialización de productos elaborados, o con inadecuados controles de calidad, o mediando publicidad engañosa o falta de suficiente información al usuario, siendo uno de los precedentes más conocidos "Grimshaw vs. Ford Motors Co.", en el cual se sancionó a una empresa automotriz que, habiendo detectado un vicio de diseño en un modelo de vehículo que podía llevar a su explosión en determinadas

circunstancias, prefirió -sobre la base de un cálculo costo/beneficio- no eliminar el defecto en cuestión y afrontar las indemnizaciones que eventualmente se establecieran a favor de las posibles víctimas. En general, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, la aplicación de los punitive damages es excepcional en materia contractual" (Lorenzetti, ob. cit. pág. 558/559).- Culmina el dr. Lorenzetti indicando que como presupuestos para que proceda su aplicación, suele requerirse una conducta especialmente grave o reprobable del dañador, caracterizada por la existencia de dolo o una grosera negligencia. En general se exige también que exista un daño efectivamente sufrido por la víctima" (ob. cit. pág 559), señalando que "Para la aplicación del instituto es necesario que el hecho cause un perjuicio al consumidor. Ello puede fundarse tanto en la palabra "damnificado", empleada por la norma, como en el art. 1067 del Código Civil que requiere la existencia de un daño para que exista "acto punible".- Señalan Trigo Represas- López Mesa: ("Tratado de la Responsabilidad Civil", TºVI, ed. La Ley), citando a Zavala de González Matilde "Se conceden para sancionar al damnificado por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable, se trata de situaciones intolerantes e irritantes, "en las que el resarcimiento del perjuicio no silencia las repercusiones de inequidad e inseguridad (pág. 500), agregando que "según la primera parte del artículo, bastaría con el incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, sin importar si hubo dolo o culpa por parte del proveedor o si este se enriqueció para que la figura proceda. Esto es absurdo. Sólo los ilícitos de una particular gravedad deberían habilitar la aplicación de los daños punitivos. No debería bastar cualquier incumplimiento, sino de debería tratarse de una conducta malsana, rayana en el dolo, maliciosa, de grave menosprecio a los derechos individuales y colectivos. Incluso en el Common Law están severamente limitados a casos particulares y no proceden en materia contractual, salvo algunos casos de fraude. Tampoco son compatibles con la responsabilidad objetiva" (ob. cit. pág. 502, citando al final a Pizarro Ramón).- En un sentido similar parece enrolarse el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, llamando a esta punición "sanción pecuniaria disuasiva", disponiendo en el art. 1714 \\ "El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva...Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador y la posible existencia de otras

sanciones penales o administrativas...".- Me he explayado respecto del daño punitivo en la norma consumerista solamente para dejar sentado mi criterio respecto de que su receptación debe obedecer a una conducta gravemente reprochable y no a cualquier omisión legal o contractual.- En el caso que nos ocupa, siendo que de compartir mi criterio se rechazará la pretensión de modificación del texto de la facturación de la prestadora, la consecuencia es que no hay falta (la que reitero, debería ser gravísima) que amerite la penalización receptada.”

A este esclarecedor voto ha adherido el estimado colega Dr. Soto en los siguientes términos: “En el artículo "Daño Punitivo" -por Guillermo Pedro Tinti y Horacio Roitman, publicado en la Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2.012 - 1, "Eficacia de los derechos de los consumidores", pág. 207 y siguientes, Santa Fe, 13 de junio de 2.012- los autores señalan los requisitos que consideran procedentes para el acogimiento de dicha sanción pecuniaria; que son: a) La existencia de una víctima del daño -En el caso "Navarro, Mauricio José c/ Gilpin Nash, David Iván", se dijo que: "Para poder reclamar el daño punitivo resulta necesario que alguien haya experimentado un daño injusto, pero también es imprescindible que exista una grave inconducta o que se haya causado un daño obrando con malicia, mala fe o grosera negligencia; y, por último, no puede dejar de reclamarse a aquella finalidad contenida en el instituto; disuadir ulteriores hechos análogos, es decir, evitar que esa conducta que aparece reprobada pueda ser reincidente, con mas razón si se detecta que a las empresas infractoras les resulta mas beneficioso económicamente indemnizar a aquellos damnificados que puntualmente han reclamado la aplicación de la ley, que desistir de su práctica lesiva ..."- b) la finalidad de sancionar graves inconductas -La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, en el fallo "Cañadas Pérez, María c/ Bank Boston NA s/ Daños y Perjuicios", se estableció que " ... La aplicación del daño punitivo al proveedor demandado, en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240 - incorporado por el art. 25 de la ley 26.361- tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares, es decir, importa una condena extra que se impone ante una conducta que se aparte gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente ...".- c) la prevención de hechos similares para el futuro -En el caso "Anglada, Noemi Angela y otro c/ Bristol Medicine S.R.L.", el tribunal Civil y Comercial de San Isidro, dispuso que "... tratándose el daño punitivo de una reparación que se concede al damnificado no para indemnizarlo por el daño padecido sino para

disuadir al demandado de que intente conductas similares en lo sucesivo (...) Resulta procedente imponer una multa civil, en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240, a una empresa de medicina prepaga que aumentó en forma automática la cuota correspondiente a un afiliado por razones de edad, ello a fin de incentivar a que no ocurran nuevos incumplimientos"... Resulta necesario que alguien haya experimentado un daño injusto. El instituto forma parte de la teoría general de la responsabilidad por daños, ante lo cual se descarta la posibilidad de aplicación sin la existencia de damnificado ...".- Este es el criterio que se comparte, aún cuando la ley 24.240 impone como única exigencia para que resulte aplicable la figura, "que el proveedor no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor".- Aún cuando soy partidario de la necesidad de su aplicación, es en las condiciones antes señaladas, ya que no advierto útil su estandarización.- El daño punitivo no es resarcitorio, sino una sanción pecuniaria que castiga al infractor cuando económicamente le conviene indemnizar los casos presentados, antes que corregir la matriz causal del incumplimiento y por tanto, como principio de prevención del daño.- Comparto lo dicho por Rubén S. Stiglitz y Ramón Daniel Pizarro - "Reformas a la ley de Defensa del Consumidor", L.L., 16-3-09; en cuanto señalan: "El presupuesto de hecho que determina la aplicación de la indemnización punitiva es de una extrema laxitud y se encuentra en pugna con todos los antecedentes de la figura en el Derecho Comparado. La ley dispone su procedencia con relación al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, sin exigir ningún otro requisito, lo cual es absolutamente excesivo. No cualquier ilícito (contractual o extracontractual) debería ser apto para engendrar una sanción tan grave. Existe consenso en el Derecho Comparado en el sentido que las indemnizaciones o daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la 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, Atenta contra la esencia misma de la figura y contra la eficacia de su regulación abrir sus puertas frente a cualquier incumplimiento o ilícito extracontractual. Lo importante es la gravedad, la reiteración, el menosprecio por el consumidor, el desdén, la indiferencia o la eventualidad de que la conducta se repita. En definitiva tiende a su cese".- En estas palabras expreso mi adhesión."

Que contra dicho precedente citado, la parte actora entabló recurso de Casación el cual

fue denegado, y recurriendo ante la alzada por interposición de un recurso de Queja, el cual si bien fue rechazado el cívico Tribunal se expidió dejando a salvo la correcta posición asumida por la Cámara en estos términos: “En relación al recurso principal y los obstáculos señalados por la Cámara para su improcedencia, se advierte que los mismos corresponden a parámetros correctos de inadmisibilidad, los cuales la recurrente no ha logrado rebatir, pues aplicar daños punitivos a la demandada corresponde a una previa evaluación de circunstancias de hecho y prueba exclusivas del grado y exentas de casación. Además, la interpretación clara y literal del art. 52 bis de la Ley 24240 no arroja dudas al establecer que dicho poder sancionador es facultativo -y no imperativo- para el mérito, por lo tanto, la disconformidad subjetiva de la quejosa referida a esta cuestión es irrevisable en casación salvo absurdo extremo, circunstancia que tampoco se ha logrado demostrar.” (Voto del Dr. Barotto sin disidencia). (STJ. Expte. CS1-167-STJ2016 - 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 C / CABLEVISION S.A. S / SUMARISIMO S/ QUEJA. SENTENCIA: 82 – 02/11/2016).

Ahora bien, determinado que a mi juicio, de conformidad al comportamiento evidenciado por la aseguradora demandada, el rubro en análisis debe ser receptado, pretende el recurrente la aplicación de la fórmula “Testa” elaborada por Matías Irigoyen Testa, a partir de la cual pretende ahora la suma máxima de \$ 5.000.000.- prevista en la norma consumeril. Claramente esa pretensión luce incongruente con la expuesta al demandar en donde se cuantificó la misma en \$ 100.000.- o el equivalente a 100 Jus al momento de la sentencia, la suma que resulte mayor. Esto es el propio actor cuantificó su pretensión adecuando la misma con relación al valor del Jus de modo de evitar la desvalorización de la suma reclamada. Resulta plenamente aplicable lo dispuesto por el art. 277 del CPCyC en cuanto dispone:

Poderes del tribunal

Artículo 277 - El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del Juez de Primera Instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia.

Es claro que la procedencia de la fórmula que ahora propicia no fue introducida en forma oportuna por la actora al demandar, de modo de permitir un amplio debate con la contraria sobre su procedencia y eventual acogimiento. Es claro también que la

introducción tardía de dicha fórmula importa incrementar su pretensión en esta instancia en un 5000 % (\$ 100.000.- contra los \$ 5.000.000.- ahora pretendidos).

A los fines de la evaluación del monto a otorgar por esta partida se advierte que en un reciente precedente con voto del suscripto (Expte. N° B-2RO-219- C9-17) se acordó la suma de \$ 70.000.- por una conducta estimo menos grave en cuanto a la repercusión patrimonial; luego invocó otro precedente (Expte.n° A-2RO-653-C2015), si bien por una cuestión diferente a la aquí planteada, por una indebida información al BCRA de una persona como libradora de un cheque rechazado cuando no resultaba firmante del mismo que fue inmediatamente rectificada por la entidad bancaria, se le reconoció a la actora por daño punitivo al 29/03/2017 la suma de \$ 30.000.-.

En consecuencia y con el alcance expuesto estimo que este agravio debiera prosperar, revocándose la sentencia dictada y haciéndose lugar al daño punitivo por la suma de \$ 100.000.- con más sus intereses a devengar desde la fecha del hecho y hasta la sentencia de primera instancia al 8 % anual y desde allí a la tasa emergente del precedente “FLEITAS” emanado del STJRN hasta la fecha de su efectivo pago.

5.2.-Por último la actora en el punto 4 de su escrito recursivo peticiona que de conformidad a lo resuelto por este Tribunal en los autos “ENTRAIGAS” (Expte. A-2RO-570-C1-14, se disponga tal lo solicitado en su demanda la publicación de la condena a cargo de la demandada.

Dable es decir que a fs. 8 vta. punto IV, 4 de su demanda la actora solicitó se ordene la publicación de la condena que allí peticionaba en un diario de mayor importancia y circulación de la región y en otro de iguales características del país, solicitando que dicha publicación se efectivice los días domingos de cada mes durante dos meses y que contenga la parte resolutive y un resumen de los hechos, el tipo de infracción cometida y la sanción conforme las facultades atribuidas por el art. 164, párrafo segundo del CPCyC y 47 de la LDC.

La magistrada interviniente omite el tratamiento y resolución de esa cuestión de modo que resulta aplicable al respecto lo dispuesto por el art. 278 del CPCyC.

Omisiones de la sentencia de primera instancia

Artículo 278 - El tribunal podrá decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, aunque no se hubiese pedido aclaratoria, siempre que se solicitare el respectivo pronunciamiento al expresar agravios.

La actora incorpora en su escrito recursivo la pretensión de que se resuelva lo peticionado en forma oportuna. Es claro que no puede requerírsele una crítica concreta

y razonada puesto que se trata de una cuestión cuya resolución la instancia inferior directamente omitió, de modo que cumple con su carga a petitioner en esta instancia la resolución de esa cuestión omitida.

La actora funda esa petición en lo dispuesto por los arts. 164 del CPCyC y el art. 47 de la LDC.

La primera de las normas dispone:

Sentencia definitiva de segunda o ulterior instancia

Artículo 164 - La sentencia definitiva de segunda o ulterior instancia deberá contener en lo pertinente, las enunciaciones y requisitos establecidos en el artículo 163 y se ajustará a lo dispuesto en los artículos 272 y 296, según el caso.

Las sentencias de cualquier instancia podrán ser dadas a publicidad salvo que, por la naturaleza del juicio, razones de decoro aconsejaren su reserva, en cuyo caso así se declarará. Si afectare la intimidad de las partes o de terceros, los nombres de éstos serán eliminados de las copias para la publicidad.

Respecto de la publicidad referida en el segundo párrafo, surge de la norma mencionada que resulta facultativa su publicación pese a lo cual es dable destacar que el Poder Judicial de Río Negro diariamente da a publicidad -salvo los expedientes reservados claro- las mismas en la página web oficial, pudiendo incluso consultarse la historia procesal de cada expediente. De modo que esa publicidad ya se encuentra cumplimentada.

El art. 47 de la LDC dispone:

ARTICULO 47. — Sanciones. Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso:

- a) Apercibimiento.
- b) Multa de PESOS CIEN (\$ 100) a PESOS CINCO MILLONES (\$ 5.000.000).
- c) Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción.
- d) Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta TREINTA (30) días.
- e) Suspensión de hasta CINCO (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado.
- f) La pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.

En todos los casos, el infractor publicará o la autoridad de aplicación podrá publicar a

costa del infractor, conforme el criterio por ésta indicado, la resolución condenatoria o una síntesis de los hechos que la originaron, el tipo de infracción cometida y la sanción aplicada, en un diario de gran circulación en el lugar donde aquélla se cometió y que la autoridad de aplicación indique. En caso que el infractor desarrolle la actividad por la que fue sancionado en más de una jurisdicción, la autoridad de aplicación podrá ordenar que la publicación se realice en un diario de gran circulación en el país y en uno de cada jurisdicción donde aquél actuare. Cuando la pena aplicada fuere de apercibimiento, la autoridad de aplicación podrá dispensar su publicación.

El CINCUENTA POR CIENTO (50%) del monto percibido en concepto de multas y otras penalidades impuestas por la autoridad de aplicación conforme el presente artículo será asignado a un fondo especial destinado a cumplir con los fines del Capítulo XVI —EDUCACION AL CONSUMIDOR— de la presente ley y demás actividades que se realicen para la ejecución de políticas de consumo, conforme lo previsto en el artículo 43, inciso a) de la misma. El fondo será administrado por la autoridad nacional de aplicación. (Artículo sustituido por art. 21 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008).

Es dable destacar que dicha disposición normativa se encuentra inmersa en el TITULO II, AUTORIDAD DE APLICACION PROCEDIMIENTO Y SANCIONES, CAPITULO XII, titulado PROCEDIMIENTO Y SANCIONES, el que se refiere con exclusividad al procedimiento administrativo establecidos para la determinación de las infracciones a la ley y las consiguientes sanciones que deben imponerse en virtud de ellas. Por lo demás la norma se refiere a las infracciones verificadas por la autoridad de aplicación y penadas con las sanciones dispuestas en cada uno de los incisos. La autoridad de aplicación se encuentra claramente determinada en el art. 41 de la norma mencionada. La Provincia de Río Negro ha dictado su propia norma (Ley D 4139) estableciendo el PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO, previendo la publicación de las sanciones administrativas impuestas en su art. 16.

Por último las disposiciones referidas a las acciones judiciales se encuentran previstas en el CAPITULO XIII, titulado DE LAS ACCIONES, que contempla los arts. 52 a 54 bis.

Precisamente esta última norma dispone:

ARTICULO 54 bis. — Las sentencias definitivas y firmes deberán ser publicadas de acuerdo a lo previsto en la ley 26.856.

La autoridad de aplicación que corresponda adoptará las medidas concernientes a su competencia y establecerá un registro de antecedentes en materia de relaciones de consumo. (Artículo incorporado por art. 61 de la Ley N° 26.993 B.O. 19/09/2014)

A su turno la Ley 26856 dispone:

ARTICULO 1° — A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales de segunda instancia que integran el Poder Judicial de la Nación deberán publicar íntegramente todas las acordadas y resoluciones que dicten, el mismo día de su dictado.

Las sentencias deberán ser publicadas una vez notificadas a todas las partes.

ARTICULO 2° — La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los demás tribunales inferiores que integran el Poder Judicial de la Nación deberán publicar una lista de la totalidad de las causas que se encuentren en trámite ante dichos estrados, cualquiera sea la vía procesal que hayan transitado. La lista deberá ser actualizada diariamente y deberá indicar número de expediente, carátula y objeto de la causa, fuero de origen, fecha de inicio de las actuaciones, estado procesal y fecha de ingreso al respectivo tribunal.

ARTICULO 3° — Las publicaciones precedentemente dispuestas se realizarán a través de un diario judicial en formato digital que será accesible al público, en forma gratuita, por medio de la página de internet de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resguardando el derecho a la intimidad, a la dignidad y al honor de las personas, y en especial los derechos de los trabajadores y los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Es claro del contenido de la misma que resulta aplicable al Poder Judicial de la Nación sin perjuicio de lo cual se invita a las Provincias “a que dicten en sus respectivas jurisdicciones normas de contenido equivalente a las de la presente ley (art. 7). Es claro que impone la carga de esa publicación al propio poder judicial y dentro de los mecanismos que el mismo provea a esos fines.

Sin perjuicio de no advertir que la provincia haya adherido a dicha norma es claro que el Poder Judicial de Río Negro da a publicidad la totalidad de las sentencias dictadas en su ámbito en la página web [www.jusrionegro.gov.ar](http://www.jusrionegro.gov.ar), con la exclusión de aquéllas que por la naturaleza del trámite o de sus intervinientes, requiera la reserva. Pero además esa página oficial posee un vínculo denominado Comunicación Judicial en el cual se publican noticias de interés relaciones al ámbito y también aquéllas referidas a casos específicos y de interés.

Dicho lo cual entiendo que publicadas -como es habitual- las sentencias dictadas en el presente proceso en dicha página web oficial e incluida la misma con una gacetilla a publicar en el apartado Comunicación Judicial se daría por satisfecha la pretensión de la actora, gacetilla que además deberá el poder judicial compartir con los medios de mayor circulación en la región. Por lo demás habiendo el poder judicial rionegrino suscripto el "Convenio sobre Datos Judiciales Abiertos", podrá evaluarse el compartir dicha publicación con los restantes poderes judiciales. A los fines aquí dispuesto una vez firme la sentencia dictada deberá notificarse a la Dirección de Comunicación Judicial dependiente del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, Lic. Luciano Videla a los fines de que elabore una gacetilla con el contenido de lo aquí resuelto.

Lo resuelto encuentra fundamento en que más allá de las particularidades de la presente causa y del ámbito consumeril en el que se desarrolla no advierto que la misma posea en dicho ámbito un interés general especial o que exceda de lo normal, tratándose de un incumplimiento contractual en el marco de un contrato de seguro, en virtud del cual el actor ha sido debidamente reparado, contemplando además el pronunciamiento dictado el acogimiento del daño punitivo en su favor.

6.-Resta por último el tratamiento del recurso arancelario intentado a fs. 95 por los letrados de la actora, quienes recurren sus estipendios por bajos, advirtiendo que por obra del art. 279 corresponde proceder a una nueva regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes.

Los letrados en su recurso en examen se agravian de la exiguidad del porcentaje atribuido (11 %) comparado con el asignado al letrado de la perdidosa solicitando su elevación al máximo de la escala.

Nos encontramos en presencia de un proceso sumarísimo y al respecto el art. 8 de la Ley 2212 dispone:

En los juicios sumarísimos los honorarios de los abogados por su actividad durante la tramitación del asunto o proceso en primera instancia cuando se tratare de suma de dinero o bienes susceptibles de apreciación pecuniaria, serán fijados entre el seis (6) y el once (11) por ciento del monto del juicio.

De modo que los estipendios en la instancia de grado inferior le han sido determinados a los letrados recurrentes en el máximo de la escala máxime ponderando que no han actuado en el doble carácter que ameritaría la elevación de los mismos conforme lo previsto en el art. 10 de la norma arancelaria y que no han presentado alegato, aún habiendo cumplimentado las dos etapas previstas por el art. 40 de dicha norma.

En consecuencia y sobre un monto base de \$ 415.461.- deberán regularse por su actuación en la instancia anterior los honorarios de los Dres. Diego Andrés Janavel Tejada y Dante Alejandro Cauquoz, patrocinantes de la actora, en conjunto, en la suma de \$ 45.700.-, los del Dr. Justo Emilio Epifanio, patrocinante de la demandada, en la suma de \$ 15.230.- y los de la Dra. Marlenne Sühs, en su doble carácter por la demandada, en la suma de \$ 30.470.- (arts. 6, 7, 8, 10, 20 y 40 Ley 2212).

Las costas por el recurso de la actora estarán a cargo de la demandada y las del recurso de la demandada a su cargo.

Por la actuación en esta instancia, deberán regularse los honorarios de los Dres. Diego Andrés Janavel Tejada y Dante Alejandro Cauquoz, patrocinantes de la actora, en conjunto, en un 30 % y los de la Dra. Marlenne Sühs, en su doble carácter por la demandada, en el 25 %, en ambos casos de los asignados en la instancia anterior.

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

7.1.-Rechazando la apelación de la parta demandada, con costas a su cargo.

7.2.-Hacer lugar al recurso de la parte actora acogiendo el daño puntivo demandado por la suma de \$ 100.000.- con más los intereses determinados en el punto 5.1 de este resolutorios y a la publicación de la sentencia petitionada del modo propuesto en el punto 5.2, con costas a cargo de la demandada.

7.3.-Por su actuación en la instancia anterior regular los honorarios de los Dres. Diego Andrés Janavel Tejada y Dante Alejandro Cauquoz, patrocinantes de la actora, en conjunto, en la suma de \$ 45.700.-, los del Dr. Justo Emilio Epifanio, patrocinante de la demandada, en la suma de \$ 15.230.- y los de la Dra. Marlenne Sühs, en su doble carácter por la demandada, en la suma de \$ 30.470.- (MB: \$ 415.461.-, arts. 6, 7, 8, 10, 20 y 40 Ley 2212).

7.4.-Por la actuación en esta instancia, regular los honorarios de los Dres. Diego Andrés Janavel Tejada y Dante Alejandro Cauquoz, patrocinantes de la actora, en conjunto, en un 30 % y los de la Dra. Marlenne Sühs, en su doble carácter por la demandada, en el 25 %, en ambos casos de los asignados en la instancia anterior.

7.5.-Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan.

EL SR. JUEZ DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ, DIJO:

1.- Compartiendo en lo sustancial los fundamentos expuestos en el voto que antecede, he de adherir a la propuesta de solución del caso que allí se propone.

2.- Estimo no obstante necesario, ante las interpretaciones que permite extraer las consideraciones y citas introducidas en su voto por el estimado colega Dr. Maugeri en

torno al acogimiento del denominado daño punitivo, formular las siguientes aclaraciones.

Por un lado, que al igual que respecto del daño moral, no creo que debamos sujetarnos estrictamente al importe reclamado en la demanda desde una consideración exclusivamente numérica, sino que aunque es menester velar porque se respete el principio de congruencia, atender al problema suscitado por el proceso inflacionario y, en consecuencia, ponderar la suma reclamada permitiendo el mantenimiento de su poder adquisitivo. De lo contrario, alentaríamos al deudor a retardar la sentencia y hasta chicanear el proceso, a fin de obtener una condena menor, lo que contraría principios lógicos y jurídicos.

Por otra parte, en orden a la naturaleza del daño punitivo y los presupuestos para su procedencia, no puedo dejar de señalar que sigo una pauta mucho más amplia que la de autores citados y que desde los precedentes transcriptos, la Cámara, al menos el suscrito y el Dr. Soto, hemos variado nuestra posición en esa línea.

3.- Sobre ambos aspectos cabe colacionar lo que dijera en el presente *‘Recchioni’* (sentencia de fecha 3/09/2018 correspondiente al Expte. A-2RO-825-C3-15), al que adhiriera el también muy estimado Dr. Soto.

Dije en tal oportunidad y considero de aplicación al caso: “4.2.- En lo que respecta al cuestionamiento por el acogimiento del denominado daño punitivo, también he de postular el rechazo del agravio, aunque bajando la indemnización en orden a las consideraciones que luego expondré. Esta Cámara viene reiteradamente sosteniendo una tesis menos restrictiva que la que postula el recurrente, aun cuando hemos dicho que pese a la redacción de la norma que posibilitaría su procedencia sin que exista nexo subjetivo, no puede hacerse una aplicación automática de la misma debiendo formularse un reproche de tal índole. Viene al caso argumentos que expusiera en el citado precedente *‘Galván c/ Fravega’*. Transcribiré los mismos, omitiendo los pasajes que son irrelevantes en el presente. Dije en tal oportunidad respecto de este rubro: *‘Ante todo estimo conveniente recordar conceptos que hemos expuesto en precedentes anteriores respecto de este rubro. Recuerdo en tal sentido que los tres integrantes de la Cámara en el caso *‘Urrea c. Red Agromóviles’*, sentencia de fecha 28/04/2016 correspondiente al Expte. 2RO-97-C1-15, a cuya lectura me remito a fin de ser breve teniendo en cuenta la extensión de los fundamentos expuestos. Más recientemente en *‘Castro c/Compañía Financiera’* (sentencia de fecha 13/09/2017 correspondiente al Expte. A-2RO-734-C3-15), trajimos a colación también otros precedentes, profundizando respecto a la*

naturaleza del denominado daño punitivo y criterios de admisión y cuantificación del rubro. Dije allí: 'Este año, en sentencia de fecha 2/02/2017, correspondiente al Expte. B-2RO-3-C9-13, adhiriendo al voto rector a cargo del dr. Soto, sostuve: 'Más allá del nombre que se le haya dado -recordemos, muy criticado-, el denominado daño punitivo, ha sido regulado en el ámbito del derecho privado y en mi opinión, atendiendo la necesidad de acordar a las indemnizaciones una función de prevención, procurando disuadir conductas no deseadas, mejorando las prácticas de mercado en lo que respecta al ámbito de la defensa del consumidor (conf. lo que expusiera en mi voto en el Expte. N° B-2RO-97-C1-15, sentencia del 28/04/2016). No se trata estrictamente de una multa, sino de una reparación, aunque necesariamente va más allá del límite de daño concreto, con la finalidad de que la ejemplaridad sirva de escarmiento para todos los operadores. De allí que en Common Law donde se acuñó el instituto que nos ocupa, se suele referir a 'exemplary damages'. Agregué luego en el caso 'Janavel c/ AMX' (sentencia de fecha 10/04/2017 correspondiente al Expte. N° 36333-J5-13) que 'No opera esencialmente como una retribución o castigo por la mala conducta, sino que acuerda un plus a la reparación integral a modo de ejemplaridad con una finalidad de prevención tanto para el empresario pasible de la misma de modo que no reincida, como para todos los operadores del Mercado que verían que no resulta finalmente conveniente seguir tal senda aunque en principio les tentare por sus iniciales réditos económicos. Hay que enfatizar en la necesidad de bregar porque la prevención constituya un punto central en la responsabilidad por daños (conf. Zavala de González, 'Función preventiva de daños', La Ley, 3 de octubre de 2011, 1, p.1; Selvarolo Arcuri, Guido M., 'La función preventiva en la Responsabilidad Civil y en el rol de los Daños Punitivos', publicado en RCyS 2015-VIII, p. 18, publicado en Thomson Reuters, Cita Online: AR/DOC/2072/2015). Cabiendo recordar que como expone Shina, la mejor forma de resarcir un daño es evitar que se produzca y de allí que 'el instituto que estamos examinando trata de proteger a víctimas hipotéticas antes que castigar daños concretos' (Shina, Fernando, 'Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos. Su aplicación en el Derecho Comparado. La situación en la Argentina', La Ley, publicado en Thomson Reuters, Cita Online: 0003/014693). Agregué que se reclama prudencia, pero como dije en el citado Expte. B-2RO-97-C1-15, 'si bien concuerdo en tal reclamo, más prudentes aún hay que serlo, a la hora de rechazar el planteo cuando se comprueba la infracción, de modo de no desalentar los reclamos que en definitiva harán que con su acogimiento se llegue a prácticas de mercado más sanas'. Y no obstante la remisión

general que hiciera al inicio del tratamiento de este rubro al precedente 'URRA', recuerdo algunos pasajes de aquél que estimo de mayor significación para la resolución de este caso 'si bien no participo del acogimiento del daño punitivo cuando no media un nexo subjetivo de causalidad en el obrar (descarto en consecuencia la responsabilidad objetiva, más allá que la interpretación literal del art. 52 bis lo admitiría), entendiendo que no es necesaria intencionalidad o actitud dolosa, sino que basta simplemente la culpa, agregando también una cierta gravedad en la infracción legal. Mas repasando no solo la opinión de algunos de los autores citados en el primer voto, sino también muchas decisiones jurisdiccionales en las que se ha rechazado la aplicación de la multa aludiendo en algunos casos a la insignificancia del daño, o a la falta de acreditación de una intencionalidad específica o de una conducta reiterada, etc., creo necesario profundizar en lo que señalara como gravedad y que en realidad no ha pretendido más que descartar supuestos irrelevantes o que mostraren sin dudas lo innecesario de la adopción de medidas disuasorias. En mi opinión la gravedad debe meritarse desde diversos ángulos siendo suficiente que lo fuere desde alguno de ellos, así como también compete fundamentalmente a la empresa, acreditar que no concurrió ninguno de los factores que podrían resultar suficientes para considerar grave la infracción y de modo especial, la inexistencia de culpa. Por otra parte, se ha de contemplar no solo el hecho en sí mismo, sino de modo especial, la conducta adoptada por la empresa en la atención de la queja o reclamo del consumidor. Así a modo de ejemplo, es claro que en principio, el hecho que en la compra a distancia haya llegado el producto adquirido en mal estado, aun cuando el hecho se compruebe como excepcional, en mi opinión adquiere la gravedad de la que hablo, si la empresa no brinda adecuada respuesta al consumidor, haciendo oídos sordos a sus reclamos o derivándolo a engorrosos o cansadores trámites, demorando injustificadamente la reposición, etc.; situaciones que en nuestro país, lamentablemente suele ser algo común'. Si aspiramos entonces a un cambio, vamos a tener que ser más receptivos en la admisión de las multas en el marco del art. 52 bis de la LDC, de modo de doblegar la persistencia de las empresas al cambio de sus cuestionables prácticas. Al menos mientras persistan estas ignominiosas prácticas de mercado, alentadas por la falta de controles más efectivos de las otras áreas del Estado y le siga resultando a las empresas muy accesible litigar y hasta beneficioso hacerlo, por la falta de adecuada respuesta de la jurisdicción al problema inflacionario, que concluye haciendo que demorar el pago aun debiendo cargar con las costas del proceso, les reporte ganancia a las empresas. En esa línea entonces, aun cuando por allí nos parezca

desproporcionado la condena o su importe con el daño efectivo, habrá que pensar en sanciones que realmente tengan entidad para doblegar la práctica no deseada, haciendo que a la empresa le resulte más conveniente comportarse como es debido. Por qué nuestro país un día, no ha de ser como la inmensa mayoría, donde realmente se le acuerda la razón al consumidor y las empresas compiten para ganar clientes y mantenerlos, mejorando sus prestaciones, en lugar de obtener utilidades a partir de abusos de los más variados? Necesariamente debemos aspirar a ello y asumir desde la jurisdicción la responsabilidad que nos corresponde al respecto. A partir de allí, sin hesitación alguna la demandada ha hecho suficiente mérito para que se le condene a pagar un significativo importe en tal concepto, mostró absoluta indiferencia frente a los múltiples reclamos realizados en todas las instancias. Ha venido exhibiendo así, pese a ser una empresa de muy significativa dimensión, un desprecio hacia el sistema de protección de los consumidores que concluye con su total indiferencia hacia el reclamo en sede judicial y la suerte de éste. Mientras era de esperar que no solo atendiera y permitiera esclarecer lo atinente al puntual reclamo del consumidor que aquí ha accionado, sino además defender su crédito comercial frente a las imputaciones que surgían de la reclamación, parece haber considerado que una mejor estrategia para eludir sus responsabilidades es el mostrarse indiferente. Esta es una conducta que necesariamente debe ser desalentada con la aplicación de una condena ejemplar, en procura de fortalecer el mercado y estimular las buenas prácticas. No interesa entonces tanto el valor de la operación comercial en sí, ni el perjuicio efectivo al consumidor y su grupo familiar -que por otra parte es satisfecho a través de los restantes rubros indemnizatorios-, sino fundamentalmente, desalentar la conducta o práctica descalificable, para lo que la magnitud de la empresa y su volumen comercial, tienen más significación. Claro está que hay que condenar no solo dentro de los límites impuestos por la ley, sino además del que impone el respeto debido al principio de congruencia. Y para ello, lo reclamado es una limitante, aunque teniendo en cuenta como hemos dicho, no exclusivamente el aspecto numerario, sino el real vinculado con el poder adquisitivo del importe que se consignara en la demanda. Me he extendido en la cita, por cuanto lo dicho en los precedentes colacionados resulta incuestionablemente de aplicación al caso. Ha sostenido la señora jueza en la sentencia recurrida: ' Como consecuencia de lo ya desarrollado diré que el incumplimiento de la demandada ha quedado configurado en un punto central y de vital relevancia en la relación de consumo que los ha vinculado, por cuanto la contingencia disvaliosa en el suministro ha

ocasionado los daños materiales reclamado y para lograr la satisfacción de sus derechos - pese a la claridad de las normas constitucionales, de orden público y que hacen al régimen del consumidor- no sólo han ocurrido en sede administrativa, sino que han agotado la instancia de mediación previa, han cursado extrajudicialmente sus reclamos y por último debieron transcurrir todas las etapas de este proceso judicial hasta el dictado de la presente. 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 pasiva incluso en la etapa probatoria en los presentes, ajena 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)'. Y se comparte tal afirmación, consustanciada con la línea doctrinaria que venimos exponiendo y acorde respuesta a los antecedentes de la causa. Insisto en que además de resultar incuestionable la responsabilidad por el mal servicio que llevara a la condenación en sede administrativa y de allí la obligación de una reparación plena del daño. No solo no prueba la accionada que intentó realmente cumplir con tal obligación, sino que exhibe esta causa una resistencia al respecto cuando le obliga a los actores a agotar distintas instancias incluidas todas las etapas de este proceso para obtener el pago no solo del daño inmaterial, sino del daño material (reparaciones, elementos de recambio, etc.). Una resistencia que no puede sino considerarse infundada cuando no solo no recurre la sentencia en tal rubro, sino que ni siquiera produce efectivamente prueba en contrario a la procedencia y valores de los distintos ítems que se reclamaban. Ahora bien, no obstante compartir el criterio del grado respecto de la procedencia del denominado 'daño punitivo', así como considero que la cuantía no puede decirse excesiva en orden a la magnitud de la empresa y la necesidad de dar señales claras desde la jurisdicción que resulten ejemplificadoras frente a conductas como nos ocupan, entiendo que en lo que respecta a este rubro se ha violentado el principio de congruencia conforme el criterio que venimos sosteniendo. Vuelvo a reiterar en este sentido el siguiente pasaje del voto que he transcripto: 'Claro está que hay que condenar no solo dentro de los límites impuestos por la ley, sino además del que impone el respeto debido

al principio de congruencia. Y para ello, lo reclamado es una limitante, aunque teniendo en cuenta como hemos dicho, no exclusivamente el aspecto numerario, sino el real vinculado con el poder adquisitivo del importe que se consignara en la demanda. Recuerdo asimismo entre otros precedentes en los que adoptamos el mismo criterio que aquí he de propugnar seguir, el citado 'Janavel c/ AMX', donde dijimos: 'Mas no obstante ello, aun cuando se trata de una deuda de valor y consecuentemente no hay que responder a una equivalencia aritmética, sino tener en cuenta las variaciones del poder adquisitivo de la moneda, no podemos apartarnos del principio de congruencia, íntimamente vinculado con la garantía de defensa en juicio. Consecuentemente habiéndose precisado en el escrito de demanda -aunque a modo de sugerencia- la suma de \$ 25.000.- como lo que se estima justo en tal concepto, no creo posible ir más allá de lo reclamado a valores de la fecha. Propongo en consecuencia y limitado por el principio de congruencia, se eleve la indemnización en concepto de daño punitivo y a la fecha de la sentencia de primera instancia, a la suma de pesos Setenta mil (\$ 70.000.-), para lo que tengo en cuenta las variaciones de precios que han venido informando el Congreso de la Nación y el INDEC desde su regularización, así como las variaciones del JUS como pauta de referencia y conforme el razonamiento que expusieramos en la sentencia de fecha 3/07/2013 correspondiente al Expte. 487-09 a cuya lectura me remito'. Hay que atender al poder adquisitivo y no al valor numérico. Ceñirnos a este último sin ponderar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda como consecuencia del proceso inflacionario, como pretende el recurrente, además de importar un injusto, sería alentar la litigación y la mora, lo que constituye un incuestionable absurdo. Me remito al respecto -por razones de brevedad- a la lectura de lo que expusiera con enriquecedoras citas doctrinarias, en mi voto en 'Monasterio c/ Sapac S.A. y Volkswagen' (sentencia de fecha 20/09/2017, correspondiente al Expte. N° 35004-J5-11). Pero ir más allá de lo que puede constituir una razonable adecuación del importe reclamado, entiendo que violenta el principio de congruencia. Máxime teniendo en cuenta que la ley acuerda gratuidad en el trámite con lo que no es posible suponer que los accionantes se vean obligados a limitar sus reclamos por el costo de las contribuciones para la promoción de la demanda".

4.- Tengo en cuenta para decidir respecto a la procedencia del daño punitivo y su extensión económica, los argumentos expuestos precedentemente.

De allí que coincidiendo con el Dr. Maugeri en cuanto al análisis que realiza respecto de los presupuestos fácticos, estimo que la suma propuesta se corresponde con los

antecedentes de esta Cámara y las pautas que debemos ponderar, resultando el importe razonable. TAL MI VOTO.

EL 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: 1.-Rechazando la apelación de la parta demandada, con costas a su cargo.  
2.-Hacer lugar al recurso de la parte actora acogiendo el daño puntivo demandado por la suma de \$ 100.000.- con más los intereses determinados en el punto 5.1 de este resolutorios y a la publicación de la sentencia peticionada del modo propuesto en el punto 5.2, con costas a cargo de la demandada.

3.-Por su actuación en la instancia anterior regular los honorarios de los Dres. Diego Andrés Janavel Tejada y Dante Alejandro Cauquoz, patrocinantes de la actora, en conjunto, en la suma de \$ 45.700.-, los del Dr. Justo Emilio Epifanio, patrocinante de la demandada, en la suma de \$ 15.230.- y los de la Dra. Marlenne Sühs, en su doble carácter por la demandada, en la suma de \$ 30.470.- (MB: \$ 415.461.-, arts. 6, 7, 8, 10, 20 y 40 Ley 2212).

4.-Por la actuación en esta instancia, regular los honorarios de los Dres. Diego Andrés Janavel Tejada y Dante Alejandro Cauquoz, patrocinantes de la actora, en conjunto, en un 30 % y los de la Dra. Marlenne Sühs, en su doble carácter por la demandada, en el 25 %, en ambos casos de los asignados en la instancia anterior.

5.-Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan.

DINO DANIEL MAUGERI  
JUEZ DE CÁMARA  
GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ  
PRESIDENTE

VICTOR DARIO SOTO  
JUEZ DE CÁMARA  
(En Abstención)

Ante mí:

PAULA CHIESA

SECRETARIA

nvp