

En la ciudad de Mar del Plata, a los 26 días del mes de diciembre de 2019, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "**JUAREZ MARIA GUADALUPE y otro/a C/ BRENSON AUTOS S.A. y otro/a S/DAÑOS Y PERJ. DEL./CUAS. (EXC.USO AUT. Y ESTADO)**", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ra.) ¿Es justa la sentencia de fs.594/618 ?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

I. En la sentencia de fs. 594/618, la Sra. Jueza de Primera Instancia hizo lugar a la demanda promovida por las Sras. María Guadalupe Juárez e Irma René Marioli contra Brenson Autos S.A. y Ford Argentina S.C.A., condenando a estos últimos a abonar en forma solidaria a la actora nombrada en primer término, la suma de \$143.490 y, a la segunda, la de \$102.500.-con más intereses y costas.

Para así decidirlo, en primer lugar definió que la cuestión se debía regir por el código civil derogado (ley 340, conf. art 7 del CCyC) y que el vínculo existente entre las partes quedaba bajo la órbita de la ley 24.240, por tratarse de una relación de consumo.

A continuación, rechazó la falta de legitimación pasiva opuesta por Ford Argentina S.C.A. al sostener que habiéndose alegado un daño por parte del consumidor, es de aplicación el art 40 de la referida ley. Indicó que aquel que haya puesto su marca en la cosa o servicio debe responder en forma solidaria por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio, sin perjuicio de las acciones de repetición, correspondiendo la liberación total o parcial para quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

En este contexto, afirmó que entre Ford Argentina S.A.C. y Brenson Autos .S.A existe una concesión para que la última comercialice los productos de la primera, de suerte que existe cierta dependencia económica y técnica y que la concedente tiene la obligación de velar por la seguridad de los destinatarios de sus productos, en especial si son consumidores, lo cual comprende la vigilancia de la conducta de sus concesionarios oficiales.

Tuvo por probados los hechos invocados en la demanda y sostuvo que el accionar de Brenson Autos S.A era reprochable pues actuó violando el estatuto consumeril, en particular, al no ajustarse a los arts.4 (deber de información), 5 (protección del consumidor), 8 bis (trato digno), 10 bis (incumplimiento de la obligación), 10 ter (modo de rescisión), 34 (revocación de la aceptación) de la Ley 24.240.

Explicó también que Brenson no demostró la existencia del consentimiento de la Sra. Marioli para la adquisición de un plan de ahorro de un vehículo Ford, ni la fecha exacta de celebración del contrato ni que le fue proporcionada a las actoras la debida información. Destacó en este punto la carga prevista por el art. 53 de la LDC.

Sostuvo que si bien no pudieron ser probados en forma directa los llamados telefónicos ni los e-mails que la actora dice haber realizado, presumió que algún tipo de reclamo previo se realizó previo a la carta documento y la promoción de la denuncia ante la OMIC de Balcarce. Resaltó la conducta de la concesionaria de no concurrir a la audiencia fijada por dicha dependencia administrativa.

Destacó que recién promovida esta acción, Brenson Autos S.A. depositó la suma debitada, aunque sin calcular interés a pesar que desde la fecha del débito y la consignación pasaron más de 13 meses.

Concluyó que los elementos probatorios lo convencían de que los hechos habían sucedido como los describieron las actoras, en particular en el sentido de que la Sra. Marioli no tuvo intención de contratar y que fue engañada para obtener los datos de su tarjeta de crédito, los que fueron utilizados indebidamente para la adquisición de un plan de autoahorro que ella nunca tuvo intención de suscribir. Tuvo en cuenta la declaración testimonial de Patalagoyti de fs. 482 y las reglas de interpretación del art. 218 inc 4 del Cód. de Comercio, vigente al momento de los hechos debatidos.

En cuanto a los daños reclamados, estimó la demanda en cuanto a: i) el cobro de las sumas debidas ilegítimamente (\$990.-); ii) el daño moral reclamado por la Sra. Juárez (\$40.000.-) y iii) el daño punitivo (\$102.500 para cada una de las dos actoras)

i) En cuanto al primero de los rubros, el Juez indicó que fue probado con los informe glosados a fs. 287, 292 y 296.

ii) El daño moral lo tuvo por probado con la pericia psicológica en la que se indicó que, como consecuencia de los hechos discutidos en autos, la Sra. Juárez ha sufrido síntomas que se corresponden con ansiedad y angustia intensa y estado de ánimo, máxime que a la fecha del hecho dañoso, se encontraba embarazada (fs.496). A ello agregó lo relatado por los testigos Ortelli (fs. 479 vta.) y Valenzuela (fs. 481vta).

iii) Respecto al daño punitivo, el *a quo* consideró que la concesionaria actuó defraudando los intereses de las actoras, adoptando una conducta contraria a la ley y en claro desprecio a los derechos del consumidor. Destacó que no concurrió a la audiencia en la OMIC ni a la fijada por la mediadora prejudicial. Sostuvo que Ford Argentina al tomar conocimiento del conflicto, permaneció impasible, demostrando desdén y desidia.

Sobre la cuantificación de la multa, consideró adecuado tomar como referencia la fórmula matemática utilizada por la por la Cámara de Apelación de Bahía Blanca en los precedentes "Castelli" y "Castaño", de autoría de Matías Irigoyen Testa, tomando como base el daño patrimonial y moral fijados (\$40.990.-),

II. Apelaron los apoderados de ambas demandadas. El Dr. Julio Argentino Roca - por Brenson Autos S.A.- expresó agravios mediante el escrito presentado el 16/5/2019 y el Dr. Guillermo F. Souto - por la automotriz Ford Argentina S.C.A.-, con el de fecha 22/5/2019, los que fueron respondidos por las actoras a fs.636 y 642, respectivamente.

II.1. Recurso de Brenson Autos S.A.

II.1.1. El letrado de esta co demandada sostiene, en primer lugar, que la actora formuló una serie de afirmaciones que, de modo alguno, han quedado probadas en autos pues nunca se acreditó que:

- "...la Sra. Marioli es jubilada y discapacitada motriz...";

- "...Consultada a la Sra. Marioli respecto del débito antes señalado, ésta le manifestó que nunca había realizado una compra a Brenson S.A. pero que había recibido un llamado telefónico diciéndole que había sido beneficiada con un plan de ahorro del Gobierno Nacional para adquirir un vehículo nuevo...";

- "...la Sra. Marioli expresó no estar interesada pero sin embargo el vendedor (que dijo ser Diego Alvine y representar a Brenson S.A.) le solicitó sus datos y si poseía tarjeta de crédito para llenar una encuesta y enviarle información por correo para que analice la oferta con mayor detenimiento...";

- "...la Sra. Juárez se comunicó telefónicamente (con fecha 25 de marzo de 2013) siendo atendida por el Sr. Martín Pereyra quien la atendió en forma burlona y poco amistosa, por lo que solicitó hablar con un supervisor dejando sus datos para que la llamen...";

- "...Así, a la brevedad dicen que fue contactada por quien dijo ser el Gerente de la firma Sr. Fernando Muzzachiodi, quien le informó que el importe debitado correspondía a la reserva de un plan de ahorro que la Sra. Marioli había recibido por correo, toda vez que no era costumbre de la empresa enviar información por ese medio...";

- "...Indican que frente a la insistencia de la Sra. Juárez negando la operación le ofreció deshacer la misma y reintegrar el dinero cobrado, para lo cual le solicitó copia del resumen de la tarjeta y el envío por mail con sus datos solicitando el reintegro (indicándole una casilla de correo para tal fin). Indican que de acuerdo a lo prometido, una vez recibido el mail darían curso al reclamo y procederían a la devolución...";

- "...El día 27/3/2013 la Sra. Juárez dice haber enviado un mail en esos términos pero nunca tuvo respuesta. Afirma que reiteró el correo con fecha 3/4/2013 sin tampoco obtener respuesta...".-

II.1.2. Sostiene que es ilógico suponer que quien nunca quiso contratar haya brindado los datos de su tarjeta de crédito, como lo hizo la Sra. Marioli. El curso natural y ordinario de las cosas lleva a pensar que, como oportunamente se sostuvo al contestar la demanda, "...la actora contrató y luego se arrepintió..."

Afirma que no existió ningún vicio de la voluntad ni se han lesionado preceptos o principios del derecho y que las accionantes han obrado en evidente contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia.

Señala, además que la judicante ha omitido considerar que su parte le ofreció a la Sra. Marioli mediante la carta documento del 29 de mayo de 2013 obrante a fs. 19 y 65 vta., la devolución de la suma de \$ 990.- que le fuera debitada de su tarjeta de crédito Visa N° 0468.

II.1.3. Se agravia de que sin sustento probatorio alguno, la "a quo" ha presupuesto que hubo "dolo" de parte de Brenson Autos S.A cuando, en realidad, no se debe presumir sino en los casos expresamente determinados por la ley, que no es el de autos.

Reitera que la codemandante Marioli suministró todos sus datos voluntariamente y celebró una "contratación a distancia", por vía telefónica, en forma libre y deliberada, sin violencia, error, dolo o engaño.

II.1.4. Se queja también de los rubros admitidos.

Sostiene que las actoras no han probado haber sufrido daños patrimoniales y/o extrapatrimoniales ni que, eventualmente, los mismos guarden "*nexo adecuado de causalidad*" con el pretense hecho antecedente atribuido a su mandante (art. 906 del Código Civil), reclamando sumas exorbitantes, ajenas a toda realidad, con el único afán de beneficiarse patrimonialmente sin causa alguna.

En cuanto al daño patrimonial, afirma que no existió cobro indebido dado que la co-actora Marioli contrató voluntariamente con mi mandante y que no puede ser receptado ya que su parte depositó en la cuenta judicial de autos, el monto debitado a la antes nombrada por la referida tarjeta de crédito.

Sobre el daño moral, aduce que es imposible demostrar que el supuesto estado de ansiedad y angustia sufrido por la Sra. Juárez haya tenido origen en una verdadera timidez -desde el punto de vista económico y jurídico- como es la que motivó la demanda inicio de este proceso judicial. La excesiva susceptibilidad de la antes nombrada, más allá de lo razonable, no puede ser fuente de derechos o, en caso de serlo, nunca en la medida excesiva resuelta por la Sra. Jueza de Primera Instancia.

A su entender, la calificación de "estresante" efectuada por la perito psicóloga sobre la situación ventilada en autos consiste en una clara apreciación de carácter subjetivo, absolutamente carente de sustento científico. Sostiene que ante el pedido de explicaciones solicitado, la experta no pudo determinar cuáles fueron los parámetros científicos que tomó para dimensionar la gravedad de un "*agente estresor*" y su potencial incidencia en un embarazo, tal como invocara la actora.

Finalmente, en lo cuanto al daño punitivo, sostiene que la Jueza ha incurrido un grave error al haber resuelto "*extra petita*", violando el principio de congruencia.

Cuestiona también la aplicación de la fórmula y, además, de las bases tomadas para su cálculo. Considera irrazonable que, al fijar el coeficiente "Pc", la sentencia haya asignado "*...una probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados; estimada en 20%*", porque considera que la Sra. Juárez no es una persona lega, dada su profesión de abogada por lo que la probabilidad de que decidiera iniciar un proceso judicial es mucho mayor.

II.2. Recurso de Ford Argentina S.C.A.

II.2.1. El apoderado de esta codemandada se queja, en primer lugar, de la atribución de responsabilidad a su parte. Sostiene que el razonamiento del juzgado y consecuente fundamento resultan erróneos y que el fabricante sólo garantiza la calidad del producto, pero nunca el cumplimiento de las obligaciones comerciales asumidas por el concesionario, tal el caso de autos, en el que el concesionario actúa en nombre propio y por su cuenta.

Afirma que las disposiciones de la ley 22.240 (sic) están destinadas a garantizar los productos en la cadena de producción y comercialización, pero que en ningún momento consagra una responsabilidad sobre el comportamiento o cumplimiento de la palabra empeñada por los distintos protagonistas de la secuencia comercial, salvo que ello se hubiese asumido expresamente o por medio de propaganda u ofertas (extremos que no se han dado y mucho menos invocado en el caso).

Sostiene que en los supuestos en que la relación se genera con la concesionaria, el fabricante del automóvil resulta ajeno al contrato y no puede ser perjudicado por la conducta asumida por aquella. En la

venta directa, la concesionaria no reviste el carácter de representante del fabricante, y el concedente no es responsable por el incumplimiento incurrido por aquella en la entrega de la cosa a la cual se halla obligada, pues la impotencia o potencia patrimonial de éste último está fuera del control que el fabricante puede ejercer. Cita jurisprudencia al respecto.

II.2.2. Se agravia también de los montos fijados en la sentencia.

Dice que el importe de \$ 40.000 por daño moral y físico carece de todo fundamento pues no existe parámetro objetivo alguno y se prescinde de tres realidades: i) la parte actora rechazó el reintegro del importe ofrecido por el concesionario; ii) las sumas comprometidas en el diferendo que existe en autos no puede desencadenar las supuestas patologías psíquicas señalada por el sentenciante ni las físicas invocadas por la parte actora en su demanda, que nada tienen que ver con trastornos de ansiedad ni mucho menos y iii) la calidad de abogada de la actora, quien no puede argumentar trastorno alguno por la tramitación de un juicio o diferendo comercial, cuando su naturaleza constituye la esencia de su profesión.

En lo tocante al daño punitivo, aduce que su parte no ha incurrido en conducta reprochable alguna, pues la actuación se ajustó al procedimiento indicado para este tipo de situaciones: no incumplió ni se desentendió de manera alesova de ninguna obligación legal.

A su criterio, la Jueza ha soslayado todos los elementos obrantes en autos y ha impuesto la multa de manera abstracta y directa, al omitir considerar que para la procedencia del rubro es necesario la concurrencia de dos requisitos: a) una conducta deliberada del proveedor, culpa grave o dolo; b) daño individual o de incidencia colectiva, que supere el piso o umbral que le confiera, por su trascendencia social repercusión institucional o por su gravedad una apoyatura de ejemplaridad.

Reitera que no es correcto afirmar que su representada haya omitido deliberadamente ciertos cuidados o precauciones exigibles para abaratar costos e incrementar la ganancia y aduce no se trata de un caso en el que se haya demostrado una conducta disvaliosa.

Señala, además, que para la imposición de la multa civil es necesario que concurra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose. Destaca el carácter sancionatorio de la indemnización y cita jurisprudencia y doctrina.

Mantiene el caso federal.

III. Tratamiento de los recursos.

La condena fijada en la sentencia debe confirmarse.

Será tratada en primer lugar la falta de legitimación pasiva planteada por Ford Argentina S.C.A. Seguidamente, las quejas de Brenson Autos S.A. destinadas a cuestionar la valoración de la prueba sobre los hechos invocados por las actoras. En último lugar, se analizarán los agravios comunes de ambas apelantes en torno a la procedencia de los rubros de condena.

III.1. En cuanto a la legitimación de Ford Argentina SCA, aunque asiste razón a su apoderado al señalar que no corresponde aplicar al caso el art 40 de la ley 24.240, igualmente es acertada la condena a su

respecto por tratarse de un supuesto de responsabilidad concurrente que se rige por el art.10 bis de dicha ley.

El art.40 de la ley 24.240 se aplica al caso en que haya daños derivados del vicio o riesgo de la cosa, o de la prestación del servicio. En este proceso se reclaman daños derivados del incumplimiento del deber de información y la vulneración del trato digno ocurrido en el marco de una relación de consumo, por lo que corresponde aplicar el art. 10 bis.

Esa norma se refiere a las acciones fundadas en el incumplimiento por parte del proveedor, que habilitan la reparación del daño intrínseco o extrínseco según el caso (Picasso- Vázquez Ferreyra "Ley de defensa del consumidor" comentada y anotada, edit. La Ley, Bs.As. 2009, tº I, p.503, con cita de Larroumet y Andorno en la nota 1152 al pie). Esta norma se encuentra, metodológicamente incluida en el capítulo III de la LDC, referido a las "Condiciones de la oferta y venta", y contiene "remedios adicionales que no reemplazan sino que vienen a sumarse a los contemplados en el derecho común" (Picasso en Picasso- Vázquez Ferreyra ob.cit.p.154 tº1) para el incumplimiento de las obligaciones de fuente contractual (obra y autor citados en nota anterior p.153). Este es el criterio que hemos seguido con mi colega de Sala (causas "Baillieau, Nicolás Augusto c/ Volkswagen de Ahorro para fines determinados y ot. s/ Daños y Perjuicios" nº139438, sentencia del 30/06/2015; "Bassano, Mario Marcelo c/ Círculo Cerrado SA Ahorro y ot s.Daños y Perjuicios", nº166.363, Sentencia del 02/10/2018 entre otros)

La cuestión que hace a la norma aplicable – explican Hernández y Frustragli ("Noción del Consumidor y su proyección sobre la legitimación" y "Conexiones entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos", Revista de Derecho Privado y Comunitario, tº2009-1 Consumidores, Ed. Rubinzal Culzoni p. 276 y 245, respectivamente) no es sencilla, pues ambas acciones se fundan en un factor objetivo, y tienen el mismo alcance en cuanto a las consecuencias dañosas. Junto con Pizarro y Lorenzetti, estos autores se inclinan por considerar que el art. 40 solo resulta aplicable cuando se trata de un defecto, o del riesgo de la cosa, o de la prestación del servicio, resaltando en el conteo de las diferencias entre esas normas que en principio, el art.10 bis, tiene una legitimación pasiva más limitada, a excepción de los casos donde la existencia de conexidad relevante entre negocios de consumo justifique la ampliación de aquella.

Al proponer subsumir el caso en otra norma, corresponde analizar la legitimación pasiva que resulta, ya que solo resultará responsable el proveedor, conjuntamente con todos aquellos que integran los contratos conexos, y siempre que hayan sido demandados.

¿Cuál es el alcance del término "proveedor"?

Enseña Lorenzetti ("Consumidores" 2da. Edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2007, p.110) que "La noción de proveedor es deliberadamente amplia para incluir a todos los sujetos que actúan del lado de la oferta en el mercado", y en el caso del fabricante y del concesionario imbricados Mosset Iturraspe ("Contratos Conexos" Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p.65 nota 3) señala que "...para solucionar este caso, debería tenerse en cuenta que la concesión de ventas de automotores es un supuesto de concentración vertical de empresas y que la concedente ejerce sobre los concesionarios, por razón de los vínculos contractuales y reglamentos internos, un control permanente sobre su contabilidad, balances, previsiones financieras, contratos realizados, etc..."

La responsabilidad de ambas demandadas corresponde por ser beneficiarias de la venta de productos mediante una conexión de contratos. En los contratos conexos o cadenas o redes contractuales, se advierte un desvanecimiento del efecto relativo que les es propio, pues allí las partes, en pos de negocios de

variada índole, recurren a la celebración de varios contratos que no aparecen aislados, sino que se complementan en la búsqueda del objetivo económico.

En estos supuestos, la contratación ha renunciado a su aislamiento: el contrato no se presenta solo sino vinculado a otros, formando redes, “paquetes” de productos o servicios, surgiendo la noción de “operación económica” que se vale de varios contratos como instrumentos para su realización. Cuando se presenta este esquema, se impone un tratamiento de la contratación como un sistema único, una organización autorreferente de elementos relacionados de un modo autónomo. Su orden interno es generado a partir de la interacción de sus propios elementos que se reproducen a si mismos, son funcionalmente diferenciados, y buscan una estabilidad dinámica, (conf. Lorenzetti, Ricardo “Esquema de la teoría sistemática del contrato”, La Ley septiembre de 1999)

Esta modalidad de contratación provoca una tensión en el principio de relatividad (Hernández, Carlos A “Acerca del principio de relatividad de los efectos del contrato y sus tensiones actuales”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, -Contratos Conexos- Rubinzal Culzoni, 2007-2, p.21 y sgtes), en tanto se habla del cumplimiento - o incumplimiento -del programa más que uno de los contratos particulares que lo integran.

Las consecuencias de la conexidad aparecen en temas básicos como la interpretación del contrato relacionado, la búsqueda de su sentido y alcance, y la responsabilidad por el incumplimiento de uno de los “encadenados”, que se extiende o expande hacia las partes celebrantes de otro de los ligados o relacionados. Se menoscaba con base en la conexidad, el principio de relatividad (Mosset Iturraspe – Piedecasas, Código Civil Comentado. Contratos Parte General”, Ed. Rubinzal Culzoni, p.368, Santa Fe 2006).

Todo ello termina haciendo responsables a los codemandados en forma directa y concurrente, ya que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos originadas en causas fuentes diferentes, aunque la finalidad o motivo único fuera la compra del automotor, para lo cual se celebraron diversos actos.

De allí que pueda considerarse que en el término proveedor, se incluya tanto al concesionario que vende el plan y detalla las condiciones de la oferta y venta al consumidor, le exhibe y entrega el auto, y que también se beneficia no solo con tal venta, sino con sus eventuales transmisiones, como a la administradora del plan de ahorro o la empresa automotriz, cuyo beneficio es evidente, al valerse de la actividad de la concesionaria para hacer la colocación de los vehículos (y sus planes de financiación) en el mercado.

La aplicación del art. 10 bis, llevará a que se considere proveedor no solo a la concesionaria, sino también a la codemandada Ford Argentina SCA y que su responsabilidad resulte “*in solidum*” o concurrente, pues se extiende a todas las relaciones contractuales referentes a actos de consumo y USO (conf.Farina, Juan Manuel en Código Civil Comentado” Belluscio – Zannoni edit.Astrea, Bs.As.1999, tº8 p.903)

A ello se agrega que un contrato de concesión para la venta como el que denuncian tener entre las demandadas, tiene como nota característica la existencia de una integración vertical en la que el concedente ejerce un dominio económico sobre el concesionario a despecho de la independencia jurídica que se aparenta. En general, el concedente domina y controla todas las partes de la comercialización, dispone los precios al público, indica como debe presentarse el local, impone sus propios entender financieros en las operaciones de crédito, solicita informes detallados, se reserva el derecho de intervenir en la contabilidad del

El concedente no es ajeno al vínculo contractual existente entre las partes -concesionario y comprador- y, por ello debe ser responsabilizado frente al incumplimiento del concesionario. Tiene a su cargo la obligación de velar por la seguridad de los destinatarios de sus productos, en especial si ellos resultan ser consumidores. Entre sus deberes está controlar la legalidad de los actos de sus concesionarios frente a los consumidores, por lo que es procedente atribuirle responsabilidad por los perjuicios experimentados por las aquí actoras.

En este sentido, se ha resuelto que la empresa concedente responde frente al consumidor en virtud de: a) la conexidad contractual; b) la obligación de seguridad y c) la apariencia y confianza (Sala D CNCom 13-05-09, "Vásquez, Amadeo c. Fiat Auto Argentina S.A." publicado por la Ley On Line AR/DOC/3591/2009 comentado por Di Chiazza, Iván G. "Concesión comercial y contratos conexos. Análisis de la responsabilidad del concedente")

Se modifica la causal de eximición, en tanto de la causa ajena prevista en el art. 40, se pasa al ámbito en el cual las eximentes se restringen al caso fortuito o la fuerza mayor (art.10 bis) demostrados por quienes resultan sindicados como responsables.

Así, no habiéndose demostrado el caso fortuito o la fuerza mayor requerido por la norma para eximir de responsabilidad a los proveedores, debe rechazarse el agravio de la fabricante automotriz, y confirmar la condena.

III.2. Por su parte, tampoco asiste razón a Brenson Autos S.A. al sostener que no está demostrada la versión de los hechos en los que las actoras sustentaron su demanda.

Concuerdo con lo expresado por el Sr. Jueza en cuanto a que al aplicarse las normas atinentes a la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, se presentan diferentes consecuencias legales que deben ser tenidas en cuenta a la hora de resolver, tales como la aplicación del Principio pro consumidor inserto en el art. 3 de la ley 24.240 (lo que implica que en la hipótesis de duda sobre la interpretación de los principios que establece la ley, prevalecerá la más favorable al consumidor) y la tutela del consumidor en el Régimen Probatorio que establece el deber de los proveedores de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder y deberán prestar colaboración para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio, imponiendo la llamada "*carga probatoria dinámica*" (art. 53 3er.párrafo Ley 24.240).

Los hechos litigiosos y determinantes de la responsabilidad de las demandadas versan sobre el incumplimiento del deber de informar y la vulneración de un trato digno (art. 8 bis, 10 ter, 10 quáter, 32, 40, y concs. LDC; arts. 1092 a 1095; 1096 a 1099; 1100 a 1103 CCCN) los que, con buen criterio, han sido tenidos por sucedidos por el Juez en función de que aportó prueba directa de algunos de ellos, en la existencia de indicios en los términos del art. 163 inc. 6 del CPC y por la aplicación de la regla señalada del art. 53 LDC (ver demanda y contestaciones y prueba informativa de fs. 227/248, 281/284, 285/300, 334/349, 377/414, informe pericial psicológico de fs. 494/498 y contestación de explicaciones de fs 527/530)

No está controvertido que a raíz de un llamado telefónico a la Sra.Marioli por parte de una persona que invocó ser dependiente de la concesionaria, se obtuvo de aquella los datos de su tarjeta de

crédito para efectuar el débito de la suma de \$990.- en 3 cuotas que aparecen en los resúmenes bajo el nombre de Brenson.

Fue, a su vez, demostrado que: i) la Sra. Juárez es titular de la cuenta de Visa en la cual su madre - la Sra. Marioli- tiene extendida la tarjeta adicional en la que se efectuó el débito de la concesionaria; ii) el 11 de abril de 2013 remitió una carta documento a ésta para impugnar el consumo e intimar la devolución del dinero cobrado más los gastos (fs. 281/3); iii) reiteró la intimación mediante el mismo medio, que fue recibida el 3 de julio de 2013 (ver. informe de fs.281); iv) Brenson Autos le ofreció a la actora la devolución de la suma de \$ 990 (fs. 19 y 65 vta); v) la actora efectuó una denuncia en la OMIC de Balcarce (fs. 227/248)y vi) la concesionaria no concurrió a la audiencia conciliatoria fijada (fs. 249).

Estos hechos, algunos reconocidos y otros demostrados, constituyen indicios suficientes que por su concordancia, precisión y número, permiten al Juez válidamente presumir de acuerdo a las reglas de la sana crítica los que la demandada dice que no fueron probados (art 163 inc 6 del CPC) La decisión sobre este punto está acompañada con la distribución probatoria del art 53 de la LDC, en tanto la presunción constituye un caso de inversión de prueba y la parte afectada tiene la carga de probar en contra de ella (conf. se explica en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" Dir. López Mesa Cood. Rosales Cuello, tºII p.497)

En función de ello, es acertada la decisión de considerar que Brenson Autos S.A. violó los deberes que le impone la LCD, al no estar demostrado que informó debidamente a la actora que disponía del derecho de arrepentimiento ni admitirlo oportunamente cuando ésta intentó ejercerlo (art. 33 y 34 LCD).

La conducta desplegada antes de la promoción de la demanda, abona la denuncia de la Sra. Juárez de la vulneración de la exigencia de un trato digno (art.8 bis LCD). Reviste particular importancia el ofrecimiento de la devolución del dinero sin intereses ni gastos cuando ya estaba tramitando la instancia administrativa ante la OMIC y la ausencia en la audiencia allí fijada, como también que en este proceso insista en que sólo debe devolver el capital sin actualización, intereses ni gastos, casi como si fuera un gesto de buena voluntad. Reitera que el contrato estaba celebrado telefónicamente, pero no ha acompañado el pertinente instrumento que así lo acredite.

En este contexto, es acertada la afirmación del Juez en cuanto a que Brenson Autos dejó incumplida la carga de probar los hechos que invocó pese a que legalmente así está impuesta, por estar en mejores condiciones de hacerlo (arg art 53 de LDC y 375 del CPC), por lo que es correcto que presuma que la Sra. Marioli no tuvo intención de contratar y no fue engañada para obtener los datos de su tarjeta de crédito, los que luego fueron utilizados indebidamente para la adquisición de un plan de autoahorro que ella nunca tuvo intención de suscribir.

III.3. Por lo demás, tampoco deben estimarse las quejas expuestas por ambos apelantes sobre los montos fijados en la sentencia.

III.3.1. Daño moral.

La suma de \$40.000.- fijada por daño extrapatrimonial luce por demás prudente y se condice con la prueba producida, por lo que propongo su confirmación.

Al tiempo de los hechos que causaron el daño cuya reparación se ha reclamado, estaba vigente el Código Civil (ley 340), actualmente sustituido por el Código Civil y Comercial (ley 26.994).

Corresponde tener presente que en materia de daños, el Código Civil y Comercial no ha hecho más que incluir en sus normas las soluciones doctrinarias y jurisprudenciales ya consolidadas durante la vigencia del Código anterior, por lo que no se presentan inconvenientes respecto a la aplicación de la ley en el tiempo, menos aún cuando a la hora de cuantificar el daño, pueden utilizarse las pautas que brindan los arts. 1740 y 1741 del CCCN, porque como indica Aída Kemelmajer de Carlucci, la existencia del daño se rige por la ley vigente al momento del hecho, pero el modo de liquidarlo puede estar regido por la ley vigente al momento de la cuantificación (“La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, segunda parte, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2016, pág. 261; CCCAzul, Sala II, exped. n°2-60896-2015, “Soudrelle María José c. Ferraro Jáuregui Luciano Francisco y otro s. Daños y perjuicios”, sent. del 14-6-2016; CNCiv. Sala A, “D. V. A. C. c. A. A. M. J. A. y otros s. Daños y perjuicios”, sent. del 14-6-2017, en RCyS-2017-IX-152, cita on line AR/JUR/38915/2017, considerando II del voto del Dr. Picasso).

Para justipreciar el daño extrapatrimonial, la doctrina especializada en materia de daño moral (o extrapatrimonial) impulsó hace algún tiempo un sistema de valuación en el que los precedentes de situaciones similares adquirirían decisiva relevancia (Viramonte y Pizarro “Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L. Q.” en La Ley Córdoba 2007, Junio página 465).

Jorge W. Peyrano propició una suerte de “tarifación judicial indicativa del daño moral”, pudiendo el magistrado interviniente aumentar o disminuir el monto indemnizatorio que sería la consecuencia de la aplicación automática de aquella en razón de la particularidades del caso” (Peyrano, Jorge W. “De la tarifación judicial ‘iuris tantum’ del daño moral”, JA, 1993-I-877; CCiv. Com., Rosario, sala 4, 10/12/92, “García, Jorge c. Club Remeros Alberdi” JA, 1993-I-611, con nota aprobatoria de Vázquez Ferreyra, “La cuantía de la indemnización del daño moral: Estimación tarifaria iuris tantum”, JA, 1993-I-621. citados por Viramonte y Pizarro ob.cit.)

“El carácter indicativo del sistema propuesto - dicen Viramonte y Pizarro - no debe olvidarse: los jueces disponen de un estándar —jurisprudencial— de montos indemnizatorios para el daño moral producido por la lesión a las distintas categorías de derechos pero los magistrados pueden —y deben—, fundándolo, fijar un monto mayor o menor que el establecido como estándar por los precedentes jurisprudenciales para un daño moral similar o análogo, cuando las circunstancias y pruebas particulares de la causa así lo justifiquen”.

Este sistema, puede funcionar adecuadamente en situaciones de estabilidad monetaria, pero pierde su fundamento ante la inflación y constante depreciación del signo monetario que venimos sufriendo desde hace algún tiempo.

Así, para evaluar el daño moral debe tenerse en cuenta que el monto indemnizatorio por daño no patrimonial “deba fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurar las sumas reconocidas” (art.1741 del Código Civil y Comercial), que “la plenitud indemnizatoria descarta sumas depreciadas, inservibles para obtener satisfacciones. Ello supone cuantías con poder adquisitivo real, sin cristalización al momento del daño o de la demanda, cuando ha disminuido a la fecha de la sentencia o la de su cumplimiento” y que “ante perjuicios no patrimoniales de similar entidad corresponden indemnizaciones parecidas...” (Matilde Zavala de González RCyS 2013-XI portada).

“Como la intimidad no es accesible, necesariamente debe acudirse a parámetros sociales de evaluación, en el sentido de percibir el daño moral según lo experimentaría el común de las personas en similar situación lesiva” (Zavala de González, Matilde “Resarcimiento de daños” editorial Hammurabi tº 5 A “¿Cuanto por daño moral? Página 106 y siguientes), que “los daños morales son perceptibles por el Juez”, pues “el juzgador como hombre común, debe subrogarse mentalmente en la situación de la víctima para determinar con equidad si él, colocado en un caso análogo, hubiese padecido con intensidad suficiente como para reclamar una reparación” (obra citada p. 107).

Si bien la fijación del monto de la reparación del daño moral siempre queda, en última instancia, librada al prudente arbitrio judicial, no es menos cierto que en la actualidad tiene mayor aplicación la tendencia que obliga a indicar, en la sentencia, las pautas objetivas que permitieron arribar a la suma de condena (Zavala de González, Matilde “Resarcimiento de Daños tº 5 a : “Cuanto por daño moral” , página 80 y siguientes; Editorial Hammurabi, Bs. As. 2005).

En este aspecto, tengo en cuenta para la determinación del monto lo resultante de la prueba producida y, en particular, el informe de la perito psicóloga que indicó que la Sra. Juárez desarrolló un conjunto de síntomas psicológicos emocionales y comportamentales en respuesta clínicamente objetivable como Trastorno Adaptativo F.43.22 Subtipo Mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo (fs. 498 y contestación de explicaciones de fs. 527/530), lo cual fue corroborado por lo declarado por los testigos Ortelli (fs. 497) y Valenzuela (fs.481)

A estos elementos probatorios de por sí suficientes, se agrega que han transcurrido casi 7 años entre los hechos lesionantes y el dictado de esta sentencia, con lo que los \$40.000.- aún con sus intereses, apenas cubren el padecer de la Sra. Juárez acreditado.

La circunstancia de que la actora sea abogada no es óbice para la reparación. El convencimiento de su razón que pudo tener en virtud de su profesión no le quita el estrés de verse injustamente envuelta en una deuda por el obrar malicioso de la demandada.

No obstante, debo aclarar que la confirmación que propicio no se sustenta en que la angustia provocada por la complicación padecida por la Sra Juárez en su embarazo (oligohidramios). No se acreditó que la misma haya sido generada por los hechos aquí discutidos.

No fue producida una pericia médica ni se acompañó la historia clínica que así lo avale (fs.249) y son insuficientes los certificados médicos acompañados (fs. 30, 32 y 34), en la medida que no demuestran la relación causal de ese padecimiento con el estrés sufrido por la actora. La licenciada en psicología se excede en su labor cuando lo afirmó, sin otro sustento que las propias manifestaciones de la Sra. Juárez.

III.3.2. Daño punitivo.

Los agravios sobre este rubro tampoco prosperan.

En la sentencia apelada se hizo especial hincapié en que la infracción a la LDC por la conducta desplegada por Brenson Autos no se redujo a un mero incumplimiento sino que fue una “violación palmaria y dolosa” al utilizar datos de un consumidor (de su tarjeta de crédito y datos personales) en su propio beneficio y, respecto de Ford Argentina, que permaneció impasible, con desdén al desconocer la existencia de la relación de consumo, cuando tomó conocimiento de los hechos. El Juez puso el acento en la defraudación de la confianza.

En la causa “Gastiarena Daiana c. Omint SA de Servicios s. Daños y perjuicios” (exped. n°168.199, sent.

del 10.10.2019, R 262-S F°1386/9), el Dr. Ricardo Monterisi recordó que “... el mero incumplimiento de la normativa no basta para que proceda la aplicación de la multa civil. Para la configuración del daño punitivo debe concurrir un elemento subjetivo agravado en la conducta del proveedor de bienes o servicios, que se traduce en culpa grave o dolo, negligencia grosera, actitud temeraria o notorio menosprecio por los derechos ajenos, así como un elemento objetivo consistente en un daño que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional demande la imposición de una sanción ejemplar (mi voto en causas c. 161024 -"Tavolaro..."-, del 07/06/2016, 165165 -"Massacesi..."-, del 05/04/2018, 166.363 -"Bassano..."-, del 02/10/2018, 166.517 -"Faggiolini..."-, del 09/10/2018, 167.624 -"Taliercio..."-, del 11/06/2019, entre otros; en otras jurisdicciones. v. CNCom. Sala A, "Emacny S.A. s/ ordinario" S. 9/11/2010, elDial.com AA6880; idem Sala F, "R.S.A. c/ Compañía Financiera Argentina S.A." S. 10-5-2012, elDial.com AA769F y "Murana c/ Peugeot Citroën Argentina S.A." S. 5-6-2012, elDial.com AA792B; idem Sala D, "E.N. c/ Galeno S.A." 28-6-2012 elDial.com AA7AC3; idem Sala C, "P.G.M. c/ Nación Seguros de Vida S.A." S. 11-7-2013, elDial.com AA8856; CNCiv. Sala H, "San Miguel c/ Telecentro S.A." S. 10-12-2012, elDial.com AA7CC9; CNCiv. y Com. Fed. Sala I, "L.M. c/ Edesur S.A." S. 15-7-2014, elDial.com AA8A08; TSJ Córdoba, "Teijeiro c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A." S. 15-4-2014, elDial.com AA8934; Cám. Sexta Civ. y Com. Córdoba, "R.S. c/ Amx Argentina S.A." S. 26-3-2015, elDial.com AA8EA7; Cám. Civ. y Com. Rosario, "Rodríguez c/ AFA" S. 9-4-2013, elDial.com AA80D2; Cám. Civ. y Com. Azul, "Rossi c/ Whirlpool Arg. S.A." S. 11-6-2013, elDial.com AA805D, entre otros)”.

Conforme a las constancias del expediente, la conducta de la demandada es altamente reprochable.

Como bien se describió en la sentencia, se produjo una verdadera defraudación de los derechos de las actoras pues, al no haber podido demostrar la efectiva celebración del contrato tantas veces invocadas, los hechos quedan reducidos al modo en que fueron relatados por aquellas y se evidencia el uso ilegítimo de los datos personales con el exclusivo provecho para la concesionaria. Del mismo modo, se observa la más absoluta desidia en dar una solución rápida y adecuada por parte de ambas demandadas.

Brenson Autos S.A sigue sosteniendo que se había celebrado un contrato y que la acotra luego se arrepintió sin tener el más mínimo respaldo probatorio y sin reconocer que, aún en ese caso, le asistía tal derecho de conformidad a lo previsto por el art 34 LDC. No se presentó ante la sede administrativa y luego, al contestar la demanda en este proceso, depositó el capital puro cobrado ilegítimamente sin intereses ni gastos.

Ford Argentina S.C.A., aunque compareció a las audiencias, mostró – y lo sigue haciendo- desidia al desconocer la existencia de la relación de consumo y luego considerarse ajena a ella, pese a poner su marca y haber formado un entramado comercial con la concesionaria que no sólo genera en el público la confianza, sino que la beneficia directamente.

La conclusión a la que arribo es la misma que la del juez d primera instancia, y es que corresponde aplicar una sanción a ambas demandadas.

Sobre la cuantía de la multa, la tarea para establecer el monto no es sencilla pues el art. 52 bis de la ley omite toda pauta de cuantificación. El juez ha aplicado la fórmula diseñada por Irigoyen Testa, tal como esta sala lo ha hecho (causas “Gastiarena” ya citada y “Lucchesi, Piertina y ot. C. Obra Social de Docentes Privados (OSDOP) s. reclamo contra actos de particualres” n° 155.864, sentencia 14/11/19)

Es que “el daño punitivo tiene una finalidad económica que justifica su aplicación: debe funcionar como un elemento disuasivo para que el proveedor de un producto o servicio no continúe,

mantenga o repita conductas similares a las que motivaron la multa, destruyendo la denominada “ecuación perversa” conforme la cual al empresario le resulta menos costoso dañar y reparar en el caso individual antes que prevenir y evitar en la generalidad de los casos (Irigoyen Testa, Matías, “¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?”. RCyS 2009-X, 16; Cám.Ap.Civ.Com. de Rosario, Sala IV, “Vázquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/ daños y perjuicios”, del 07/08/2012). La herramienta matemática diseñada por el autor mencionado permite determinar la cuantía de los daños punitivos en forma tal que no sea inferior ni exceda el monto necesario para cumplir esa función disuasoria y que, tratándose -como en autos- de daños reparables, busca hacer coincidir la responsabilidad total esperada del dañador con los daños reparables esperados que se derivan de su comportamiento.

“De ese modo se logra cumplir con la función principal disuasoria (que se ajusta a los niveles de precaución socialmente deseables) y la función accesoria sancionatoria (que implica una multa civil extracompensatoria que se afronta adicionalmente, luego de haberse compensado perfectamente al damnificado)” (Irigoyen Testa, Matías, “Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables”, La Ley, DCCyE, 2011 (diciembre), 87”).

Explicó mi colega en el presente “Gastiarena” que “El cálculo diseñado procura que el costo privado del empresario coincida con el costo social total del producto que ofrece: si además de su condena por indemnización la empresa también posee una condena esperada adicional por daños punitivos entonces en el futuro preferirá corregir su conducta. De ese modo, deja de resultarle provechoso inobservar el comportamiento debido. [Irigoyen Testa, M. “Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables.” La Ley, DCCyE, 2011 (diciembre), 87]”.

La fórmula es la siguiente: $D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$, donde: D = es la cuantía de los daños punitivos a determinar; C = es la cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados; pc = es la probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados; pd = probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria.

El cálculo efectuado en la sentencia apelada es, en mi opinión, acertado.

En este expediente, la indemnización de la actora [C] asciende a \$ 40.990. La probabilidad de que un afiliado demande a la obra social y obtenga una condena que le procure una reparación por los daños ocasionados [Pc], en este caso la estimaré en un 20%. Es razonable considerar que solo 2 de cada 10 usuarios afectados accionará, circunstancia que se verifica en el caso por la profesión de abogada de una de las actoras. Ahora bien, la probabilidad de condena por daños punitivos [Pd] es alta en este caso porque luce evidente el menosprecio y la desatención de los derechos del consumidor, a través de un intento de despojo grosero.

De este modo, el daño punitivo calculado en la suma de \$204.950.- comprensivo para ambas actoras debe confirmarse.

Reitero aquí las consideraciones vertidas en el caso “Gastiarena” sobre la utilidad del uso de las fórmulas matemáticas, y que las probabilidades aquí utilizadas (Pc y Pd) obedecen a estimaciones realizadas en base a la experiencia, que como tales, son completamente opinables, pero las críticas que se les puedan formular no son trasladables al cálculo matemático ni a la base conceptual que le da sustento, sino a la operación de cuantificar una probabilidad contando con escasa información.

Esa es la virtud del cálculo, las variables al ser explicitadas pueden ser controladas, la alternativa sería establecer el monto en base a la “prudencia judicial”. La coincidencia que aquí se da con el monto “prudencialmente” fijado en la instancia anterior, tiene que ver con las particulares circunstancias del caso señaladas, la probabilidad de que los afectados accionaran era previsiblemente altísima.

“La utilización de las fórmulas matemáticas no hace desaparecer la compleja y fundamental tarea de justipreciar concienzudamente la prueba producida por las partes y asignar valor a cada una de las variables que ella contempla. Todo lo contrario, esa carga intelectual y argumental se intensifica enormemente, obligando al juzgador a explicitar en su sentencia todos y cada uno de los pasos que componen su razonamiento: qué variables ha tenido en cuenta, qué valor les ha asignado y cómo las ha interrelacionado a través de un cierto modelo de cálculo” (esta Sala, “Gastiarrena”, considerando III.c, punto 2 apartado a).

La sentencia debe confirmarse también en este parcial.

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

En atención al modo en que ha resultado la votación precedente, corresponder rechazar los recursos de apelación interpuestos, confirmando la sentencia. Las costas deben imponerse a los recurrentes en su calidad de vencidos (art 68 del CPC).

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente

SENTENCIA

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: I) Reanudar los plazos procesales oportunamente suspendidos (arts. 155 y ccdtes del CPC); II) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por las demandados, confirmando la sentencia apelada de fs. 594/618. III) Imponer las costas a las recurrentes en su calidad de vencidas (art 68 del CPC); IV) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14967). **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** (art. 135 del C.P.C.). **DEVUÉLVASE.**

ROBERTO J. LOUSTAUNAU RICARDO D. MONTERISI

LUCAS M. TROBO

AUXILIAR LETRADO