

"M. M. I. C/ SALVATELA S.A. S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO) "

J.3 Avellaneda - Lanus -SALA II- CAUSA AL-21344-2021

En Lomas de Zamora, en el día de referencia de la firma digital, reunidos en Acuerdo Ordinario los Jueces de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, de este Departamento Judicial, doctores: Guillermo Fabián Rabino y Luis Adalberto Conti, con la presencia de la Secretaria del Tribunal, se trajo a despacho para dictar sentencia la causa n° **AL-21344-2021** caratulada: **"M. M. I. C/ SALVATELA S.A. S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO) "**. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial del mismo Estado, la Cámara resolvió votar las siguientes:

CUESTIONES:

1°) ¿Es justa la sentencia apelada?

2°) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley (art. 263, in fine del C.P.C.C.), dio el siguiente orden de votación: Dr. Guillermo F. Rabino y Dr. Luis A. Conti.

A la primera cuestión el Dr. Guillermo F. Rabino dijo:

1.- El Sr. Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N°3 del Departamento Judicial de Avellaneda - Lanús, dictó sentencia en estos actuados, haciendo lugar a la demanda promovida por M. I. M. contra SALVATELA S.A. declarando la resolución del contrato (arts. 1123, 1077, 1080 y 1081 del Cód. Civil y Comercial). Condenó a esta última a abonar a la parte actora, dentro de los cinco días de quedar firme la pertinente liquidación (arts. 500, 501 y ccdtes del Cód. Procesal), la suma de PESOS ARGENTINOS ORO CIENTO CUARENTA y SEIS con VEINTIDOS centavos (A\$O 146, 22), los cuales deberán ser convertidos a la otra moneda de curso legal vigente y de uso forzoso al momento de su efectivo pago, esto es el PESO (\$) , a la cotización efectuada por el Banco Central debiendo accederse a la misma desde la MEV efectuando click sobre el siguiente hipervínculo: Cotización del Argentino Oro (bcra.gob.ar) ello con más los intereses desde la mora operada el día 26 de mayo de 2021 y hasta su efectivo pago, (art. 887 del Cód. Civ y Comercial ; SCBA, Ac. y Sent. 1958-II-742) al 6% anual por aplicación de la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia para casos de similares características atento la fijación del capital a valores actuales. (S.C.B.A. "Vera, Juan Carlos c/Pcia de Buenos Aires.s/daños y perjuicios" causa C.120.536 del

18/4/2018 y "Nidera S.A. c/ Pcia de Buenos Aires s/daños y perjuicios" causa C.121.134 del 3/5/2018 y art. 771 del Código Civil y Comercial). Ordenó a M. I. M. restituir a SALVATELA S.A. el grupo electrógeno objeto de la presente dentro del término de 30 días de haber percibido las sumas dispuestas en la presente. (Arts. 1123, 1077, 1080 y 1081 del Cód. Civil y Comercial) . Impuso las costas a la parte demandada que resulta vencida, siguiendo el principio de condena que consagra el ordenamiento procesal y difirió la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.- (8-5-23)

2- Ambas partes apelaron el decisorio el 11-5-23, siendo concedidos los recursos el 12-5-23.-

Mediante las piezas de fechas 17-5-23 y 19-5-23 fundaron sus discrepancias. La actora replicó el memorial de la demandada con fecha 23-5-23.-

3.- La parte demandada se agravia, en primer lugar, porque señala que se ha violado el principio de congruencia, que se defendió de una acción de daños y perjuicios y el a-quo además de condenar por la acción resarcitoria declaró disuelto el contrato, lo cual no fue solicitado en la demanda.-

Se queja del monto de condena, en tanto entiende que establece un régimen de actualización monetaria que esta prohibido por nuestro régimen legal (7art. 7 y 10 ley 23.928).

Refiere que el a- quo, en tanto toma como base monetaria la moneda peso oro, no hace mas que realizar una indexación monetaria encubierta.

También se agravia por la fijación de daño punitivo, por no darse los presupuestos que su viabilidad exige.

Por último se disconforma con la imposición de costas.-

4.- Por su parte la accionante se queja del rechazo de los rubros daño moral y pérdida de chance, y por la cuantificación del daño punitivo solicitando su elevación.-

5.- Liminarmente no es ocioso recordar que llega a esta instancia firme y fuera del marco de debate el contrato que unía a las partes, advirtiéndose de la pieza recursiva presentada por la legitimada pasiva, que su critica se circunscribe a una manifestación genérica y subjetiva respecto de la procedencia de la indemnización fijada como consecuencia de los desperfectos evidenciados en el equipo electrógeno materia de litis; objeciones estas que no superan el umbral de la mera discrepancia subjetiva, sin hacerse cargo de las argumentaciones detalladas en las que el judicante de origen cimentara su decisión.

En efecto, sabido es que los cuestionamientos vertidos en la expresión de agravios sobre distintos aspectos de la resolución impugnada deben ser una exposición jurídica en la que, a través de un análisis razonado y crítico de la sentencia apelada, se demuestre su injusticia (S.C.B.A. Ac. nº 31.642 bis del 19-10-82); lo cual requiere una articulación seria, fundada, concreta y objetiva de los errores del pronunciamiento, poniendo de relieve los motivos para

considerar que éste es erróneo (esta Sala, causa nº 14.801, reg. int. nº 180/95, entre muchos otros precedentes).

Debe quien objeta la disposición jurisdiccional hacerse cargo de los argumentos basales sobre los que se sostiene, procurando trincar el silogismo que desemboca en la decisión que lo agravia; no será suficiente, por tanto, mostrar una mera disconformidad con lo decidido, objetar únicamente fundamentos secundarios o complementarios, ni discurrir de manera paralela al trazado de la sentencia.

Siguiendo los citados principios, es posible adelantar que existe un indisimulable déficit técnico en el escrito fundante del demandado en lo atinente a la acreditación de los desperfectos constatados en el equipo electrógeno materia del contrato que vinculara a las partes, donde se halla ausente la crítica específica y razonada que la ley impone para conferirle idoneidad (art. 260 y 261 del Cód. Procesal C. y C.). Una detenida lectura permite advertir un embate que recorre senderos colaterales que nunca hacen foco en los argumentos medulares desplegados por el sentenciante ni en la valoración de la prueba efectuada que lo llevaran a resolver como lo hiciera.

El juez cimentó su decisión resaltando aspectos contundentes de las pruebas producidas y que daban cuenta de las anomalías del grupo electrógeno, destacando la orfandad probatoria respecto de la acreditación de circunstancias que desmerezcan el contenido de los informes elaborados.

Contra este modo de discurrir, la quejosa propone un recorrido lateral basado en apreciaciones que no encuentran sustento probatorio y consideraciones jurídicas que no interfieren el nudo decisorio.

En todo caso, en el desarrollo de su embate la demandada apelante no explica nítida y metódicamente los motivos por los cuales considera que los argumentos jurídicos medulares son errados y la valoración de los hechos incorrecta, absurda o desajustada de las constancias objetivas que la causa exhibe.

Es decir, sin juzgar la pertinencia de las definiciones jurídicas propuestas por el juez, lo cierto es que la recurrente ha optado por expresar su disconformismo en los términos antes descriptos, que además de no mostrar un plexo argumentativo categórico y claro, transita un sendero paralelo al núcleo de la sentencia, sin interferirlo; no alcanzando –desde mi óptica- la entidad suficiente para constituirse en agravio atendible (doctr. arts. 260 y 261 del Cód. Procesal C. y C.).

6.- Igual suerte adversa han de tener las objeciones sobre la aplicación al caso de marras de la ley protectoria de los consumidores, ya que dicho embate deviene tardío por haber precluído la etapa procesal en la cual fuera posible la discusión sobre el particular. Ello es así, ya que dese el inicio de la contienda

el juez de grado entendió que el proceso estaría regulado por la citada normativa, sin que la accionada articulara cuestionamiento alguno.

Sobre el punto cabe tener presente que en la Alzada no se puede admitir la interposición de nuevas pretensiones y oposiciones. Solo se trata de revisar y confrontar la resolución cuestionada con los aspectos fácticos y jurídicos ya tratados en la instancia anterior.

Sobre este aspecto se ha dicho que": El principio de congruencia exige al tribunal de Alzada prestar especial atención a dos estadios procesales , como son el de la traba de la litis y el de interposición y fundamentación del recurso de apelación, pues sus potestades sufren una doble limitación, la que resulta de la relación procesal y la que el apelante voluntariamente imponga a través del escrito de interposición del recurso y de la pieza que contiene el desarrollo de los agravios" (CCom. 2da. Az, 26/3/96" Fornini C/ Chamorro"; citado por Revista de Derecho procesal, Medios de Impugnación . Recursos I, pag. 457, Ed. Rubinzal- Culzoni).

Al respecto, cabe recordar que tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se retrotraigan a etapas ya superadas, o que se reabran los plazos procesales transcurridos, o se rehabiliten facultades procesales después de vencidos los límites legales para su ejercicio, siendo que el efecto propio de la preclusión es el de impedir nuevos planteos sobre cuestiones ya decididas en forma expresa o implícita. (Ordoqui, Rosana Beatriz vs. Provincia de Santa Fe s. Amparo - Recurso de inconstitucionalidad /// CSJ, Santa Fe; 07/02/2017; Rubinzal Online; 21-00509336-5; RC J 2472/17).

En esa inteligencia y como se adelantara se impone, a mi entender y así lo propongo al acuerdo, el rechazo de la queja dirigida a cuestionar la aplicación de la LDC., ello por aplicación de principios procesales como son la firmeza que adquieren los resolutorios, la preclusión y la inapelabilidad de resoluciones que son consecuencia de otra que se encuentra firme.

7.- Tocante a la denunciada afectación del principio de congruencia por parte de la demandada, es apropiado señalar que esta Sala tiene dicho que el concepto de congruencia es siempre una búsqueda de correspondencia entre los perfiles y contenidos de dos o más actos procesales (la pretensión y su oposición por un lado y la sentencia por el otro; los recursos contra ésta y la sentencia de ulterior instancia), de entre los cuales uno -siempre uno- ha de servir de exacta medida y patrón de dicha correspondencia, de cerco mayor que no se puede trasvasar, de imagen central más allá de cuya silueta se derrama y pierde todo correlato (SCBA, Ac 83245 S 26-9-2007, del voto del Dr.

Roncoroni (MA), JUBA B29263, cit. en causa 42.041 S. del 5/6/2012 reg. Def. 90/12)).

Por lo tanto, el juez no puede actuar fuera del marco de lo pedido por las partes. La aplicación práctica del principio significa que le está prohibido resolver sobre cuestiones no propuestas (Gozáini, Osvaldo A., "El principio de congruencia frente al principio dispositivo", en "El principio de congruencia-Libro homenaje a Augusto Mario Morello" - 2009, pág. 76, Ed. Platense).

La doctrina ha señalado con acierto que la incongruencia se produce por juzgar más allá de lo pedido (*ultra petito*), fuera de lo solicitado (*extra petito*) o por omisión de resolver cuestiones planteadas (*citra petito*), pero no por otorgar menos de lo solicitado (*infra petito*) (Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal, T. III, pág. 566, Ed. Rubinzal-Culzoni).-

El principio de congruencia tiene raigambre constitucional porque si la sentencia, por hipótesis, excediera cualitativa o cuantitativamente el objeto de la pretensión, o se pronunciara sobre cuestiones no incluidas en la oposición del demandado, menoscabaría el derecho de defensa de la otra parte, quien se vería privada de toda oportunidad procesal útil para alegar y probar acerca de temas que no fueron objeto de controversia (C.N. Civ., sala F, 14-5-03, J.A. 2003-III-826).

Es que si bien la determinación del alcance de las cuestiones comprendidas en la litis es materia privativa de los magistrados que en ella entiende, tal principio reconoce excepción cuando lo decidido, con mengua de la defensa en juicio, signifique un apartamiento de las pretensiones enunciadas al trabarse el diferendo, incorporando temas no introducidos por las parte en el pleito. Ello porque reconocer derechos no debatidos es, como principio, incompatible con el art. 18 de la Const. Nac. (C.N. Fed C. Adm., sala IV, 28-12-98, J.A. 2001-II, sint.; ambos en Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal, T. III, pág. 567, Ed. Rubinzal-Culzoni).

Bajo estas directrices, como ha de verse seguidamente, la disconformidad de la recurrente, que se centra en que el a-quo ha fallado *extra petita*, toda vez que además de resarcir los daños se expresó sobre la resolución del contrato, no ha de prosperar.

Para expedirse sobre la pretensión indemnizatoria de la actora es ineludible evaluar el incumplimiento del contrato, el cual se produce cuando no se cumple con las obligaciones asumidas previamente en dicho acuerdo de voluntades (ya sea en relación a la prestación principal o a una secundaria). Es decir, el incumplimiento involucra el absoluto, el defectuoso y también el tardío, en la medida en que todos ellos inciden negativamente en la satisfacción sustancial de la pretensión de la cual es titular el acreedor. (Trabajo de Edgardo Ignacio Saux para la obra colectiva titulada "Máximos precedentes – Daños y perjuicios" Bajo la dirección del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti - Editorial La Ley Tema: "Incumplimiento contractual").

Es absoluto, cuando la conducta asumida por el deudor de la obligación es la inversa a la debida conforme a los términos contractuales, o relativo, cuando hay un defecto en orden a las circunstancias de modo, tiempo o lugar de cumplimiento, toda vez que esas alteraciones del plan prestacional primigenio –siempre que no fueran aceptadas por el titular del crédito- alteran su derecho al cumplimiento exacto conforme lo prevén los artículos 505 in fine y 758 del mismo Código Civil (Atilio Alterini “Contratos – Civiles – Comerciales – De consumo – Teoría general”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.998, pág. 591).

Ahora bien, ese incumplimiento puede derivar: a) del hecho de que el deudor no cumpla voluntariamente con la obligación asumida; b) de que concurra un hecho extraordinario e imprevisible que le impide cumplir; c) que medie un hecho de un tercero que obsta al cumplimiento; y d) que el propio acreedor impida el cumplimiento.

En los cuatro supuestos hay incumplimiento, pero sólo en el primero responsabilidad, ya que en los demás concurre una eximente. (Ricardo Lorenzetti “Tratado de los contratos – Parte General”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.004, pag. 596).

Felix Alberto Trigo Represas alude a que frente a la situación concreta de incumplimiento contractual, el acreedor de la prestación insatisfecha tiene opciones muy claras: ante todo, reclamar el cumplimiento mediante la ejecución directa y forzada del deudor en la especie convenida, y si ello no fuera posible, la ejecución indirecta o indemnización sustitutiva de daños y perjuicios. Y si así no fuere, puede optar por la posibilidad de resolver el contrato, quedando entonces “...enmarcada su pretensión resarcitoria dentro del daño al interés negativo”. (“Extensión de la responsabilidad por incumplimiento contractual”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1.998, tomo 17, “Responsabilidad contractual – I”, pag. 21).

Atento los términos del escrito de demanda, considero que si bien el actor ha optado por la segunda opción, esto es la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por este incumplimiento o cumplimiento defectuoso contra la persona jurídica accionada, tal extremo en modo alguno cuenta con idoneidad suficiente como para invalidar la decisión a la que arribara el "a quo". Ello viene dado en virtud que si bien la apelante inició acción de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato, y en ese marco ha solicitado bajo el rubro "daño emergente" la devolución del importe que abonara por el producto adquirido (ver capítulo IV "a" de la demanda que refiere a la estimación al precio de venta de equipo) no puede soslayarse del análisis la circunstancia de que en la contestación de demanda la apelante pudo esgrimir las defensas a las que se consideró con derecho, por lo que no se advierte el agravio sufrido con las consecuencias de la resolución decretada en la instancia primigenia, que tuvo como consecuencia inmediata la orden de devolución del equipo oportunamente entregado al actor.

Siguiendo este orden de ideas es que estimo que, como se adelantara, no se halla vulnerada la garantía de defensa en juicio de la demandada quien la pudo ejercer en plenitud al comparecer a estar a derecho, a lo que ha se sumarse que tampoco se observa cual seria la afectación a su interés legítimo al reintegrársele el equipo electrógeno motivo de la vinculación contractual, en tanto se encuentra condenada a la devolución del importe abonado oportunamente por la actora.

Por ello, y desde este mirador, es que propongo la desestimación de esta faceta recursiva.

8.- En relación al "daño moral", cabe comenzar recordando que el Superior Tribunal Provincial lo tiene definido como aquel quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son la paz , la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor y los mas sagrados afectos (S.C.B.A, 39929, S 2-2-1998, 62235, S 25-10-2000).-

La indemnización del daño moral por incumplimiento de las obligaciones contractuales, en los casos en que es admisible, requiere la clara demostración de una lesión en los sentimientos, afecciones o tranquilidad anímica (esta Sala, causa 39259 reg. sent. def. n°124/2009).

En el ámbito contractual procede la reparación del daño moral cuando el incumplimiento de las obligaciones emergentes de un contrato sea idónea para lesionar intereses no patrimoniales, generando una minoración en la subjetividad del acreedor (Pizarro, Ramón D., "Daño moral", pág. 545, Ed. Hammurabi).-

A propósito de tal cuestión, el Máximo Tribunal ha expresado que en materia contractual donde resulta de aplicación el artículo 522 del Código Civil dicho resarcimiento debe ser interpretado con criterio restrictivo, requiriéndose la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos o de los negocios (conf. AC. 73.965, sent. del 21-III-2001; Ac. 89.068, sent. del 18-VII-2007).

Dentro del marco brindado por tales principios, no aprecio que la situación generada por los desperfectos advertidos en el equipo electrógeno en cuestión y el incumplimiento de las condiciones contractuales alcancen a contornear los perfiles del menoscabo moral.

A propósito de lo que viene sosteniendo la Corte Provincial al respecto, no resulta ocioso poner de relieve que, a juicio del suscripto, la incertidumbre padecida por el apelante no excedió las inquietudes propias y corrientes de los negocios (conf. AC. 73.965, sent. del 21-III-2001; Ac. 89.068, sent. del 18-VII-2007).

Siendo así, no asiste razón al apelante en cuanto señala que debe presumirse de la frustración del negocio las afecciones sufridas, por lo que deberá

rechazarse su recurso y en consecuencia, corresponde confirmar este aspecto del decisorio (art. 384 CPCC).-

9.- Indéntica suerte ha de correr la queja que se ciñe al rechazo de la "pérdida de chance".

Tiene dicho nuestro más Alto Tribunal que bajo este concepto se indican todos los casos en los cuales el sujeto afectado podía realizar un provecho, obtener una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, lo que fue impedido por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido, pero que, evidentemente, ha cercenado una expectativa, una probabilidad de una ventaja (en tal sentido, S.C.B.A., Ac. 91262 S 23-5-2007 in re: "Delmoro, M. Gabriela y otra c/ Baudry, Mario Raúl s/ Daños y perjuicios).

En el caso el accionante reclama la pérdida de chance porque aduce que se vió privado de dar apertura al centro médico en la fecha que hubiese correspondido en caso de contar con el equipo generador de energía, y se basa en las ganancias que perdió por no haber contado con la habilitación respectiva, para ello remite al anexo 11 y a la prueba informativa de los valores de distintos estudios médicos que se vió privado de hacer.-

Es preciso delinear que la "chance" como mera expectativa no es indemnizable. Requiere, para serlo, un grado de certeza de que, conforme el orden natural o el curso ordinario de las cosas, las previsiones tenidas en mira ofrecen posibilidades serias de concretarse, pues de lo contrario se convierte en daño eventual no alcanzado por la obligación de reparar (C.Civ. y Com. San Martín, Sala 2º, in re: "Novais, Roberto O. v. Zanella Hnos. y Cía. S.A.", J.A. 1999-IV, cit. por López Herrera, Edgardo, "Teoría General de la Responsabilidad Civil, Ed. Lexis Nexis, pág. 138,).-

Tal pérdida de oportunidad, que para algunos autores, tiene la característica de ser más que una posibilidad pero menos que una certeza (en este sentido v. López Herrera, Edgardo, obra citada, pág. 137), no se ha logrado acreditar fehacientemente en autos, lo que me lleva a propiciar el rechazo del pretendido rubro indemnizatorio.-

Así, a la luz de los antecedentes que el caso ofrece, el rubro pedido configura una probabilidad hipotética o conjetural, dado que no es posible saber las prácticas que hubiese realizado y las ganancias que hubiere podido percibir, por lo que la prueba rendida es carente de la certeza necesaria para ser juzgada como perjuicio resarcible, razón por la cual debe confirmarse su desestimación. (arg. art. 384 C.P.C.C.).-

10.- En relación al daño punitivo la ley de Defensa del Consumidor -24.240-, mediante la reforma por la ley 26.361 (2008), incorporó al Derecho positivo argentino la figura del daño punitivo, que lo regula en el artículo 52 bis.-

Los daños punitivos han sido definidos como "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" (esta Sala, causa 45.552 def. del 30-12-15 reg. 263/folio 263).-

Picasso define a los daños punitivos como aquellos otorgados en los supuestos de daños para castigar al demandado por una conducta en el futuro.

Se ha utilizado también la denominación "daños ejemplares" (de la locución inglesa exemplary damages) para destacar la característica de que se originaron para constituir un castigo ejemplificador para determinados incumplimientos especialmente dañinos.

El proceder del demandado, sus motivos, su malicia o conducta opresiva pueden tomarse en cuenta por la ofensa a los sentimientos y la dignidad del lesionado, lo que amerita la concesión de una suma adicional.

Los daños punitivos tal como son legislados en el régimen de defensa de los consumidores, consisten en un adicional que puede concederse al perjudicado por encima de la indemnización de los daños y perjuicios que pudiera corresponder. (conf. Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub Javier, Ley de defensa del consumidor, Protección Procesal de usuarios y consumidores, ed. Rubinzal Culzoni, pag. 279)

Las características distintivas de la figura, tal como han sido incorporadas a la ley, son las siguientes: a) La existencia de una víctima de daño. b) La finalidad de sancionar graves inconductas. c) La prevención de hechos similares para el futuro.

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 damnificados.

El segundo requisito es la existencia de una grave inconducta. Es lo que la ley procura sancionar. Dicha inconducta puede generarse mediante malicia, mala fe, grosera negligencia.

Por último, el objetivo de la sanción: la ejemplaridad. Es necesario desterrar este tipo de conductas y disuadir la reiteración de daños análogos. Se intenta evitar que esa conducta que aparece reprobada pueda ser reincidente, con más razón si se detecta que a las empresas infractoras les resulta más lucrativo indemnizar a aquellos damnificados que puntualmente han reclamado la aplicación de la ley, que desistir de su práctica lesiva.

La finalidad que se persigue con esta particular especie de sanción no es sólo castigar un grave proceder, sino también prevenir -ante el temor que provoca la multa- la reiteración de hechos similares en un futuro. También contribuye -como sostienen varios autores- al desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos. La idea es que "frente al riesgo de sufrir la sanción, deje de ser económicamente atractivo enriquecerse a costa de vulnerar derechos ajenos.

Así, la figura del daño punitivo ha sido prevista por la ley teniendo en miras a sancionar conductas graves, prevenir futuras conductas semejantes por temor a la sanción, restablecer el equilibrio emocional de la víctima, reflejar la desaprobación social frente a las graves conductas, proteger el equilibrio del mercado y dismantelar los efectos de ciertos ilícitos.

El daño punitivo debe ser entendido como una figura de excepción, que requiere de un factor subjetivo agravado como condición para su aplicación. 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.

Molina Sandoval expresa que el daño punitivo constituye la prestación dineraria o de otra naturaleza que el Tribunal jurisdiccional o arbitral ordena pagar a la víctima de un acto o hecho antijurídico teniendo como base elementos tales como los beneficios obtenidos por el dañador, el dolo, lo repugnante de la conducta y otras circunstancias de la conducta valoradas en el caso concreto, cuya finalidad es sancionatoria y preventiva (autor citado, "Derecho de Consumo", Advocatus, Córdoba 2008 p.70, citado por Junyent Bas, Francisco y Garzino, Maria Constanza , Diario La Ley tomo LXXV 239, 2011-12-19).-

La ley postula que el juez "podrá" aplicar una multa civil. Es una facultad discrecional del magistrado, dentro del sistema reglado de la Ley de Defensa del Consumidor.

Respecto al "quantum" de la sanción, la ley contiene dos precisiones al respecto. La graduación de la multa se establecerá en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, lo que impone una evaluación integral del contexto en que se produce la conducta sancionada; a su vez, el máximo de la multa se correlaciona con el del artículo 47, inciso b, para las sanciones pecuniarias impuestas en sede administrativa (Revista de Derecho Privado y Comunitario-Eficacia de los derechos de los consumidores- H. Alegria y J. Mosset Iturraspe. Ed. Rubinzal-Culzoni).-

En base a las consideraciones teóricas citadas precedentemente, cabe precisar que en el caso adquirió firmeza la parte pertinente del fallo que hace lugar a la responsabilidad del accionado, y su calidad de consumidor viene clara a mi criterio, compartiendo los fundamentos del Agente fiscal con fecha 15-3-22, por lo que esta faceta recursiva se desvanece frente a los sólidos fundamentos dados por el a-quo.-.

Es que en atención a los antecedentes que el caso ofrece y valorando la entidad del incumplimiento verificado en la especie, entiendo que la conducta llevada a cabo por la demandada reviste la gravedad suficiente que justifica -en mi concepto- la procedencia de la figura prevista por la norma del art. 52 bis de la ley 24.240, a fin de desalentar la reiteración de este tipo de conductas lesivas.-

Merced a lo expuesto, si mi postura concita adhesión, habrán de rechazarse las críticas vertidas al decisorio, por lo que propicio la confirmación de este aspecto de la sentencia.

11.- Respecto a la moneda en que el magistrado de la instancia primigenia decidiera cuantificar los rubros por los cuales prosperara la indemnización reconocida en el pronunciamiento en crisis, debo adelantar desde ya, que las críticas vertidas sobre el punto habrán de tener favorable acogida.

En efecto, como piso de marcha a fin justificar la solución anticipada, no pude omitirse considerar la doctrina legal que sobre el punto elaboró la Suprema Corte de nuestra provincia, la que en reiteradas oportunidad ha sostenido que: "...de admitirse la "actualización", "reajuste" o "indexación" de los créditos se quebrantaría la prohibición contenida en el art. 7 de la ley 23.928 (cfr. causa Ac. 68.567, "Navarro", sent. de 27-IV-1999), doctrina plenamente aplicable en la especie en atención al mantenimiento de tal precepto luego del abandono de la paridad cambiaria dispuesta por la ley 25.561 (causas B. 49.913 bis, "Fabiano", sent. int. de 2-X-2002; Ac. 88.502, "Latessa", sent. de 31-VIII-2005; B. 64.606, "Di Benedetto", sent. de 3-IX-2008; B. 66.717, "Cerrillo", sent. de 26-XII-2012; B. 63.571, "Méndez", sent. de 30-IX-2014; B. 52.505, "Merchan", sent. de 16-XII-2020, e.o.; Fallos: 333:447, "Massolo").

El citado tribunal se ha expedido en forma categórica y contundente acerca de la prohibición establecida por la ley relacionada con la indexación de los precios, actualización monetaria, variación de los costos o cualquier otra forma de repotenciación de deudas, diciendo que es indiferente que se presente directamente aplicando un índice de corrección de capital o de manera encubierta, mediante la definición de una tasa de interés que lo incluya, pues en todos los casos ha de imponerse la necesidad de invalidar un resultado opuesto al texto expreso de la norma. (confr. SCJBA, C. 101774 del 21/10/2009; esta Sala, causa 40.047 d "Miranda C/ Morales S/ Ds. y Ps. del 29/4/2010, Reg. Sent. 79/2010).

Siendo ello así, y mas allá del loable esfuerzo argumental desplegado por el sentenciante de grado y sus atendibles consideraciones, las que lo condujeron a echar mano al sistema de cuantificar los rubros indemnizatorios hoy cuestionados por el legitimado pasivo, entiendo que de convalidarse tal modalidad se estaría, por vía indirecta, sorteando la prohibición legal contenida en el art. 7 de la ley 23.928.

La citada normativa, aun hoy vigente implica, naturalmente, quitar sustento normativo válido a la conclusión central que vertebra el fallo en este aspecto, ya que de convalidarse conduciría por un camino alternativo a eludir la referida prohibición legal, recurriendo a una pauta actualizatoria que se halla expresamente vedada y la que, a mi modo de ver, solamente podría ser soslayada mediante la previa declaración de inconstitucionalidad de la disposición referida. Repárese sobre el punto que se recurre a una moneda como pauta estabilizadora que no es del uso habitual para la celebración de negocios como el que aquí nos ocupa, y que además se encuentra contemplada en casos excepcionales y para ámbitos muy específicos de aplicación.

Es decir, que de cumplirse con el precepto legal contenido en la ley 23928 dirigiría la solución en sentido diverso al seguido en la instancia, siendo categórico en cuanto a la prohibición de indexación o actualización, la cual ha sido firmemente sostenida por la doctrina legal del Superior Tribunal provincial, no siendo atendible una interpretación diferente sobre el particular.

Al respecto, cabe señalar que en principio toda interpretación de la ley debe comenzar por la ley misma, y que cuando el texto es claro y expreso, debe aplicársela estrictamente en el sentido que resulta de sus propios términos (conf. causas Ac. 94.535, "Schenone", sent. de 22-III-2006; A.70.316, "Trejo", sent. de 9-V-2012; A. 71.395, "Siniego Berri", sent. de 25-II-2015; entre muchas otras).

En este sentido, conviene tener presente que la inteligencia de las leyes debe desentrañarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan y con ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos, que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador (CSJN Fallos: 302:973; doctr. causas B. 63.317, "Olmedo", sent. de 11-VI-2014 y sus citas; e.o.).

Es misión del intérprete indagar el verdadero sentido y alcance de la norma, mediante un examen atento y profundo de sus términos que consulte la realidad del precepto y la voluntad de quien lo emitió, teniendo en cuenta que cualquiera que sea la índole de la norma no hay método de interpretación mejor que el que tiene primordialmente en cuenta la finalidad de aquella (doctr. causa B. 57.993, "Cejas", sent. de 27-IX-2006).

En tal inteligencia de principios y mediante una recta interpretación del art. 7 de la ley 23928 y los motivos que lo inspiraron, conllevan necesariamente a concluir que esta vedada en forma terminante y categórica cualquier forma de repotenciación o actualización del capital, por lo que de seguir el sendero propuesto por el sentenciante de grado se verían claramente vulnerados y contravenidos tales postulados, los que no admiten interpretaciones flexibles o laxas que conduzcan a desnaturalizar los fines tenidas en miras por el legislador al sancionar la norma.

En virtud de lo expuesto propongo al acuerdo revocar la forma en que se cuantificaran los rubros en la instancia de origen.

Idéntico resultado adverso, y por similares argumentos a los esbozados " ut supra", han de tener las quejas elaboradas por la actora en cuanto a la pretensión de que las indemnizaciones admitidas en el fallo impugnado sean fijadas tomando en cuenta la cotización del dolar tipo vendedor a la fecha de efectuado los pagos.

La pauta sugerida por el disconforme para establecer la cuantificación del rubro implicaría, también, una referencia para actualizar el crédito reconocido en el fallo en crisis, modalidad que como se adelantara se encuentra vedada por imperativo legal, máxime en la especie que tanto la facturación del grupo electrógeno como la suma abonada por la Sra. M. fueron estipuladas en pesos,

tal como se desprende de la factura adjunta en formato digital (ver factura N° 01- 000609 de fecha 1/10/2020 por la suma de \$ 3.178.009,27)

12.- Deslindado ello, corresponde avanzar sobre las criticas ensayadas contra el quantum indemnizatorio establecido por los distintos rubros que prosperaran. Recapitulando, la actora reclamó el daño emergente que implicó el incumplimiento del demandado, solicitando se reconozca la suma abonada por el equipo electrógeno adquirido, el cual no resultaba apto para el destino previsto al concretar la operación comercial con la accionada..

Si bien el incumplimiento de un contrato da derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios, los cuales serán satisfechos de acuerdo a los principios generales (arts. 509, 511, 512 y 520 del Código civil s. Ley 340 y modif.), su resolución por ese motivo no genera derecho a indemnización de daños en forma automática, porque es posible que, pese al incumplimiento y a la resolución, no existan daños (cfr. Carlos Míguez Ibañez, "Resolución por incumplimiento" pág.321).-

Tiene dicho nuestro Máximo Tribunal Provincial: "para que proceda una indemnización no es bastante con la violación del contrato, o sea con el incumplimiento. También debe existir un daño cierto, aún cuando su monto se determine posteriormente o quede librado a la apreciación judicial, quedando al margen por no ser resarcibles los perjuicios hipotéticos o meramente aleatorios" (cfr. S.C.B.A., Ac. 72.593, s. 21/XI/2001).-

En definitiva, la prueba del daño incumbe a quien reclama indemnización, porque ninguna razón de justicia y equidad habría de imponer a una persona el resarcimiento de un perjuicio que ella no ha causado.

En línea con estas directrices, de la prueba producida en autos, y que fuera detalladamente evaluada por el judicante de origen, se desprende con suma claridad los desperfectos del grupo electrogeno adquirido que lo hacían inadecuado para su destino, por lo que coincidiendo con la posición asumida por el "a quo", entiendo que el monto abonado por la actora constituye el daño emergente configurado por el incumplimiento del demandado (arts. 511, 512, 1068 y conchs. del Código velezano; art. 10 bis " in fine" y 40 bis de la Ley 24.240; art. 384 del C.P.C.C.).

De acuerdo con el art. 519 del Código Civil s. Ley 340 y modif., el perjuicio ocasionado en la responsabilidad contractual puede estar dado por la privación o destrucción de bienes existentes en el patrimonio del acreedor al momento del evento dañoso o gastos que en razón de ese evento haya debido, o debe realizar, lo que conforma el daño emergente.

En ese orden de ideas, en el *sub lite*, el daño emergente también esta representado por los gastos o erogaciones que la damnificado, debió soportar para sobrellevar el incumplimiento de la contraparte los que se desprenden de las dos facturas emitidas por la empresa Escalum Investment S.A. con fecha 15/10/2020 por las sumas de \$ 34.848 y \$ 14.520 lo que arroja un total de \$

49.368, tal como se determinara en el fallo en crisis , por lo que propongo su confirmación.

Tocante a la cuantificación del daño punitivo sobre cuya procedencia ya me expidiera en el considerando "10", debe tenerse presente que la misma debe ser graduada por los jueces teniendo en cuenta la gravedad del hecho y demás circunstancias, no debiéndose respetar ni aplicar regla matemática alguna. Esto es, no queda atada a un porcentual del monto de los restantes rubros, sino que depende del arbitrio judicial con arreglo a las características del incumplimiento.

Hallándose como quedase acreditado el incumplimiento de la demandada y las circunstancias señaladas en le presente, juzgo razonable y equitativo fijar en esta ocasión el daño punitivo al momento del presente decisorio en la suma de pesos un millón (\$ 1.000.000) a la fecha del presente decisorio. lo que dejo propuesto al acuerdo. (arts. 165, 384, 375 y ctes del C.P.C.C.).

13- Tocante a los accesorios de la condena, cabe poner de relieve que la Casación Bonaerense estableció que para el cálculo de intereses deberá aplicarse un interés puro del 6% anual desde que se haya producido cada perjuicio y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (arg. arts. 772 y 1748 del C.C. y C.N.). De allí en más, resultará aplicable la tasa de interés pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días en que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (S.C.B.A., C. 119.176, 15 de Junio de 2016, in re "Cabrera, Pablo David c/ Ferrari, Adrián Rubén.Daños y perjuicios" y doctrina del precedente C. 101.774 "Ponce" del 21/X/2009). Todo ello conforme lo decido por el mentado Tribunal Superior en los precedentes C. 120.536 del 18/IV/2018 "Vera" y C. 121.134 del 3/V/2018 "Nidera".

Criterio este que ha sido reafirmado por el Alto Tribunal provincial en el precedente "Paredes" (C. 123.090, sent. 18/IX/2020), entre otros.

Siguiendo esta directriz delineada por el Superior Tribunal provincial y teniendo en cuenta el momento en que se han fijado las indemnizaciones reconocidas en el presente decisorio, corresponde aplicar hasta el efectivo pago la tasa de interés pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días en que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa. Como punto de partida para el cálculo se tomará; para el daño emergente (3.178.009,27) el día 1/10/2020; para los gastos (\$ 49.368) el día 15/10/2020. Por último, para el daño punitivo (\$ 1.000.000) deberán adicionarse los intereses referidos a partir de la presente sentencia. Todos los accesorios se devengarán hasta el momento del efectivo pago.

14. En lo atinente a las costas, visto cómo se resuelve la presente y por mantener la calidad de vencido, corresponde su confirmación a cargo del demandado (doctrina del art. 68 del rito).

En consecuencia con las modificaciones propuestas en los apartados 11, 12 y 13. **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

A la primera cuestión el Dr. Conti dijo que por compartir los mismos fundamentos, VOTA EN IGUAL SENTIDO.

A la segunda cuestión el Dr. Rabino expresó:

Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede, corresponde confirmar la sentencia dictada el 8-5-23, con la modificación propuesta en los considerandos 11, 12 y 13. Las costas de Alzada deberán soportarlas las demandada que mantienen su condición de vencida. (art.68 del C.P.C.C.). Propicio diferir la consideración de los honorarios profesionales, hasta la oportunidad en que se practiquen las correspondientes determinaciones en la instancia de origen. **ASI LO VOTO.**

A la segunda cuestión el Dr. Conti expresó que por compartir los mismos fundamentos, VOTA EN IGUAL SENTIDO.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA.

Y VISTOS.

CONSIDERANDO:

Que en el Acuerdo celebrado se dejó establecido:

1º) Que la sentencia dictada el 8-5-23 debe confirmarse con las modificaciones propuestas en los considerandos 11, 12 y 13.

2º) Que las costas de Alzada deben ser soportadas por la demandada que mantiene su calidad de vencidas.

POR ELLO: y fundamentos consignados en el Acuerdo, confírmase en lo sustancial que decide la sentencia dictada el 8-5-23, con las modificaciones establecidas en los considerandos 11, 12 y 13. Impónense las costas de Alzada a la demandada que mantiene su condición de vencidos. (art.68 del C.P.C.C.). Difiérase la consideración de los honorarios profesionales, hasta la oportunidad en que se practiquen las correspondientes determinaciones en la instancia de origen. **Regístrese. Notifíquese, y devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen.**

Luis A. Conti Guillermo F. Rabino

Juez de Cámara Juez de Cámara

M. de las Mercedes Little
Secretaria

20268362054@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

23202333109@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR