



PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los veintiséis (26) días del mes de abril del año 2018, la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, el Dr. Pablo G. Furlotti y la Dra. María Julia Barrese, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"COOPERADORA HOSPITAL SAN MARTIN DE LOS ANDES C/ KIP FITNESS+HEALTH S.R.L. S/ RESOLUCION DE CONTRATO"**, (Expte. Nro.: 40423, Año: 2014), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes y en trámite ante esta Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes dependiente de esta Cámara de Apelaciones.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. María Julia Barrese**, dijo:

I.- A fojas 171/179 se dictó sentencia de primera instancia, por medio de la cual el Sr. Juez interviniente resolvió admitir parcialmente la demanda entablada por la COOPERADORA HOSPITAL SAN MARTIN DE LOS ANDES, ordenando la restitución por parte de la demandada, KIP FITNESS & HEALTH S.R.L. a favor de la actora de la suma de PESOS TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO CON CINCO CENTAVOS (\$ 33.344,05), con más intereses -tasa activa- devengados desde que la suma fue abonada y hasta su efectivo pago. Asimismo, el sentenciante impuso las costas a la demandada vencida.

II. Contra el pronunciamiento citado, interpone recurso de apelación la accionante, Cooperadora Hospital San Martín de los Andes, a fs. 181, habiéndose incorporado la expresión de agravios a fs. 195/199 vta. Conferido el traslado



de los respectivos agravios, el mismo no fue contestado por la contendiente.

III. Descripción de los agravios expresados por la parte actora:

A. En primer lugar, se agravia la accionante por el rechazo del rubro indemnizatorio reclamado bajo la denominación "valor de reposición". Expresa que dicho importe fue requerido en virtud del proceso inflacionario que atraviesa el país, que se acentuó al momento de acaecimiento de los hechos ventilados en autos. Afirma que en los presentes, se ha producido una prueba pericial que da cuenta que el valor de adquisición del producto que no fue entregado por su contendiente ascendió prácticamente al doble del precio convenido y abonado oportunamente.

Luego de transcribir el razonamiento seguido por el a quo, la apelante manifiesta que lo resuelto contraría las prescripciones del art. 1204 del Código Civil de Vélez y la jurisprudencia elaborada en derredor de dicha norma.

Continúa señalando que en este supuesto se halla acreditado el acaecimiento del daño emergente, consistente en el importe pagado por su parte sin que la contraria cumpliera con la obligación de entrega del producto. Afirma la impugnante que a la par, se ha probado el lucro cesante, al que describe como la pérdida de chance por no poder contar con dicho bien y por la descapitalización padecida por su parte, en virtud del proceso inflacionario.

Cita jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional Civil del año 1990, que considera aplicable al caso y se encarga de analizar la doctrina que sustenta el fallo. Concluye que el incumplimiento de la contraria no solo generó una pérdida para su parte, sino que también ocasionó una ganancia injustificada a favor de la accionada, quien pudo haber comercializado el bien objeto del contrato, vendiéndoselo a otra persona, al mayor precio que su parte ha



acreditado en autos. Por ello, requiere que se revoque la sentencia y se haga lugar al rubro "valor de reposición" por la diferencia entre el precio pagado por el bien mueble y la suma indicada por la perito tasadora.

B. La impugnante se agravia, en segundo lugar, señalando que a pesar de que el a quo ha encuadrado el vínculo contractual en la Ley de Defensa del Consumidor, rechazó la procedencia del daño punitivo peticionado en su reclamo inicial. Critica el criterio seguido por el magistrado de grado, argumentando que en el caso se han dado los requisitos que tornan procedente tal instituto, dado que la contendiente ha obrado de una manera contumaz, al haber elegido no cumplir con su obligación estando en condiciones de hacerlo. Destaca que su contraparte está en rebeldía en estos actuados y adoptó también una conducta displicente en las actuaciones seguidas en la oficina de Defensa del Consumidor. Se explaya sobre los presupuestos que habilitan la procedencia del rubro desestimado en la instancia de grado, expresando que desde el punto de vista objetivo, el obrar ilícito del proveedor amerita sanción, dado que la accionada percibió la totalidad del precio por un producto que no entregó, sin que haya realizado ningún ofrecimiento para resarcir dicho incumplimiento. Luego, alude a que se encuentra configurado también el presupuesto subjetivo de procedencia de la sanción, atento a que la conducta del proveedor es más cercana a la culpa grave o al dolo que a la mera culpa o negligencia, en mérito a que se ha probado en autos que la demandada sigue comercializando el producto, esto es, está en condiciones de cumplir el contrato y elige no hacerlo. A continuación, enfatiza sobre otro aspecto de procedencia de la sanción, recalcando que el incumplimiento le ha generado un beneficio económico al dañador, atento a que ha quedado acreditado en autos, según lo expresa, el pago total del bien mueble y su falta de entrega.



Sostiene que el a quo ha ponderado arbitrariamente las pruebas que dan cuenta de los extremos fácticos habilitantes de la procedencia del daño punitivo que reclama.

C. Finalmente se agravia la accionante por el rechazo del rubro indemnizatorio inherente al daño moral, argumentando que el sentenciante ha errado al haber considerado que dicho perjuicio no fue acreditado. Sostiene que contrariamente a lo resuelto, la testimonial rendida por la Sra. Vacarezza, da cuenta de tal detrimento. Se explaya sobre la aludida declaración, afirmando que la deponente ha expresado que la radio que dirige realizó, junto a la cooperadora del hospital, un evento especial a efectos de recaudar fondos que efectivamente aportó la comunidad -que siempre creyó en la institución-, para adquirir la cinta ergonómica objeto del contrato y que su posterior falta de entrega afectó la credibilidad de la emisora y de la actora. Dice que el razonamiento del judicante resulta arbitrario, atento a que su parte ha acreditado los presupuestos fácticos de procedencia del rubro indemnizatorio inherente al daño moral. Aduna que la sola circunstancia de que la accionante sea una persona jurídica no amerita el rechazo de la reclamada indemnización por cuanto en el supuesto, la cooperadora es una entidad sin fines de lucro cuya credibilidad ante la sociedad es lo que le permite seguir funcionando y es justamente, dicha creencia, la que se halló afectada por la conducta seguida por su contendiente.

Corrido el pertinente traslado, la demandada no lo ha contestado, habiendo quedado estos autos en estado de dictar sentencia (fs. 201).

IV. Análisis de los agravios:

A. 1. Dando inicio al análisis recursivo adelanto que, en mi opinión, el primer punto de agravio actoral debe merecer favorable acogida. Me explicaré de seguido sobre los motivos que sustentan su procedencia.



Advierto que el a quo ha adoptado una interpretación restrictiva de la normativa que consideró aplicable al caso, esto es el art. 1204 del Código Civil vigente al momento de suscitarse los hechos materia de esta litis, habiéndose pronunciado por la improcedencia de la indemnización de los daños y perjuicios que acompaña la resolución por incumplimiento contractual.

Primeramente, he de señalar que en el Código Civil de Vélez no se encontraba habilitada la procedencia del pacto comisorio en las compraventas de cosas muebles (art. 1374 in fine). En virtud de tal prohibición una interpretación literal de la norma, conduciría a concluir que en los contratos de compraventa de bienes muebles nunca se podría solicitar la resolución contractual por incumplimiento, exista o no pacto comisorio expreso. No obstante ello, la doctrina civilista nacional ha concluido que la interpretación lógico sistémica de la mencionada disposición legal confrontada con las demás disposiciones que regulan la facultad comisoria en materia de compraventa (por ej. arts. 1412, 1420, 143) produce un resultado diverso. Por ello se ha considerado que la parte final del art. 1374 debe tenerse por no escrita (cfr. Compagnucci de Caso y otros prestigiosos autores en la obra colectiva "Código Civil de la República Argentina Explicado" - Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2011, T. IV pág. 650).

Ello es así, atento a que la reforma del artículo 1204 operada por ley 17711 admitió la facultad comisoria tanto expresa como tácita, en todo tipo de contratos con prestaciones recíprocas, lo que incluye la compraventa mobiliaria. El artículo 1204 establece en el pacto comisorio tácito ejercido por vía extrajudicial, que: "...transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios". Y luego, en el párrafo cuarto (del cual se deduce



la posibilidad de la vía judicial para el ejercicio de la facultad resolutoria tácita), que: "La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios".

A. 2. Aceptada la procedencia del pacto comisorio en la compraventa de bienes muebles, reconozco que en nuestro país se ha suscitado tanto en ámbitos doctrinarios como jurisprudenciales, la discusión acerca de qué daños deben ser indemnizados cuando opera la resolución de un contrato, enfocándose dicho debate en el análisis inherente a la índole de los intereses -negativo o positivo- afectados por el daño y a los rubros que comprende la denominada indemnización de los daños al "interés negativo".

Un importante sector de la doctrina ha sostenido, siguiendo el camino marcado por Jorge Joaquín Llambías, que cuando operaba la resolución sólo eran indemnizables los daños al interés negativo-, entendiendo que constituye una contradicción reclamar, por un lado la extinción judicial del contrato y conjuntamente, el cumplimiento o la indemnización por daños derivados de dicha conducta. Desde tal óptica, se señala que la resolución sólo puede dar lugar al resarcimiento de los daños negativos, consistentes en el reintegro de las sumas abonadas con más los intereses debidos y los gastos efectuados para contratar. Tal es el criterio adoptado por el juez de la anterior instancia en el fallo impugnado.

Dicho sector doctrinario y la jurisprudencia que comulga con esta opinión, asimilan el caso de la resolución con el de la nulidad contractual. Pero, sobre esta asimilación se ha dicho que: "El contratante que resuelve no tiene por qué querer, ni de ordinario querrá, que todo suceda como si el contrato no se hubiese celebrado, sino sólo limitar el perjuicio que el incumplimiento de la otra parte podría llegar a causarle, recuperando el objeto de su prestación ya realizada, o consiguiendo poder disponer libremente de la cosa



aún no prestada. Como resulta palmario que la voluntad típica de un tal contratante es absolutamente diferente a la del contratante que, por ejemplo, anula el contrato por violencia o intimidación, y que la valoración normativa de los supuestos de nulidad o anulabilidad tiene lógicamente que ser y es absolutamente distinta que la de las hipótesis de resolución por incumplimiento [...], de ordinario, el contratante que resuelve no querrá que todo suceda como si el contrato resuelto nunca se hubiera celebrado, sobre la base de que, de ordinario, no será él quien haya hecho un mal negocio con el contrato en cuestión" (cfr. Fernando Pantaleón, "Resolución por incumplimiento e indemnización", en A.D. C. 1989, fasc. IV, p. 1143, citado por Gonzalo Gozzo en "LA FIGURA DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DESDE EL PRISMA DEL DERECHO DE DAÑOS (¿Es la resolución del contrato un caso de responsabilidad precontractual?), en Revista de Derecho Privado y Comunitario Tomo: 2004, Ed. Rubinzal Culzoni, www.rubinzalonline.com.ar).

A la par, otro sector doctrinario ha propiciado el resarcimiento de los daños al interés positivo en este supuesto, argumentando que la literalidad del artículo 1204 de ninguna manera autorizaba a realizar la distinción efectuada por Llambías, en daños al interés positivo y negativo. Los seguidores de esta corriente de opinión han considerado que la resolución contractual es posterior -lógica y cronológicamente- a la mora y al incumplimiento, de donde corresponde se resarzan los daños que dicha demora e incumplimiento definitivo han causado con anterioridad a que la parte "in bonis" optara por la resolución del negocio. En apoyo de esta tesis, se ha entendido que si en el incumplimiento contractual la legislación autoriza el resarcimiento de los daños de cumplimiento, y en la resolución (que es la otra opción disponible) no, sino sólo los daños al interés negativo, los sujetos que en los casos concretos



eligieran la segunda alternativa se verían seriamente perjudicados (cfr. Gonzalo Gozzo, en ob. Cit.).

A.3. Ahora bien, efectuada tal disquisición, debo consignar a esta altura, que en materia de resolución contractual, conforme al criterio con el que comulgo, la cuestión fundamental es establecer el valor de sustitución del bien objeto de la prestación, en atención a que el daño debe estar indefectiblemente presente para que surja un derecho a la reparación.

En la resolución contractual el incumplimiento es definitivo, en el sentido de que ya no es querido el cumplimiento en especie por el acreedor que optó por esta alternativa. Aquí "el acreedor no entrega un valor que corresponda a la prestación que no recibe", no se repara el daño que ocasiona la falta de contraprestación, sino el daño por el mayor precio que tiene que pagar por adquirir la cosa (cfr. Gonzalo Gozzo con cita de GAMARRA, Jorge, "Responsabilidad contractual, El incumplimiento", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 50). El mismo autor afirma, en conceptos que comparto, que: "...tratándose de un contrato con prestaciones recíprocas en el cual una parte opta por la resolución, lo que produce la extinción de la obligación de esa parte y también la de la otra, no puede hablarse de que existe una indemnización por equivalente de la prestación debida ya que al no tener que cumplir con la propia no puede exigir la de la otra parte. Ahora bien, siendo así las cosas, es obvio que se podrá obtener en concepto de daños la diferencia entre el valor de la cosa al tiempo en que debía ser cumplida y el precio actual de otra cosa equivalente". El autor que vengo citando, concluye al respecto que: "corresponde abonar en principio, sólo el costo de sustitución, esto es lo que es necesario abonar "de más" para poder adquirir un bien idéntico desde el punto de vista



funcional, es decir,...la diferencia de costos entre el valor actual del bien y el que tenía al tiempo de contratar".

Esta es la tesis que como lo señala la apelante al expresar agravios, fue seguida por la mayoría en el plenario "Civit, Juan c/ Progress SA y otro" (cfr. L. L. 1990-B-474).

Siguiendo a Jorge Mosset Iturraspe, ha de señalarse que el criterio de la mayoría del mencionado decisorio destaca que: A) La clasificación daño positivo/daño negativo es puramente dogmática; no tiene asidero legal; B) la noción daño al interés negativo incluye sólo los gastos incurridos pero no "la ganancia dejada de percibir (lucro cesante)"; C) "históricamente fue así, pero hoy no puede extenderse al supuesto del contrato que se resuelve por causa imputable a una de las partes. Aquí el interés negativo no puede limitarse en la forma indicada, sino que debe colocarse al no culpable - o no responsable- en la situación patrimonial similar pero no peor a aquella que tenía antes de contratar"; D) corresponde indemnizar el lucro cesante (además del daño emergente), que puede consistir en el mayor valor que tenga una cosa similar actualmente en el mercado, o las chances de celebrar otros contratos similares. E) el artículo 519 comprende el daño emergente y el lucro cesante, con la limitación del artículo 520 (consecuencias inmediatas y necesarias); F) la solución propuesta se ajusta al sistema del Derecho de Daños que existe en nuestro Derecho positivo; G) la reparación debe ser siempre integral; H) el ejercicio por el contratante "in bonis" del pacto comisorio produce un efecto retroactivo (cfr. Gonzalo Gozzo ob. cit., con cita de MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Incumplimiento, resolución y lucro cesante", en L. L. 1990-D-1064).

En el caso de la extinción del contrato por vía del pacto o la facultad comisorio del art. 1204 del C. Civil de Vélez, el deudor ha obrado de manera culposa (en sentido amplio). Por tanto, aparece oportuno recordar lo que establece



el art. 511 de ese Código, al legislar que el deudor de la obligación es también responsable de los daños e intereses, cuando por culpa propia ha dejado de cumplirla, el que en gran medida coincide con la solución establecida en el art. 506 para el deudor que actúa dolosamente.

A.4. Traslados los conceptos desarrollados precedentemente al caso de autos, advierto que en los presentes, a instancias de la parte actora, ha sido practicada una pericia de la que emerge que el valor del costo de reposición de la cinta de trote Kiprun kr-325 que fue abonada íntegramente y no fue entregada a la actora, a la fecha de presentación del dictamen, era de \$ 79.700 (fs. 159 y vta.).

Entonces, el mayor valor que posee una cosa similar en el mercado -que fuera reclamado por la accionante en concepto de indemnización del daño ocasionado por el incumplimiento contractual-, está dado por la diferencia entre el importe abonado cuya restitución fuera ordenada por el a quo -\$ 33.344,05- y la suma consignada en el párrafo anterior, operación aritmética que arroja el importe de \$ 46.355,95. Por esta suma, a mi entender, debe prosperar el agravio bajo análisis, lo que así propongo al Acuerdo.

Resta señalar que a dicho importe deberá adicionarse el correspondiente interés que correrá desde la fecha de presentación de la pericia -7/12/2016, conforme al cargo de fs. 160- y hasta el efectivo pago, a la tasa determinada por el a quo en el resolutorio recurrido (punto 1 de la parte resolutive).

B.1. En cuanto al segundo agravio, mediante el que se cuestiona el rechazo del daño punitivo reclamado en el escrito inicial, considero que el mismo también habrá de prosperar. Daré a continuación mis razones.

En los presentes llega firme, por no haber sido objeto de cuestionamiento, que la relación que ligara a las partes contendientes se halla encuadrada en los términos de la



Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, dado que el juzgador ha considerado que "de la causa surge que el destino del objeto adquirido era para consumo del hospital y sus pacientes, y no para ser comercializado, lo que ubica a la parte actora en la categoría de consumidor prevista en el artículo 1 de la ley 24.240".

Como es sabido, la reforma constitucional de 1994 ha marcado un hito en materia de derechos de consumidores y usuarios, atento que es a partir de allí que esta trascendente problemática se halla en la cúspide de la pirámide jurídica con la previsión normativa del artículo 42 de la Constitución Nacional. A la par, la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor - modificada por la Ley 26.361-, generó un microsistema que tiene la particularidad de establecer un principio propio para determinar la coordinación de sus disposiciones con las del Derecho común o los restantes regímenes que puedan resultar aplicables en cada caso, que viene a reemplazar a los clásicos criterios de *lex posterior* y *lex specialis*: se trata de estar, siempre, a la solución más favorable para el consumidor (cfr. PICASSO, Sebastián, "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema", en L. L. 2008-C-562). Sin dejar de ser un estatuto de aplicación especial - cuya procedencia se encuentra condicionada a que estemos frente a una relación de consumo-, adquiere el carácter de norma general frente a cualquier sistema legal que regule especialmente determinados aspectos puntuales relacionados a la protección del consumidor (cfr. Castro, Paula A., "EL IMPACTO DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN EN EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES", La figura del "daño punitivo"- Revista de Derecho Procesal, Tomo: 2013).

Luego, el legislador nacional sancionó la Ley 26.361 que, como se dijo, modificó la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor e incorporó en el artículo 52 bis el instituto del "daño punitivo" en los siguientes términos: "Daño punitivo. Al



proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley."

De acuerdo con la norma antes transcripta la concesión de daños punitivos presupone: El incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor; la petición del consumidor o usuario damnificado; la existencia de daño resarcible; la atribución del magistrado para decidir su otorgamiento y graduación; la concesión en beneficio del consumidor; el límite cuantitativo determinado por el artículo 47 de la Ley 24.240.

Encuadrada como fuera la relación contractual dentro de las prescripciones de la normativa consumeril, he de señalar que los daños punitivos que dicho subsistema regula han sido definidos como los importes 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 (cfr. en este sentido, PIZARRO, Ramón Daniel, "Daño moral", Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 453).

Otro autor define a los daños punitivos como: "aquéllos otorgados en los supuestos de daños para castigar al demandado por una conducta particularmente grave y para desalentar esa conducta en el futuro" [PICASSO, Sebastián y



VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), "Ley de Defensa del Consumidor" - Comentada y anotada, L. L., Buenos Aires, 2009, t. I, p. 593.].

Álvarez Larrondo, por su parte, considera que los: "daños punitivos" son sanciones económicas que los jueces imponen a los causantes del obrar lesivo con tres finalidades: 1) dismantelar el negocio surgido de la violación de la ley y los derechos de los cocontratantes, cuando la reparación integral de los afectados resulta inferior a la rentabilidad o ganancia obtenida por aquél; 2) la de sancionar el obrar desaprensivo, desidioso o infamante del agente dañador, que actúa con indiferencia para con la vida, la salud o los bienes de sus cocontratantes; 3) la de no permitir la elaboración de análisis actuariales previos a la causación del daño, sobre la base de principios probabilísticos que permitan proyectar la tasa de ganancia producto de la lesión o la violación de la ley, generando de esta manera *incertidumbre* respecto de los montos fijados que el dañador deberá afrontar (ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., "La incorporación de los daños punitivos al Derecho del Consumo argentino", en Régimen de defensa del consumidor: análisis de su reforma, en J. A. Número Especial 2008-II; Lexis Nexis del 28-5-2008).

Pizarro señala que el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor permite, a partir de una lectura contextualizada, tener presente una serie de notas típicas: a) la gravedad de la falta; b) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; c) los beneficios obtenidos o procurados con el ilícito; d) la posición de mercado de mayor poder del punido; e) el carácter antisocial de la conducta; f) la finalidad disuasiva futura perseguida; g) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta; h) el número y nivel de empleados comprometidos en la conducta; i) los sentimientos heridos de la víctima.



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" (SIMARI, Virginia, Daños punitivos: una herramienta eficaz, en E. D. 182-1621).

Ahora bien, partiendo de las mencionadas premisas, he de señalar que no desconozco que el daño punitivo debe ser entendido como una figura de excepción, que requiere de un factor subjetivo agravado como condición para su aplicación. En función de ello, el texto emergente del art. 52 bis de la ley consumeril deberá interpretarse como un "todo", es decir, tomando la gravedad del hecho que cita la norma, no únicamente como pauta de graduación, sino también como condición de procedencia del daño punitivo. En virtud de lo dicho, no cualquier ilícito (contractual o extracontractual) debería ser apto para engendrar una sanción tan grave. 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. Desde esta perspectiva, son pasibles de ser sancionados los proveedores que no cumplen con obligaciones legales o contractuales.

B. 2. Las reglas de la "sana crítica", aunque no definidas en la LDC, suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso, la apreciación de la prueba y excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador. Como es sabido, dichas reglas consisten en los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente



verificable, actuando ambos como fundamento de la posibilidad y realidad.

Así, en virtud del sistema de la "sana crítica", el juez tiene libertad de apreciación de la eficacia probatoria en el sentido de que en cada caso y según el contenido real de las pruebas producidas en el proceso les concederá o no valor. Y en virtud de ese proceso mental que desarrolla el magistrado al dictar la sentencia definitiva, resolverá si concede o deniega la sanción pretendida por el consumidor.

La LDC postula que el juez "podrá" aplicar una multa civil. Es una potestad que conlleva un grado de discrecionalidad del magistrado, dentro del sistema reglado de la Ley de Defensa del Consumidor. Pero, más allá de la amplitud del margen de apreciación según el "sano arbitrio judicial", considero que si en el caso bajo examen se han verificado las condiciones de procedencia, el juez "debe" aplicar la sanción. Dicha multa civil a favor del damnificado, se graduará en función de la gravedad del hecho y circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan (daño emergente, lucro cesante, intereses, daño moral y demás componentes de la indemnización por el hecho ilícito que además genera la posibilidad de reclamar el daño punitivo, como consecuencia de aquél y dada su gravedad) (cfr. en este sentido, Tinti, Guillermo Pedro, Roitman, Horacio - "DAÑO PUNITIVO", Revista: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo: 2012 - 1. Eficacia de los derechos de los consumidores, RC D 27/2015, www.rubinzalonline.com.ar).

B.3. En este caso, a la hora de evaluar la conducta del co contratante incumplidor, el a quo ha desestimado la procedencia de dicho daño, argumentando que si bien pareciera desprenderse del texto del art. 52 bis de la LDC que la sanción prevista es aplicable ante el sólo incumplimiento por el demandado, el daño punitivo solo procederá en supuestos



excepcionales y que en el caso, si bien la parte demandada no cumplió su obligación de entregar la cosa en el tiempo convenido, nunca negó la existencia y exigibilidad de aquélla; sino que solicitó prórroga para el cumplimiento alegando para ello un caso de fuerza mayor (pedido que fue aceptado por el comprador). Concluyó el juzgador que la parte actora no probó que la vendedora haya actuado con dolo o con culpa grave y que se haya enriquecido con su accionar. Discrepo con el sentenciante.

A mi juicio, asiste razón a la impugnante en que la conducta del proveedor no encuadra en un supuesto de mora justificada por un caso de fuerza mayor. El juez de grado a efectos de desestimar la procedencia del daño punitivo, tuvo por cierto lo que adujo la vendedora, a casi un año de encontrarse en mora en el cumplimiento de su obligación contractual de entrega de la cosa adquirida por el comprador. Así es que, de acuerdo a la versión del contratante incumplidor, en virtud de determinadas medidas económicas restrictivas adoptadas por el gobierno nacional, algunos insumos necesarios e irremplazables para la terminación del equipo adquirido se encontraban retenidos en la aduana. Por ello, el vendedor estimó que podría hacer entrega del producto en 40 días más (cfr. CD obrante a fs. 12 del 9/5/2014). Por su parte, la compradora, quien había abonado por ese entonces, el precio total del bien mediante transferencia bancaria del 31/05/2013 (cfr. fs. 109), accedió al requerimiento de su co contratante, habiendo concedido una prórroga para el cumplimiento de la prestación. Luego, vencido con holgura dicho plazo, la compradora denunció el nuevo incumplimiento, con fecha 11 de agosto de 2014 en la oficina de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial de la Municipalidad de San Martín de los Andes (fs. 41). En el marco del procedimiento administrativo iniciado en dicha dependencia, el proveedor no ha tomado intervención. Luego, anoticiado de esta acción



mediante el pertinente traslado de la demanda (cfr. fs. 58/59), el proveedor tampoco ha comparecido a estar a derecho, habiéndose decretado su rebeldía.

En autos, la perito tasadora, en dictamen que no fue impugnado, expresó que a la fecha de presentación de la pericia, la única empresa que comercializa la cinta objeto de esta tasación, es Kip Machines, con domicilio en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe y cuyo mail coincide con el de la demandada. Dicha empresa cotiza la cinta de trote Kiprun KR-325 en pesos sesenta y siete mil setecientos (\$ 67.700) más IVA (21%), según presupuesto del 15-Nov-16 (fs. 159 vta.).

A mi juicio, con ello ha quedado acreditado no solo el incumplimiento definitivo en el que ha incurrido la proveedora, sino la conducta teñida de culpa grave que en el caso ha demostrado, dado que ha obrado con total menosprecio por los reclamos extrajudiciales y judiciales de su contratante,- a la sazón, una institución benéfica sin fines de lucro que trabaja para la comunidad local-, sin haber ofrecido remedio alguno a la situación, pese a haber percibido la totalidad del precio del producto.

B. 4. El desarrollo y las características de la conducta incumplidora deben ser valorados para la cuantificación del daño.

A ello, deben sumarse otros factores de ponderación tales como: A) la proporcionalidad con la gravedad de la falta, de donde emerge que la sanción debe guardar proporción con la falta cometida y se pretende sancionar, B) el valor de la prestación debida, como indicador para cuantificar el daño punitivo; y C) la equidad que indica que la sanción pecuniaria no debe ser tan alta que constituya una confiscación arbitraria, ni tan baja que por insignificante no cause efecto alguno en el sujeto obligado.

Bajo la base de estas premisas, es que estimo justo y equitativo que la demandada sea condenada a abonar la suma de



§ 20.000 a valores actuales, en concepto de daño punitivo, suma que devengará intereses desde que este pronunciamiento quede firme, lo que así propongo al Acuerdo.

C. 1. También, según lo entiendo, ha de tener favorable acogida la apelación respecto a la improcedencia del daño moral reclamado. El juzgador de grado ha rechazado dicho rubro, habiendo argumentado escuetamente que: "si bien el artículo 522 del Código Civil lo admite en el ámbito contractual, el mismo debe ser probado, cosa que no ha ocurrido en la especie, y "su procedencia queda librada en cada caso a la apreciación judicial según el hecho generador de la responsabilidad y demás circunstancias de la causa" (CNCiv. F., 7/2/89, ED 135-558), por lo no que habré de hacer lugar a lo solicitado por este concepto en la demanda, máxime cuando se trata de una persona jurídica" (sic).

C. 2. Me haré cargo, primeramente, del último argumento que sustenta el criterio del a quo, esto es, el interrogante que, por cierto, no ha recibido una respuesta adecuadamente fundada, acerca de si puede una persona jurídica ser titular de una acción resarcitoria a título de daño moral.

He de señalar que la respuesta a dicho dilema se vincula con el concepto mismo de daño moral y con el discernimiento de las varias especies de perjuicios extrapatrimoniales. En nuestro país, ello ha dado lugar a diversas y encontradas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales entre quienes se muestran partidarios de una u otra solución, habiéndose impuesto la tesis según la cual las personas jurídicas no pueden sufrir daños extrapatrimoniales; con un fuerte sustento en el precedente "Kasdorf SA v. Provincia de Jujuy y otro s/ daños y perjuicios", del 22/3/1990 (Fallos: 313-284, resuelto por voto mayoritario de los integrantes de la CSJN con la disidencia de su entonces miembro Dr. Jorge A. Bacqué). En dicho precedente, sostuvo la Corte que todo aquello que pueda afectar el



prestigio o el buen nombre comercial de una sociedad debe provocar necesariamente una disminución de sus beneficios; de lo contrario carece de trascendencia a los fines indemnizatorios, ya que se trata de entes que no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales. El voto disidente, en cambio, ha considerado la procedencia del reclamo por daño moral argumentando que las personas jurídicas, provistas de subjetividad jurídica, poseen atributos de naturaleza extrapatrimonial (prestigio, crédito comercial, derecho al nombre), que les son reconocidos para el logro de sus fines específicos. Dichos atributos son valorizados por la comunidad en que se desenvuelven y su menoscabo genera un daño de características similares a la lesión de los bienes extrapatrimoniales característicos de las personas de existencia visible y que deben ser objeto de tutela, aun al margen de la existencia de un perjuicio patrimonial actual y cierto.

El criterio mayoritario fue reiterado en numerosos precedentes de los tribunales nacionales (cfr. al respecto los interesantes trabajos doctrinarios de Camilo Tale "Daño moral a las personas jurídicas y a las simples asociaciones" - XIV Jornadas de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán (20 al 23/09/1993, <http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar>; y más recientemente, Botteri (h.), José D. Coste, Diego, "El daño moral de las personas jurídicas y el Código Civil y Comercial, Thomson Reuters, En 3 agosto, 2017 - En "Nuevo Código Civil y Comercial", Publicado en: RCCyC 2017 (febrero), 03/02/2017, 203 - RCyS2017-VI, 52 - LA LEY 28/07/2017, 28/07/2017, 1, entre otros).

No obstante ello, tal solución basada en el mencionado precedente de la Corte Nacional, en mi opinión, no resulta aplicable a este supuesto debatido en autos, en el que se discute el daño extrapatrimonial que el proveedor de un bien ha infligido a una persona jurídica sin fines de lucro, -



una asociación civil de beneficencia-, reconocida como sujeto de derecho por la legislación Civil argentina.

En mi criterio esta especie de personas jurídicas son pasibles de daños al honor objetivo y a la fama, el que puede ser menoscabado al punto de impedir o disminuir la obtención de sus fines sociales, tendiendo un manto de sospecha no suficientemente aclarada, acerca de su accionar.

Es que, como se ha señalado doctrinariamente: "Las personas colectivas sin fines de lucro poseen fines y bienes que no son económicos, y que tampoco requieren de un soporte anímico o espiritual. Estos bienes que no son patrimoniales, pero que tampoco son internos al espíritu, sino exteriores a este (la fama, la imagen y confianza pública ganada, la libertad de acción, etc.) son bienes jurídicos que pueden vulnerarse, con independencia de toda consecuencia patrimonial... En tal caso se genera el deber de resarcir, si se cumplen los demás presupuestos de la responsabilidad civil" (cfr. Camilo Tale, ob. Cit. anteriormente).

A mi juicio la asociación sin fines de lucro "Cooperadora del Hospital de San Martín de los Andes" está legitimada activamente para reclamar el daño extrapatrimonial peticionado en autos, con fundamento en detrimento a su prestigio y credibilidad en el seno de la comunidad local, que la conducta de su contendiente pudo haberle generado.

C. 3. Despejada la legitimación activa de la demandante para efectuar el reclamo de daño extrapatrimonial, me encargaré de seguido, de refutar el otro argumento en el que el judicante sustenta el rechazo, esto es, la ausencia de prueba del daño mencionado.

Considero, en este aspecto, que asiste razón a la apelante, dado que en el caso, la existencia de tal menoscabo ha sido probada. En efecto, la testigo Mariana Vaccarezza, administradora de la sucesión dueña de la Radio local "F.M. de la Montaña", ha sostenido conocer a la parte actora desde



siempre, porque conoce la labor solidaria de la cooperadora del hospital. Reconoció, también, que la dicente fue la organizadora de "Moviendo Montañas" y que en tal carácter ha realizado una campaña solidaria con la radio. Expresó la testigo que como directora de la radio fue la que gestionó este movimiento. Agregó que esta campaña constaba en recaudar fondos para dos instituciones y que eligió dos instituciones que eran referentes en San Martín, que tuvieran credibilidad, que fueran de confianza. En virtud de la mencionada elección, la mitad de los fondos eran para la Cooperadora del hospital y la otra mitad para bomberos voluntarios. Luego, declaró la testigo que esa campaña fue en el mes de marzo del año 2013 con la presencia de un escribano que certificaba que los fondos fueran a donde debían. Continuó diciendo la Sra. Vacarezza que mediante esa campaña se recolectó dinero a través de los vueltos de supermercados locales, subastas de artículos donados, ventas de pinturas donadas por artistas e incluso mediante un asterisco por medio de la empresa de telefonía local. Mencionó, posteriormente, que la cooperadora del hospital local funciona hace más de cuarenta años y que la falta de cumplimiento contractual afectó al nosocomio, porque se trataba de un equipo que necesitaba y que la asociación actora se vio perjudicada, porque se comprometió con el hospital. Añadió que a su criterio, la comisión de la cooperadora siempre se manejó de forma transparente y que los hechos debatidos afectaron su credibilidad e incluso, la de la radio que fue informando como se recaudaban los fondos.

Ponderando dicho testimonio, encuentro que los dichos vertidos por la Sra. Vacarezza, cuya declaración no ha sido cuestionada, son veraces, sinceros y se ajustan a lo efectivamente ocurrido en el caso. No albergo dudas a que en el supuesto, el incumplimiento de la demandada -reconocido por el a quo- ha llevado a que la accionante no pudiera desarrollar con éxito su labor benéfica a favor del hospital



local, habiendo afectado a la par, su credibilidad e imagen dentro de los integrantes de la comunidad de San Martín de los Andes, quienes han aportado el dinero que injustificada e ilegítimamente ha retenido la accionada hasta el presente.

C.4. En virtud de lo hasta aquí expuesto, es que considero que debe revocarse el decisorio de grado, declarando la procedencia del rubro indemnizatorio inherente al daño extrapatrimonial que efectivamente ha padecido la actora, el que he de cuantificar en la suma de \$ 30.000, a valores actuales. Dicha suma devengará intereses -tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén-, desde la fecha de firmeza de este pronunciamiento y hasta su efectivo pago, lo que así propongo al Acuerdo.

C.5. Pero, además y a efectos de paliar en una medida satisfactoria, el detrimento a la imagen de la accionante, mi propuesta incluye la difusión de este decisorio en la radio local "FM de la Montaña", organizadora de la campaña "Moviendo Montañas", entidad que también pudo haber sufrido una afectación en su imagen como producto del obrar culposo de la incumplidora, atento a lo declarado por la testigo Vacarezza (cfr. art. Art. 1071 bis del Código Civil de Vélez).

V. Conclusión: en definitiva, mi propuesta al Acuerdo es la siguiente: A) El acogimiento total del recurso de apelación incoado por la accionante y la consecuente revocación parcial del fallo de la instancia de grado; ordenándose la procedencia de los siguientes rubros indemnizatorios desestimados por el a quo: **1)** daño patrimonial generado por el mayor valor de mercado del bien no entregado: \$ \$ **46.355,95**, con más los intereses -tasa activa del BPN-, desde la fecha de presentación de la pericia -7/12/2016- y hasta el efectivo pago; **2)** daño punitivo: \$ **20.000**, con más los intereses -tasa activa del BPN- desde la fecha de firmeza de este pronunciamiento y hasta el efectivo pago; **3)** daño extrapatrimonial: \$ **30.000**, con más sus intereses -tasa activa



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

del BPN- desde la fecha de firmeza de este pronunciamiento y hasta su efectivo pago; **4)** Ordenar la difusión de este decisorio por FM de la Montaña, atento a las razones expuestas en el considerando respectivo; B) se impongan las costas de esta instancia a la demandada incumplidora quien tampoco ha comparecido ante los estrados de este Cuerpo (art. 68 del C.P.C. y C).; **5)** Se difieran las regulaciones de los honorarios de sendas instancias hasta tanto sea practicada la liquidación respectiva a efectos de que sean incluidos los intereses en la base regulatoria (arts. 20 y 47 de la ley 1594 modificada por ley 2933). **Mi Voto.**

A su turno, el **Dr. Pablo G. Furlotti**, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto. **Mi voto.**

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación incoado por la accionante, y revocar parcialmente el fallo de la instancia de grado; condenando a la demandada "KIP FITNESS & HEALTH S.R.L." a abonar a la actora: en concepto de daño patrimonial generado por el mayor valor de mercado del bien no entregado, la suma de Pesos Cuarenta y Seis Mil Trescientos Cincuenta y Cinco con Noventa y Cinco Centavos (\$ 46.355,95), con más los intereses -tasa activa del BPN-, desde la fecha de presentación de la pericia -7/12/2016- y hasta el efectivo pago; en concepto de daño punitivo, la suma de Pesos Vinte Mil (\$ 20.000), con más los intereses -tasa activa del BPN- desde



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

la fecha de firmeza de este pronunciamiento y hasta el efectivo pago y en concepto de daño extrapatrimonial, la suma de Pesos Treinta Mil (\$ 30.000), con más sus intereses -tasa activa del BPN- desde la fecha de firmeza de este pronunciamiento y hasta su efectivo pago.

II.- Ordenar la difusión de este decisorio por "FM de la Montaña", atento a las razones expuestas en el considerando respectivo. A tal fin, firme que se encuentre la presente, ofíciase.

III.- Imponer las costas de esta instancia a la demandada incumplidora quien tampoco ha comparecido ante los estrados de este Cuerpo (art. 68 del C.P.C. y C)

IV.- Diferir las regulaciones de los honorarios de sendas instancias hasta tanto sea practicada la liquidación respectiva a efectos de que sean incluidos los intereses en la base regulatoria (arts. 20 y 47 de la ley 1594 modificada por ley 2933).

V.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente remítanse al Juzgado de origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti
Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara