

Cuaderno Temático de Dictámenes

2020

DERECHO DEL CONSUMIDOR

MATERÍA: CIVIL Y COMERCIAL



Cuaderno Temático de Dictámenes

2020

DERECHO DEL CONSUMIDOR

MATERÍA: CIVIL Y COMERCIAL





Presentación

Los dictámenes que emite la Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires constituyen un corpus iuris integrado a partir de una elaboración jurídica propia realizada en el marco de las normas que habilitan la intervención del Organismo en los casos ventilados ante el aludido Tribunal.

En esta tarea, a más de la doctrina de los autores, son incorporadas diversas fuentes jurisprudenciales; entre ellas cobran especial protagonismo, la doctrina judicial emanada de la Suprema Corte de Justicia provincial, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y también, por cierto, lineamientos o estándares originados en precedentes de tribunales internacionales, particularmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe hacer notar el tenor dinámico que exhibe este corpus en tanto la Procuración General, al atender al interés público de la sociedad, debe ser permeable a las exigencias siempre actuales del bien común y propiciar los cambios jurisprudenciales que estas y los acontecimientos justifiquen. Ello sobre la base del respeto a un principio inmutable y primordial cual es la dignidad de la persona y los derechos humanos fundamentales.

En la Provincia de Buenos Aires, una especial mirada y perspectiva integral trasunta la estructura del Ministerio Público, como cuerpo de Fiscales, Defensores, Asesores de Menores e Incapaces y Curadores que, encabezado por el Procurador General, actúa en defensa de los intereses de la sociedad y persigue un eficaz equilibrio en la prestación de justicia respetando los valores consagrados en las disposiciones constitucionales.

La aludida estructura permite la unidad de acción y facilita la gestión de la protección del interés público de un modo cooperativo y solidario, con sustento en una sana dialéctica.

Elementales razones de transparencia y seguridad jurídica reclaman que los dictámenes que emite la Procuración a través de sus diversas áreas de especialización -Salas de Relatoría: penal; civil, comercial y laboral; constitucional y administrativo; y tutelar- sean sistematizados, publicados y difundidos. Y también, rectamente inteligidos.

Los Cuadernos Temáticos del CIJur representan así un esfuerzo institucional en pro de un mejor servicio a los operadores del derecho y a la comunidad en general, que arrima y facilita el conocimiento de las soluciones de justicia a las personas, en beneficio de la transparencia.

Con toda expectativa los ponemos a disposición.

DR. JULIO CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

(Índice)

DERECHO DEL CONSUMIDOR. MATERIA: CIVIL Y COMERCIAL

1. PAGARÉ DE CONSUMO

1.1. PAGARÉ DE CONSUMO. COBRO EJECUTIVO. INCOMPETENCIA POR RAZÓN DEL TERRITORIO (RATIFICACIÓN DOCTRINA "CUEVAS", SCBA, causa C 109.305)

1.1.1. Causa C 121.415, "Colmi S.A. c/ Calebar, Maximiliano Rafael s/ cobro ejecutivo", fecha: 22/08/2017 13

1.1.2. Causa C 121.260, "Crédito Comercial del Oeste S.A. c/ Cerruti, Carlos Leonardo s/ cobro ejecutivo", fecha: 22/08/2017 31

1.2. PAGARÉ DE CONSUMO. INSUFICIENCIA RECURSIVA

1.2.1. Causa C 123.330, "Luis Blanco S.A. c/ Castell Hnos. S.A. y otros s/ cobro ejecutivo", fecha: 23/09/2019 49

1.2.2. Causa C 123.262, "Granados, Juan Ignacio c/ Giorgi Udaquiola, Carlos A. s/ cobro ejecutivo", fecha: 26/08/2019 57

1.2.3. Causa C 122.586, "Pardo S.A. c/ Martínez, Verónica Cecilia s/ cobro ejecutivo", fecha: 27/03/2019 67

1.3. PAGARÉ DE CONSUMO. ADMISIBILIDAD. MONTO PARA RECURRIR

1.3.1. Causa C 121.684, "Asociación Mutual Asís c/ Cubilla, Miriam Ester s/ cobro ejecutivo", fecha: 04/06/2018 79

2. DAÑOS PUNITIVOS

2.1. DAÑOS PUNITIVOS. INSUFICIENCIA RECURSIVA

2.1.1. Causa C 123.036, "Olaciregui, María del Rosario c/ AMX Argentina (Claro) S.A. s/ daños y perjuicios s/ incump. contractual (exc. estado)", fecha: 18/09/2019 91

2.1.2. Causa C 122.220, "Frisicale, M. Laura c/ Telecom Personal S.A. s/ daños y perjuicios. incump. contractual (exc. estado)", fecha: 10/04/2018 115

2.1.3. Causa C 122.044, "Umanzor González, Maritza J. y ot. c/ Peugeot- Citroén y ot. s/ daños y perjuicios", fecha: 26/03/2018 125

2.1.4. Causa C 121.614, "Aparicio, Leandro c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ daños y perjuicios", fecha: 25/08/2017 131

2.1.5. Causa C 119.562, "Castelli, María Cecilia c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ nulidad de acto jurídico", fecha: 07/10/2015 145

2.2. DAÑOS PUNITIVOS. ABSURDO. INSUFICIENCIA RECURSIVA

2.2.1. Causa C 121.448, "Castaño, María Alejandra c/ Banco Credicoop Cooperativo Limitado s/ daños y perjuicios", fecha: 13/07/2017 169

2.2.2. Causa C 120.989, "Gorrini, María Fabiana c/ Banco Galicia y Bs. As. s/ daños y perjuicios", fecha: 19/04/2017 187

2.3. DAÑOS PUNITIVOS. OMISIÓN DE CUESTIÓN ESENCIAL: AUSENCIA DE TRATAMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 52 BIS LEY 24.552. RECURSO EXTRAORDINARIO DE NULIDAD

2.3.1. Causa C 123.445, "Paoli Pablo Oreste c/ Banco Credicoop Coop. Ltda y ot. s/ daños y perjuicios", fecha: 15/10/2019 209

3. RECLAMACIÓN PATRIMONIAL

3.1. RECLAMACIÓN PATRIMONIAL. INSUFICIENCIA RECURSIVA

3.1.1. Causa C. 123.487, "Soto, Reinaldo Roberto y otra c/ Ministerio de O. y S. P. Administración General de Vialidad y otros s/ daños y perjuicios", fecha: 20/12/2019 215

3.1.2. Causa C 116.840, "D. I. P., C. D. c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. s/ daños y perjuicios", fecha: 12/07/2018 229

3.2. RECLAMACIÓN PATRIMONIAL. ABSURDO. INSUFICIENCIA RECURSIVA

3.2.1. Causa 122.256, "Varela, Luis Horacio c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", fecha: 18/09/2018 237

3.2.2. Causa 121.534, "Zubillaga, Osvaldo Martín y otra c/ Tapia, Mario Rubén y otros s/ daños y perjuicios resp. est. por delitos y cuasid. sin uso automotor", fecha: 15/08/2017 245

4. RESPONSABILIDAD EN ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. RECLAMACIÓN PATRI-MONIAL. ABSURDO. INSUFICIENCIA RECURSIVA

- 4.1. Causa 123.028, “Gambuzza, Carmelo H. y ot. c/ Asoc. Hijos de María Inmaculada s/ daños y perjuicios por inc. contractual”, fecha: 07/09/2020 255
- 4.2. Causa C 121.379, “Lopérfido, Carlos A. y ot. c/ Asoc. Cultural de Habla Alemana Inst. J. G. y ot. s/ daños y perjuicios derivados de responsabilidad por ejercicio profesional”, fecha: 30/06/2017 273

Los textos editados corresponden al contenido de los dictámenes; en los casos pertinentes, los datos personales de las partes han sido anonimizados.



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.415-1

**“Colmi S.A. c/ Calebar, Maximiliano Rafael s/ cobro ejecutivo”,
fecha: 22/08/2017**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Colmi S.A. c/ Calebar,
Maximiliano Rafael
s/ Cobro Ejecutivo”
C. 121.415

Suprema Corte de Justicia:

I.- Llegan en vista las presentes actuaciones, en virtud de lo ordenado por V.E. a fs. 158, para que esta Procuración General que represento emita dictamen en los términos del art. 283 del C.P.C.C.B.A. con relación al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal interpuesto a fs. 127/138 vta. por el Fiscal General Departamental de San Martín, en el marco de lo establecido por los arts. 27 de la ley 13.133 y 52 de la ley 24.240, en cuanto imponen al Ministerio Público el rol de fiscal de la ley de Defensa del Consumidor, oportunamente invocada para resolver la controversia suscitada en la especie.

II.- El Magistrado a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n°7 de San Martín, en el marco del juicio por cobro ejecutivo incoado por “COLMI S.A.” contra Maximiliano Rafael Calebar, declinó su competencia para intervenir en estas actuaciones y ordenó remitirlas a la Receptoría General de Expedientes de Moreno/General Rodríguez, para realizar allí el pertinente sorteo (v. fs. 105 y vta.).

Para decidir en tal sentido, el Sr. Juez de grado, con cita de la doctrina legal de V.E. que resulta de los precedentes “Cuevas”, causa C.109.315, sent. del 1-IX-2010, “Crédito Para Todos S.A. c/ Estanga”, causa C. 117.245, sent. del 3-IX-2014 y “Rodríguez c/ Dip”, causa Rc.119.166, resol. del 11-II-2016, luego de ponderar que se encontraba ante la ejecución de un título que denota la dación de un crédito para el consumo en los términos del art. 36 de la ley 24.240, se declaró de manera oficiosa incompetente para seguir entendiendo en el proceso al advertir que el domicilio real del demandado, denunciado en autos, correspondía a la competencia territorial del departamento judicial de Moreno/General

Rodríguez.

III.- Recurrido el decisorio por la entidad financiera accionante, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial departamental, lo revocó y dispuso que los autos continuaran según su estado (fs. 123/125 vta.).

En su resolución revocatoria, luego de destacar que la acción ejecutiva había sido iniciada con anterioridad a la entrada en vigor de la regla especial sobre improrrogabilidad de la competencia del domicilio del consumidor o usuario (art. 36 de la Ley 24.240, según art. 15 de la Ley 26.361) invocada por el juez de origen para inhibirse oficiosamente de seguir conociendo en las presentes actuaciones, se dispuso a indagar acerca de si dicha singularidad -el cambio normativo operado durante la tramitación del proceso- habilitaba o no la declinatoria dispuesta. Y en ese derrotero, con apoyo en doctrina de la Corte Suprema de la Nación que identifica, señaló que el límite temporal para la transferencia de un expediente está dado por el “principio de la radicación”, el cual se consolida con el dictado de “actos típicamente jurisdiccionales”. Juzgó así que en el caso traído a debate, dicha situación estaría representada por el dictado de sentencia mandando llevar adelante la ejecución, pronunciada con fecha 4-VII-2005 (v. fs. 45 y vta.), es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma legislativa apuntada. Con ello -agrega-, operó definitivamente la radicación de la causa ante el juez que la dictó. Por consiguiente, concluyó que en la especie no resultaba de aplicación la sobreviniente modificación legislativa, pues a su juicio, resolver en contrario vulneraría los arts. 3 del Código Civil vigente a la sazón, y el 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto ambos disponen idéntica prohibición de aplicación retroactiva de la ley.

IV.- Como ya fuera destacado al inicio del presente dictamen, contra dicho pronunciamiento se alzó el Fiscal General Departamental, Dr. Marcelo Lapargo, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 127/138 vta., cuya concesión fue dispuesta en la instancia ordinaria a fs. 142 y vta., ganando firmeza con lo decidido a fs. 156 y vta.

Luego de destacar el rol que al efecto le otorga la ley de Defensa del Consumidor, que lo legitima en su función de Fiscal de la ley, y de puntualizar que si bien el contenido económico del presente litigio colisiona con el recaudo del monto mínimo que con relación al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley establece el art. 278 del C.P.C.B.A., señala que hallándose implicada en la especie una típica cuestión federal cual es la violación de la garantía del acceso a la justicia del consumidor (arts. 18 y 42 de la C.N.), debe soslayarse la interdicción que al respecto resulta del Código Ritual local, a fin de que a través del tránsito por el superior tribunal de la causa, pueda accederse -de ser ello necesario, claro está- al remedio federal previsto en el art. 14 de la Ley 48, con cita de los precedentes “Strada” y “Di Mascio”. A lo apuntado agrega la aplicación del art. 31 bis de la Ley 5827, en cuanto señala que *“...Con carácter excepcional, la Suprema Corte de Justicia podrá dar trámite a los recursos de inaplicabilidad de ley que no superasen las limitaciones legales fijadas en razón del valor del litigio o la cuantía de la pena, si según su sana discreción mediare gravedad institucional o un notorio interés público, o bien si considerare indispensable establecer doctrina legal, siempre que se tratase de dirimir cuestiones jurídicas relativas al derecho de fondo aplicable y el recurrente hubiese formulado adecuado planteo en tal sentido”*. Y en ese orden de ideas, alega la trascendencia institucional de la cuestión resulta por el efecto multiplicador que provoca en forma mediata, en lo sucesivo, al sentar un precedente disciplinador en violación de la doctrina legal que invoca como existente en la materia.

En su prédica recursiva el impugnante denuncia que la sentencia cuestionada, invocando criterios jurisprudenciales de orden nacional, dictados con apoyo en principios de radicación para supuestos en los que estarían en juego derechos ajenos a la materia debatida en estas actuaciones, revoca la declaración de incompetencia decretada de manera oficiosa por el magistrado de la instancia originaria con estricto apego a la doctrina legal elaborada por V.E. en torno a la cuestión sometida a decisión, que individualiza.

Sostiene que a partir de lo decidido por V.E. *in re* “Cuevas”, Rc. 109.305, resol. del 1-IX-2010, resulta posible aún en el marco de los procesos de ejecución -en los que en principio se encuentra vedado el análisis de la relación jurídica causal- que los jueces declaren de manera oficiosa su incompetencia territorial a partir de la constatación, mediante elementos serios y adecuadamente justificados, de la existencia de una relación de consumo a las que se refiere el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor. Agrega que dicha doctrina legal se ha mantenido vigente aún después de fallados por V.E. otros precedentes que también cita (causas Rc. 113.770; C. 117.245; entre otras) y que resulta consecuencia necesaria de la consagración en nuestro ordenamiento de los derechos del consumidor a partir de la sanción de la Ley 24.240 y sus modificatorias, tutela diferenciada que en orden a lo establecido por el art. 42 de la Carta Magna ostenta rango constitucional y se erige como principio fundante que atraviesa a todo el ordenamiento jurídico que, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, ha sido reafirmada en numerosas normas (arts. 1, 2, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 1092 al 1095 etc.), acogiendo en su texto los argumentos de la doctrina legal elaborada por esa Suprema Corte en los precedentes citados.

En consonancia con los criterios jurisprudenciales aludidos, invoca además la doctrina emergente de la causa “Rodríguez c/ Dip” (Rc. 199.166, resol. del 11-II-2016), en la que ese Címero Tribunal provincial, al resolver una contienda negativa de competencia suscitada en una hipótesis fáctica de similar tenor a la que en autos nos ocupa, expresamente señaló que “... *la doctrina que fluye del citado precedente [refiriéndose a “Cuevas”] no se cristaliza en una solución establecida por esta Corte para fijar a priori el organismo que deberá conocer en la causa. Diversamente, emplaza al juez en la situación de analizar, en cada proceso en particular, la eventual existencia de una relación sustancial de consumo. De allí que la respectiva competencia territorial queda sujeta, en principio, al resultado de tal evaluación*”. Y que a continuación agregó que “*la circunstancia de haber emitido el órgano jurisdiccional los actos procesales que dictó (despacho disponiendo la*

intimación de pago y la citación para oponer excepciones, ordenando a tal efecto libramiento del correspondiente mandamiento -diligencia que se cumplió- y sentencia mandando llevar adelante la ejecución -no habiéndose presentado en autos la parte ejecutada-, no impiden su ulterior declaración de incompetencia ex officio, en tanto la misma viene fundada en el art. 36 de la ley de defensa del consumidor y se practica invocando la habilitación que emerge de la doctrina de la causa C. 109.305 "Cuevas", resol. del I-IX-2010."

Puntualiza, en síntesis, que existen sobrados motivos para que V.E., en su carácter de Superior Tribunal local, haga uso de sus facultades casatorias confirmando la vigencia de la doctrina legal aludida, revocando el pronunciamiento impugnado dictado con apoyo en criterios restrictivos que pudo haber desarrollado la Corte Suprema Nacional en los supuestos en que lo hiciera, pero que resulta inaplicable al caso de acuerdo a lo establecido por el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación y el art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Destaca el recurrente que la solución que propugna no importa afectación a derechos constitucionales amparados por la Carta local, toda vez que la doctrina legal a la que alude el art. 279 C.P.C.C.B.A., es la que emana de esa Suprema Corte provincial, y no la que proviene de otros tribunales.

Además manifiesta que en la sentencia en crisis, los jueces se limitaron a concluir en la inaplicabilidad de la reforma establecida por la ley 26.361 al art. 36, con fundamento en los principios de irretroactividad y de radicación, sin profundizar ni justificar la falta de aplicación de la excepción expresamente establecida por el tercer párrafo de la norma que considera vigente, en orden a lo establecido por el art. 7 C.C.y C., aunque no considerasen a la situación de autos como un contrato en curso de ejecución, pese a que sus efectos aún hoy se continúan devengando.

V. 1.- Delineados sintéticamente los agravios esbozados por el impugnante, estoy en condiciones de afirmar que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido debe prosperar, criterio que habré de someter

a la consideración de V.E. para que así lo decida, llegada su hora.

Sin embargo, en forma previa a adentrarme en el tratamiento de la cuestión sustancial que porta la queja bajo estudio, habré de detenerme en algunos aspectos que hacen a la admisibilidad formal del intento revisor, luego de efectuar una breve síntesis de los antecedentes de la causa.

i) La entidad societaria accionante inicia el presente juicio ejecutivo pretendiendo el cobro de la suma de pesos setecientos sesenta (\$.760) por la falta de pago de la obligación que por dicho importe obra contenida en el título base de la acción, consistente en un pagaré a la vista y sin protesto, librado por el ejecutado a favor de la ejecutante y con domicilio de pago en la localidad bonaerense de San Miguel, departamento judicial de San Martín.

ii) Luego de transitadas las circunstancias relativas al cobro ejecutivo de la suma adeudada, habiéndose dictado pronunciamiento de trance y remate mandando llevar adelante la ejecución promovida, el magistrado de la instancia originaria, durante el trámite de cumplimiento de la sentencia de remate (Libro III, Título II, Capítulo III del C.P.C.C.B.A.), invocando la aplicación del art. 36 de la Ley 24.240, se declaró incompetente para seguir interviniendo en el juicio, lo que motivó la apelación ordinaria de la accionante que desembocara en el decisorio impugnado, revocatorio del de origen, a través de los argumentos cuya síntesis fuera formulada en el acápite II del presente dictamen.

Como consecuencia de ello, se dispuso continuar el trámite del proceso por ante el juzgado de San Martín originariamente desinsaculado, decisorio que fuera objeto del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el Fiscal General departamental.

2. i) Ahora bien, volviendo sobre los recaudos de admisibilidad del intento revisor extraordinario incoado no abrigo duda alguna en torno del carácter definitivo de la resolución cuestionada.

En efecto, el pronunciamiento objeto de recurso, al disponer la revocatoria de la inhibitoria oficiosa emitida por el juez de grado de la localidad de San Martín -coincidente con la que corresponde al domicilio de

pago fijado en el título base de la acción-, ha dispuesto de manera definitiva acerca de la competencia territorial del proceso detrayendo la causa del conocimiento del juez correspondiente al domicilio real del ejecutado tal como, de manera tuitiva, lo consagra el artículo 36 de la LDC, como herramienta tendiente a garantizar el efectivo acceso a la justicia del sector más débil de la relación sustancial, previendo para ello la sanción de nulidad de cláusulas tales como las que prorrogan la competencia territorial fuera del domicilio real del consumidor.

ii) Igualmente satisfecho estimo se encuentra en la especie el recaudo de la legitimación del recurrente. Ello, por cuanto de acuerdo con lo normado por las leyes de defensa del consumidor tanto en el orden provincial (arts. 1 y 27 de la ley 13.133), como nacional (art. 52 de la Ley 24.240 mod. por Ley 26.361), el Ministerio Público reviste la calidad de fiscal de la ley prescribiéndose su intervención obligatoria. Y ello se entrelaza, de alguna manera, con el carácter de orden público que el legislador nacional le otorgó en su art. 65 a todo el régimen protectorio consagrado en favor de consumidores y usuarios, legitimando al Ministerio Público Fiscal para intervenir en salvaguarda de los intereses públicos que pudieran encontrarse comprometidos en una controversia al respecto. Es que tal como lo destaca el Fiscal General departamental en su queja, la intervención obligada del Ministerio Público que ambos regímenes consagran no es a los fines de representar al particular damnificado en la relación de consumo o a una asociación de consumidores, sino que se establece en virtud de un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público y de la ley, resguardando la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos y garantías consagrados a nivel constitucional, especialmente los reconocidos en el ámbito local y nacional en los arts. 38 y 42, respectivamente, de ambas cartas constitucionales.

iii) Finalmente, con relación monto mínimo para recurrir que el propio apelante reconoce como circunstancia obstativa a la admisibilidad de

la queja en los términos del art. 278 del rito local, es dable señalar que más allá del valor económico en juego en este litigio puntual la cuestión trasciende los lindes del caso debatido al encontrarse cuestiones federales comprometidas tales como la garantía del acceso a la justicia de consumidores y usuarios. En efecto, habiendo vinculado el impugnante sus agravios a la afectación del derecho de defensa garantizado por el art. 18 de la Constitución nacional y en particular -con relación a consumidores y usuarios- por el art. 42 de la Carta Magna, ha quedado introducida una cuestión federal que merece ser tratada por V.E. a los fines de agotar las instancias locales y permitirle luego a las partes involucradas en la controversia -para el caso de que así pudiera corresponder- el acceso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48. Ello así, por cuanto conforme lo resuelto por el máximo Tribunal de Justicia de la Nación a partir de los precedentes "Strada" (Fallos 308:490), "Christou" (Fallos 310 v.1:324), "Di Mascio" (Fallos 311:2478), todo pleito radicado ante la justicia provincial en el que se susciten cuestiones de ese carácter debe arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo después de "fenecer" ante el órgano máximo de la judicatura local, dado que los tribunales de provincia se encuentran habilitados para entender en causas que comprendan puntos regidos por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales. Así, en los casos aptos para ser conocidos según el art. 14 de la ley 48, es necesaria la intervención del superior Tribunal de provincia en virtud de la regulación que el legislador nacional hizo del art. 31 de la Constitución, de modo que la Legislatura local y la jurisprudencia de sus tribunales no pueden vedar el acceso a aquel órgano en tales supuestos. En consecuencia -reitero-, resultan eficaces para habilitar esta instancia los agravios de índole constitucional que el recurrente plantea en su queja (conf. S.C.B.A., doct. causa L. 88.616, sent. del 5-VI-2013).

iv) Y si bien lo dicho resulta suficiente a los fines de rehuir el escollo de admisibilidad apuntado, también ha de considerarse que tal como

lo señala el representante del Ministerio Público Fiscal en su prédica, la cuestión traída a juzgamiento excede el mero interés de los litigantes involucrados siendo de aquellas que en los términos del art. 31 bis de la Ley 5827 -texto según ley 13.812- reviste gravedad institucional, importando además lo decidido la violación de doctrina legal imperante en la materia, por lo que estimo deberá V.E. hacer ejercicio de la facultad que en tal sentido prevé la norma aludida, abordando el tratamiento del recurso extraordinario incoado (conf. S.C.B.A., causa Rc. 107.702, resol. del 6-VI-2011).

VI.- Sorteados de la manera precedentemente señalada los reparos que desde la admisibilidad recursiva pudieran endilgarse al intento revisor bajo análisis, soy de opinión -tal lo adelantado párrafos arriba- que el recurso deducido debe prosperar en la inteligencia que el pronunciamiento cuestionado resulta violatorio de la doctrina legal sentada por V.E. en la materia.

En efecto, ese Címero tribunal provincial a partir de lo resuelto en el precedente “Cuevas” antes citado, al que alude el recurrente en su impugnación y al que igualmente refiere el sentenciante de grado para resolver como lo hiciera, ha fijado claramente su postura en punto a considerar que si bien imperan en el ámbito de las relaciones de financiación para consumo las limitaciones cognoscitivas propias de los procesos de ejecución, que impiden debatir aspectos ajenos al título en los términos del art. 542 del C.P.C.C., es posible una interpretación de la regla aludida acorde con los principios derivados de la legislación de protección de usuarios, de manera que haciendo una lectura armonizante de ambas pautas en pugna, se permita a los jueces declarar de oficio la incompetencia territorial a partir de la constatación, mediante elementos serios y adecuadamente justificados, de la existencia de una relación de consumo, amparada por el régimen de protección diferenciada instaurado a partir de la reforma constitucional de 1994.

Tal ha sido el criterio establecido por V.E. con fuerza de doctrina legal. Y dicha doctrina se ha mantenido vigente en el tiempo a través de

sucesivos precedentes emanados de ese Cívero Tribunal tales como algunos a los que alude el impugnante en su recurso -causas Rc. 113.770, “B.B.V.A. Banco francés S.A. c/ Ortiz”, resol. del 16-III-2011; C. 111.325, C. 115.723, “Cabral c/ Farías”, resol. del 5-X-2011-, a los que se agregan otros -causas “Electrónica Megatone S.A.”, resol. del 29-IX-2010; Rc. 116.507, “Carlos Giudice S.A. c/ Delgadillo Heredia”, resol. del 7-III-2012; Rc. 117.196, “Electrónica Megatone S.A. c/ Lanchez”, resol. del 31-X-2012; Rc. 117.393, “Barbagelatta E Hijos S.A. c/ Ramos”, resol. del 10-IV-2013; Rc. 117.930, “Carlos Giudice S.A. c/ Avendaño”, resol. del 7-VIII-2013-, entre los que cabe destacar el fallado por V.E. *in re* “Crédito Para Todos S.A. c/ Estanga”, causa C. 117.245, sent. del 3-IX-2014, oportunidad en la que puesto a analizar el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Fiscalía General departamental aquí también recurrente, con relación a un fallo plenario de la Cámara de apelaciones de San Martín, se ocupó de señalar que *“la doctrina que fluye del citado precedente [refiriéndose a la causa “Cuevas”, ya citada] no se cristaliza en una solución establecida por esta Corte para fijar a priori el organismo que deberá conocer en la causa. Diversamente, emplaza al juez en la situación de analizar, en cada proceso en particular, la eventual existencia de una relación sustancial de consumo. De allí que la respectiva competencia territorial queda sujeta, en principio, al resultado de tal evaluación”*.

Ahora bien, no empece a lo señalado el hecho de que en las cuestiones exclusivamente patrimoniales se encuentre autorizada la prórroga de la competencia territorial a los tribunales provinciales (art. 1, C.P.C.C.), toda vez que en el marco de la mentada hermenéutica “armonizante” a la que se alude en los precedentes de V.E. antes citados con fuerza de doctrina legal, debe ponderarse la vigencia del texto del art. 36 *in fine* de la ley 24.240 como una excepción a dicha facultad de los particulares, que enerva toda posibilidad de prórroga expresa o tácita, previa o sobreviniente, con el objeto de tutelar de manera efectiva el derecho de defensa en juicio de los usuarios consumidores en operaciones financieras y de crédito para

consumo (arts. 1º, 18, 42, 75 inc. 22 y cctes., Const. nacional; arts. 1º, 11, 15, 38 cctes., Const. provincial; arts. 1º, 2º, 3º, 36, 37, ley 24.240; ley 13.133; del voto del Dr. Soria en causas C. 109.193, C. 116.088 y Rc. 116.507, ya citadas).

Y a propósito de la cuestión relativa a la oportunidad para la declaración oficiosa de incompetencia en la que se apontoca el fundamento de la decisión de Alzada impugnada, cabe recordar aquella otra doctrina elaborada por esa Suprema Corte al pronunciarse *in re* “Rodríguez c/ Dip”, causa C.119.166, resol. del 11-II-2016, igualmente invocada por el decisor de la instancia de origen, en la que al analizar una contienda de competencia suscitada entre dos órganos jurisdiccionales de distintos departamentos judiciales, con motivo de la ejecución de títulos como la de los que aquí se tramita, se encargó de puntualizar que “...*la circunstancia de haber emitido el órgano jurisdiccional los actos procesales que dictó (despacho disponiendo la intimación de pago y la citación para oponer excepciones, ordenando a tal efecto libramiento del correspondiente mandamiento -diligencia que se cumplió- y sentencia mandando llevar adelante la ejecución -no habiéndose presentado en autos la parte ejecutada-*), no impiden su ulterior declaración de incompetencia *ex officio*, en tanto la misma viene fundada en el art. 36 de la ley de defensa del consumidor y se practica invocando la habilitación que emerge de la doctrina de la causa C.109.305 “Cuevas”, resol. del 1-IX-2010...”. Y dicha doctrina de V.E. ha sido posteriormente reiterada, entre otras, en las causas C. 121.285, resol. del 28-XII-2016; C. 121.280, resol. del 8-II-2017 y C. 121.422, resol. del 5-IV-2017, supuestos todos en los que más allá de haberse dictado sentencia de trance y remate mandando llevar adelante la ejecución, la cuestión dirimente para declarar con posterioridad la incompetencia estuvo en la falta de presentación al proceso del consumidor para el ejercicio efectivo de su derecho de defensa en juicio, al ser ejecutado fuera de la jurisdicción territorial correspondiente a su domicilio real, tal como sucede en la especie (ver *a contrario sensu* doctr. causas Rc. 118.917, resol. del 17-VI-2015; C. 119.936, C. 119.462 y C. 119.221, todas resol. del

9-IX-2015; Rc.118.943, resol. del 9-IX-2015).

Tampoco obsta a la solución propuesta la circunstancia alegada en el decisorio impugnado en torno a que los específicos alcances de la norma actuada por el sentenciante de primera instancia para resolver como lo hiciera (art. 36 de la ley 24.240, texto según art. 15 de la Ley 26.361) cobraron vigencia luego de iniciadas las presentes actuaciones. En efecto, el órgano de Alzada interviniente a través del voto emitido por la magistrada que abriera el Acuerdo - Dra. Scarpatti- sostuvo que *“En rigor, el principio de improrrogabilidad de la competencia del domicilio del consumidor o usuario, frente a las acciones promovidas contra él en el pórtico de una relación de consumo, fue instaurado por el art. 15 de la Ley 26.361, promulgada parcialmente el 3 de abril del año 2008, que modificó el texto originario del art. 36 de la Ley 24.240. De su tenor no se desprende disposición que establezca su aplicación retroactiva, por lo que, en virtud de lo establecido en el artículo 3° del Código Civil, vigente a la sazón, cabe colegir que no la tiene, aun cuando se instaure allí una regla de orden público.”*(v. fs. 124, 2° párr.). Y a renglón seguido esa magistrada destacó que la ejecución había sido promovida con anterioridad a la entrada en vigor de dicha regla especial sobre competencia, por lo que aquella singularidad imponía determinar si ese cambio normativo, suscitado durante el trámite del proceso, habilitaba o no la declinatoria. Y como resultado de tal examen concluyó que ello no era posible. En primer término a través de argumentos vinculados al “principio de radicación”, al que hizo referencia con citas de precedentes nacionales -cuya materia, destaco, en nada se vincula con la que en autos se debate-, para luego añadir que la solución contraria -esto es, la que admitiría la posibilidad de la declinatoria oficiosa en procesos iniciados antes de la vigencia temporal de la reforma aludida- pondría en jaque la veda a la aplicación retroactiva de las normas determinada por el art. 3° del Código Civil por entonces vigente, fueran aquellas o no de orden público, salvo disposición expresa en contrario.

Entiendo que más allá de la argumentación desarrollada y

parcialmente transcrita en los párrafos precedentes, el distingo formulado en torno a la fecha de promoción del presente proceso ni la que pudiera realizarse con relación al momento de libramiento de los pagarés de consumo base de la acción pueda tener la incidencia que se le asigna en el decisorio impugnado, a los fines de evaluar la posibilidad de la declinatoria oficiosa decidida por el magistrado de origen. Es que en coincidencia con la tendencia cada vez más amplia en las legislaciones de limitar el principio de la *prorrogatio jurisdictionis* (conf. Najurieta, M., Prórroga abusiva de la competencia en un contrato de adhesión, ED t. 181, p. 296), la nulidad de las cláusulas que instrumentan la prórroga de la competencia territorial en perjuicio del consumidor, era una solución que preexistía a la promulgación de la ley 26.361, ya que desde la propia sanción de la ley 24.240 podía fundarse en el art. 37, inc. “b” de dicho régimen tuitivo (conf. Stiglitz, R. y Hitters, J., El abuso en las nuevas técnicas de contratación. Cláusulas que limitan la facultad de oponer excepciones y que establecen la prórroga de la competencia territorial, LL 1984-D, p. 1290 y ss., espec. p. 1299; Vázquez Ferreira, R., y Romera, Protección y defensa del consumidor - ley 24.240 anotada y comentada, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 103/104, n° 2; Heredia, P., Cláusulas y términos abusivos en los contratos de consumo (examen del art. 37, ley 24.240), en la obra colectiva coordinada por Tinti, G., cit., p. 126; Uzal, M., en la obra dirigida por Highton, E. y Areán, B., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – concordado con los códigos procesales – análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, 2004, t. 1, ps. 196/200, n° 9) (conf. CNCom., causa “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores”, Expte. S. 2093/09, de fecha 29 de junio de 2011, consid. 10° del voto del Dr. Pablo D. Heredia).

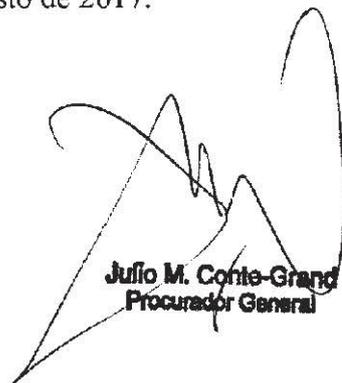
Fue precisamente en el voto citado precedentemente en el que se señaló además que “...en rigor, lo que la ley 26.361 ha hecho no es otra cosa que extender a las operaciones bancarias y financieras para el consumo que

se mencionan en el art. 36 de la ley 24.240, una solución que ya estaba presente en su art. 37, tal como resulta del dictamen conjunto de las Comisiones de Defensa del Consumidor, Comercio y Justicia de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, que fundamentó el proyecto que se convertiría en la citada ley 26.361 al señalar que la nueva disposición "...prevé una solución similar a la contemplada en orden a la inclusión de cláusulas abusivas en contratos de consumo, en el artículo 37..., reconociéndosele al consumidor en tales casos derecho a demandar la nulidad de una o más cláusulas contractuales..." (Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, orden del día n° 306, ps. 15/16)". Siendo ello así, y con apoyo en la premisa de que el fraude a la ley también puede ser entendido como relacionado igualmente con una elusión al art. 37 de la ley 24.240, no advierto que exista mérito como para formular los distinguos de índole temporal realizados por el órgano de Alzada para decidir en el sentido revocatorio señalado.

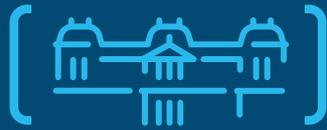
VII.- En ese orden de ideas, no tengo duda en concluir que en el decisorio objeto de recurso ha mediado violación a la doctrina legal de V.E. individualizada por el recurrente, que estimo de aplicación al caso traído más allá de las circunstancias obstativas invocadas por la Alzada, por lo que estimo deberá V.E. hacer lugar al remedio extraordinario incoado por el Sr. Fiscal General departamental. Lo contrario supondría configurar un claro supuesto de abuso de derecho (art. 10 del C.C.y C.), mediante la utilización del denominado fraude a la ley (art. 12 del C.C.y C.), resultando justamente de las circunstancias consideradas por el sentenciante de la instancia originaria que la validación de lo actuado por el ejecutante, al acudir al recurso de instrumentar la deuda derivada de dicha operación crediticia con un consumidor en un título cambiario, para luego presentarlo a ejecución en un domicilio distinto del real de éste -so pretexto de hacerlo en el establecido al efecto por el ordenamiento jurídico bajo la condición de no poder cuestionarse el origen o causa del crédito-, importaría contravenir palmariamente la finalidad específica de la tutela establecida por el orden

público del consumo (arts. 36, 37 y 65, ley 24.240; arg. arts. 10, 12 C.C.y C.; también Mosset Iturraspe, Jorge, "El fraude a la ley", en Revista de Derecho Privado Comunitario, n° 4, Rubinzal - Culzoni, 1998, pág. 7 ss.).

La Plata, 22 de agosto de 2017.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.260-1

**“Crédito Comercial del Oeste S.A. c/ Cerruti, Carlos Leonardo
s/ cobro ejecutivo”, fecha: 22/08/2017**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Crédito Comercial del Oeste S.A.
c/ Cerruti, Carlos Leonardo
s/ Cobro Ejecutivo”
C. 121.260

Suprema Corte de Justicia:

I.- Llegan en vista las presentes actuaciones, en virtud de lo ordenado por V.E. a fs. 119, para que esta Procuración General que represento emita dictamen en los términos del art. 283 del C.P.C.C.B.A. con relación al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal interpuesto a fs. 99/110 vta. por el Fiscal General Departamental de San Martín, en el marco de lo establecido por los arts. 27 de la ley 13.133 y 52 de la ley 24.240, en cuanto imponen al Ministerio Público el rol de fiscal de la ley de Defensa del Consumidor, oportunamente invocada para resolver la controversia suscitada en la especie.

II.- El Magistrado a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n°7 de San Martín, en el marco del juicio por cobro ejecutivo incoado por “CREDITO COMERCIAL DEL OESTE S.A.” contra Carlos Leonardo Cerrutti, declinó su competencia para intervenir en estas actuaciones y ordenó remitirlas a la Receptoría General de Expedientes de Morón, para realizar allí el pertinente sorteo (v. fs. 78 y vta.).

Para decidir en tal sentido, el Sr. Juez de grado, con cita de la doctrina legal de V.E. que resulta de los precedentes “Cuevas”, causa C. 109.315, sent. del 1-IX-2010, “Crédito Para Todos S.A. c/ Estanga”, causa C. 117.245, sent. del 3-IX-2014 y “Rodríguez c/ Dip”, causa Rc. 119.166, resol. del 11-II-2016, luego de ponderar que se encontraba ante la ejecución de títulos que denotan la dación de un crédito para el consumo en los términos del art. 36 de la ley 24.240, se declaró de manera oficiosa incompetente para seguir entendiendo en el proceso al advertir que el domicilio real del

demandado, denunciado en autos, correspondía a la competencia territorial del departamento judicial de Morón.

III.- Recurrido el decisorio por la entidad financiera accionante, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial departamental, lo revocó y dispuso que los autos continuaran según su estado (fs. 95/97 vta.).

En su resolución revocatoria, luego de destacar que la acción ejecutiva había sido iniciada con anterioridad a la entrada en vigor de la regla especial sobre improrrogabilidad de la competencia del domicilio del consumidor o usuario (art. 36 de la Ley 24.240, según art. 15 de la Ley 26.361) invocada por el juez de origen para inhibirse oficiosamente de seguir conociendo en las presentes actuaciones, se dispuso a indagar acerca de si dicha singularidad -el cambio normativo operado durante la tramitación del proceso- habilitaba o no la declinatoria dispuesta. Y en ese derrotero, con apoyo en doctrina de la Corte Suprema de la Nación que identifica, señaló que el límite temporal para la transferencia de un expediente está dado por el “principio de la radicación”, el cual se consolida con el dictado de “actos típicamente jurisdiccionales”. Juzgó así que en el caso traído a debate, dicha situación estaría representada por el dictado de sentencia mandando llevar adelante la ejecución, pronunciada con fecha 13-III-2008 (v. fs. 27 y vta.), es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma legislativa apuntada. Con ello -agrega-, operó definitivamente la radicación de la causa ante el juez que la dictó. Por consiguiente, concluyó que en la especie no resultaba de aplicación la sobreviniente modificación legislativa, pues a su juicio, resolver en contrario vulneraría los arts. 3 del Código Civil vigente a la sazón, y el 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto ambos disponen idéntica prohibición de aplicación retroactiva de la ley.

IV.- Como ya fuera destacado al inicio del presente dictamen, contra dicho pronunciamiento se alzó el Fiscal General Departamental, Dr. Marcelo Lapargo, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 99/110 vta., cuya concesión fue dispuesta en la instancia ordinaria a fs. 114 y

vta.

Luego de destacar el rol que al efecto le otorga la ley de Defensa del Consumidor, que lo legitima en su función de Fiscal de la ley, y de puntualizar que si bien el contenido económico del presente litigio colisiona con el recaudo del monto mínimo que con relación al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley establece el art. 278 del C.P.C.B.A., señala que hallándose implicada en la especie una típica cuestión federal cual es la violación de la garantía del acceso a la justicia del consumidor (arts. 18 y 42 de la C.N.), debe soslayarse la interdicción que al respecto resulta del Código Ritual local, a fin de que a través del tránsito por el superior tribunal de la causa, pueda accederse -de ser ello necesario, claro está- al remedio federal previsto en el art. 14 de la Ley 48, con cita de los precedentes “Strada” y “Di Mascio”. A lo apuntado agrega la aplicación del art. 31 bis de la Ley 5827, en cuanto señala que “...*Con carácter excepcional, la Suprema Corte de Justicia podrá dar trámite a los recursos de inaplicabilidad de ley que no superasen las limitaciones legales fijadas en razón del valor del litigio o la cuantía de la pena, si según su sana discreción mediare gravedad institucional o un notorio interés público, o bien si considerare indispensable establecer doctrina legal, siempre que se tratare de dirimir cuestiones jurídicas relativas al derecho de fondo aplicable y el recurrente hubiese formulado adecuado planteo en tal sentido*”. Y en ese orden de ideas, alega la trascendencia institucional de la cuestión resuelta por el efecto multiplicador que provoca en forma mediata, en lo sucesivo, al sentar un precedente disciplinador en violación de la doctrina legal que invoca como existente en la materia.

En su prédica recursiva el impugnante denuncia que la sentencia cuestionada, invocando criterios jurisprudenciales de orden nacional, dictados con apoyo en principios de radicación para supuestos en los que estarían en juego derechos ajenos a la materia debatida en estas actuaciones, revoca la declaración de incompetencia decretada de manera oficiosa por el magistrado de la instancia originaria con estricto apego a la doctrina legal elaborada por

V.E. en torno a la cuestión sometida a decisión, que individualiza.

Sostiene que a partir de lo decidido por V.E. *in re* “Cuevas”, Rc. 109.305, resol. del 1-IX-2010, resulta posible aún en el marco de los procesos de ejecución -en los que en principio se encuentra vedado el análisis de la relación jurídica causal- que los jueces declaren de manera oficiosa su incompetencia territorial a partir de la constatación, mediante elementos serios y adecuadamente justificados, de la existencia de una relación de consumo a las que se refiere el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor. Agrega que dicha doctrina legal se ha mantenido vigente aún después de fallados por V.E. otros precedentes que también cita (causas Rc. 113.770; C. 117.245; entre otras) y que resulta consecuencia necesaria de la consagración en nuestro ordenamiento de los derechos del consumidor a partir de la sanción de la Ley 24.240 y sus modificatorias, tutela diferenciada que en orden a lo establecido por el art. 42 de la Carta Magna ostenta rango constitucional y se erige como principio fundante que atraviesa a todo el ordenamiento jurídico que, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, ha sido reafirmada en numerosas normas (arts. 1, 2, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 1092 al 1095 etc.), acogiendo en su texto los argumentos de la doctrina legal elaborada por esa Suprema Corte en los precedentes citados.

En consonancia con los criterios jurisprudenciales aludidos, invoca además la doctrina emergente de la causa “Rodríguez c/ Dip” (Rc. 199.166, resol. del 11-II-2016), en la que ese Címero Tribunal provincial, al resolver una contienda negativa de competencia suscitada en una hipótesis fáctica de similar tenor a la que en autos nos ocupa, expresamente señaló que “... *la doctrina que fluye del citado precedente [refiriéndose a “Cuevas”] no se cristaliza en una solución establecida por esta Corte para fijar a priori el organismo que deberá conocer en la causa. Diversamente, emplaza al juez en la situación de analizar, en cada proceso en particular, la eventual existencia de una relación sustancial de consumo. De allí que la respectiva competencia territorial queda sujeta, en principio, al resultado de tal evaluación*”. Y que a continuación agregó que “*la circunstancia de haber emitido el órgano*

jurisdiccional los actos procesales que dictó (despacho disponiendo la intimación de pago y la citación para oponer excepciones, ordenando a tal efecto libramiento del correspondiente mandamiento -diligencia que se cumplió- y sentencia mandando llevar adelante la ejecución -no habiéndose presentado en autos la parte ejecutada-), no impiden su ulterior declaración de incompetencia ex officio, en tanto la misma viene fundada en el art. 36 de la ley de defensa del consumidor y se practica invocando la habilitación que emerge de la doctrina de la causa C. 109.305 "Cuevas", resol. del 1-IX-2010."

Puntualiza, en síntesis, que existen sobrados motivos para que V.E., en su carácter de Superior Tribunal local, haga uso de sus facultades casatorias confirmando la vigencia de la doctrina legal aludida, revocando el pronunciamiento impugnado dictado con apoyo en criterios restrictivos que pudo haber desarrollado la Corte Suprema Nacional en los supuestos en que lo hiciera, pero que resulta inaplicable al caso de acuerdo a lo establecido por el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación y el art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Destaca el recurrente que la solución que propugna no importa afectación a derechos constitucionales amparados por la Carta local, toda vez que la doctrina legal a la que alude el art. 279 C.P.C.C.B.A., es la que emana de esa Suprema Corte provincial, y no la que proviene de otros tribunales.

Además manifiesta que en la sentencia en crisis, los jueces se limitaron a concluir en la inaplicabilidad de la reforma establecida por la ley 26.361 al art. 36, con fundamento en los principios de irretroactividad y de radicación, sin profundizar ni justificar la falta de aplicación de la excepción expresamente establecida por el tercer párrafo de la norma que considera vigente, en orden a lo establecido por el art. 7 CCyC, aunque no considerasen a la situación de autos como un contrato en curso de ejecución, pese a que sus efectos aún hoy se continúan devengando.

V. 1.- Delineados sintéticamente los agravios esbozados por el impugnante, estoy en condiciones de afirmar que el recurso extraordinario de

inaplicabilidad de ley deducido debe prosperar, criterio que habré de someter a la consideración de V.E. para que así lo decida, llegada su hora.

Sin embargo, en forma previa a adentrarme en el tratamiento de la cuestión sustancial que porta la queja bajo estudio, habré de detenerme en algunos aspectos que hacen a la admisibilidad formal del intento revisor, luego de efectuar una breve síntesis de los antecedentes de la causa.

i) La entidad societaria accionante inicia el presente juicio ejecutivo pretendiendo el cobro de la suma de pesos ciento setenta con 60/100 (\$.170,60) por la falta de pago de la obligación que por dicho importe obra contenida en los títulos base de la acción, consistentes en dos pagarés a la vista y sin protesto, librados por el ejecutado a favor de la ejecutante y con domicilio de pago en la localidad bonaerense de San Miguel, departamento judicial de San Martín.

ii) Luego de transitadas las circunstancias relativas al cobro ejecutivo de la suma adeudada, habiéndose dictado pronunciamiento de trance y remate mandando llevar adelante la ejecución promovida, el magistrado de la instancia originaria, durante el trámite de cumplimiento de la sentencia de remate (Libro III, Título II, Capítulo III del C.P.C.C.B.A.), invocando la aplicación del art. 36 de la Ley 24.240, se declaró incompetente para seguir interviniendo en el juicio, lo que motivó la apelación ordinaria de la accionante que desembocara en el decisorio impugnado, revocatorio del de origen, a través de los argumentos cuya síntesis fuera formulada en el acápite II del presente dictamen.

Como consecuencia de ello, se dispuso continuar el trámite del proceso por ante el juzgado de San Martín originariamente desinsaculado, decisorio que fuera objeto del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el Fiscal General departamental.

2. i) Ahora bien, volviendo sobre los recaudos de admisibilidad del intento revisor extraordinario incoado no abrigo duda alguna en torno del carácter definitivo de la resolución cuestionada.

En efecto, el pronunciamiento objeto de recurso, al disponer la

revocatoria de la inhibitoria oficiosa emitida por el juez de grado de la localidad de San Martín -coincidente con la que corresponde al domicilio de pago fijado en los títulos base de la acción-, ha dispuesto de manera definitiva acerca de la competencia territorial del proceso detrayendo la causa del conocimiento del juez correspondiente al domicilio real del ejecutado tal como, de manera tuitiva, lo consagra el artículo 36 de la LDC, como herramienta tendiente a garantizar el efectivo acceso a la justicia del sector más débil de la relación sustancial, previendo para ello la sanción de nulidad de cláusulas tales como las que prorrogan la competencia territorial fuera del domicilio real del consumidor.

ii) Igualmente satisfecho estimo se encuentra en la especie el recaudo de la legitimación del recurrente. Ello, por cuanto de acuerdo con lo normado por las leyes de defensa del consumidor tanto en el orden provincial (arts. 1 y 27 de la ley 13.133), como nacional (art. 52 de la Ley 24.240 mod. por Ley 26.361), el Ministerio Público reviste la calidad de fiscal de la ley prescribiéndose su intervención obligatoria. Y ello se entrelaza, de alguna manera, con el carácter de orden público que el legislador nacional le otorgó en su art. 65 a todo el régimen protectorio consagrado en favor de consumidores y usuarios, legitimando al Ministerio Público Fiscal para intervenir en salvaguarda de los intereses públicos que pudieran encontrarse comprometidos en una controversia al respecto. Es que tal como lo destaca el Fiscal General departamental en su queja, la intervención obligada del Ministerio Público que ambos regímenes consagran no es a los fines de representar al particular damnificado en la relación de consumo o a una asociación de consumidores, sino que se establece en virtud de un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público y de la ley, resguardando la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos y garantías consagrados a nivel constitucional, especialmente los reconocidos en el ámbito local y nacional en los arts. 38 y 42, respectivamente, de ambas cartas constitucionales.

iii) Finalmente, con relación monto mínimo para recurrir que el propio apelante reconoce como circunstancia obstativa a la admisibilidad de la queja en los términos del art. 278 del rito local, es dable señalar que más allá del valor económico en juego en este litigio puntual la cuestión trasciende los lindes del caso debatido al encontrarse cuestiones federales comprometidas tales como la garantía del acceso a la justicia de consumidores y usuarios. En efecto, habiendo vinculado el impugnante sus agravios a la afectación del derecho de defensa garantizado por el art. 18 de la Constitución nacional y en particular -con relación a consumidores y usuarios- por el art. 42 de la Carta Magna, ha quedado introducida una cuestión federal que merece ser tratada por V.E. a los fines de agotar las instancias locales y permitirle luego a las partes involucradas en la controversia -para el caso de que así pudiera corresponder- el acceso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48. Ello así, por cuanto conforme lo resuelto por el máximo Tribunal de Justicia de la Nación a partir de los precedentes "Strada" (Fallos 308:490), "Christou" (Fallos 310 v.1:324), "Di Mascio" (Fallos 311:2478), todo pleito radicado ante la justicia provincial en el que se susciten cuestiones de ese carácter debe arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo después de "fenecer" ante el órgano máximo de la judicatura local, dado que los tribunales de provincia se encuentran habilitados para entender en causas que comprendan puntos regidos por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales. Así, en los casos aptos para ser conocidos según el art. 14 de la ley 48, es necesaria la intervención del superior Tribunal de provincia en virtud de la regulación que el legislador nacional hizo del art. 31 de la Constitución, de modo que la Legislatura local y la jurisprudencia de sus tribunales no pueden vedar el acceso a aquel órgano en tales supuestos. En consecuencia -reitero-, resultan eficaces para habilitar esta instancia los agravios de índole constitucional que el recurrente plantea en su queja (conf. S.C.B.A., doct. causa L. 88.616, sent. del 5-VI-2013).

iv) Y si bien lo dicho resulta suficiente a los fines de rehuir el escollo de admisibilidad apuntado, también ha de considerarse que tal como lo señala el representante del Ministerio Público Fiscal en su prédica, la cuestión traída a juzgamiento excede el mero interés de los litigantes involucrados siendo de aquellas que en los términos del art. 31 bis de la Ley 5827 -texto según ley 13.812- reviste gravedad institucional, importando además lo decidido la violación de doctrina legal imperante en la materia, por lo que estimo deberá V.E. hacer ejercicio de la facultad que en tal sentido prevé la norma aludida, abordando el tratamiento del recurso extraordinario incoado (conf. S.C.B.A., causa Rc. 107.702, resol. del 6-VI-2011).

VI.- Sorteados de la manera precedentemente señalada los reparos que desde la admisibilidad recursiva pudieran endilgarse al intento revisor bajo análisis, soy de opinión -tal lo adelantado párrafos arriba- que el recurso deducido debe prosperar en la inteligencia que el pronunciamiento cuestionado resulta violatorio de la doctrina legal sentada por V.E. en la materia.

En efecto, ese Címero tribunal provincial a partir de lo resuelto en el precedente “Cuevas” antes citado, al que alude el recurrente en su impugnación y al que igualmente refiere el sentenciante de grado para resolver como lo hiciera, ha fijado claramente su postura en punto a considerar que si bien imperan en el ámbito de las relaciones de financiación para consumo las limitaciones cognoscitivas propias de los procesos de ejecución, que impiden debatir aspectos ajenos al título en los términos del art. 542 del C.P.C.C., es posible una interpretación de la regla aludida acorde con los principios derivados de la legislación de protección de usuarios, de manera que haciendo una lectura armonizante de ambas pautas en pugna, se permita a los jueces declarar de oficio la incompetencia territorial a partir de la constatación, mediante elementos serios y adecuadamente justificados, de la existencia de una relación de consumo, amparada por el régimen de protección diferenciada instaurado a partir de la reforma constitucional de 1994.

Tal ha sido el criterio establecido por V.E. con fuerza de doctrina legal. Y dicha doctrina se ha mantenido vigente en el tiempo a través de sucesivos precedentes emanados de ese Cívero Tribunal tales como algunos a los que alude el impugnante en su recurso -causas Rc. 113.770, “B.B.V.A. Banco francés S.A. c/ Ortiz”, resol. del 16-III-2011; ; C. 115.723, “Cabral c/ Farías”, resol. del 5-X-2011-, a los que se agregan otros -causas C. 111.325, “Electrónica Megatone S.A.”, resol. del 29-IX-2010; Rc. 116.507, “Carlos Giudice S.A. c/ Delgadillo Heredia”, resol. del 7-III-2012; Rc. 117.196, “Electrónica Megatone S.A. c/ Lanchez”, resol. del 31-X-2012; Rc. 117.393, “Barbagelatta E Hijos S.A. c/ Ramos”, resol. del 10-IV-2013; Rc. 117.930, “Carlos Giudice S.A. c/ Avendaño”, resol. del 7-VIII-2013-, entre los que cabe destacar el fallado por V.E. *in re* “Crédito Para Todos S.A. c/ Estanga”, causa C. 117.245, sent. del 3-IX-2014, oportunidad en la que puesto a analizar el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Fiscalía General departamental aquí también recurrente, con relación a un fallo plenario de la Cámara de apelaciones de San Martín, se ocupó de señalar que *“la doctrina que fluye del citado precedente [refiriéndose a la causa “Cuevas”, ya citada] no se cristaliza en una solución establecida por esta Corte para fijar a priori el organismo que deberá conocer en la causa. Diversamente, emplaza al juez en la situación de analizar, en cada proceso en particular, la eventual existencia de una relación sustancial de consumo. De allí que la respectiva competencia territorial queda sujeta, en principio, al resultado de tal evaluación”*.

Ahora bien, no empece a lo señalado el hecho de que en las cuestiones exclusivamente patrimoniales se encuentre autorizada la prórroga de la competencia territorial a los tribunales provinciales (art. 1, C.P.C.C.), toda vez que en el marco de la mentada hermenéutica “armonizante” a la que se alude en los precedentes de V.E. antes citados con fuerza de doctrina legal, debe ponderarse la vigencia del texto del art. 36 *in fine* de la ley 24.240 como una excepción a dicha facultad de los particulares, que enerva toda posibilidad de prórroga expresa o tácita, previa o sobreviniente, con el objeto

de tutelar de manera efectiva el derecho de defensa en juicio de los usuarios consumidores en operaciones financieras y de crédito para consumo (arts. 1º, 18, 42, 75 inc. 22 y cctes., Const. nacional; arts. 1º, 11, 15, 38 cctes., Const. provincial; arts. 1º, 2º, 3º, 36, 37, ley 24.240; ley 13.133; del voto del Dr. Soria en causas C. 109.193, C. 116.088 y Rc. 116.507, ya citadas).

Y a propósito de la cuestión relativa a la oportunidad para la declaración oficiosa de incompetencia en la que se apunto el fundamento de la decisión de Alzada impugnada, cabe recordar aquella otra doctrina elaborada por esa Suprema Corte al pronunciarse *in re* “Rodríguez c/ Dip”, causa C. 119.166, resol. del 11-II-2016, igualmente invocada por el decisor de la instancia de origen, en la que al analizar una contienda de competencia suscitada entre dos órganos jurisdiccionales de distintos departamentos judiciales, con motivo de la ejecución de títulos como la de los que aquí se tramita, se encargó de puntualizar que “...*la circunstancia de haber emitido el órgano jurisdiccional los actos procesales que dictó (despacho disponiendo la intimación de pago y la citación para oponer excepciones, ordenando a tal efecto libramiento del correspondiente mandamiento -diligencia que se cumplió- y sentencia mandando llevar adelante la ejecución -no habiéndose presentado en autos la parte ejecutada-*), *no impiden su ulterior declaración de incompetencia ex officio, en tanto la misma viene fundada en el art. 36 de la ley de defensa del consumidor y se practica invocando la habilitación que emerge de la doctrina de la causa C.109.305 “Cuevas”, resol. del 1-IX-2010...*”. Y dicha doctrina de V.E. ha sido posteriormente reiterada, entre otras, en las causas C. 121.285, resol. del 28-XII-2016; C. 121.280, resol. del 8-II-2017 y C. 121.422, resol. del 5-IV-2017, supuestos todos en los que más allá de haberse dictado sentencia de trance y remate mandando llevar adelante la ejecución, la cuestión dirimente para declarar con posterioridad la incompetencia estuvo en la falta de presentación al proceso del consumidor para el ejercicio efectivo de su derecho de defensa en juicio, al ser ejecutado fuera de la jurisdicción territorial correspondiente a su domicilio real, tal

como sucede en la especie (ver *a contrario sensu* doctr. causas Rc. 118.917, resol. del 17-VI-2015; C. 119.936, C. 119.462 y C. 119.221, todas resol. del 9-IX-2015; Rc. 118.943, resol. del 9-IX-2015).

Tampoco obsta a la solución propuesta la circunstancia alegada en el decisorio impugnado en torno a que los específicos alcances de la norma actuada por el sentenciante de primera instancia para resolver como lo hiciera (art. 36 de la ley 24.240, texto según art. 15 de la Ley 26.361) cobraron vigencia luego de iniciadas las presentes actuaciones. En efecto, el órgano de Alzada interviniente a través del voto emitido por la magistrada que abriera el Acuerdo - Dra. Scarpatti- sostuvo que *“En rigor, el principio de improrrogabilidad de la competencia del domicilio del consumidor o usuario, frente a las acciones promovidas contra él en el pórtico de una relación de consumo, fue instaurado por el art. 15 de la Ley 26.361, promulgada parcialmente el 3 de abril del año 2008, que modificó el texto originario del art. 36 de la Ley 24.240. De su tenor no se desprende disposición que establezca su aplicación retroactiva, por lo que, en virtud de lo establecido en el artículo 3° del Código Civil, vigente a la sazón, cabe colegir que no la tiene, aun cuando se instaure allí una regla de orden público.”*(v. fs. 96, 2° párr.). Y a renglón seguido esa magistrada destacó que la ejecución había sido promovida con anterioridad a la entrada en vigor de dicha regla especial sobre competencia, por lo que aquella singularidad imponía determinar si ese cambio normativo, suscitado durante el trámite del proceso, habilitaba o no la declinatoria. Y como resultado de tal examen concluyó que ello no era posible. En primer término a través de argumentos vinculados al “principio de radicación”, al que hizo referencia con citas de precedentes nacionales -cuya materia, destaco, en nada se vincula con la que en autos se debate-, para luego añadir que la solución contraria -esto es, la que admitiría la posibilidad de la declinatoria oficiosa en procesos iniciados antes de la vigencia temporal de la reforma aludida- pondría en jaque la veda a la aplicación retroactiva de las normas determinada por el art. 3° del Código Civil por entonces vigente, fueran aquellas o no de orden público, salvo

disposición expresa en contrario.

Entiendo que más allá de la argumentación desarrollada y parcialmente transcrita en los párrafos precedentes, el distingo formulado en torno a la fecha de promoción del presente proceso ni la que pudiera realizarse con relación al momento de libramiento de los pagarés de consumo base de la acción pueda tener la incidencia que se le asigna en el decisorio impugnado, a los fines de evaluar la posibilidad de la declinatoria oficiosa decidida por el magistrado de origen. Es que en coincidencia con la tendencia cada vez más amplia en las legislaciones de limitar el principio de la *prorrogatio jurisdictionis* (conf. Najurieta, M., Prórroga abusiva de la competencia en un contrato de adhesión, ED t. 181, p. 296), la nulidad de las cláusulas que instrumentan la prórroga de la competencia territorial en perjuicio del consumidor, era una solución que preexistía a la promulgación de la ley 26.361, ya que desde la propia sanción de la ley 24.240 podía fundarse en el art. 37, inc. “b” de dicho régimen tuitivo (conf. Stiglitz, R. y Hitters, J., El abuso en las nuevas técnicas de contratación. Cláusulas que limitan la facultad de oponer excepciones y que establecen la prórroga de la competencia territorial, LL 1984-D, p. 1290 y ss., espec. p. 1299; Vázquez Ferreira, R., y Romera, Protección y defensa del consumidor - ley 24.240 anotada y comentada, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 103/104, n° 2; Heredia, P., Cláusulas y términos abusivos en los contratos de consumo (examen del art. 37, ley 24.240), en la obra colectiva coordinada por Tinti, G., cit., p. 126; Uzal, M., en la obra dirigida por Highton, E. y Areán, B., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – concordado con los códigos procesales – análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, 2004, t. 1, ps. 196/200, n° 9) (conf. CNCom., causa “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores”, Expte. S. 2093/09, de fecha 29 de junio de 2011, consid. 10° del voto del Dr. Pablo D. Heredia).

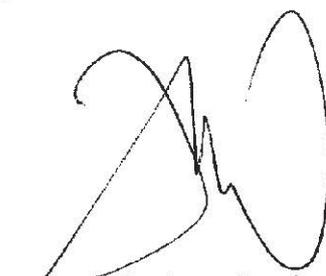
Fue precisamente en el voto citado precedentemente en el que se

señaló además que “...en rigor, lo que la ley 26.361 ha hecho no es otra cosa que extender a las operaciones bancarias y financieras para el consumo que se mencionan en el art. 36 de la ley 24.240, una solución que ya estaba presente en su art. 37, tal como resulta del dictamen conjunto de las Comisiones de Defensa del Consumidor, Comercio y Justicia de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, que fundamentó el proyecto que se convertiría en la citada ley 26.361 al señalar que la nueva disposición “...prevé una solución similar a la contemplada en orden a la inclusión de cláusulas abusivas en contratos de consumo, en el artículo 37..., reconociéndosele al consumidor en tales casos derecho a demandar la nulidad de una o más cláusulas contractuales...” (Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, orden del día n° 306, ps. 15/16)”. Siendo ello así, y con apoyo en la premisa de que el fraude a la ley también puede ser entendido como relacionado igualmente con una elusión al art. 37 de la ley 24.240, no advierto que exista mérito como para formular los distingos de índole temporal realizados por el órgano de Alzada para decidir en el sentido revocatorio señalado.

VII.- En ese orden de ideas, no tengo duda en concluir que en el decisorio objeto de recurso ha mediado violación a la doctrina legal de V.E. individualizada por el recurrente, que estimo de aplicación al caso traído más allá de las circunstancias obstativas invocadas por la Alzada, por lo que estimo deberá V.E. hacer lugar al remedio extraordinario incoado por el Sr. Fiscal General departamental. Lo contrario supondría configurar un claro supuesto de abuso de derecho (art. 10 del C.C. y C.), mediante la utilización del denominado fraude a la ley (art. 12 del C.C. y C.), resultando justamente de las circunstancias consideradas por el sentenciante de la instancia originaria que la validación de lo actuado por el ejecutante, al acudir al recurso de instrumentar la deuda derivada de dicha operación crediticia con un consumidor en un título cambiario, para luego presentarlo a ejecución en un domicilio distinto del real de éste -so pretexto de hacerlo en el establecido al efecto por el ordenamiento jurídico bajo la condición de no poder

cuestionarse el origen o causa del crédito-, importaría contravenir palmariamente la finalidad específica de la tutela establecida por el orden público del consumo (arts. 36, 37 y 65, ley 24.240; arg. arts. 10, 12 C.C. y C.; también Mosset Iturraspe, Jorge, "El fraude a la ley", en Revista de Derecho Privado Comunitario, n° 4, Rubinzal - Culzoni, 1998, pág. 7 ss.).

La Plata, 22 de agosto de 2017.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 123.330-1

**“Luis Blanco S.A. c/ Castell Hnos. S.A. y otros s/ cobro ejecutivo”,
fecha: 23/09/2019**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Luis Blanco S.A. c/
Castell Hnos. S.A. y
otros s/ Cobro Ejecutivo"
C. 123.330

Suprema Corte de Justicia:

I.- El Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n°1 de Bahía Blanca, en el marco del juicio que por cobro ejecutivo incoara "Luis Blanco S.A." contra "Castell Hermanos S.A.", Héctor José Castell y Carlos Luis Castell, rechazó -previa vista al Agente Fiscal (art. 27 Ley 13.133 y 52 Ley 24.240)- la aplicación al caso de la Ley de Defensa del Consumidor solicitada por la accionada, como así también, las excepciones de incompetencia e inhabilidad de título opuestas por los ejecutados, mandando llevar adelante la ejecución por la suma de Dólares Estadounidenses setenta y cinco mil (u\$s.75.000), con más intereses, costos y costas (v. fs. 85/88 vta.).

II.- Recurrido el decisorio por los demandados, a su turno, la Sala Uno de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, confirmó la sentencia de remate apelada, al concluir -en consonancia con lo dispuesto en la primera instancia-, que no correspondía juzgar el presente caso al amparo del régimen protectorio del consumidor. Impuso las costas a los ejecutados. (fs. 98/100).

III.- Contra dicho pronunciamiento se alzaron los coejecutados Héctor José Castell y Carlos Luis Castell -con patrocinio letrado- a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 103/107 vta., cuya concesión fue dispuesta a fs. 111.

Denuncian los recurrentes que la Cámara violó los arts. 42 de la Constitución Nacional, y 1, 2 y 3 de la Ley 24.240 al no tutelar los intereses económicos que les asisten pues, en el caso, actuaron como tomadores de un crédito y adquirieron bienes en sucesivas oportunidades como consumidores, dando lugar así a la deuda en ejecución, sin tener en

cuenta la máxima que establece que en caso de duda sobre la interpretación de los principios de esa ley, prevalecerá la más favorable al consumidor (art. 3 de la LDC).

También reputan infringido lo preceptuado por el art. 36 de la LDC, al permitirle al proveedor ejecutar un crédito para consumo, sin cumplir los recaudos que impone dicha normativa.

Manifiestan que la Cámara interpretó en forma absurda la prueba obrante en autos, al concluir que por el solo hecho de que la sociedad coejecutada tenga un CUIT vinculado a una actividad agropecuaria, tanto esa persona jurídica como ellos mismos o sus grupos familiares pudieran ser destinatarios finales del dinero o bienes provistos por la actora.

Ese argumento -a su juicio- resulta arbitrario y aparente dado que no se apoya en constancias de la causa, sino en simples presunciones, toda vez que la actora jamás acreditó en autos que la demandada reelaborara los bienes adquiridos, los revendiera, o que no utilizaran para ellos y sus familias el dinero que les proveyera la ejecutante, violando las reglas de valoración de la prueba (arts. 163 inc. 5, 375 y 384 del C.P.C.B.A.).

Asimismo, aprecian desacertado presuponer, como lo hizo el Tribunal, que las sociedades no pueden ser consumidores, debiendo analizarse cada caso en particular, pues ese dato por sí solo, no resulta suficiente para excluir la posibilidad de que una sociedad pueda revestir tal carácter.

Cita e identifica doctrina de autor, según la cual los productos adquiridos por empresas puede serlo tanto en calidad de consumidor final, o con una finalidad mixta, formando la cosa en este último supuesto -por un lado- parte del proceso productivo y también siendo afectado al usufructo personal del dueño. A continuación, y a efectos de clarificar lo expuesto, apunta una serie de herramientas para dilucidar -en cada caso- si se está o no ante una relación amparada por la normativa del consumidor, agraviándose de que la Cámara no haya hecho uso de ellos.

Por último, tacha como irrazonable que se someta al consumidor a tener que probar acabadamente su calidad de tal, desobligando totalmente al actor, dejando de lado los principios de colaboración probatoria, máxime cuando la posición de superioridad de la ejecutante respecto de la ejecutada, tornaba aconsejable una distribución más equitativa de

dicha carga, y -en el caso- ni siquiera consideró el Tribunal, en aras de privilegiar la verdad objetiva sobre la formal, la aplicación de la carga probatoria como un deber compartido (causa S.C.B.A. C. 117.760, sent. del 1-IV-2015).

Formula reserva de la Cuestión Federal.

IV.- Concedido el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley esa Suprema Corte dispuso conferirme vista del remedio extraordinario incoado, en los términos de los arts. 52 de la ley 24.240 y 283 del C.P.C.C.B.A. (v. fs. 117).

Anticipo que el mismo es insuficiente para conmover los fundamentos sobre los que reposa el sentido de la decisión cuestionada.

En efecto, tal como mencionara, la presente demanda fue promovida por “Luis Blanco S.A.” en procura del cobro ejecutivo de un pagaré sin protesto contra “Castell Hermanos S.A.”, Héctor José Castell y Carlos Luis Castell, suscribiendo estos últimos el título “por aval”. El Tribunal actuante partió por destacar como cuestión medular, que -según la normativa específica- se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 1092 CC y CN y art. 1 Ley 24.240). En apoyo de su aserto citó doctrina de autor, que define al consumidor como aquel que adquiere un bien sin destinarlo a un proceso productivo, siendo por ende el último eslabón en la cadena de comercialización, y que, consumo final alude a una transacción que se da fuera del marco de la actividad profesional de la persona, ya que no va a involucrar el bien o servicio adquirido en otra actividad con fines de lucro, o en otro proceso productivo.

Por aplicación de tales consideraciones, sostuvo que surgía probado de las constancias de la AFIP (v. fs. 74/79), que la sociedad ejecutada emitente del pagaré -avalado por los restantes ejecutados- tiene una actividad declarada que la coloca en el canal de comercialización de los productos que vende la empresa ejecutante, y que ello habría determinado -tal cual ellos mismos reconocieron- el libramiento del título base de la presente ejecución, por lo que no correspondía juzgar el presente al amparo del régimen protectorio del consumidor, tal como pretenden los recurrentes.

Pues bien, del repaso minucioso de los términos del recurso, advierto que los mismos se vinculan en su mayoría a cuestionar la interpretación de los hechos y a la valoración de la prueba que para decidir en el sentido indicado realizara el órgano de alzada. Mas es mi criterio que el absurdo que imputan cometido en la tarea axiológica llevada a cabo en el pronunciamiento en crítica, se apoya en la mera disconformidad exteriorizada por los impugnantes a partir de sus personales y subjetivos puntos de vista, metodología inidónea -como es sabido- para poner en evidencia la existencia de un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica, o una grosera desinterpretación material de la prueba producida (conf. S.C.B.A., causas C. 113.689, sent. del 6-XI-2012; C. 119.912, sent. del 29-XI-2017).

En ese sentido tiene dicho de manera inveterada *“a los fines de la revisión de cuestiones de hecho y prueba mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, no constituye agravio idóneo la mera discrepancia con las motivaciones expuestas por los jueces en el fallo que se cuestiona ya que es necesario algo más: la denuncia y acabada demostración del vicio de absurdo entendido como error palmario y fundamental en el discurrir del magistrado (conf. art. 279, CPCC y doct. causas C. 120.098, "Petraccia", resol. de 2-XII-2015; C. 118.990, "Sánchez", resol. de 11-II-2016; C. 121.312, "Carreras", resol. de 5-IV-2017; C. "Paskvan", resol. de 21-VI-2018, entre otras)”*, que es lo que acontece en la especie.

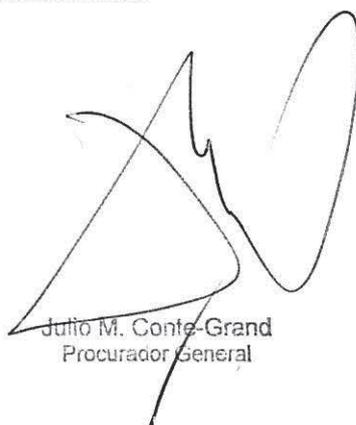
Arriban firmes, entonces, las conclusiones del sentenciante en orden a que deviene inaplicable la normativa de defensa del consumidor (arts. 42 C. Nacional y art. 38 C. Provincial), pues sin desconocer que sus disposiciones son orden público (art. 65 LDC) e imponen una mirada exhaustiva en cada caso particular, en el supuesto de autos no existe elemento alguno que haga presumir que el destino del préstamo haya sido para uso de los demandados y sus familias como destinatarios finales del mutuo.

Ello, sin desconocer que esa Suprema Corte ha resuelto que las limitaciones cognoscitivas propias de los procesos de ejecución que impiden debatir aspectos ajenos al título, pueden ser superadas siempre y cuando surjan del expediente elementos serios y adecuadamente justificados que permitan advertir la existencia de una relación de consumo

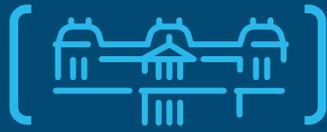
de las que refiere el art. 36 (conf. causa S.C.B.A., Rc. 109.193 I del 11-VIII-2010), pero tal hipótesis como dejé dicho, no se verifica en la especie.

Las consideraciones hasta aquí expuestas resultan bastantes, en mi apreciación, para rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto.

La Plata, 23 de septiembre de 2019.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 123.262-1

**“Granados, Juan Ignacio c/ Giorgi Udaquiola, Carlos A. s/ cobro
ejecutivo”, fecha: 26/08/2019**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Granados, Juan Ignacio c/
Giorgi Udaquiola, Carlos A
s/ Cobro Ejecutivo”
C. 123.262

Suprema Corte de Justicia:

I.- La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Dolores se expidió a fs. 316/319 vta., acerca del recurso de apelación deducido por el ejecutado, Carlos Alejandro Giorgi Udaquiola, rechazándolo y confirmando la sentencia de trance y remate pronunciada en primera instancia que, previo a desestimar la excepción de pago parcial documentada interpuesta, ordenara llevar adelante la ejecución promovida por el actor Juan Ignacio Granados en su contra, motivada por el pagaré suscripto por el Sr. Udaquiola que, presentado al cobro, no fuera cancelado.

II.- Dicho modo de resolver del *ad quem* generó el alzamiento de la parte demandada, a través de su letrado apoderado, mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley presentado por vía electrónica y adjuntado como archivo PDF al sistema SIMP Procedimientos de la Procuración General, cuya concesión fue dispuesta en sede ordinaria a fs. 346 y vta.

Alega en la fundamentación de su queja la configuración del vicio del absurdo en la apreciación de la prueba, así como el desconocimiento y la errónea aplicación de las normas legales en torno a la excepción de pago parcial opuesta. Agrega a su argumentación recursiva la omisión de aplicación de la doctrina legal sentada por esa Suprema Corte, a partir de lo resuelto en los precedentes “Cuevas”, -causa C.109.315, sent. del 1-IX-2010- y “Crédito Para Todos S.A. c/ Estanga”, -causa C. 117.245, sent. del 3-IX-2014-, por entender que existe en la especie, entre las partes, una relación de consumo debidamente reconocida y

probada.

Refiere a la valoración de la prueba pericial por la que se evaluara, entre otros aspectos, la autenticidad de los documentos agregados – pagaré suscrito por el demandado, así como los tres recibos cancelatorios de la deuda en ejecución, firmados por la parte actora-, calificándola de absurda, por arribar a conclusiones manifiestamente apartadas de lo allí dictaminado por el experto interviniente.

Puntualiza su disenso con el decisorio cuestionado señalando que se confunde la excepción de pago documentado prevista en el art. 542 inc. 6° del Código Procesal Civil y Comercial, opuesta como defensa por su parte, con la de falsedad de título regulada en el art. 542 inc. 4° del mismo cuerpo normativo. Seguidamente señala que debido al abordaje equivocado de la excepción opuesta, se incurrió en omisión de tratamiento de la misma, para luego afirmar que al rechazarla se hizo con total carencia de argumentos y fundamentación seria para así disponerlo.

Finalmente, haciendo referencia a los decisorios de ambas instancias en donde se menciona la existencia de una consolidada relación comercial con el accionante, así como de otras causas seguidas entre ambas partes, afirma estar ante un pagaré de consumo por lo que considera y alega de imprescindible aplicación la doctrina de los referidos precedentes de ese Alto Tribunal y la consecuente subsunción del caso a los parámetros de la Ley de Defensa del Consumidor. Extremos que, de observarse, según su parecer, encontrarían motivación suficiente para decretar el rechazo de la ejecución ordenada y la remisión del presente a la instancia de origen a los fines de encausar el procedimiento al amparo del derecho consumeril ignorado.

Formula reserva de caso federal.

III.- Las actuaciones llegan en vista a esta Procuración General que represento en virtud de lo ordenado por V.E. a fs. 350, para que en su condición de jefatura del Ministerio Público, asuma la participación que le compete en el carácter de fiscal de la ley que le atribuye el artículo 52 del plexo tuitivo del consumidor, marco normativo al que se hiciera referencia en el pase de las actuaciones dispuesto. Y si bien se advierte que hasta esta oportunidad no ha mediado intervención en las instancias de grado de ningún representante

del Ministerio Público Fiscal en los términos de lo normado por los arts. 52 de la ley 24.240 y 27 de la ley 13.133, no tengo objeciones que formular respecto del trámite seguido en estos obrados, por lo que procederé seguidamente a emitir el dictamen correspondiente a la procedencia de la vía de impugnación extraordinaria impetrada, con arreglo a lo dispuesto en el art. 283 del Código Procesal Civil y Comercial, anticipando que más allá de la invocación formulada por el quejoso con relación al plexo tuitivo de consumidores y usuarios, no advierto que en la especie se encuentren configuradas las notas tipificantes de aquella especial clase de relación jurídica, a las que aludiera ese cívico tribunal provincial en los precedentes citados en la impugnación (S.C.B.A., causas C.109.315 "Cuevas" y C. 117.245 "Crédito Para Todos S.A. c/ Estanga", ya cit.).

IV.- Tal como fuera señalado, opino que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley intentado no puede prosperar.

1.- Ha dicho esa Suprema Corte en forma reiterada que quien afirma que la sentencia transgrede determinados preceptos del derecho vigente o denuncia absurdo, anticipa un aserto cuya demostración debe luego llevar a cabo, añadiendo que el incumplimiento de esta exigencia provoca la insuficiencia del intento revisor (doctr. causas C. 95.063, sent. de 22-XII-2008; C. 96.918, sent. de 25-II-2009; C. 120.100, sent. de 28-XII-2016; C. 120.749, sent. del 10-VII-2019; e. o.), tal como, se adelanta, se vislumbra en el caso (art. 279, C.P.C.C.B.A.).

El Tribunal de Alzada, luego de analizar las constancias obrantes en la causa, aludiendo la finalidad de la prueba así como la soberanía que le compete al sentenciante en lo que a selección y valoración del material probatorio se refiere, ponderó que en el caso -proceso ejecutivo-, el ejecutado había alegado en su defensa excepción de pago parcial invocando asimismo, como telón de fondo de su planteo opositor, la falsedad ideológica del cartular base de la acción por abuso de firma en blanco, destacando que dichos aspectos de la relación jurídica estaban vedados de consideración en dicho marco procesal, por resultar propios del juicio de conocimiento posterior.

En ese orden de consideraciones, hizo alusión al reconocimiento formulado por el ejecutado con relación a la creación del título en forma incompleta, puntualizando que dicha

mecánica configura un mandato tácito que le permite al beneficiario completar a su arbitrio el documento, por lo que concluyó que devenía impropio cuestionar en este acotado continente la manera en la que se hubiera procedido al efecto, con cita de las normas contenidas en los arts. 542 inc. 4° y 551 del C.P.C.C.B.A., 1016 del C. Civil y 11 del Dto. Ley 5965/63.

A renglón seguido, al valorar la prueba pericial caligráfica producida en autos (art. 474 C.P.C.C.B.A.), ponderó que más allá de los distintos tipos de letra y tinta registrados en el documento base de la acción, no se observaban rastros de adulteración por raspado mecánico ni por lavado químico, así como tampoco enmiendas por sobrecarga, siendo que las variaciones en el presionado de grafos que detalló, no eran prueba suficiente para acreditar que los mismos hubieran sido agregados en distintas temporalidades.

A idéntica conclusión arribó, igualmente, con respecto a los recibos de pago agregados como constancia documental de las cancelaciones parciales alegadas, al señalar que las diferentes tonalidades azules y/o negras registradas en los documentos no colaboraban con la posición del ejecutado, confirmando así la inexistencia de elemento alguno de valoración que, en el estrecho marco cognoscitivo del proceso ejecutivo -en circunstancia que volvió a destacar-, permitieran concluir sobre la falsedad de los instrumentos acompañados por las partes contendientes, por lo que debía estarse a lo consignado en cada uno de ellos. Fue así que terminó por desestimar -en consonancia con lo resuelto por el sentenciante de grado- la imputación de los recibos de pago a la deuda en ejecución, por resultar aquellos de fecha posterior a la de la que figura como la de creación del título cartular en ejecución.

Tales fundamentos desplegados por los sentenciantes de Alzada, confrontados con los fundamentos expuestos por el recurrente, cuya síntesis fuera formulada párrafos arriba, permanecen enhiestos pues no hay nada en el intento revisor que permita vislumbrar que se hayan configurado en la especie los vicios denunciados en la impugnación (conf. atr. 279, 384, 474 y cctes. C.P.C.C.B.A.).

Es que el remedio extraordinario en examen tiene relación con causales específicamente previstas; no basta el simple interés o la mera irregularidad de la sentencia para su estimación, sino que, además, el caso debe poder subsumirse en uno de los motivos

preestablecidos, contenidos en la enunciación sintética del art. 279 del C.P.C.C.B.A. En efecto, las hipótesis que al respecto fueron previstas acotan la procedencia del recurso a que el decisorio haya violado la ley o la doctrina o las haya aplicado erróneamente, siendo, en principio, el control de la apreciación de los hechos y la valoración de la prueba ajeno al ámbito de la casación, salvo que el razonamiento seguido al sentenciar, se encuentre viciado por el absurdo, tal como lo reconoce el propio impugnante a través de la retahíla de precedentes que al respecto cita y transcribe (ver pto. IV, ítem “a” de su intento revisor).

2.- Ahora bien, abordando el estudio de los reproches relativos a la valoración del material probatorio que porta la crítica ensayada por el recurrente, considero que los mismos resultan insuficientes.

Como tiene dicho de manera inveterada esa casación provincial, el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley resulta un mecanismo de impugnación que sólo permite la revisión en sede extraordinaria de la estricta aplicación del derecho en el sentido amplio -normas o doctrina legal del tribunal-, pues en cuestiones de hecho y prueba los órganos de las instancias ordinarias son soberanos. Ello así, salvo la hipótesis del absurdo, que por vía de excepción, habilita a ese Superior Tribunal a analizar cuestiones probatorias, a los fines de garantizar una adecuada motivación de la sentencia (conf. causa, C. 104.616 sent. del 27-VI-2012; C. 104.758 sent. del 7-VIII-2013, entre otras).

Y si bien la consumación de tal vicio del razonamiento ha sido invocada por el recurrente, el análisis de los fundamentos dados por el órgano de Abzada para resolver en el sentido indicado, en contraste con la argumentación recursiva desarrollada por el impugnante, no permite vislumbrar -según mi apreciación- su configuración en la especie.

Conforme doctrina legal de V.E. *"dicho vicio lógico se da, cuando en el decisorio se constata un notorio desvío de las reglas del pensar, de la lógica o del sentido común, o una grosera desinterpretación del material probatorio aportado o un error grave y manifiesto que condujera a conclusiones inconciliables con las constancias de la causa"* (conf. S.C.B.A., Ac. 83.746, sent. del 30-VI-2004; entre otras), circunstancias todas ellas, que considero no concurren en el caso traído a juzgamiento.

Es oportuno recordar que ese Supremo tribunal se ha encargado de destacar,

además que *"no cualquier error, ni la apreciación opinable, discutible u objetable, ni la posibilidad de otras interpretaciones alcanzan para configurarlo, resulta imprescindible que se demuestre un importante desarreglo en la base del pensamiento, una anomalía extrema, que además de ser denunciada debe ser acreditada por quien la invoca, como recaudo que hace a la suficiencia del intento revisor"* (conf. causas C. 96.866, sent. del 6-V-2009; C. 100.963, sent. del 25-XI-2009; C. 101.221, sent. del 24-V-2011; C. 104.899, sent. del 14-IX-2011; entre otras).

Entiendo que las consideraciones vertidas en torno a la configuración del absurdo en la valoración de la prueba pericial, no encuentran andamiaje en las constancias de la causa. Ello se advierte en el desarrollo argumental brindado por el órgano de Alzada en el punto II del decisorio en examen, cuando luego de analizar las consideraciones del experto calígrafo, concluyó que nada cabía objetar sobre la prueba documental acompañada, por lo que, en consecuencia, los pagos documentados en los recibos acompañados en modo alguno podían imputarse a la cancelación de la obligación que portaba el pagaré en ejecución.

Tal como ha sido puntualizado en reiteradas ocasiones por V.E., *"Es ineficaz la alegación de absurdo respecto del método valorativo de la prueba pericial sustentada en la mera discrepancia del recurrente, sin evidenciar la existencia del error grave y grosero que supone tal vicio de la lógica"*. (conf. causas C. 94.266 sent. del 18-III-2009; C.111.753 sent. del 2-V-2013; C. 120.101 sent. del 17-VIII-2016, entre otras).

3.- Igual suerte adversa han de recibir los reproches vinculados con la manera en que fuera resuelta la excepción de pago articulada. Debe recordarse al respecto que *"resulta insuficiente la impugnación que no se hace cargo de controvertir las conclusiones esenciales del fallo y, por otro lado, desarrolla -además- una valoración personal y subjetiva paralela a la realizada por el Tribunal, inidónea a efectos de cumplir con la carga prevista por el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial"* (conf. S.C.B.A., causas C. 104.493 sent. 18-IV-2018; C. 121.047 sent. 8-V-2019).

Por lo demás, las reflexiones vertidas en el apartado IV, ítem "d" de la pieza recursiva, en las que el impugnante acusa al Tribunal de Alzada de haber omitido el tratamiento de tal excepción, resultan desafortunadas en este estadio, dado que como tiene

reiteradamente dicho ese Supremo Tribunal *“El recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley no constituye la vía idónea para canalizar las denuncias vinculadas con la omisión de tratamiento de cuestiones litigiosas pues tales impugnaciones constituyen materia propia del recurso extraordinario de nulidad”* (conf. S.C.B.A., causas L.117.708 sent. del 03-VI-2015; L. 118.660 sent. del 29-VIII-2017; L. 120.152 sent. del 10-X-2018, entre otras).

4.- Por último, considero oportuno referirme a la pretendida aplicación del derecho del consumidor invocada por el recurrente en su prédica recursiva, con cita de la doctrina legal elaborada por V.E. en las causas de mención.

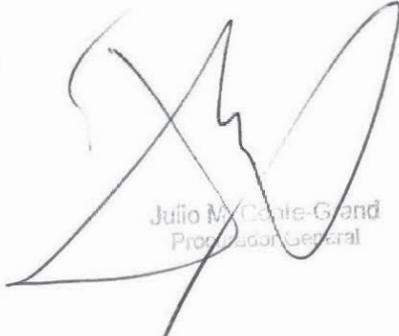
Y más allá de señalar que el planteo para su aplicación al caso resulta producto de una reflexión tardía, toda vez que fue recién alegado como argumento en el intento revisor extraordinario, cuando debió habérselo hecho valer en las instancias ordinarias -circunstancia que en sí misma resulta suficiente para proponer su desestimación-, resulta procedente recordar lo puntualizado por la doctrina, en cuanto a que 'la llave de entrada' a la aplicación del régimen de protección del consumidor requiere como premisa insoslayable la previa acreditación de la existencia de una relación de consumo, (art. 1092 del Cód. Civ. y Comercial Comentado, pág. 797. Jorge H. Alterini, coordinador del Tomo Luis F.P. Leiva Fernández, La Ley, 2016), circunstancia que no advierto conjugada en la especie.

En efecto, el recurrente alega como elemento de valoración tendiente a justificar la subsunción del caso bajo el régimen tuitivo de consumidores y usuarios, como único argumento, la mención de las causas existentes entre las partes, que tramitan por ante el mismo órgano jurisdiccional, haciendo referencia a la existencia de relación comercial *“consolidada, recurrente y fluida”* habida entre los contendientes (ver pto. IV ítem “e” del remedio interpuesto), sin advertir que la mera existencia de un vínculo de tal naturaleza -comercial- no supone siempre la configuración de una típica relación de consumo subyacente, pues ambas categorías no resultan asimilables. Contrariamente, de la propia hermenéutica de V.E. acerca de la doctrina legal cuya infracción ha sido invocada por el quejoso en este tramo de su reproche extraordinario (causa C.109.315 "Cuevas" y C.117.245 "Crédito para todos S.A. c/ Estanga", ya cit.), resulta que es dable que los jueces

declaren oficiosamente su incompetencia por razón del territorio siempre que pudiera constatarse mediante elementos serios y adecuadamente justificados, la existencia de una relación de consumo a las que se refiere el art. 36 de la ley 24.240 modif. por ley 26.361 (conf. S.C.B.A., causas Rc. 119.349, resol del 17-VI-2015; Rc. 119.539, resol. del 2-IX-2015; Rc. 119.783, resol del 11-XI-2015; Rc. 120.523, resol. del 24-II-2016; Rc. 121.285, resol. del 28-XII-2016; Rc. 121.422, resol. del 5-IV-2017; Rc. 122.011, resol. del 22-XI-2017; Rc. 121.315, resol. del 17-X-2018; Rc. 121.256, resol. del 21-XI-2018; Rc. 122.428, resol. del 24-IV-2019; entre tantas otras). Y tal como lo definen el art. 3° de la Ley 24.240, texto según Ley 26.361 y el art. 1092 del C.C.y C., habrá dicha categoría específica de relación jurídica cuando exista un vínculo entre un proveedor y un consumidor, añadiendo el art. 2° del plexo tuitivo citado en primer término que debe considerarse proveedor a la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aún ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. De manera que siguiendo aquel criterio interpretativo desarrollado por V.E. en las causas citadas párrafos arriba, no advierto que en la especie se conjugue la existencia de aquellos elementos que por su número y seriedad permitan constatar en la especie la existencia de una relación de tal naturaleza, por la mera circunstancia de la supuesta existencia de una relación comercial “consolidada, recurrente y fluida”, alegada por el impugnante en su prédica sin mayor respaldo probatorio que la existencia de otro proceso de similar naturaleza habido entre las partes.

V.- Por lo anteriormente expuesto considero que resulta evidente la improcedencia del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejo examinado, requiriendo a V.E. disponga su desestimación.

La Plata, 26 de agosto de 2019.


Julio M. Cente-Grand
Procurador General



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.586-1

**“Pardo S.A. c/ Martínez, Verónica Cecilia s/ cobro ejecutivo”,
fecha: 27/03/2019**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Pardo S.A. c/ Martínez,
Verónica Cecilia
s/ Cobro Ejecutivo”
C. 122.586

Suprema Corte de Justicia:

I.- La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Junín dispuso -por mayoría- desestimar el recurso de apelación sometido a su conocimiento y, consiguientemente, confirmar la sentencia dictada por el señor Juez de Paz Letrado de Chacabuco en sentido desfavorable al progreso del juicio ejecutivo promovido por la firma “Pardo S.A.” contra la señora Verónica Cecilia Martínez (fs. 56/62 vta. y fs. 35/36, respectivamente).

II.- Lo así resuelto motivó el alzamiento de la actora ejecutante, cuyo letrado apoderado interpuso el recurso extraordinario de nulidad que luce fundado en la presentación de fs. 71/78.

En apoyo de la vía invalidante incoada, denuncia el recurrente la violación de los arts. 168 y 171 de la Carta Magna local.

Se agravia, en primer término, del incumplimiento que endilga incurrido por el tribunal de alzada en orden al deber de fundamentación legal impuesto por la última de las cláusulas constitucionales citadas. Señala que el vicio denunciado se halla plasmado en el voto de la mayoría de los miembros del cuerpo colegiado quienes, en forma discrecional, sorpresiva y arbitraria, introdujeron al debate una cuestión que no fue planteada por ninguno de los sujetos integrantes de la relación procesal, ajena, por tanto, a la traba de la litis. Tal, la aplicabilidad del art. 36 de la ley 24.240 a las ejecuciones basadas en títulos abstractos creados como consecuencia de operaciones de crédito para consumo, materia que -itera- no fue objeto de cuestionamiento alguno por los contendientes de autos.

En línea con lo expuesto, afirma que el abordaje de la cuestión de referencia en el acto de sentencia importa un claro quebranto del principio de congruencia como derivación de la garantía del debido proceso legal, habida cuenta de que el tratamiento brindado a su

respecto por los juzgadores de grado trasluce un exceso en el ejercicio de su competencia revisora.

En otro orden, invoca transgredido el art. 168 de la Constitución provincial, en razón de sostener que la materia principal que motivó la apertura de la segunda instancia versó sobre si la firma del librador se hallaba inserta en el título ejecutivo, pese a lo cual sólo mereció un tratamiento accesorio en el pronunciamiento objetado, toda vez que la alzada centró su atención en el análisis de una cuestión que -insiste- no constituyó materia de discusión en el fallo de origen ni fue propuesto, tampoco, por ninguna de las partes del pleito. En tales condiciones, concluye en que el proceder seguido por los magistrados al relegar a un segundo plano la cuestión esencial a dirimir, importó el vicio omisivo denunciado como causal invalidante.

Por último, el recurrente expresa su concordancia con el voto en disidencia emitido por el señor juez doctor Guardiola -que transcribe-, y reitera la consumación del vicio de demasia decisoria o resolución *extra petita* como generador de la declaración de nulidad que deja peticionada.

III.- Radicadas las actuaciones en la sede casatoria con motivo de la concesión de la vía recursiva deducida -v. fs. 79 y vta.-, V.E. tuvo ocasión de advertir que el pronunciamiento en crisis se expide sobre la aplicación en autos de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, cuyo art. 52 prevé la actuación obligatoria del Ministerio Público como “fiscal de la ley”, razón por la que decidió, en forma previa a expedirse sobre la admisibilidad de la queja, remitir los obrados a esta Procuración General que represento a los fines de efectuar las peticiones que estime pertinentes y emitir el dictamen previsto en el art. 283 del Código Procesal Civil y Comercial.

IV.- Si bien, en principio, las decisiones recaídas en el marco de un juicio ejecutivo como el tramitado en las presentes actuaciones, carecen del carácter de sentencia definitiva en los términos de lo dispuesto por el art. 278 del ordenamiento civil adjetivo (conf. S.C.B.A, causas Ac. 94.378, resol. del 22-III-2006; Ac. 95.860, resol. del 17-VII-2007; Rc. 119.848, resol. del 26-VIII-2015; Rc. 120.675, resol. del 11-V-2016; Rc. 121.655, resol. del 28-VI-2017 y Rc. 122.058, resol. del 18-IV-2018), considero, sin embargo, que

en el supuesto de autos concurren motivos de excepción que autorizan apartarse de la premencionada regla.

Me refiero, concretamente, a que el fundamento tenido en mira por el tribunal de alzada para declarar la improcedencia de la vía ejecutiva intentada en estos obrados, reside en que el pagaré cuya ejecución se persigue tiene base en una relación de consumo que exige, en la inteligencia seguida en el fallo, la condigna aplicación del art. 36 de la ley 24.240, temática que, en mi apreciación, desborda la estructura formal del proceso ejecutivo, al pronunciarse, en definitiva, sobre la causa de la obligación, circunstancia que amerita la apertura de la instancia casatoria.

Siendo ello así, no dudo en concluir que el pronunciamiento en crisis participa del carácter definitivo al que aluden los arts. 278 y 296 del Código Procesal Civil y Comercial, por lo que el recurso extraordinario contra él deducido resulta admisible.

V.- Abocado al análisis del remedio de nulidad articulado por la sociedad ejecutante, cuyos motivos de impugnación me ocupé de sintetizar párrafos arriba, adelanto que el mismo no puede prosperar.

En efecto, tiene dicho V.E. de manera inveterada que el marco de actuación de esta clase de recursos extraordinarios se encuentra limitado a las causales que de manera taxativa enumeran las mandas contenidas en los arts. 168 y 171 de la Carta local, en cuanto ciñen su objeto de conocimiento a la omisión de tratamiento de alguna cuestión esencial, a la falta de fundamentación legal, al incumplimiento de la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces o a la no concurrencia de la mayoría de opiniones (conf. S.C.B.A., causas Rl. 117.913, resol. del 18-VI-2014; Rl. 118.720, resol. del 27-V-2015; Rl. 118.915, resol. del 14-X-2015; Rl. 119.334, resol. del 16-XII-2015; Rl. 119.509, resol. del 04-V-2016; Rl. 118.157, resol. del 22-VI-2016; entre otras).

Sentado ello así, se advierte sin mayores esfuerzos que el embate deducido carece de andamiaje, desde que la simple lectura del pronunciamiento impugnado a la luz de los reproches planteados en la presentación efectuada por el recurrente da cuenta que la crítica, en rigor, se dirige a objetar el modo como el tribunal resolvió la contienda, remitiendo así sus planteos a la imputación de presuntos errores *in iudicando*, cuyo tratamiento resulta ajeno al

acotado ámbito de actuación del carril de nulidad intentado y propio del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (conf. S.C.B.A., causas L. 117.993, res. del 20-VIII-2014; L. 118.289, res. del 10-XII-2014; L. 118.432, res. del 17-XII-2014; L. 118.841, res. del 21-X-2015; entre muchas más).

En tal sentido, basta con el análisis de los términos del decisorio para verificar, en primer lugar, que la denuncia de infracción al deber de fundamentación impuesto por el art. 171 de la Constitución provincial no admite procedencia, pues más allá del acierto o error con que, en la ocasión, hayan sido aplicadas las normas por los jueces intervinientes, lo que la aludida cláusula constitucional sanciona con la pena de nulidad es la ausencia absoluta de base legal en la sentencia y no la incorrecta o deficiente fundamentación de ésta, que a todo evento -para el caso de existir-, configura un error de juicio que desborda los alcances del remedio incoado y debe ser cuestionado por vía del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (conf. S.C.B.A., causas C. 76.472, sent. del 6-XI-2013; C. 118.484, sent. del 1-VII-2015; entre otras). Es que como viene siendo señalado por V.E. de manera reiterada *“el quebrantamiento de las garantías consagradas por el art. 171 de la Constitución de la Provincia sólo se produce cuando el pronunciamiento carece de toda fundamentación jurídica, faltando la invocación de los preceptos legales pertinentes; pero cumple con la exigencia que impone dicha norma constitucional, el fallo que está fundado en expresas disposiciones legales, no correspondiendo juzgar por vía del recurso de nulidad el acierto con que han sido aplicadas”* (conf. S.C.B.A., causas C. 116.736, sent. del 3-VII-2013; C. 120.101, sent. del 17-VIII-2016; C. 120.369, sent. del 28-IX-2016; C. 120.653, sent. del 7-VI-2017; entre otras). Y ello es precisamente lo que ocurre con el fallo en embate, en el que los votos que conformaron la opinión mayoritaria del órgano colegiado revisor, cuestionados en ese sentido por el quejoso, cuentan con fundamento normativo suficiente (v. fs. 57/60).

Por otra parte, tampoco le asiste razón al recurrente cuando en el marco de su prédica invalidante y bajo la denuncia de infracción a idéntico postulado constitucional, refiere que el pronunciamiento impugnado importa el quebranto del principio de congruencia, como derivación de la garantía del debido proceso legal, al introducir en el debate de manera

discrecional, sorpresiva y arbitraria, la cuestión de la aplicabilidad al caso de las pautas establecidas por el art. 36 de la ley 24.240, tópico que no habiendo sido planteado por ninguna de las partes contendientes, importó un exceso en el ejercicio de su competencia como órgano revisor.

Volviendo una vez más sobre los lindes del recurso extraordinario de nulidad incoado, viene al caso recordar aquella doctrina legal de V.E según la cual resulta ajena al carril impugnatorio impetrado la denuncia de violación del principio de congruencia por demasia decisoria -tal lo cuestionado en la especie por el quejoso, conforme lo adelantado-, pues la incongruencia por exceso constituye un error *in iudicando* que, como tal, no es reparable por el carril de nulidad, sino por la vía del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (conf. S.C.B.A., causas C. 102.959 y C. 91.162, ambas sent. del 2-IX-2009; C.97.397, sent. del 15-IX-2010; L. 98.699, sent. del 21-XII-2011; C. 116.699, sent. del 2-VII-2014; entre otras), pudiendo canalizarse la violación a tal principio procesal en el sendero del remedio extraordinario de nulidad únicamente cuando aquella infracción lo fuera por defecto, al mediar omisión de abordar un tópico expresamente sometido por las partes a la consideración del tribunal, de cuya decisión dependiera el sentido y alcance del pronunciamiento (conf. S.C.B.A., causas C. 116.699 y C. 117.096, ambas sent. del 2-VII-2014; C. 117.541, sent. del 13-VII-2016; entre otras).

Por último, igual suerte adversa ha de recibir el restante agravio esgrimido por el quejoso al amparo de la denunciada infracción a la garantía contenida en el art. 168 de la constitución bonaerense, vinculado a la omisión de tratamiento de la cuestión esencial que el sentenciante de alzada debía resolver. Es que la temática que al amparo de su recurso ordinario de apelación llevó a juzgamiento del tribunal revisor -tal, la efectiva existencia de la firma del librador inserta en el anverso del título base de la acción-, fue objeto de expreso tratamiento por todos los magistrados integrantes del tribunal quienes, en este punto, en forma unánime, concedieron la razón al recurrente al reparar que en el sector inferior izquierdo del pagaré, al pie del mismo cuerpo, lucía la firma atribuida a la ejecutada en su calidad de libradora del cartular en ejecución (v. fs. 57, pto. IV, ítem ii], adhesión de fs. 59 y fs. 60, pto. I).

A propósito de ello, tiene dicho V.E. como doctrina legal aplicable al caso que “*no media infracción al art. 168 de la Constitución provincial cuando de la lectura del pronunciamiento surge que la cuestión esencial que se dice preterida ha sido tratada expresamente por el tribunal*” (conf. S.C.B.A., causas C. 93.193, sent. del 30-X-2013; C. 103.620, sent. del 24-IX-2014; C. 118.096, sent. del 1-VI-2016; C. 120.605, sent. del 7-III-2018; entre otras), siendo ajeno al ámbito del recurso extraordinario de nulidad la forma o el alcance con el que lo hubiera realizado (conf. S.C.B.A., doct. causas Rc. 121.291, resol. del 28-XII-2016; Rc. 122.178, resol. del 21-VI-2018; Rc. 122.587, resol. del 15-VIII-2018; C. 120.245 y C. 121.751, ambas sent. del 19/09/2018; Rc. 122.511, resol. del 21-XI-2018; entre otras). Y tal es precisamente lo objetado por el quejoso, cuando en este tramo de su intento revisor hace referencia a un “tratamiento accesorio” a la cuestión principal impugnada (v. fs. 76 vta., pto. 3-) que, según mi apreciación, infructuosamente pretende asimilar a la causal de omisión contenida en la aludida cláusula constitucional.

En orden a las consideraciones precedentemente desarrolladas estimo que deberá V.E. rechazar el recurso extraordinario de nulidad que dejo examinado.

VI.- Ahora bien, más allá de la anunciada improcedencia del remedio extraordinario incoado, en el marco de la vista conferida por V.E. a fs. 109 y en ejercicio de las facultades que los arts. 52 de la ley 24.240 y 27 de la ley 13.133 le atribuyen al Ministerio Público como fiscal de la ley, estimo procedente formular algunas consideraciones adicionales, en torno a la función uniformadora que le compete desempeñar a ese Cívero tribunal como máximo órgano jurisdiccional de la provincia.

Ello así, pues advierto que en el marco tuitivo instaurado por el microsistema protectorio de consumidores y usuarios, según su regulación actual, los elementos que de acuerdo con el régimen de los títulos de crédito tradicionales resultan necesarios para su válida constitución aparecen *prima facie* como insuficientes para ilustrar al juez acerca del cumplimiento de los requerimientos que el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor contempla, generándose una multiplicidad de criterios interpretativos provocadora de variadas incertidumbres e inseguridad jurídica que V.E., en tanto no se formulen las

adecuaciones legislativas necesarias, debiera contribuir a despejar en el ejercicio de aquella elevada función.

En efecto, ya se ha expedido esa Suprema Corte acerca de cuestiones vinculadas a la compatibilización de ambos sistemas normativos -el protectorio de consumidores y usuarios, por un lado, y el del derecho mercantil de los títulos de crédito, por el otro- en oportunidad de definir aspectos relativos a ciertos presupuestos procesales. Ello ha sido así, con relación a la competencia de los órganos jurisdiccionales llamados a intervenir en la ejecución de esta clase de títulos cuando, a través de elementos serios y adecuadamente justificados, se pudiera constatar la existencia de una relación de consumo subyacente (conf. doctr. causa "Cuevas", C. 109.305, resol. del 1-IX-2010 y las que le siguieron -Rc. 119.166, resol. del 11-II-2016; Rc. 120.591, resol. del 30-III-2016 ; Rc. 122.428, resol. del 16-V-2018 ; Rc. 122.427, resol. del 4-VII-2018 ; Rc. 122.674, resol. del 28-XI-2018; e.o.-). El criterio fijado en el precedente mencionado habilitó la declaración oficiosa de incompetencia por razón del territorio con apoyo en lo reglado al respecto por la parte final del art. 36 de la Ley 24.240, texto según Ley 26.993.

Tal como hubiera señalado en ocasión de emitir dictamen en las causas C. 121.248, C. 121.256, C. 121.257, C.121.258, C. 121.259, C. 121.260, C. 121.261, C. 121.262, C. 121.300, C. 121.314, C.121.315, C. 121.316 y C. 121.415, todos del 22-VIII-2017 -en las que se reeditó dicha cuestión, aunque con novedosas argumentaciones que también fueron desestimadas-, "*... ese Címero tribunal provincial a partir de lo resuelto en el precedente "Cuevas" antes citado [...], ha fijado claramente su postura en punto a considerar que si bien imperan en el ámbito de las relaciones de financiación para consumo las limitaciones cognoscitivas propias de los procesos de ejecución, que impiden debatir aspectos ajenos al título en los términos del art. 542 del C.P.C.C., es posible una interpretación de la regla aludida acorde con los principios derivados de la legislación de protección de usuarios, de manera que haciendo una lectura armonizante de ambas pautas en pugna, se permita a los jueces declarar de oficio la incompetencia territorial a partir de la constatación, mediante elementos serios y adecuadamente*

justificados, de la existencia de una relación de consumo, amparada por el régimen de protección diferenciada instaurado a partir de la reforma constitucional de 1994".

Es precisamente en aplicación de dicha hermenéutica armonizante que debería V.E. determinar un criterio unívoco que logre compatibilizar los desajustes que emergen entre las reglas sustantivas y de fondo, no compaginadas con el paradigma protectorio de consumidores y usuarios aún luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, como contribución necesaria e indispensable a la seguridad del tráfico jurídico y a la coherencia de todo el sistema normativo.

Es que, como fuera anticipado, existen hoy en día en el foro y en la opinión de la doctrina diversas posiciones al respecto que oscilan entre las más extremas, como la registrada en autos, que niegan habilidad a los títulos de crédito que *per se* no satisfagan los recaudos exigidos por el régimen protectorio en el art. 36 de la Ley 24.240, texto según Ley 26.993, hasta aquellas otras, menos rigurosas desde lo formal, que, por el contrario, admiten la integración de dichos papeles de comercio "incompletos" con documentación correspondiente al negocio jurídico causal, dentro del trámite de la propia ejecución, en aras de permitirle al presunto acreedor la acreditación de las exigencias contractuales impuestas en salvaguarda del derecho de defensa de la parte más débil de la relación por el régimen tuitivo de los consumidores y usuarios, sin obligarlos al tránsito por un proceso de conocimiento (ver fallos Cám. Civ. y Com. de Junín, sent. del 8-IX-2015, en autos "Sofía, Miguel A. c/ Bendada, Griselda V. y ot. s/ Cobro Ejecutivo"; mismo tribunal, sent. del 5-IV-2016, en autos "CFN S.A. c/ Arguello, Oscar Romualdo s/ cobro ejecutivo", Cita online: AR/JUR/28972/2016; Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala III, sent. del 15-XI-2015, en autos "Banco Macro S.A. c/ Correa, Rubén Darío s/ Cobro Ejecutivo", en www.microjuris.com, cita: MJ-JU-M-94909-AR; Cám. Civ. y Com. Segunda de La Plata, Sala Segunda, sent. del xx-II-2016, en autos "Finvert S.R.L. c/ Sosa, Juan Mauricio s/ Cobro sumario de sumas de dinero"; Cám. Civ. y Com. Segunda de La Plata, Sala Primera, sent. del 1-XI-2016, en autos "Credil S.R.L. c/ Cubilla, Eliseo s/ Cobro ejecutivo"; Cám. Civ. y Com. Lomas de Zamora, resol. del 14-XI-2017, en autos "Cartasur Cards S.A. c/ Guerrero, Oscar Ariel s/ Cobro Ejecutivo"; Cám. Civ. y Com. de Azul, en pleno, sent. del

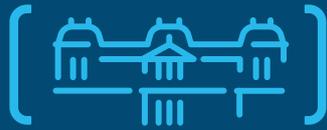
9-III-2017, en autos "HSBC Bank Argentina c/ Pardo, Cristian Daniel s/ Cobro ejecutivo"; entre muchos otros) (Illanes, Carlos L. en "Abstracción cambiaria y defensa del consumidor", DJ 08/05/2013, 9. Cita online: AR/DOC/874/2013; Paolantonio, Martín E., "Monólogo de fuentes: el caso del pagaré de consumo", LA LEY, 2015-C, 823, Cita online: AR/DOC/1267/2015; Ibarlucía, Emilio A., "Conflicto entre las leyes de títulos abstractos y la Ley de Defensa del Consumidor. Análisis constitucional", LA LEY, 2015-C, 1089, Cita online: AR/DOC/1436/2015; Barbieri, Pablo C., "Pagaré derivado de relaciones de consumo: un fallo de importancia", LLBA2016 (junio), 345 - RCCyC 2017 (abril), 03/04/2017, 221, Cita online: AR/DOC/1574/2016; Saux, Edgardo I., "El pagaré de consumo: una figura jurídica no legislada y controversial", LA LEY 27/03/2017, Cita online: AR/DOC/788/2017; Camps, Carlos E., "Contratos de consumo, títulos ejecutivos y eficacia procesal", LA LEY, 2017-E, 684, Cita Online: AR/DOC/1875/2017).

Se impone así dar cabida al tan mentado "diálogo de fuentes", como herramienta que permita superar la situación de tensión que puede presentársele al intérprete en ocasión de aplicar cualquier norma sustantiva o procesal en aparente conflicto con el sistema de protección al consumidor, buscando preservar la integridad del ordenamiento jurídico (Mosset Iturraspe, Jorge, Del "micro" al "macro" sistema y viceversa. El "diálogo de las fuentes", "Revista de Derecho Privado y Comunitario", 2009-1, p. 7), erigiéndose además la idea de que los sistemas jurídicos, a pesar de que no resulten coherentes en el sentido de tener absoluta ausencia de inconsistencias normativas, deben tender hacia la coherencia (conf. S.C.B.A. doct. causa C. 119.253, sent. del 29-XI-2017).

Tal es mi dictamen.

La Plata, 27 de marzo de 2019.-


Julio M. Conte-Grand
Procurador General



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires**

DICTAMEN: C 121.684-1

**“Asociación Mutual Asís c/ Cubilla, Miriam Ester s/ cobro
ejecutivo”, fecha: 04 /06 /2018**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Asociación Mutual Asis
c/ Cubilla, Miriam Ester
s/ Cobro Ejecutivo”
C. 121.684

Suprema Corte de Justicia:

Llegan en vista las presentes actuaciones, en virtud de la intervención necesaria impuesta a este Ministerio Público como fiscal de la ley (artículo 52 de la ley 24.240), para que me expida en los términos del artículo 283 del Código Procesal Civil y Comercial local. Abocándome a dicha tarea, procederé a un análisis de los antecedentes de la causa con carácter previo a emitir mi opinión sobre el caso.

I.- Se inician las mismas persiguiendo la ejecución de un crédito instrumentado en un pagaré. Dicha documental, que fue acompañada con el escrito de inicio y obra agregada a fs. 19, encuentra su causa jurídica en un préstamo instrumentado en un contrato de cláusulas predispuestas (v. fs. 20 y vta.). El magistrado de origen, en atención a las referidas circunstancias del caso, juzgó que en la base del título de crédito yacía una operación de préstamo para consumo. Es por ello que estimó que no procedía la vía de ejecución intentada, caracterizada por un conocimiento sumario en sentido estricto. Entendió que, en cambio, correspondía dar a las presentes el trámite del proceso de conocimiento plenario abreviado (proceso sumario del Código de rito), a fin de poder garantizar los recaudos a los que se refieren los arts. 37 y cctes. de la ley 24.240, que estimó de aplicación en la especie (ver fs. 24, 1er párrafo).

II.- Impugnada dicha resolución por la parte actora (fs. 26 y 28/31), la Sala III de la Cámara de Apelación de General San Martín resolvió a fs. 45/48 vta. revocar la providencia referida ordenando se preparara la vía ejecutiva en los términos del artículo 523 del C.P.C.C.B.A. en relación al mutuo cuya documentación se acompañó a la causa, tomando como capital el monto que resulta del préstamo de dinero agregado a fs. 18, difiriendo el cálculo de los intereses para la oportunidad de dictar sentencia. En consecuencia,

ordenó proseguir con la ejecución pero sólo por dicho monto contractual, más allá de la cifra que figurara en el título de crédito.

Para así decidir, sostuvo que conforme la doctrina emergente del precedente “Cuevas” emanado de V.E. (causa C. 109.305, sent. del 1-IX-2010), era necesario proceder a la integración de los dos cuerpos normativos aplicables al caso. Esto es, el Derecho mercantil, por un lado, en particular el decreto-ley 5965/63; y la ley de defensa del consumidor, por otro. Así, sostuvo que el artículo 53 de la ley 24.240, al establecer la vía sumaria, alude a acciones individuales que sean entabladas por los consumidores o usuarios en el ejercicio de los derechos reconocidos en dicha normativa protectoria. Pero que esto no es óbice para que los mismos puedan ser demandados por vía ejecutiva si el título que da base a la ejecución resulta hábil y contiene todos los recaudos de ley, entre ellos, los previstos por el artículo 36 de la LDC.

Abonando sus argumentos, citó lo resuelto por un plenario de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento judicial de Azul (de fecha 9-3-2017) que sostuvo que: *“El pagaré de consumo puede integrarse con documentación adicional relativa al negocio causal, dentro del mismo juicio ejecutivo, conformando un título complejo que deberá contener información clara y veraz, y además, cumplir con los requisitos previstos por el artículo 36 de la ley de defensa del consumidor para la operación de financiación o créditos para consumo”*. Añadió a lo dicho que la determinación de los intereses debía entonces posponerse para el momento de dictar sentencia, por lo que se debía proseguir la ejecución pero sólo por el monto del capital adeudado según surgiera del negocio jurídico causal documentado en el mutuo agregado.

III.- Contra dicha resolución se alza a fs. 51/63 el Fiscal General Departamental a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que motiva la presente vista. Como complemento de la enumeración de los recaudos de admisibilidad del recurso, el Fiscal General subraya la trascendencia del presente caso invocando expresamente la aplicación del artículo 31 bis de la ley 5827 (texto ordenado por el Decreto 3702/92 y ley 13.812) que confiere a esta Suprema Corte la facultad discrecional de dar trámite a los recursos de inaplicabilidad en que, más allá del monto del litigio, mediere gravedad institucional o un

notorio interés público que imponga la fijación de doctrina legal sobre el asunto en discusión. Argumenta que en el caso se reúnen tales condiciones, en particular, porque el decisorio se aparta de la doctrina legal que correspondería aplicar al caso, pero además, por su impacto sobre la ingente cantidad de casos similares.

En su crítica a la sentencia impugnada, el recurrente afirma que dicha decisión importó desconocer una facultad que la ley tuitiva de los consumidores reconoce a los magistrados para determinar el grado de conocimiento que resulte adecuado para garantizar a las partes, en particular a los sujetos más vulnerables de la relación, el acceso a la justicia y el derecho de defensa. Además, agrega que la decisión se apartó de la doctrina legal de V.E. que establece cuáles son los criterios de interpretación que orientan la aplicación de las normas de protección de los consumidores.

Con cita de precedentes de V.E. en la materia, que omito reiterar en honor a la brevedad, sostiene que tanto la Constitución Nacional como la local disponen que los trámites fijados por la legislación especial deben ser eficaces para la prevención y solución de los conflictos emergentes en esa clase de relaciones jurídicas. Además, evocando asimismo antecedentes, del Máximo Tribunal Nacional, expone que debe imperar un criterio hermenéutico que permita arribar a la solución que proteja del modo más eficiente la finalidad tuitiva de los grupos tradicionalmente postergados, como lo es, en el caso, el consumidor demandado en estas actuaciones.

En congruencia con ello, señala que los jueces están autorizados y tienen el deber, no sólo de declarar de oficio la incompetencia territorial a partir de la constatación de la existencia de una relación de consumo, sino que también pueden efectuar una valoración del título que se pretende ejecutar a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos legalmente impuestos en tal normativa de orden público y dar al juicio, en cualquier etapa procesal en que se encuentre, un mayor grado de conocimiento. Manifiesta entonces que por aplicación del paradigma de tutela del consumidor previsto en el Código Civil y Comercial, no puede admitirse la integración de un pagaré de consumo con el contrato que le da causa, sin violar dicho plexo tuitivo.

Centrado en la demostración de la violación de la ley y la doctrina legal

denunciadas, afirma que la sentencia restringe de manera arbitraria e infundada la facultad legalmente conferida al magistrado de aplicar los artículos 36 y 53 de la LDC, luego de efectuar la pertinente evaluación de las constancias de la causa. Sostiene también que la interpretación cuestionada importa a su vez, la ampliación de la nómina legal de títulos ejecutivos. Añade incluso, la necesidad de aplicar al caso toda norma más favorable al consumidor, en los términos del artículo 7 del CC. y C.

Añade que en el caso, el juez de primera instancia haciendo uso de las facultades legales, tuvo por acreditada la existencia de una relación de consumo y advirtió que en el pagaré no se encontraban reunidos los recaudos establecidos por el artículo 36 de aquel cuerpo normativo. Entonces, concluye que la Alzada derogó de manera infundada y arbitraria una facultad normada (art. 53 de la ley 24.240 y 23 de la ley 13.133), dando lugar además a la creación de un título ejecutivo nuevo, al que llama “pagaré de consumo” y que define como un título complejo. Argumenta, que la eventual facultad de integrar el título la tiene el magistrado para supuestos de declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas. Pero que ello no implica que, dejando de lado normas del proceso de ejecución, se reconozca en el actor la facultad de completar extemporáneamente requisitos que no reúne *a priori* el título ejecutivo. Concluye afirmando que la ejecutividad directa del “pagaré de consumo” importaría una burla a las normas de tutela de los consumidores. Deja planteada además, la trascendencia constitucional federal del presente caso, a efectos de recurrir, en la hipótesis de corresponder, ante el Máximo Tribunal Federal.

IV.- Delineados sintéticamente los agravios esbozados por el impugnante, estoy en condiciones de afirmar que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido debe prosperar, criterio que habré de recomendar a V.E. para que así lo decida, llegada su hora.

Sin embargo, en forma previa a adentrarme en el tratamiento de la cuestión sustancial que porta la queja bajo estudio, habré de detenerme en algunos aspectos que hacen a la admisibilidad formal del intento revisor.

En relación a este último punto, es dable afirmar que la decisión cuestionada es de aquellas que pueden ser equiparadas a una sentencia definitiva en los términos del artículo 278

del Código Procesal y la doctrina consistente de V.E. en la materia.

En este sentido, tal como señalara el doctor Hitters al votar en la causa Ac. 87.417 (sent. del 7-II-2007), corresponde vincular el concepto de sentencia definitiva con la posibilidad de cancelar vías hábiles para lograr la reparación de un derecho lesionado, pues mientras la cuestión pueda renovarse en otra oportunidad procesal o en otro juicio, en tanto existe un medio por el que sea viable reparar el agravio causado por la violación o errónea aplicación de la ley o de la doctrina legal, no ha de tenerse un pronunciamiento por definitivo. Así, la nota de "definitividad" a los fines de los arts. 278 y 281 del Código Procesal Civil y Comercial se patentiza cuando se decide de modo final sobre la existencia o suerte del derecho de fondo (conf. Ac. 33.142, sent. del 16-XII-1986; Ac. 42.312, sent. del 26-IX-1989; Ac. 42.582, sent. del 11-XII-1990; Ac. 44.285, sent. del 5-III-1991; Ac. 52.056, sent. del 4-VII-1995; Ac. 77.051, sent. del 3-X-2001; Ac. 72.124, sent. del 19-II-2002; Ac. 85.458, sent. del 16-II-2005; C. 99.577, 9-XII-2009; entre otras).

Y si bien en el caso, sabido es que el proceso de ejecución no obsta a la iniciación ulterior de un proceso de conocimiento donde se logre el esclarecimiento cabal de los derechos involucrados, la decisión bajo análisis resulta definitiva en cuanto consagra de modo irreparable una violación a la ley que de modo reflejo importa la conculcación de derechos fundamentales, sin fundamento legal alguno que lo pueda sostener, más que el arbitrio de los magistrados de Alzada. En efecto, el decisorio objeto de recurso, al revocar el auto de origen y disponer dar trámite al proceso de ejecución previa preparación de la vía ejecutiva, consolida de modo definitivo un trámite procesal que podría resultar violatorio del derecho de defensa de la parte demandada, a la sazón, parte débil de la relación de consumo y sujeto de tutela preferente por nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, con relación monto mínimo para recurrir que el propio apelante reconoce como circunstancia obstativa a la admisibilidad de la queja en los términos del art. 278 del rito local, es dable señalar que más allá del valor económico en juego en este litigio puntual la cuestión trasciende los lindes del caso debatido al encontrarse cuestiones federales comprometidas tales como la garantía del acceso a la justicia de consumidores y usuarios. En efecto, habiendo vinculado el impugnante sus agravios a la afectación del derecho de defensa

garantizado por el art. 18 de la Constitución nacional y en particular -con relación a consumidores y usuarios- por el art. 42 de la Carta Magna, ha quedado introducida una cuestión federal que merece ser tratada por V.E. a los fines de agotar las instancias locales y permitirle luego a las partes involucradas en la controversia el acceso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48.

Ello así, por cuanto conforme lo resuelto por el máximo Tribunal de Justicia de la Nación a partir de los precedentes "Strada" (Fallos 308:490), "Christou" (Fallos 310 v.1:324) "Di Mascio" (Fallos 311:2478), todo pleito radicado ante la justicia provincial en el que se susciten esa clase de cuestiones debe arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo después de "fenecer" ante el órgano máximo de la judicatura local, dado que los tribunales de provincia se encuentran habilitados para entender en causas que comprendan puntos regidos por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales. Así, en los casos aptos para ser conocidos según el art. 14 de la ley 48, es necesaria la intervención del superior Tribunal de provincia en virtud de la regulación que el legislador nacional hizo del art. 31 de la Constitución, de modo que ni la Legislatura local ni sus tribunales pueden vedar el acceso a aquel órgano en tales supuestos. En consecuencia -reitero-, resultan eficaces para habilitar esta instancia los agravios de índole constitucional que el recurrente plantea en su queja (conf. S.C.B.A., doct. causa L. 88.616, sent. del 5-VI-2013).

Y si bien lo señalado resulta suficiente a los fines de sortear el escollo de admisibilidad apuntado, también ha de considerarse que, tal como lo apunta el representante del Ministerio Público Fiscal en su prédica, la cuestión traída a juzgamiento excede el mero interés de los litigantes involucrados siendo de aquellas que en los términos del art. 31 bis de la Ley 5827 -texto según ley 13.812- revisten gravedad institucional, por lo que estimo deberá V.E. hacer ejercicio de la facultad que en tal sentido prevé la norma aludida, abordando el tratamiento del recurso extraordinario incoado (conf. S.C.B.A., causa Rc. 107.702, resol. del 6-VI-2011).

V.- Sorteados de la manera precedentemente señalada los reparos que desde la admisibilidad recursiva pudieran endilgarse al intento revisor bajo análisis, soy de opinión -tal lo adelantado, párrafos arriba- que el recurso deducido debe prosperar en la inteligencia de

que el pronunciamiento cuestionado resulta violatorio de la ley aplicable a la materia.

Si bien la decisión de la Alzada desvía en alguna medida el eje de la discusión al introducir la cuestión relativa a la posibilidad de integrar el pagaré con el contrato de consumo, habilitando así el trámite de la vía ejecutiva requerida, habré de dejar al margen esta cuestión pues considero que, en verdad, el *quid* de la decisión para el presente caso se ubica -como bien lo señala el recurrente-, en la facultad que el ordenamiento reconoce a los magistrados para dar a los procesos el trámite que consideren más adecuado para la defensa de los derechos de ambas partes, facultad que se ve reforzada en supuestos como el de autos, en los que se encuentran involucrados y en discusión derechos de usuarios y consumidores.

La protección constitucional de dicho colectivo, tanto en el orden nacional como local (arts. 42 CN y 38 de la CBA), orienta el sentido que ha de darse a la interpretación de las normas infraconstitucionales, sean éstas específicas de tutela de aquél u otras del Derecho común. Pero además de esto, en el caso resulta relevante considerar el derecho a una tutela judicial efectiva y el goce del acceso a la justicia que matizan también los alcances del debido proceso constitucional (arts. 8 y 25 de la CADH, artículo 18 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución bonaerense).

Este sistema de normas protectorias le asigna al juez la responsabilidad de desempeñar su rol de director del proceso, guiándolo para asegurar que, sin mengua de la imparcialidad, se garantice la tutela judicial efectiva de los derechos de los consumidores, beneficiarios de una protección diferenciada. Este rol asignado al juez es consistente con el delineado por el sistema procesal general, tal como luego se expondrá. En este orden de ideas advierto que la interpretación que realiza la Alzada del artículo 53 de la ley 24.240 resulta contraria al sentido que la misma norma contiene y violatorio no solo de ella, sino también, del artículo 23 de la ley 13.133. Es que el texto de dicha norma expresamente establece que para la defensa de los derechos e intereses protegidos por dicho Código son admisibles todas las acciones capaces de propiciar la adecuada y efectiva tutela de tales derechos.

Adicionalmente, cabe señalar que en el régimen procesal general, se encuentra prevista la facultad judicial de determinar las formas procesales que mejor sirvan para dar

cauce a la litis llevada ante sí. En particular, se puede apreciar cómo el artículo 321 *in fine* del C.P.C.C.B.A., establece que si de conformidad con las pretensiones deducidas por el actor no procediere el trámite del juicio sumario o sumarísimo, el juez resolverá cuál es la clase de proceso que corresponde, siendo dicha decisión irrecurrible, de manera que se reconoce expresamente al juez, como director del proceso, la facultad de determinar cuándo la litis requiere un mayor grado de conocimiento. Y lo que aquél decida al respecto, resulta irrecurrible para las partes.

Este texto normativo, que confiere a los jueces el poder de reconducción de las formas y del tipo de continente, para adaptarlo a las características del objeto litigioso, pone en vigencia el principio de instrumentalidad de las formas, así como el ya referido rol de director del proceso que se asigna al juez (Morello, Sosa y Berizonce, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Comentados y anotados*, TIV-A, p325). En este sentido, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la normativa procesal, indispensable y jurídicamente valiosa, no se reduce a una mera técnica de organización formal de los procesos, sino que, en su ámbito específico, tiene por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio (Fallos 302:1611).

Además, ha sido el propósito orientador de la reforma procesal nacional (ley 17.454) y la de los ordenamientos que, como el bonaerense, han seguido sus aguas, el de dotar a los jueces de mayores atribuciones en lo referente a la dirección y ordenación de las causas, de manera tal que el proceso, sin dejar de responder a las exigencias fundamentales del principio dispositivo, no se desarrolle como un juego de ficciones, librado a la habilidad ocasional de los litigantes. La orientación publicística del proceso resulta así consecuencia del acrecentamiento de los poderes del juez en lo relativo al comando, gobierno y dirección de la causa. Los jueces pasan así de ser meros espectadores pasivos a erigirse en verdaderos directores activos, vigilantes y atentos al debate y al resultado de toda la actividad que se cumplimenta en el proceso (Morello, Sosa y Berizonce, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Comentados y anotados*, TI, p.

585).

Pues como también ha referido Cappelletti, mentor del movimiento por el acceso a la justicia, el proceso civil debe ser entendido como una institución de bienestar. Y en tal concepción de la justicia, la función del juez deja de ser la de un árbitro apartado que sin intervenir nunca en la conducción del proceso, se limita a pronunciar la propia decisión final del "duelo jurídico" entre las partes. El juez, por el contrario, asume en esta concepción un cometido de guía y propulsión no sólo técnica y formal (controlando la observancia de las reglas del *fair play* y el ordenado y rápido desarrollo del proceso), sino también sustancial (véase Morello, Sosa, Berizonce, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Comentados y anotados*, TII, p. 576).

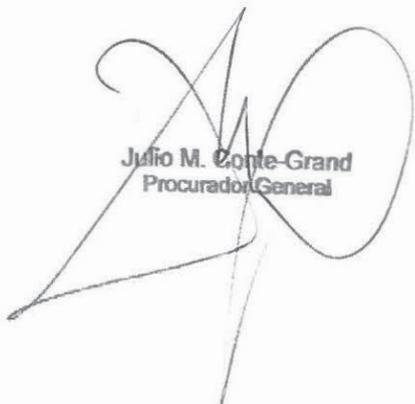
Asimismo, en el marco de los procesos de ejecución se establece -aunque en un supuesto ligeramente diverso porque prevé que sea requerido por el actor- que el juez tiene la facultad de dar al proceso un trámite de mayor conocimiento, decisión que también resulta irrecurrible (art. 519 del C.P.C.C.B.A.). Esta última circunstancia da cuenta de la discrecionalidad que campea en este ámbito y el carácter irrevisable de las decisiones que el juez tome a este respecto. En sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho que el trámite impuesto a la causa es cuestión insusceptible de ser revisada en instancia extraordinaria, pues lo así resuelto tiene carácter procesal y resulta materia propia de los jueces de la causa (Fallos 235:666 y 772). Las normas referidas también ponen de manifiesto la lógica que irriga todo el sistema procesal en relación a este punto y que puede ser de aplicación analógica para el presente caso.

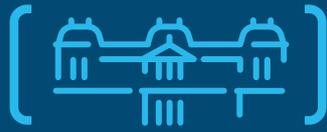
Es así que si, tal como lo sostuvo la Alzada, lo que se pretende es integrar la protección de los consumidores con el resto del ordenamiento vigente, esa es la forma adecuada de hacerlo y no aquella que, tal como resulta de la decisión en crisis, arroja un resultado conculcatorio de los derechos de un sector que recibe tutela preferente del ordenamiento jurídico. Es por eso que en la especie, no pudo el tribunal *a quo* revocar la decisión sin incurrir para ello a un apartamiento de la normativa aplicable, con grave impacto sobre la vigencia de derechos de orden constitucional local y también federal.

Es por todo cuanto llevo expuesto que considero corresponde hacer lugar al

recurso en vista, revocando la decisión en crisis y mandando continuar con el trámite del proceso sumario ordenado por el sentenciante de origen.

La Plata, 4 de junio de 2018.-


Julio M. Conte-Grand
Procurador General



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 123.036-1

**“Olaciregui, María del Rosario c/ AMX Argentina (Claro) S.A.
s/ daños y perjuicios s/ incump. contractual (exc. estado)”,
fecha: 18/09/2019**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Olaciregui, María del Rosario
c/ AMX Argentina (Claro) S.A.
s/ Daños y Perjuicios s/ Incump.
Contractual (Exc. Estado)”
C. 123.036

Suprema Corte de Justicia:

I.- La Magistrada a cargo del Juzgado de Primera instancia en lo Civil y Comercial n° 3 de Azul, en el marco del juicio que por daños y perjuicios, derivados de incumplimiento contractual, incoara María del Rosario Olaciregui contra “AMX Argentina (Claro S.A)” -en lo que a los fines recursivos interesa destacar-, rechazó la excepción de prescripción opuesta por la demandada, desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la Ley 24.240 (daño punitivo) y admitió la demanda condenando a la accionada a pagar la suma que fijó, con más intereses.

Para decidir en tal sentido, sostuvo que el contrato de servicio telefónico celebrado entre las partes constituye una relación de consumo, con cláusulas predisuestas por el proveedor, destacando que la demandada no acompañó a la causa dicho instrumento denominado “solicitud de servicio”, pese a haber sido intimada a ello, incurriendo en incumplimiento del deber de información, en los términos de la normativa protectoria específica (art. 4 LDC). Aseveró que, con tal proceder sustrajo al contrato del debido control judicial.

Destacó asimismo que la demandada adujo que del aludido acuerdo se desprendían -entre otras cláusulas- las referidas a los términos de venta del equipo telefónico, cuyo precio había sido parcialmente bonificado, como también las condiciones para solicitar la baja del servicio.

Juzgó abusivas las cláusulas establecidas por la accionada para acceder al cese de la prestación -envío de carta postal y pago previo de conceptos adeudados-, cuyo objeto

no era otro que retener indebidamente al usuario, como así también, la facultad que ejerció Claro en su carácter de proveedor, de informar a las bases de datos financieros que el cliente era moroso (conf. art. 37 incs. "a" y "b" LDC).

Reputó como intimidatoria la pretensión reiterada de la demandada de realizar gestiones de cobro en forma sucesiva y simultánea a la negativa de cancelar la línea, en violación al art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, actitud que -sostuvo- condujo a la actora a no tener más alternativa que pagar lo que le reclamaban.

Hizo lugar al reclamo por daño moral atendiendo los padecimientos que debió soportar la Sra. Olaciregui como consecuencia del trato humillante, la ausencia de información adecuada, la existencia de cláusulas abusivas, las dificultades para dar de baja el servicio y la atención amenazante que le propició la compañía Claro.

En relación al daño punitivo, liminarmente desestimó el planteo de inconstitucionalidad formulado con relación al art. 52 bis de la Ley 24.240, para luego hacer lugar al reclamo realizando consideraciones con relación a que la desinformación deliberada de la demandada intentaba maximizar su utilidad, por lo que, si se multiplicaba por el número de clientes que ella misma dice tener, su conducta reprochable redundaba en el aumento de su rentabilidad.

Finalmente, con respecto a la manifestación de voluntad de la actora de donar la suma de condena por daños punitivos, como así la del letrado de hacer lo propio en lo relativo a un porcentaje de sus honorarios profesionales, desestimó tal pretensión con cita del art. 1542 C. Civil, sin perjuicio de lo cual -concluyó-, debía tenerse presente al momento de concretarse el pago (fs. 635/654).

II.- Recurrido el decisorio por ambas partes en litigio, previa vista conferida al Fiscal General departamental (v. fs. 747/749 vta.), a su turno, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, confirmó en lo sustancial la sentencia recaída en primera instancia (fs. 635/654). Concluyó que en el caso, se habría vulnerado el deber de información que recae sobre el proveedor, y que los recaudos que impuso unilateralmente Claro para dar de baja el servicio telefónico tipificaban una práctica abusiva, violatoria de la obligación de garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo al consumidor,

limitando incausadamente la libertad de contratación de la señora Olaciregui, generándole un notorio perjuicio al someterla a una serie de imposiciones contractuales -trámites de baja del servicio, requerimientos de pago inusuales, etc.-, en contraposición con la conducta propia de un proveedor serio y responsable. Por ello, resolvió incrementar el monto de condena por daño punitivo determinado en primera instancia, y dispuso tener presente para el momento del pago la donación propuesta por la parte actora y su letrado, respecto de parte de los montos de condena y de los honorarios a regularse, en uno y otro caso, con la distribución que al efecto estableció. Con costas, a la demandada vencida (v. fs. 755/802 vta.).

III.- Contra dicho pronunciamiento se alzaron la actora y la demandada -mediante apoderado- a través de sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley presentados de manera electrónica con fechas 4-IX-2018 y 13-IX-2018, respectivamente, que lucen agregados en soporte papel a fs. 808/827 y fs. 809/850, cuya concesión fue dispuesta en la instancia ordinaria a fs. 828 y vta. y fs. 851/852.

Por razones de orden lógico, abordaré en primer término el recurso deducido por la parte demandada, para luego hacer lo propio con relación al de la accionante.

i.- Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por la demandada:

1.- Denuncia la recurrente que lo agravia la confirmación del Tribunal del rechazo de su planteo de prescripción, toda vez que -alega- al considerar que no transcurrió el plazo prescriptivo aplicable, soslayó que desde el mes de marzo de 2010 hasta el 7 de agosto de 2014 -fecha de interposición de la presente demanda- había transcurrido holgadamente el plazo trienal establecido específicamente por el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor que estimó de aplicación.

También juzga agravante que la Cámara afirme que su parte infringió los deberes de información y trato digno, equitativo y no discriminatorio, y que concluya que resultan aplicables al caso los extremos característicos de la responsabilidad objetiva previstos por los arts. 1096 y 1097 del Código Civil y Comercial, pues ese texto normativo siquiera se encontraba vigente al momento de la ocurrencia del hecho dañoso, y menos aún al promoverse y contestarse la presente demanda.

Reitera que su mandante no asumió una conducta reticente y de falta de

colaboración, esbozando a continuación su análisis sobre la prueba obrante en autos, examen del cual concluye que no le propició a la actora un trato indigno ni discriminatorio, sino que simplemente le requirió el cumplimiento del mismo mecanismo que para la obtención de la baja anticipada imponía en esa época a todos los usuarios del sistema.

Destaca que el decisorio ha pasado por alto que la actora en su escrito de demanda reconoció haber suscripto un contrato escrito con “Claro” en el año 2009, por lo que resultaba plenamente congruente que para rescindir la relación jurídica utilizara también el método escrito; máxime, cuando simplemente se le requería al efecto el envío de una carta postal, sin costo para el cliente.

Agrega que el Tribunal para calificar la conducta de su mandante como abusiva o indigna, se ha basado en meras presunciones que pretenden consolidarla como verdad única, para con ello justificar una sanción arbitraria y desproporcionada en favor de la actora y su letrado.

Sostiene igualmente que el fallo soslayó el reconocimiento que formuló el accionante respecto a que al haber solicitado la baja de la línea, desde el servicio de atención al cliente de su mandante, le informaron detalladamente los pasos que debía seguir para su consecución y procesamiento.

Alega que tampoco valoró el Tribunal que había sido la actora quien se negó a enviar en primer término la carta requerida a la casilla postal gratuita indicada. Y que, cuando lo hizo, no abonó los cargos pendientes devengados por la baja anticipada, es decir, por no haber transcurrido el período de veinticuatro meses desde la celebración del negocio exigido en las cláusulas contractuales. Por su parte -afirma-, manifiesta haberle informado en reiteradas ocasiones cuáles eran los requisitos para proceder al cese del servicio, cumpliendo absolutamente con los deberes impuestos por la Ley 24.240, contrariamente a la postura reticente que afirma asumida por la actora, quien -según su apreciación- actuó en violación a los principios de colaboración, diligencia y buena fe.

Agrega que resulta improcedente el reembolso dispuesto en concepto de daño material, toda vez que los ítems que su mandante reclamó a la actora en concepto de cargos de cancelación, y que ella misma decidió abonar luego de más de un año de que le fueran

informados, no pueden ser objeto de devolución; máxime, cuando la actora los canceló sin efectuar protesto ni reserva de ninguna naturaleza.

Con relación a la indemnización acordada por daño moral en la instancia de origen y confirmada por la alzada, sostiene la ausencia de prueba suficiente que demuestre el perjuicio sufrido, destacando que era a la parte actora a quien le correspondía acreditar los extremos de su pretensión, en prueba que -afirma- no aportó.

Juzga agravante la cuantificación del daño punitivo elevando el monto de condena acordado en primera instancia, pues considera que, a la hora de decidir, el Tribunal no tuvo en cuenta ni analizó objetivamente los elementos constitutivos de aquél, ni verificó los presupuestos básicos de incumplimiento en los términos requeridos por el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, dado que su mandante brindó a la actora la información necesaria para proceder a la baja anticipada del servicio.

Afirma que a la hora de graduar la sanción en función de la gravedad del hecho el Tribunal soslayó que la accionante reconoció haber firmado un contrato al momento de suscribirse al servicio de la demandada, y que con posterioridad su mandante atendió todos los llamados que realizó la actora, donde se le informó con claridad los pasos a seguir para obtener la baja voluntaria. Además -refiere- era exigible el pago previo de los cargos devengados como consecuencia de la rescisión anticipada, pues no existía en ese momento norma en contrario que lo impidiera, ya que la prohibición legal en tal sentido fue introducida posteriormente por la Ley 27.265, al incorporar el artículo 10 quater al régimen tuitivo de consumidores y usuarios (Ley 24.240). Reitera que no se ha demostrado que la demandada haya actuado con dolo o culpa grave. Sostiene que, contrariamente, ha sido la accionante quien obró con negligencia al demorarse en más de un año para enviar la notificación por carta ya aludida. Destaca, por lo demás, que el daño punitivo procede únicamente en casos de extrema gravedad o situaciones excepcionales, de gran provecho económico, presupuestos que juzga no verificados en la especie.

Señala que tampoco se ha probado y argumentado en la sentencia que la solución determinada haya tenido proyección social, es decir que haya impactado de manera general en el resto de los clientes, de modo tal que justifique semejante imposición. En tal

sentido, agrega que la misma no guarda una adecuada proporcionalidad con el supuesto incumplimiento, como tampoco lo tiene con relación a los restantes rubros indemnizatorios acordados en el decisorio impugnado (daño moral y material). De allí desprende la evidente irrazonabilidad de la sanción, circunstancia que a su juicio, la torna excesiva, infundada y arbitraria. Señala que la misma, no puede ser fuente de un enriquecimiento desmedido del damnificado, encontrando su límite en los principios de igualdad y razonabilidad.

En apoyo de su postura, y a efectos de establecer parámetros de graduación del daño punitivo en demandas de usuarios de servicio de telefonía, cita y transcribe fallos emanados de distintos órganos jurisdiccionales de la provincia.

Para finalizar, considera que la sentencia impugnada, confirmatoria de la de primera instancia, que determinara la aplicación de la tasa de interés desde la fecha del ilícito (29-III-2010) hasta la del efectivo pago sobre todos los ítems de codena, debe revocarse determinándose que los eventuales intereses solo podrán aplicarse sobre los rubros resarcitorios y no con relación al daño punitivo, cuyo importe no resulta exigible sino hasta el dictado de la sentencia definitiva.

2.a.- Abocado a la tarca encomendada, liminarmente corresponde abordar el agravio relativo al rechazo de la defensa de prescripción.

Al respecto concluyó el Tribunal, que *“mientras exista pendencia de respuestas o resoluciones de una de las partes de la relación de consumo, no puede considerarse que comienza a correr el plazo de prescripción, por lo que no corresponde computar la fecha del primer reclamo (29-III-2010) sino -cuanto menos- la data que la propia demandada reconoce como de “cancelación del servicio” (11-VII-2011 fs. 127), interrumpida por la promoción de la instancia administrativa en junio de 2011 hasta la notificación de resolución fechada el 21 de septiembre de 2012. Es que hasta entonces la acción no estaba expedita y dependía de la conducta contractual de Claro quien, en caso contrario, podría mantener vigente la situación de indefinición hasta vencer el plazo prescripto (arts. 3947, 3956 y cons. CC” (v. fs. 769 vta.). Frente al puntilloso desarrollo argumental formulado por el órgano decisor para repeler la procedencia del planteo de prescripción meritando las razones que lo llevaron a fijar el comienzo del cómputo*

del plazo aplicable en la fecha que señaló (v. fs. 767/769 vta.), el recurrente se limita a reiterar los reproches vertidos en anteriores instancias, relativos básicamente a la forma de computar el plazo prescriptivo, al efecto interruptivo atribuido a las actuaciones administrativas, paralelando su relato con lo resuelto por el Tribunal, siendo ello insuficiente para torcer el curso de la decisión adoptada. Y como es sabido, para abordar en esta instancia extraordinaria cuestiones de hecho y valoración de la prueba como las traídas aquí a decisión por la quejosa, resulta imprescindible invocar y demostrar la configuración del supuesto de absurdo, vicio que tan siquiera ha sido alegado por la recurrente en esta parcela de su impugnación. En tal sentido tiene dicho V.E. reiteradamente que *“a los fines de revisión de cuestiones de hecho y prueba -como las traídas en esta vía impugnativa- mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, no constituye agravio idóneo la mera discrepancia con las motivaciones brindadas por los jueces en el decisorio que se cuestiona, ya que es necesario algo más: la denuncia y acabada demostración del vicio de absurdo entendido como error palmario y fundamental en el discurrir del sentenciante (conf. art. 279, C.P.C.C. y doct. causas C. 110.506, sent. del 9-X-2013; C. 110.372, sent. del 5-III-2014; C. 119.809, resol. del 9-XII-2015; C. 120.635, resol. del 1-VI-2016, entre otras)”*.

b.- Despejados en los términos que anteceden los agravios referidos a la desestimación de la excepción de prescripción, procederé a dar respuesta a los embates dirigidos a cuestionar la responsabilidad endilgada a la compañía demandada, para luego -de corresponder- adentrarme en el tratamiento de los rubros indemnizatorios también cuestionados. Ello así, no sin antes señalar que del simple repaso de los reproches desarrollados al respecto por la impugnante, en tanto también refieren a la apreciación de los hechos y la valoración prueba, resultan igualmente insuficientes para conmover lo decidido.

La alzada, a la hora de abordar el tópico referido a la responsabilidad atribuida a la demandada en el evento de autos, consideró ajustada la subsunción del caso en las normas que sobre los contratos de consumo ha dispuesto el Código Civil y Comercial de la Nación. A continuación, y en relación a la parcela del pronunciamiento que declaró la responsabilidad civil de Claro por haber infringido el deber de información y de trato digno, equitativo y no

discriminatorio, sostuvo que los arts. 1096 a 1098 del CCCN (derivados del art. 42 de la Constitución Nacional, en su correlación con los arts. 8 bis, 10 y 10 bis Ley de Defensa del Consumidor), consagran una responsabilidad objetiva y de resultado, que impone al proveedor la carga de la prueba de la ruptura total o parcial del nexo causal, interrupción de la relación que la demandada -a su juicio- no logró demostrar. En esa inteligencia sostuvo que en oportunidad de dar de baja el servicio telefónico, la prestadora no había adoptado un comportamiento acorde al de "un buen proveedor", que asegure y garantice el trato digno a los consumidores y usuarios (arts. 729 y 1097 CCCN), afirmando contrariamente que Claro había asumido una conducta reticente y de falta de colaboración (v. fs. 770 y vta.).

Consideró asimismo que la actitud reprochable y antijurídica de la empresa radicó en el trámite fijado para dar de baja el servicio, y en la conducta comercial desplegada, primero ante los reclamos de la actora, luego en sede administrativa, y finalmente, en el proceso para atender y resolver los requerimientos del consumidor y aceptar la rescisión del servicio pedida por la accionante. Juzgó correcta la conclusión de la sentencia de primera instancia acerca de que se había vulnerado el deber de información y que las condiciones impuestas para el cese del servicio tipificaban una práctica abusiva, conculcatoria de la obligación de garantizar las condiciones de atención y trato digno y equitativo, limitando incausadamente la libertad de contratación de la actora, con cita de los arts. 42 CN 1097, 1098, 1099, 1, 2, 3, 8 bis, 10, 10 bis, 37 y 53 y conchs. de la LDC. En tal sentido, agregó que Claro debió acompañar el contrato instrumentado en la "solicitud de servicio" para acreditar la razonabilidad del trámite y poder valorar el contexto bajo el cual se imponía el pago de descuentos en el precio, los que perdían vigencia porque la usuaria pretendió rescindir el contrato antes de los dos años. Al no hacerlo en sede administrativa, ni tampoco judicial, estimó afectado el deber de información que recae sobre el proveedor profesional en los términos de la normativa de protección del consumidor citada (v. fs. 771/772).

El cotejo de lo así decidido por el órgano de alzada con los términos del intento revisor incoado cuyas líneas argumentales me encargué de sintetizar párrafos arriba, pone al descubierto la insuficiencia del remedio intentado en los términos requeridos por el art. 279 del C.P.C.C.B.A., resultando de aplicación al caso aquella doctrina legal de V.E. según la

cual *“al recurrente no le alcanza con argumentar que el hecho, la valoración de la prueba, la interpretación de los hechos probados, la relación dialéctica entre los hechos y las normas, etc., pudo ocurrir o hacerse de otra forma, tanto o más aceptable, en cambio, le resulta indispensable demostrar que, de la manera que lo afirma la sentencia, no pudo ser”* (conf. S.C.B.A., causas C. 117.714, sent. del 6-VIII-2014; C. 118.825, sent. del 15-VII-2015; C. 120.100, sent. del 28-XII-2016; entre otros). Es que si bien la impugnante esbozó su propio análisis de los hechos y la prueba producida, cuestionando la atribución de la carga probatoria, y negando haber adoptado una conducta reticente y de falta de colaboración respecto de Olaciregui, en su alegación tan solo paralela el razonamiento desplegado por el Tribunal, resultando ello insuficiente para conmover lo decidido en torno a la notoria y grave inconducta negocial en la que la Cámara encontró incurso a la empresa demandada.

c.- Resta responder a continuación, a los reproches enderezados a cuestionar la procedencia de la indemnización por los rubros daño material, daño moral, y la fecha a partir de la cual dispuso el Tribunal se devengan intereses por daño punitivo.

En relación al primero de los rubros, a través del cual solicita el reintegro del pago derivado de la cancelación anticipada del servicio, el órgano de Alzada, sostuvo que *“no puede ser receptado ya que, además de haber sido considerada ilegítima la conducta consistente en efectuar esos cobros, y por consiguiente el crédito que se reclamó, la demandada no probó (ni siquiera intentó hacerlo): cuál era el costo total del servicio contratado, cuál era el “descuento” o “bonificación” por acceder al plan de 24 meses, cuál era el saldo adeudado, cómo liquidó el supuesto “prorrrateo” de la suma pendiente por haber caído el plan. No explicó, detalló o aclaró la causa ni la legitimidad de los créditos cobrados ni de sus cuantías, por lo que su agravio debe ser rechazado (arts. 724, 727, 729, 730 in c y concs)”* (v. fs. 777). Tales conclusiones, prolijamente detalladas, lejos están de ser conmovidas por los meros argumentos en contrario desplegados por la impugnante en su pieza recursiva, quien se limitó -paralelando su opinión- a manifestar que el sentenciante no habría brindado razones ni argumentos en orden a justificar la restitución dispuesta, cuando en rigor, conforme la transcripción precedente, ello

no fue así. Tiene dicho V.E. al respecto que *"resulta insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que o rebate los argumentos del juzgador limitándose a paralelar en forma genérica su opinión discrepante con el fallo sin hacerse cargo de las concretas razones que sustentan al mismo"* (conf. S.C.B.A., causas C. 117.312, sent. del 19-X-2016; C. 118.426, sent. del 12-VII-2017; C. 120.337, sent. del 3-V-2018; C. 121.228, sent. del 6-II-2019; entre otras).

Con relación al ítem daño moral, de conformidad con la sentencia de origen, el órgano de Alzada juzgó acreditada la afectación anímica y espiritual de la Sra. Olaciregui, con una entidad suficiente en relación causal adecuada con la serie de incumplimientos y afectaciones irrogadas por la demandada, tales como el no darle la baja del servicio, exigirle el envío de una carta postal, así como el pago de un saldo por cancelación anticipada sorpresiva y abusivamente impuesto, entre otras conductas. A lo señalado, adunó además todo el derrotero que debió transitar la Sra. Olaciregui en su intención de baja del servicio, soporte fáctico que consideró suficiente como para alterar y modificar disvaliosamente la esfera extrapatrimonial de la actora, en los términos de los arts. 522 y 1078 CC, 1741 CCCN y art. 40 LDC. Además, con relación a la argumentación de la recurrente respecto a la ausencia de prueba suficiente que demuestre el perjuicio sufrido por la actora, juzgó que tampoco conmovía lo decidido, pues *"...tratándose de una cuestión derivada de una relación de consumo el incumplimiento de la accionada conlleva "per se" presunción de molestias, incomodidades, aflicciones padecidas por la actora (arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 8 bis, 10 bis, 13, 17, 18, 37, 38, 40 y concs. LDC; arts. 1066, 1067, 1078, 1083 y concs. Cód. Civil; art. 1741 y concs. CCCN..."* (v. fs. 777 vta.).

En ese discurrir -sostuvo-, el monto indemnizatorio acordado por daño moral, que dispuso confirmar, le permitirá a la accionante acceder a bienes deleitables, en sustitución de tales padecimientos, tales como hacer un viaje o adquirir algún bien que le brinde confort, en los términos que al efecto determina la norma contenida en el art. 1741 CCy CN- (v. fs. 778/779 vta.).

Por otra parte, en lo relativo al rubro daño punitivo, previo desestimar el planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis LDC, afirmó que contrariamente a lo aducido por la

demandada, no concurría exceso de punición o punición irrazonable porque el monto de condena estaba comprendido dentro de los límites de la cuantía máxima admitida por la Ley de Defensa del Consumidor (\$5.000.000). Por ello, dispuso elevar su monto a la suma de \$1.200.000 (importe en el cual juzgó debía quedar comprendida la multa administrativa de \$10.000, no pagada por la demandada), teniendo en consideración los parámetros valorativos previstos a esos fines por los arts. 8 bis y 52 bis LDC, relativos a la “gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”, interaccionados con la pauta interpretativa que resulta de los arts. 1714 y 1715 del CC y CN, acudiendo también por aplicación analógica a los criterios que prevé el art. 49 LDC, para las sanciones administrativas (perjuicio resultante de la infracción, posición del proveedor en el mercado, cuantía del beneficio obtenido, intencionalidad, reincidencia, gravedad de los riesgos o perjuicios sociales producidos por la infracción). Ello así, además, porque según su apreciación, la conducta obstruccionista de Claro en el proceso impidió la determinación pericial y técnica de la cuantía del daño.

Dejó sentado entonces que si bien dicha imposibilidad probatoria obedecía a la falta de colaboración de la demandada, ello no autorizaba *per se* a convalidar los cálculos matemáticos aportados por la actora en su escrito de apelación, los cuales consideró meramente conjeturales y sin sustento técnico en las constancias de la causa, toda vez que las bases sobre las que se sustentaron, no estaban referidas en forma concreta a los beneficios económicos percibidos por la demandada mediante la operatoria comercial abusiva descripta.

Para resolver como lo hizo, tuvo por probado entonces que accionada actuó con menosprecio de los derechos de Olaciregui, en violación al deber de información, poniendo de relieve la entidad y gravedad de su conducta, exhibiendo una mecánica u operatoria comercial abusiva, que aprovechaba y se beneficiaba con la sumatoria de daños de pequeña cuantía, cuya probabilidad de reclamo por parte de los consumidores es ínfima, radicando allí el núcleo de la práctica censurable que debía ser sancionado de modo disuasivo. Consideró además especialmente la profusa cantidad de denuncias formuladas contra aquella en sede administrativa y las consecuentes sanciones impuestas (v. fs. 790 vta.).

Entendió así el Tribunal, que la condena dispuesta tenía entidad suficiente para

cumplir su doble función sancionatoria y preventiva, atendiendo a la magnitud y gravedad de la maniobra de la demandada, y a que su falta de colaboración en el proceso no podía redundar en perjuicio del consumidor.

De los antecedentes reseñados, advierto -tal como anticipé- que los planteos formulados por la recurrente a través de su queja -por muy respetables que pudieran resultar-, nuevamente hacen foco en la revisión de cuestiones de hecho y de valoración de la prueba efectuada por el Tribunal en el pronunciamiento cuestionado para arribar a la solución atacada.

En ese discurrir, considero que los pilares sobre los que la Cámara edificó su decisorio, subsumiendo el caso en las normas que sobre los contratos de consumo ha dispuesto el Código Civil y Comercial de la Nación, declarando responsable a Claro por haber infringido el deber de información y de trato digno, equitativo y no discriminatorio, y concluir que la accionada no probó haber adoptado un comportamiento acorde al de “un buen proveedor” que garantice un trato digno a los consumidores y usuarios (arts. 729 y 1097 CCCN), y de haber asumido una conducta reticente y de falta de colaboración, no han recibido impugnación suficiente.

Es que la Cámara explicó por qué Claro con su proceder violó los deberes de información y trato digno que debe propinarse a los consumidores, encuadró el caso en el supuesto de responsabilidad objetiva y de resultado (arts. 1096 y 1097 del Código Civil y Comercial) y le impuso la carga de la prueba de la ruptura del nexo causal, concluyendo -en suma- que su accionar no alcanzó el patrón de conducta de “un buen proveedor profesional”, adoptando en el proceso una conducta reticente y de falta de colaboración (v. fs. 769 vta./770).

Ante tal forma de resolver, si bien la recurrente esbozó su propio análisis de los hechos y la prueba, cuestionó la atribución de la carga probatoria, y negó haber adoptado una conducta como lo que se le atribuye con relación a la Sra. Olaciregui, en su alegación tan solo paralela el razonamiento desplegado por el Tribunal, resultando ello insuficiente para lograr conmover lo decidido.

Tiene dicho V.E. con fuerza de doctrina legal ya citada, que las cuestiones de

hecho como las denunciadas no pueden ser abordadas en la instancia extraordinaria salvo que se invoque y demuestre de manera fehaciente que el tribunal de grado ha incurrido en absurdo.

Y dicho vicio del razonamiento atribuido al decisorio en cuestión, hace referencia a la existencia en la sentencia atacada de un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica o a una grosera desinterpretación material de la prueba producida. No cualquier error, ni la apreciación opinable, discutible u objetable, ni la posibilidad de otras interpretaciones alcanzan para configurarlo. Resulta imprescindible que se demuestre un importante desarreglo en la base del pensamiento, una anomalía extrema, que además de ser denunciada debe ser acreditada por quien la invoca, como recaudo que hace a la suficiencia del intento revisor (conf. causas C. 96.866, sent. del 6-V-2009; C. 100.963, sent. del 25-XI-2009; C. 101.221, sent. del 24-V-2011; C. 104.899, sent. del 14-IX-2011).

Tal exigencia técnica hace que el impugnante deba poner en evidencia que lo resuelto en la sentencia no constituye una apreciación razonada y congruente de la prueba producida, demostrando cómo y por qué se ha producido dicho error palmario en el razonamiento sentencial, carga específica que no advierto satisfecha en la especie por la recurrente en los términos requeridos por el art. 279 del C.P.C.C.B.A.

Tiene dicho V.E. en forma inveterada que la valoración del material probatorio, así como la atribución de la jerarquía que se le otorga a cada elemento de prueba, es facultad propia de los jueces de grado como potestad que admite la posibilidad de inclinarse hacia unas descartando otras, sin necesidad de expresar la valoración de todas, sin que se consume el vicio de absurdo por la preferencia de un medio de acreditación por sobre otro (conf. doct. C. 94.660, sent. del 27-II-2008; C. 108.184, sent. del 22-XII-2010; C. 120.286, sent. del 8-III-2017). Habiendo añadido que *"...cuando se pretenden impugnar las conclusiones de un pronunciamiento sobre las cuestiones fácticas de la litis, no basta con presentar su propia versión sobre el mérito de las mismas, sino que es necesario realizar un juicio crítico de los razonamientos desarrollados por el sentenciante y demostrar cabalmente que padecen de un error grave, trascendente y fundamental"* (conf. causas Ac. 49.068, sent. del 3-VIII-1993; C. 89.261, sent. del 26-VIII-2009; C.

106.720, sent. del 19-IX-2012), sin que resulte suficiente exponer de manera paralela la propia versión de los hechos formulada por quien recurre. Es que por más respetable que pueda ser la opinión del impugnante, ello no autoriza -por si solo- para que esa Corte sustituya con su criterio al de los jueces de la instancia de apelación (conf. Ac. 41.576, sent. del 16-V-1989 en “Acuerdos y Sentencias”, 1989-II-113; Ac. 55.342, sent. del 5-VII-1994; C. 116.047, sent. del 13-XI-2012).

Por lo demás, en lo atinente a la denunciada violación o aplicación errónea de la ley, y de los fallos emanados de Cámaras de Apelación provinciales traídos por la quejosa como pauta para establecer criterios de valuación del daño punitivo, sin perjuicio de no representar tales precedentes la doctrina legal a la que se refiere el art. 279 del Rito, advierto que lo expuesto no basta para fundamentar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, remedio a través del cual es también imprescindible demostrar, cabalmente, la ilegalidad de la sentencia, subrayando concretamente dónde, cómo y por qué el fallo que se cuestiona conculcó la normativa que se denuncia (conf. doct. causa S.C.B.A., C. 115.245, sent. de 30-X-2013).

Para finalizar, con relación al cuestionamiento formulado en torno a la fecha a partir de la cual correspondía la aplicación de intereses por el rubro daño punitivo, el órgano revisor se expidió manifestando que: “...este Tribunal anteriormente acudió al criterio general aplicable al resarcimiento de daños, de que los intereses se devengan a partir de la fecha de la ocurrencia del hecho, que es a partir de la cual se produjeron los efectos nocivos del acontecimiento que origina la condenación pecuniaria disuasiva...” (v. fs. 800 vta.). Dicha forma de decidir no ha sido objeto de una adecuada impugnación en el intento revisor, en la medida que la recurrente trasunta una mera discrepancia con lo resuelto por el Tribunal, sin lograr demostrar el yerro en el acto sentencial que habilite su revisión en esta instancia.

Las consideraciones hasta aquí expuestas resultan bastantes, en mi apreciación, para propiciar el rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la demandada.

ii.- Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por la actora:

Manifiesta la recurrente que el decisorio impugnado viola la doctrina legal de V.E. y configura el vicio de absurdo en la valoración de la prueba en los términos del art. 161 inc. 3 ap. "a" de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y arts. 278, 279 inc. 2, 289 inc. 2, sig. y cctes. del C.P.C.C.B.A., en tanto no receptó su pedido de aumento del monto indemnizatorio en concepto de daño punitivo, reclamo que funda en la percepción -según su apreciación- hartamente probada de cobros indebidos efectuados por la demandada tanto a la actora, como a otros numerosos usuarios. Agrega en tal sentido que, si bien la Cámara incrementó mínimamente la penalidad reconocida en primera instancia, no ponderó a esos fines su comportamiento procesal, ni los hechos denunciados y probados en autos, incurriendo en violación de la doctrina legal recaída en el precedente "G.A.C. c/ Pasema S.A.", causa C. 117.760, sent. del I-IV-2015", elaborada en torno al absurdo en la valoración de la prueba y los hechos, y la errónea aplicación de la Ley 24.240 y de la Ley provincial 13.133.

Considera que resulta ilógica la atribución de la carga probatoria que dispuso el Tribunal en cabeza del consumidor, la que desnaturaliza los derechos consagrados en el art. 40 de la ley 24.240, privando de operatividad el régimen protectorio máxime cuando a su juicio se encuentra acreditado que a los fines del informe pericial técnico ordenado producir, fue la demandada quien se negó a entregar la documentación al experto. Sostiene que el Tribunal no contempló los esfuerzos probatorios desplegados por su parte a efectos de vincular los cobros indebidos a las ganancias desorbitantes obtenidas por la accionada.

Señala que, si bien surge acreditado que Claro actuaba de manera generalizada y desaprensiva con relación al universo de consumidores, configurando prácticas abusivas, el Tribunal concluyó de modo no razonable, que no se encontraba probado que la firma demandada actuara ilegítimamente para con el resto de los consumidores.

Destaca que si bien la accionada para desbaratar la imputación de cobros indebidos que se le endilgara, debía simplemente acompañar una factura por cobro de abono mensual, de la cual surgiera que el procedimiento aplicado a la actora resultaba ser el normal, ordinario y habitual para concretar la baja del servicio, tan solo se limitó a negar que todos los depósitos que lucen acreditados a través de las informativas requeridas al Banco Nación

y al servicio de cobros S.E.P.S.A. obedecieran a los cargos de bajas anticipadas o por bonificaciones. Dicha negativa -afirma-, no resulta ser un argumento válido para no tener por acreditado siquiera presuncionalmente los hechos denunciados. Sin embargo -sostiene-, el decisorio le achaca a la actora no haber probado los cobros ilegítimos.

Señala que dicho criterio interpretativo no constituye una derivación razonada del derecho vigente, vulnerando la doctrina legal de V.E. sobre las cargas dinámicas de la prueba.

Agrega que tal forma de decidir, torna vacua la protección brindada a los consumidores por el art. 42 de la Constitución Nacional, dado que al responsable de cometer abusos ante un eventual reclamo le alcanzaría con negarse a aportar elementos probatorios, limitarse a negar los hechos, u obstaculizar las pruebas periciales, conductas todas que el régimen protectorio intenta evitar. Y en el caso -puntualiza-, la actitud probatoria desplegada por la actora fue diligente, cuando, contrariamente la que adoptó una posición obstruccionista en tal sentido fue la empresa demandada. Añade que no obstante, advertida la Cámara de dicha situación, a la hora de resolver, dio un giro inseperado en su razonamiento -constitutivo del vicio de absurdo-, al endilgar a la accionante la insuficiencia de prueba a fin de determinar la cuantía del monto indemnizatorio por daño punitivo, con el argumento de que tales cálculos no se sustentaban en conclusiones técnicas certeras, emanadas de peritos o especialistas, ni estaban corroborados por procedimientos científicos.

En su prédica recursiva la impugnante sostiene que no obstante reconocerse en el pronunciamiento que el monto acordado por daño punitivo no podía ser elevado por la carencia probatoria aludida atribuible a la conducta obstruccionista de la demandada, el Tribunal solo propició un aumento irrisorio de la cuantía indemnizatoria, rechazando directamente la cuantificación propuesta por la accionante para dilucidar el real y efectivo alcance de la ganancia ilegítimamente obtenida. Afirma que con dicho temperamento la sanción impuesta resulta manifiestamente insuficiente en aras de disuadir la conducta abusiva de la demandada.

Refiere que el Código Civil y Comercial, si bien establece como regla general que los factores de atribución y los eximentes de responsabilidad deben ser probados por

quien los alega (art. 1734), permite a los jueces aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas (art. 1735); máxime, en el caso de autos que se trata de una relación de consumo. Ello, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de los daños ocasionados por el bien que constituye el objeto de cada contrato de consumo, situación en que rige la responsabilidad objetiva (arts. 40 y 40 bis Ley 24.240). En ese marco, denuncia violada la doctrina legal fijada por V.E. en la causa “G.A.C. c/ Pasema S.A.”, ya citada, en virtud de la cual, en las relaciones de consumo, el proveedor asume un deber tácito de seguridad de los intereses económicos, por lo que siendo el factor de atribución de responsabilidad objetivo, existe una presunción en contra de la accionada por haber impedido probar los extremos esenciales para la resolución de la causa. Afirmo que resulta asimismo aplicable la doctrina de las cargas dinámicas de la prueba y el principio del régimen protectorio según el cual, en caso de duda, debe interpretarse en favor del consumidor, correspondiendo a la demandada acreditar la concurrencia de una causa extraña para liberarse de la responsabilidad atribuida. Señala que por aplicación de dicha doctrina legal, no habiendo la parte demandada aportado los elementos probatorios para desvirtuar que -tal como alegara su parte- la totalidad de los cobros que se denunciaron como percibidos por sus agentes dependientes lo fueron de manera ilegal y abusiva, debió fijar la cuantía del reclamo por daño punitivo en el máximo solicitado por su parte. Ello así, pues si el Tribunal -tal como se reconociera en el pronunciamiento- se vio imposibilitado de arribar a una determinación pericial y técnica por la actitud obstruccionista y de falta de colaboración de la demandada, al resolver como lo hizo, violó la referida doctrina legal de V.E. según la cual en caso de duda, debe estarse en favor de lo plasmado por el consumidor en su reclamo.

Afirmo que con la conducta asumida por Claro -la que fue calificada en el decisorio atacado como “decisión empresarial”-, se impidió definitivamente la realización de prueba trascendental para el caso, produciéndose el quebrantamiento del plexo normativo compuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional, el art. 38 de la Carta local, y los arts. 1, 3, 5, 40, 53 y 65 de la Ley 24.240.

Anticipo que la queja efectuada por la actora recurrente, más allá de los esfuerzos argumentales desplegados, tampoco será de recibo.

En efecto, considero que los pilares sobre los que la Cámara edificó su decisorio para confirmar la responsabilidad de la empresa demandada -calificando de abusiva su conducta para proceder a la baja del servicio telefónico solicitado por la señora Olaciregui- y disponer la elevación del monto de condena impuesta por daño punitivo, aunque en un monto inferior al máximo legal pretendido por la accionante, no han recibido impugnación suficiente en los términos requeridos por la norma contenida en el art. 279 del C.P.C.C.B.A.

Así es, en su decisorio el órgano de alzada, habiendo analizado exhaustivamente los hechos y la prueba rendida en autos, tuvo por acreditado que Claro, violó el deber de información y trato digno que debe propinar a sus clientes, adoptando prácticas abusivas para con la actora. Así, calificó de obstruccionista la actitud de la demandada al no acompañar el contrato de suscripción, del cual según sus dichos se desprendían las obligaciones del usuario por una eventual rescisión anticipada.

Ante ello, sostuvo que resultaba de aplicación al caso -contrariamente a lo afirmado por la recurrente-, la doctrina de la carga dinámica de la prueba, recayendo sobre la demandada la acreditación de sus dichos, por encontrarse en mejores condiciones de probar.

Ahora bien, más allá de que -tal como manifiesta la recurrente- la Cámara hizo expresa referencia a la falta de prueba suficiente que sustente la elevación del monto por daño punitivo en los términos solicitados, sabido es que la determinación de la cuantía indemnizatoria del rubro en cuestión depende -en principio- del arbitrio judicial, constituyendo una típica cuestión de hecho, privativa de los jueces de la órbita ordinaria que no es revisable en la instancia extraordinaria, salvo que se denuncie y demuestre la existencia de absurdo, situación que, según mi apreciación, no acontece en la especie.

No advierto que el Tribunal haya incurrido en el mentado vicio del razonamiento sindicado, pues en su decisorio luego de juzgar acreditadas las prácticas abusivas denunciadas con relación a la firma demandada, dentro del marco legal previsto y en estricto cumplimiento de los principios protectorios de los consumidores y usuarios, dispuso la aplicación con carácter disuasivo de la sanción punitiva, destacando al efecto -con apoyo en doctrina de autor que citó y transcribió-, que la pena aplicada: *“se trata en síntesis de una*

sanción económica para prevenir y reprimir infracciones o delitos que afecten el orden social” (v. fs. 783 vta.).

Y con respecto a la cuantificación del monto de condena, liminarmente concluyó que no correspondía la aplicación de la fórmula matemática propuesta por la actora *“porque no se sustenta en conclusiones técnicas certeras, avaladas por peritos o especialistas sobre la base de cálculos fundados, lo que en autos no puede ser suplido por conclusiones que no están corroboradas por procedimientos científicos. Esa razón, es decir la ausencia de elementos específicos, también torna inconveniente utilizar una fórmula matemática, aún con valor indicativo u orientativo” (v. fs. 794).* A continuación agregó, que si bien esa carencia probatoria obedeció a la falta de colaboración de la demandada, ello no autorizaba a convalidar los cálculos en los términos propuestos por la accionante.

Siendo ello así, advierto que lo medular del decisorio, fue que efectivamente empleando la doctrina de la carga dinámica de la prueba, el Tribunal responsabilizó a Claro por adoptar una conducta abusiva y obstruccionista frente a la señora Olaciregui, y en estricta aplicación de los principios emanados de la normativa consumerista y las presunciones que allí se prevén, no habiendo la demandada aportado elementos probatorios que permitan determinar la cuantía del lucro obtenido por cargos indebidos, dispuso la elevación del monto condena en los términos estipulados.

Sin embargo, a la hora de cuantificar el agravio por el rubro daño punitivo, y en línea con lo resuelto, consideró que de los beneficios económicos obtenidos por la demandada en el período 2010/2015 utilizados por la recurrente como base de cálculo, no surgía acreditado que tales percepciones de dinero hubieran obedecido en su totalidad a la ilegítima práctica negocial endilgada a la accionada, tal como lo proponía la actora, por lo que a la hora de resolver, terminó ciñéndose estrictamente a las constancias de la causa, haciendo aplicación de lo normado al respecto por el art. 165 del C.P.C.C.B.B.A.

En ese orden de ideas, estimo resulta también de aplicación en la especie, la doctrina de esa Suprema Corte que citara en oportunidad de dar respuesta al recurso tratado en primer término, según la cual las cuestiones de hecho como las denunciadas no pueden ser

abordadas en la instancia extraordinaria, salvo que se invoque y demuestre de manera fehaciente que el tribunal de grado ha incurrido en absurdo (conf. Ac. 82.770, sent. del 24-IX-2003; Ac. 95.950, sent. del 21-V-2008; Ac. 104.371, sent. del 14-IX-2011, entre otras), vicio que además de ser denunciado debe ser acreditado por quien lo invoca, como recaudo que hace a la suficiencia de su intento revisor (conf. causas C. 96.866, sent. del 6-V-2009; C. 100.963, sent. del 25-XI-2009; C. 101.221, sent. del 24-V-2011; C. 104.899, sent. del 14-IX-2011).

Dicha exigencia técnica hace que el impugnante deba poner en evidencia que lo resuelto en la sentencia no constituye una apreciación razonada y congruente de la prueba producida, demostrando cómo y por qué se ha producido dicho error palmario en el razonamiento sentencial, toda vez que por más respetable que pueda ser la opinión del quejoso, ello no autoriza -por si solo- para que esa Corte sustituya con su criterio al de los jueces de la instancia de apelación (conf. Ac. 41.576, sent. del 16-V-1989 en “Acuerdos y Sentencias”, 1989-II-113; Ac. 55.342, sent. del 5-VII-1994; C. 116.047, sent. del 13-XI-2012).

Despejado en los términos precedentemente desarrollados el agravio relativo a la configuración del vicio de absurdo en la valoración de la cuantía del daño punitivo, corresponde abocarse al tratamiento del resto de los reproches que vertebran el intento revisor.

Puntualmente, en lo atinente a la denuncia de violación de la doctrina legal sentada por V.E. en la causa “G.A.C. c/ Pasema S.A.”, C.117.760, sent. del 01-IV-2015” cabe formular las siguientes consideraciones, a saber:

En primer término la invocada doctrina legal que el impugnante reputa violada en el decisorio en crisis, se refiere al incumplimiento de la demandada del deber tácito de seguridad de los intereses económicos, y del derecho a la información (art. 4 Ley 24.240), directrices que resultan ser una derivación del principio de buena fe (art. 1198 C. Civil). Además, la doctrina aludida se refiere a la aplicación en cuestiones de derecho del consumo de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba.

En el caso, la recurrente considera vulnerados tales principios al exigírsele -según

sus dichos- la demostración de que los montos percibidos por los agentes de Claro obedecían en su totalidad a cobros indebidos. Sostiene igualmente infringida dicha doctrina por el hecho de soslayar el principio protectorio que establece que, en caso de duda, los elementos probatorios deben ser interpretados en favor del consumidor.

Tal como lo anticipara, advierto que el esfuerzo argumental de la quejosa, resulta insuficiente (doct. art. 279 C.P.C.C.B.A). Es que, de la lectura del fallo impugnado se advierte que el tribunal resolvió que ante la acreditada actitud obstruccionista de la demandada, violatoria del derecho a la información, debía recaer sobre ella la responsabilidad endilgada. En ese discurrir, haciendo aplicación de la doctrina de la carga dinámica de la prueba, que rige en la materia, confirmó la condena por daño punitivo, incrementando el monto determinado en la instancia de grado al concluir que: *“la suma de \$1.200.000 tiene entidad suficiente para cumplir su doble función sancionatoria y preventiva, en los términos de los arts. 8 bis y 52 LDC, atendiendo a la magnitud y gravedad de la maniobra de la demandada y a que su falta de colaboración en el proceso no puede redundar en perjuicio del consumidor”* (v. fs. 800).

Ahora bien, no obstante disponer la elevación del monto de dicho rubro de condena en los términos referenciados, se encargó de señalar expresamente que la carencia probatoria anteriormente señalada *“no permite convalidar los cálculos realizados por la actora en su escrito recursivo, los cuales son meramente conjeturales y sin sustento técnico en las constancias de la causa, puesto que las bases sobre las que los mismos se asientan no están referidas, en forma concreta a los beneficios económicos percibidos por la demandada mediante la ya analizada operatoria comercial abusiva. Así puede observarse que el primero de los cálculos efectuados consiste en el detalle de los importes percibidos por el estudio de cobranzas V/N, a través del Banco Nación, durante los años 2010 a 2015 (fs. 644/644 vta.). Pero lo cierto es que de dichas constancias no surge que las informadas percepciones de dinero hubieran obedecido -en su totalidad- a la ilegítima práctica comercial que motivó la demanda de autos, ya que bien pudieron haber tenido su causa en otras cobranzas legítimas y ajenas a la operatoria que nos ocupa...”* (v. fs. 794 vta.), dando así suficiente respuesta a los

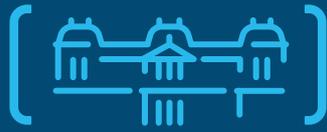
reproches recursivos de la accionante, los que una vez más aparecen como insuficientes, en tanto no refutan la línea argumental desplegada por el órgano decisor para resolver en el sentido señalado.

IV.- Las consideraciones hasta aquí expuestas resultan bastantes, en mi apreciación, para propiciar el rechazo de los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos por resultar ambas impugnaciones insuficientes (art. 279 C.P.C.C.B.A.)

La Plata, 18 de septiembre de 2019.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.220-1

**“Frisicale, M. Laura c/ Telecom Personal S.A. s/ daños y perjuicios.
incump. contractual (exc. estado)”, fecha: 10/04/2018**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Frisicale, M. Laura
c/ Telecom Personal S.A.
s/ Daños y Perjuicios.
Incump. Contractual
(Exc. Estado)
C. 122.220

Suprema Corte de Justicia:

I.- La Sala Segunda de la Cámara de Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca resolvió a fs. 515/529 vta., confirmar la sentencia de primera instancia apelada (fs. 441/454), por la que se había hecho lugar a la acción preventiva iniciada con fundamento en el artículo 1171 del Código Civil y Comercial de la Nación, solicitando el cese del envío por parte de la demandada de mensajes de texto (sms) *premium*, con costo para la receptora. Dispuso, en consecuencia, el fin de dicha operatoria y condenó a reparar el daño directo o emergente, el lucro cesante y el daño moral derivados del obrar de la demandada. A partir del uso de una fórmula matemática, fijó además, el monto del daño punitivo que igualmente condenó a pagar a la compañía accionada.

En respuesta a los agravios llevados ante sí por esta última, como ya se anticipó, la Alzada confirmó dicho pronunciamiento aunque modificó algunos montos resarcitorios y rubros de la condena. Para así decidir, y en lo que aquí interesa destacar, hizo lugar al agravio de la demandada por el que sostenía la improcedencia del resarcimiento del lucro cesante, en la inteligencia que la alegada pérdida (imposibilidad de invertir las sumas indebidamente pagadas a la demandada en un plazo fijo) ya se veía reparada con la adición de intereses que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires sobre el capital de condena. Concluyó así que reiterarla en un rubro adicional e independiente, importaba duplicar indebidamente el resarcimiento

pretendido.

Por otra parte, desestimó el agravio de la empresa accionada en punto a la cuantificación del daño moral establecido en primera instancia. Para ello se apoyó en doctrina plenaria de dicho tribunal según la cual es posible fijar una indemnización por daño moral por un monto nominal superior al requerido en la demanda. Sin perjuicio de ello, añadió que para poder cuestionar la cuantía en definitiva fijada, no era suficiente con la manifestación subjetiva de su carácter excesivo, pues resultaba una carga que pesa sobre el recurrente el deber de demostrar a través de un razonamiento fundado el porqué de aquella calificación, carga que encontró no abastecida en la especie y que lo condujo a la desestimación del agravio formulado, por vía de la deserción recursiva que decretó, con cita del art. 260 del C.P.C.C.B.A.

Confirmó la procedencia del daño punitivo, rechazo mediante del agravio de la demandada en este punto, abocándose luego a la revisión de su cuantificación. En punto a ella, se manifestó a favor del empleo de fórmulas matemáticas porque las mismas representan una herramienta adecuada para objetivar los elementos que el juzgador toma en consideración a los fines de determinar el monto de condena. En línea con ello, argumentó en punto a los extremos de procedencia de la sanción y el *quid* de su cuantificación, dedicando extensos párrafos para la presentación de la fórmula y sus fundamentos. Procedió luego a actualizar los valores tenidos en cuenta en la instancia de origen, introduciendo las modificaciones resultantes de su propia decisión, lo que derivó, en definitiva, en la elevación del monto originariamente determinado para dicho rubro.

II.- Contra dicha resolución se alzan ambas partes en litigio interponiendo recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley, la parte actora (fs. 536/542vta.), por un lado, y de inaplicabilidad de ley solamente, la parte demandada, por el otro (fs. 549/555 vta.).

A fs. 578 se confiere vista a este Ministerio Público, en los términos de los artículos 38 inc.1ºb y 283 del C.P.C.C.B.A., por lo que asumiendo la

intervención de ley, procederé a emitir mi opinión junto con el análisis de cada uno de dichos remedios extraordinarios.

III.- Recurso de nulidad de la parte actora.

1. Por razones de orden lógico comenzaré por expedirme acerca del remedio de nulidad deducido por la accionante. A través de dicho intento revisor, la actora alega la falta de fundamentación legal de la sentencia de Alzada, en los términos del artículo 171 de la Constitución bonaerense. Su queja gira en torno de una de las variables que integran la fórmula de fijación del daño punitivo. Así, sostiene que la probabilidad de ser condenada en juicio no ha sido adecuadamente considerada por el Tribunal de alzada. Y sus críticas se orientan a demostrar que el órgano revisor no habría ponderado los agravios dirigidos contra ese aspecto del pronunciamiento de origen. Pretende demostrar autocontradicción en el razonamiento del tribunal, lo que según alega, fundaría la anulación del decisorio cuestionado.

2. El repaso de los términos en los que se funda el remedio nulitivo bajo análisis pone en evidencia su palmaria insuficiencia. En efecto, la causal de anulación invocada por el quejoso en orden a la ausencia de fundamentación legal, tiene alcances muy precisos. Y tal como resulta de una reiterada y consistente doctrina legal de V.E., sólo la absoluta falta de fundamentación normativa o de argumentación suficiente, que eventualmente impidiera controlar el fallo por la vía del recurso de inaplicabilidad de ley, es la que constituye causal de nulidad de la decisión (conf. S.C.B.A., doctrina causas C. 95.375, sent. del 17-III-2010; C. 95.370, sent. del 17-III-2010; C. 76.472, sent. del 6-XI-2013; C. 110.726, sent. del 16-IV-2014; entre otras).

3. Como fuera señalado párrafos arriba, en el caso, el impugnante funda su recurso en la autocontradicción y en la falta de fundamento (*lato sensu*), pero en particular, porque el brindado por la Alzada, en sustancia, no lo conforma. Ambos motivos, como se expuso, exceden el marco del presente remedio extraordinario. De manera que, como lógico corolario de ello, se sigue que las alegaciones de la parte resultan meros desacuerdos con el juicio de valor efectuado por las instancias anteriores y por ello, deben ser

desestimadas, por resultar extrañas al ámbito de actuación del recurso de nulidad deducido.

IV.- Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de la parte actora.

1. El intento revisor bajo análisis se desarrolla en torno de tres ejes. En primer término, se agravia del rechazo del lucro cesante efectuado en la instancia anterior. Argumenta que la tasa de interés que se hubiera percibido en caso de haber podido invertir en un plazo fijo resulta superior a la actual tasa de interés determinada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires. Sostiene que de este modo, la sentencia vulnera los artículos 1740 del CC. y C., 14, 16, 17, 19 y 42 de la Constitución Nacional, en cuanto se le priva de la reparación integral que le es debida.

Argumenta luego en segundo orden, que se viola también el artículo 3 de la ley 24.240, en cuanto establece el principio *in dubio pro consumidor*. Expone que frente a dos interpretaciones posibles -si la inversión de dinero en un plazo fijo debía ser considerada como lucro cesante o como el interés accesorio de la condena-, en la resolución impugnada, se eligió la más perjudicial para su parte.

En tercer lugar, cuestiona la cuantificación de la variable probabilística de la fórmula, relativa a la eventual condena de la empresa demanda. Su cuestionamiento se centra, en definitiva en que, a su entender, debió estarse a la cuantificación que ella misma hiciera en la demanda, expresando su discordancia con la ponderación de dicha variable por las instancias anteriores.

Deja además, planteada la cuestión constitucional federal.

2. Este recurso extraordinario tampoco puede prosperar.

Los dos primeros agravios reseñados, relacionados entre sí, giran en torno del rechazo del rubro reclamado en concepto de lucro cesante. La recurrente sostiene que dicha parcela de la decisión le agravia por cuanto el interés actual del banco es inferior al histórico, es decir al que hubiera percibido de haber invertido dichas sumas en un plazo fijo, en aquél

momento.

En respuesta al reproche ha de señalarse que los intereses moratorios son, justamente, una suerte de reparación por no haber dispuesto del dinero en tiempo oportuno y sirven para colocar al actor en la misma situación que hubiera estado si el deudor hubiera cumplido con sus obligaciones en tiempo y forma. Actualmente, para la fijación de intereses judiciales se recurre a las tasas que paga el Banco Provincia por sus depósitos a plazo fijo. Esta es una medida de reparación basada en la especulación de que cualquier persona puede optar por esta posibilidad para el caso de contar con un dinero sobrante. Por ello, no se advierte en lo decidido por la Alzada la configuración de los errores endilgados, asumiendo inatendible el criterio de la recurrente.

Es que no resulta un adecuado fundamento para la procedencia del lucro cesante el haberse visto impedido de invertir en un plazo fijo el dinero propio, si tal reparación se reclama a la vez, cuando se solicita la adición de intereses moratorios al capital de condena. Además, el aparente perjuicio invocado por la recurrente no es tal, porque la base de la comparación que realiza es incorrecta. Los intereses se deberán liquidar conforme los valores publicados por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para los distintos períodos devengados desde que la obligación principal es debida, registrando todas sus variantes. Ello, disipa además todo perjuicio para la parte, evidenciando que no es tal la invocada lesión de las normas que protegen de modo prevalente al consumidor, así como las que obligan a la reparación integral del daño.

En cuanto al último de los reproches reseñados, es evidente que la técnica recursiva se muestra insuficiente para el fin perseguido. Efectivamente, la determinación de la variable en cuestión es claramente una cuestión de hecho, cuya determinación es privativa de las instancias de grado. Entonces, su revisión en esta sede sólo puede ser realizada en supuestos de invocación y adecuada demostración del vicio de absurdo.

Cabe recordar al respecto que, tal como lo ha sostenido V.E. en

numerosos precedentes, la fijación de los hechos y la valoración de la prueba son cuestiones propias de los jueces de mérito y, por regla, se hallan exentas de control por vía de recurso extraordinario salvo que se invoque y se demuestre el vicio de absurdo (doctrina causas A. 69.592, sent. del 6-V-2009; A. 70.673, sent. del 31-VIII-2011; A. 71.359, sent. del 23-XII-2014; A. 70.932, sent. del 4-V-2016; A. 73.329, sent. del 21-XII-2016; entre muchas otras).

Y esto último no ha sucedido en la especie. De hecho, la crítica de la impugnante se reduce a sostener un criterio propio de cuantificación probabilística sin demostrar en el juicio del decisor un apartamiento de las reglas lógicas o de las constancias de autos, que habilite su revisión extraordinaria por esta vía excepcional.

V.- Recurso de inaplicabilidad de ley de la parte demandada.

1. La empresa accionada, a su turno, se agravia del tratamiento del daño moral por parte del órgano de Alzada, cuando -según aduce- el mismo no había sido llevado a conocimiento de dicho tribunal en el recurso ordinario de apelación interpuesto por la parte actora. Argumenta que con dicho proceder se ha vulnerado el artículo 272 del código procesal, que determina el marco de conocimiento del órgano revisor.

De modo subsidiario, cuestiona el monto fijado por este rubro (daño moral) en una suma superior a la requerida por la parte actora en el escrito de inicio.

En tercer lugar, cuestiona la determinación del daño punitivo. Objeta la procedencia de la condena, alegando que la conducta reprochada no es propia de su representada sino de empresas prestatarias de tales servicios, ajenas a Telecom Personal S.A. Señala que por lo demás, esta actividad de servicios adicionales con valor agregado es lícita y no puede generar responsabilidad directa de la empresa demandada. Se explaya sobre los recaudos de procedencia de esta sanción, así como acerca de su finalidad. Entiende que la sentencia debe ser revocada por cuanto la aplicación del daño punitivo al caso excede los fines previstos por la norma referida, sin perjuicio

de destacar además que, a su entender, el monto resulta desproporcionado.

Objeta la fórmula empleada porque estima que la misma importa reconocer en los jueces una actividad reglamentaria, lo que contraría el artículo 98 inc. 2° de la Constitución Nacional (sic). Sostiene que dicha fórmula contempla situaciones “extra expediente”, dogmáticas y conjeturales, sustituyendo la voluntad del legislador. Cuestiona asimismo las variables empleadas en aquella, en particular, la probabilística antes analizada. Entiende que no se encuentra adecuadamente fundado por las instancias anteriores la determinación de tales probabilidades. Reitera los argumentos, anteriormente llevados ante la Alzada, sustentados en el voto en disidencia del Dr. Ribichini en la causa “Castaño”, cuestión que mereció oportuna réplica de parte del órgano revisor.

Deja además plantada la cuestión federal.

2. Este recurso tampoco puede prosperar.

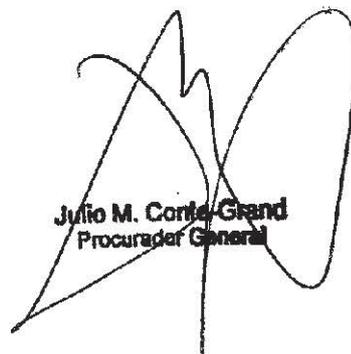
Los dos primeros agravios esbozados y sintetizados en las líneas precedentes, contrastados con las constancias de la causa ponen al descubierto la sinrazón de los reproches vertidos por el impugnante. Resulta evidente que se ha incurrido en un palmario error por cuanto la Alzada, al resolver como lo hiciera, no hizo otra cosa que abordar la revisión del *quantum* indemnizatorio del rubro daño moral reconocido por el sentenciante de origen, en respuesta a uno de los expresos agravios formulados por la empresa demandada al fundar su recurso ordinario de apelación contra el decisorio de primera instancia (ver fs. 487 y vta., fs 519 *in fine* y fs. 522 y vta.). Y al desestimarlos, confirmó lo resuelto por el magistrado de grado, en cuanto hubo determinado un monto superior al nominal requerido por la actora al demandar, con cita de la doctrina elaborada por el tribunal en el fallo plenario que identificó. Por ello, no advirtiendo en la réplica nuevos argumentos tendientes a indicar cuál habría sido el error del tribunal revisor para resolver como lo hiciera, el recurso resulta ineficaz, por insuficiente, para el fin que se propone.

Con relación al restante agravio individualizado en la síntesis precedente, cabe señalar que el mismo resulta una réplica, casi textual de los

reproches llevados a conocimiento del órgano de alzada y debidamente tratados por ésta. En este sentido, tampoco advierto en su lectura señalamiento de error de juzgamiento alguno que emerja de la decisión en crisis y que pueda ser objeto de casación en los términos del recurso intentado. Esta insuficiencia técnica de la vía de impugnación intentada, impide ingresar en el conocimiento de los agravios allí portados, pues es doctrina legal de V.E. aquella según la cual corresponde desestimar por insuficiente el recurso intentado, en tanto omite efectuar una réplica idónea a las conclusiones que fundamentan el pronunciamiento, limitándose a reiterar los agravios llevados ante la instancia anterior y a trasuntar una discrepancia de criterio, no demostrando de qué manera se habría producido la infracción legal (conf. causas Ac. 90.860, sent. del 29-VI-2005; Ac. 90.372, sent. del 14-II-2007; C. 101.401, sent. del 4-V-2011; C. 99.429, sent. del 22-II-2012; C. 118.443, sent. del 12-VII-2017; entre muchas otras).

VI.- Por todo cuanto hasta aquí he expuesto, considero justificado el rechazo de los recursos en vista (art. 289 y 298 del C.P.C.C.B.A.).

La Plata, 10 de abril de 2018.-


Julio M. Cortés Grand
Procurador General



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.044-1

**“Umanzor González, Maritza J. y ot. c/ Peugeot- Citroén y ot. s/
daños y perjuicios”, fecha: 26/03/2018**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Umanzor González, Maritza
J. y ot. c/ Peugeot- Citroën y
ot. s/ Daños y Perjuicios”
C. 122.044

Suprema Corte de Justicia:

I.- La Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata confirmó la sentencia de primera instancia (fs. 383/401) que había hecho lugar a la pretensión de daños y perjuicios objeto de reclamo en estas actuaciones, con motivo de las contingencias vividas por los accionantes a partir de la compra de un vehículo automotor cero kilómetro con deficiencias mecánicas de diversa índole. Modificó, en cambio, algunos montos y rubros de la condena (v. fs. 458/477).

Para así decidir, la Alzada comenzó por analizar el derecho aplicable, delimitando las normas que configurarían el derecho transitorio que regiría el caso.

En dicho marco, consideró los agravios de los actores que se hallaban circunscriptos a la extensión de la indemnización reconocida por los daños sufridos a partir de las fallas reiteradas presentadas por el vehículo cero kilómetro de la marca Peugeot por ellos adquirido. En tal sentido, expuso los elementos de prueba que le permitían tener por acreditada la configuración y cuantificación del daño derivado de la “privación de uso” del automotor objeto de esta litis, el que elevó respecto de la condena inicial. En punto al daño psicológico invocado por el Sr. Héctor Aguirre y la modificación del *quantum* reconocido a la Sra. Umanzor González, el tribunal estimó que los agravios habían sido insuficientemente fundados, en los términos de lo normado por el art. 260 del C.P.C.C.B.A., circunstancia que lo condujo a su desestimación.

Por su parte, valorando los episodios fueron informando el penoso

derrotero denunciado por los actores a la luz de las probanzas de autos, estimó que era correcto elevar el capital de condena en concepto de daño moral.

Finalmente, juzgó la procedencia del daño punitivo. Y en el marco de conocimiento abierto por los recurrentes y la necesidad de dar tratamiento a los planteos de la contraparte, por aplicación del principio de la apelación adhesiva, el tribunal evaluó la constitucionalidad del artículo 52 bis de la ley 24.240, que había sido cuestionada por los demandados en su réplica a la acción. Desestimó así los planteos de inconstitucionalidad y juzgó que dicha norma era de aplicación al caso.

En la evaluación sobre la procedencia del mismo sostuvo que dicha sanción requiere para su aplicación una relación de consumo, un proveedor que incumpla su obligación legal o contractual, un consumidor damnificado, un proceso judicial en el que se reclame su aplicación y un juez que acoja tal petición. Y en tal contexto estimó que de las constancias de la causa surgían comprobadas las reiteradas molestias provocadas a los actores, así como el actuar desaprensivo de parte de las demandadas en relación al caso del vehículo por ellos adquirido.

A la luz de todo el material fáctico evaluado, sostuvo la Alzada que encontraba demostrado que en autos se había producido un incumplimiento de las accionadas que se traducía en la entrega de una unidad cero kilómetro que no se encontraba en las condiciones en que debiera, provocando luego en los consumidores la necesidad de recurrir un sinnúmero de veces a reparaciones parciales y vivir episodios de inmerecida zozobra. Ponderó en dicho contexto el desinterés manifestado por los accionados para solucionar de manera definitiva los desperfectos del vehículo de propiedad de los actores. Es así que halló configurada en autos la culpa grave requerida para la procedencia del daño punitivo reclamado, el que cuantificó en la suma de \$ 300.000.

II.- Contra dicha resolución se alzó la letrada apoderada de la compañía demandada a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de

ley que obra agregado a fs. 481/488 vta. Funda su intento revisor en el vicio de absurdo que atribuye al razonamiento de la Alzada.

Luego de proceder a la conceptualización del mismo en los términos de la doctrina legal de V.E., cuestiona dos aspectos del decisorio en crisis. En primer lugar, objeta la cuantificación del daño moral, fundada en lo que estima una errónea apreciación de la prueba pericial agregada a la causa. En línea con ello, impugna el monto reconocido por dicho rubro en favor del Sr. Aguirre cuando, según su apreciación, de la pericia psicológica agregada al expediente surgiría que el mismo no presentaba daño psicológico alguno.

En segundo lugar, objeta la procedencia del daño punitivo. En tal sentido, cuestiona la decisión por entender que en el caso no se encontraban satisfechos los recaudos de procedencia y por lo tanto, dicha sanción carecía de fundamentación suficiente. Asimismo, en un planteo de segundo orden, sugiere que el monto no es adecuado y que debería morigerarse la cuantía de la condena considerando la ausencia de intencionalidad en el daño, la imposibilidad de haber dado una solución alternativa a la que se ofreció a los actores, la falta de provecho económico en el evento de autos, el carácter aislado del mismo y la desproporción de la multa. Deja planteada también la cuestión constitucional federal a efectos de recurrir oportunamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

III.- A fs. 421 se confiere vista a este Ministerio Público, en los términos de los artículos 38 inc.1° b y 283 del C.P.C.C.B.A. De manera que asumiendo la intervención de ley, adelanto desde ya que el recurso extraordinario incoado no puede prosperar, pues la lectura de la presentación en vista a la luz de los fundamentos del fallo a los que hiciera referencia anteriormente, permite advertir con claridad, la insuficiencia técnica de la vía de impugnación intentada, lo que impide ingresar en el conocimiento de los agravios allí portados.

Cabe recordar al respecto que, tal como lo ha sostenido V.E. en numerosos precedentes, la fijación de los hechos y la valoración de la prueba son cuestiones propias de los jueces de mérito y, por regla, se hallan exentas

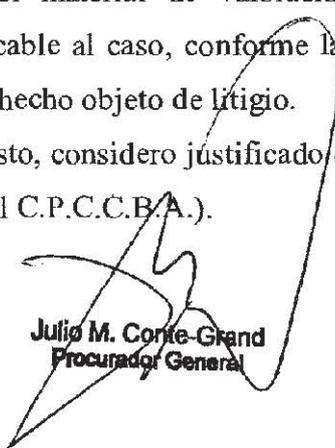
del control por vía de recurso extraordinario salvo que se invoque y se demuestre el vicio de absurdo (doctrina causas A. 69.592, sent. del 6-V-2009; A. 70.673, sent. del 31-VIII-2011; A. 71.359, sent. del 23-XII-2014; A. 70.932, sent. del 4-V-2016; A. 73.329, sent. del 21-XII-2016; entre muchas otras).

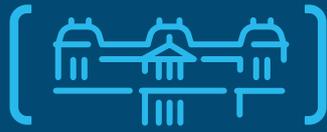
En autos, la recurrente ha invocado la configuración del mentado error de razonamiento. Sin embargo, como se anticipó, su intento argumental no resulta suficiente para el fin perseguido. Es que conforme el criterio sostenido inveteradamente por V.E., la demostración de dicha anomalía impone una carga argumentativa que no puede verse reducida a la manifestación de un disenso con la manera en que los magistrados han valorado el material probatorio. Resulta un imperativo que pesa sobre el impugnante, la incontrastable muestra de evidencias de un importante desarreglo en la base del pensamiento, una anomalía extrema, una falla palmaria en el proceso de raciocinio, que ponga de manifiesto la extravagancia de la conclusión a la que se ha arribado (conf. S.C.B.A., causas L. 70.295, sent. del 12-III-2000; Ac. 95.794 sent. del 17-XII-2008; C. 117.952, sent. del 7-V-2014; C. 116.929, sent. del 8-IV-2015; C. 120.316, sent. del 22-VI-2016; C. 119.553, sent. del 29-III-2017; entre otras).

En dicho intento, en cambio, la recurrente ha cedido ante la tentación de sustituir al magistrado en el rol que le es privativo, limitándose a contraponer su propia interpretación de los hechos, frente a la que efectuara la Alzada. Y dicha técnica, resulta en sí misma deficitaria a los fines casatorios propuestos, pues deja incólume la decisión puesta en crisis, la que a su turno, se ve respaldada por una lectura razonable del material de valoración incorporado a la causa y de la doctrina legal aplicable al caso, conforme las normas vigentes al momento del acaecimiento del hecho objeto de litigio.

IV.- Por todo cuanto hasta aquí he expuesto, considero justificado el rechazo del recurso en vista con costas (art. 289 del C.P.C.C.B.A.).

La Plata, 26 de marzo de 2018.-


Julio M. Corte-Grand
Procurador General



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.614-1

“Aparicio, Leandro c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ daños y perjuicios”, fecha: 25/08/2017



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Aparicio, Leandro c/
Telefónica de Argentina S.A.
s/ Daños y Perjuicios”
C. 121.614

Suprema Corte de Justicia:

I.- Llegan en vista las presentes actuaciones, en virtud de lo dispuesto por V.E. a fs. 1052, para que esta Procuración General que represento asuma la participación que le compete en el carácter de fiscal de la ley que le atribuye el artículo 52 de la ley Defensa del Consumidor, marco normativo en el que se sustentó el reclamo indemnizatorio formulado en autos.

Y advertido sobre la falta de intervención en las instancias ordinarias de quienes integran el cuerpo a mi cargo, reitero aquí el criterio expuesto en anteriores ocasiones, análogas a la presente, en las que invocando razones de economía procesal se procedió derechamente a dictaminar en los términos del art. 283 del C.P.C.C.B.A., para evitar a la parte que el Derecho tutela, mayores dilaciones e inconvenientes procesales.

Ello, sin perjuicio de poner de manifiesto que tal inobservancia por los órganos jurisdiccionales de grado debería corregirse en el futuro, para prevenir con ello eventuales nulidades y especialmente para poder cumplir con la finalidad de control y resguardo del interés público involucrado en esta materia (dictámenes P.G. emitidos en las causas C. 119.060, sent. del 21-X-2014; C. 119.253, sent. del 24-X-2014; C. 119.304, sent. del 28-X-2014; C. 120.989, sent. del 20-IV-2017; C. 121.062, sent. del 10-V-2017; C. 120.789, sent. del 10-V-2017; entre otras).

II.- En cuanto aquí resulta relevante destacar, la Sala I de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca resolvió a fs. 983/1001 -primera cuestión sometida al Acuerdo del tribunal-, confirmar la

resolución dictada a fs. 865, punto I, en cuanto tuvo por desistida a la sociedad demandada del recurso ordinario de apelación por ella deducido contra la sentencia definitiva de primera instancia que acogiera la pretensión indemnizatoria incoada en su contra, en orden a lo dispuesto por el art. 29 de la Ley 13.133, en cuanto impone el depósito de la condena dispuesta en la instancia de origen como recaudo de admisibilidad recursiva, cuya inconstitucionalidad también se encargó de desestimar por lo vacuo del planteo y la circunstancia de que la apelante, lejos de alegar imposibilidad material en tal sentido, pretendió tener por satisfecho dicho extremo formal con el embargo compulsivamente ordenado en su contra en el punto II de la resolución interlocutoria apelada (fs. 865).

Por otra parte, en ese mismo pronunciamiento (fs. 983/1001, segunda y tercera cuestión del Acuerdo), el órgano de Alzada interviniente confirmó la sentencia de primera instancia de fs. 772/783, que a su turno había hecho lugar a la pretensión incoada por Leandro Aparicio contra Telefónica de Argentina S.A., condenando a la demanda a pagar al actor la suma de \$1.200.163,68 en concepto de daño material y punitivo, con más los intereses y costas del proceso. Ello, sin perjuicio de la revocación parcial de la misma, en cuanto admitió el incremento del daño patrimonial reclamado en una suma de doscientos cinco pesos con veintitrés centavos (205.23\$).

III.- Contra dicha resolución, se alzan ambas partes en litigio e interponen sendos recursos extraordinarios. El letrado apoderado de la parte demandada lo hace a través del recurso de inaplicabilidad de ley que obra agregado a fs. 1004/1016 vta. y el representante convencional del actor, mediante los remedios de inaplicabilidad de ley de fs. 1017/1032 vta. y de nulidad de fs. 1033/1035 vta.

Por razones de orden lógico, habré de iniciar este dictamen con el análisis del remedio de inaplicabilidad de ley interpuesto por la demandada en la medida que, de su progreso pende la suerte del resto de la totalidad del decisorio impugnado. Ello así, para luego -en caso de corresponder-, expedirme con relación a las vías de nulidad y de inaplicabilidad de ley

intentadas por la accionante.

IV.- Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de la parte demandada (fs. 1004/1016 vta.).

1.- Tal como ya fuera reseñado, la sociedad demandada se agravió de la decisión de la Alzada en cuanto dispuso confirmar la deserción recursiva que fuera ordenada por el sentenciante de origen a fs. 865 punto I.

Denuncia en su impugnación la configuración del vicio de absurdo y apartamientos legales, así como notorias discordancias interpretativas en la apreciación de las constancias de la causa.

En concreto, sostiene los agravios relativos a la inconstitucionalidad del artículo 29 de la ley 13.133 que fuera invocado por la magistrada de primera instancia en respaldo de su decisión, alegando además que el pronunciamiento aludido resultaría lesivo de garantías convencionales. Deja planteada también la cuestión constitucional federal.

A los fines de expedirme sobre la procedencia de la queja incoada, cabe reseñar que la Alzada sostuvo en primer lugar que el depósito requerido en autos era procedente por cuanto se derivaba del efecto devolutivo del recurso de apelación oportunamente concedido, sin perjuicio de lo cual, abocada al análisis de la tacha de inconstitucionalidad, sostuvo que dicha alegación no podía ser efectuada en abstracto sino que requería la demostración de la configuración de un interés concreto, el que en el caso, se vería reflejado, por ejemplo, en el levantamiento de un obstáculo insalvable para acceder a la jurisdicción. Y sostuvo dicho criterio con respaldo en la doctrina elaborada en torno del requisito del *solve et repete* en materia tributaria, tanto por el Máximo Tribunal Nacional cuanto por V.E.

Estimó que el apelante no había demostrado la existencia de dicho valladar, circunstancia que hubiera resultado igualmente inverosímil en atención a las constancias de la causa que ilustran acerca del embargo de activos efectivizado en autos hasta cubrir el monto de lo requerido en depósito. Por el contrario -afirma-, la sociedad accionada alegó que los fondos embargados podían sustituir el depósito requerido, dando por

cumplido un acto anterior que voluntariamente declinó efectivizar. Entonces, concluyó el magistrado ponente -en parecer que concitó la adhesión de los restantes miembros del tribunal- que más allá de la constitucionalidad del artículo que sustenta la exigencia del depósito aludido, el desistimiento del recurso debía confirmarse ante la caprichosa actitud de rehusar su oportuno cumplimiento, pretendiendo luego evitar la consecuencia de su obrar con el vacuo planteo de inconstitucionalidad formulado.

2.- El intento revisor incoado contra dicho aspecto del pronunciamiento no puede prosperar.

En primer lugar, corresponde reiterar que la deserción del recurso es una consecuencia que se sigue de las normas procesales respectivas y que deviene irrevisable en esta sede extraordinaria, salvo la demostración del vicio de absurdo, circunstancia invalidante que no advierto configurada en el presente, más allá de su reiterada invocación.

En lo que atañe a la tacha de inconstitucionalidad del artículo 29 de la ley 13.133, cabe decir que tampoco dicho planteo merece acogida. Al respecto se ha sostenido que: *“La declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados.”*(Dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa “González Castillo, Cristian Maximiliano y ot. s/ Robo con arma de fuego-aptitud disparo no acreditada”, fecha 11-V-2017).

En tal sentido, resulta fundamental para la procedencia de semejante declaración que quien invoca la referida contrariedad entre una norma y la Constitución acredite un perjuicio concreto sufrido con la aplicación de la manda legal referida, pues de lo contrario sus agravios serían meramente conjeturales, requiriendo un pronunciamiento meramente hipotético y sin sujeción a una efectiva colisión de derechos (en este sentido, véanse los

precedentes de la C.S.J.N.: Fallos: 266:313; 273:63; 289:238; 316:479; 331:2799; entre otros).

En autos, el embargo y consecuente disponibilidad de los fondos, privan de actualidad al agravio relativo a la inconstitucionalidad del artículo 29 de la ley 13.133, toda vez que el mismo sólo se podría haber sustentado en la demostración de que no se disponía de dichos fondos y que condicionar la apelación a su obtención hubiera lesionado garantías constitucional y convencionalmente tuteladas, lo que como adecuadamente señala el tribunal *a quo*, no ha sucedido en la especie.

Dicha circunstancia se erige como obstáculo insalvable para la procedencia del planteo de inconstitucionalidad enarbolado, imponiéndose -tal como fuera anticipado- la desestimación del recurso de inaplicabilidad de ley incoado por la parte demandada.

V.- Recurso extraordinario de nulidad interpuesto por la parte actora (fs. 1033/1035 vta.).

1. En el marco de este remedio extraordinario, argumenta la accionante que la sentencia de Alzada aquí puesta en crisis ha incurrido en una incongruencia por omisión, toda vez que pretirió expedirse acerca de una de las cuestiones formuladas como materia de agravios por la que se denunciaba el error del pronunciamiento de origen que habría omitido aplicar al capital de condena la tasa de interés que la propia empresa demandada percibe por el pago fuera de término, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26 de la ley 24.240.

En esa inteligencia, sostiene que correspondía se aplicara a la indemnización por el daño patrimonial reconocido una tasa de interés igual a una vez y media la tasa de interés promedio mensual que percibe el Banco de la Nación Argentina para operaciones en descubierto, tópico que había integrado su reclamo originario planteado en el escrito de demanda, y cuya omisa consideración por parte de la jueza de origen, la condujo a denunciar tal déficit en su expresión de agravios. Expone que en la sentencia de la Cámara de Apelaciones, solamente el Dr. Ribichini se expidió al respecto,

guardando silencio el resto de los magistrados integrantes del Tribunal -Dres. Pilotti y Moiola- quienes nada manifestaron con relación a este agravio.

Señala que la omisión aparece confirmada a través de la lectura de la parte resolutive, toda vez que en ella nada se dice sobre el tópico. Alega que tal preterición justifica la anulación pretendida desde que la sentencia carece de la mayoría de opiniones necesaria, configurando una lesión al derecho de defensa y, en su apreciación, un supuesto de absurdo.

2.- El recurso es de recibo, con el alcance que habré de señalar.

De la lectura detenida de la sentencia impugnada surge con patencia que la misma viola el artículo 168 de la Constitución local en tanto requiere que los tribunales colegiados tomen sus decisiones por mayoría de opiniones. Y resulta evidente que en el caso, dos de los magistrados integrantes del tribunal de Alzada han omitido tratar la cuestión que el impugnante reputa omitida, relativa a la fijación de los accesorios, tal como refiere en su prédica. En efecto, el único de los magistrados que se expidió al respecto fue el Sr. Juez preopinante -Dr. Ribichini-, cuando trató la segunda cuestión propuesta en el Acuerdo, en el primer párrafo de fs. 989, mientras que el resto de los integrantes del tribunal, al tratar dicha cuestión, abordó derechamente el tópico relativo a la mensura del daño punitivo y sus métodos de cálculo, guardando absoluto silencio en torno a los intereses a aplicar sobre el daño patrimonial reconocido (v. fs. 991 vta., ptos. II y ss. y fs. 998, ptos. II y ss.).

Esta omisión resulta relevante por cuanto recae sobre una cuestión esencial y se evidencia como resultado del descuido o la inadvertencia sin que sea posible presumir su tratamiento implícito (conf. doctr. S.C.B.A., causas Rc. 119.459, sent. int. del 1-VII-2015; Rc. 120.937, sent. int. del 21-IX-2016; Rc. 120.944, sent. int. del 26-X-2016; Rc. 121.044, sent. del 14-XII-2016; Rc 121.118, sent. int. del 21-XII-2016; entre tantas otras).

Esta sola circunstancia resulta *per se* suficiente para anular el pronunciamiento impugnado, pues tal como lo ha afirmado V.E.: *“corresponde declarar la nulidad del fallo que carece de la mayoría de fundamentos exigida por el art. 156 (hoy 168) de la Constitución provincial,*

no quedando satisfecha dicha exigencia únicamente con la mayoría de resultado.” (conf. doctr. S.C.B.A., causas Ac. 47.283, sent. del 3-XII-1991; Ac. 63.444, sent. del 10-VI-1997; C. 101.298, sent. del 9-XII-2009; C. 107.459, sent. del 4-V-2011; entre otros).

Sin perjuicio de lo dicho, en punto al alcance de la invalidez que estimo debe decretarse en el caso, atendiendo al carácter escindible de la cuestión no tratada por la mayoría necesaria, deberá disponerse una anulación parcial de dicho pronunciamiento, ordenando el reenvío de las actuaciones para que la Cámara de apelación, debidamente integrada, complemente ese aspecto del pronunciamiento originariamente omitido (en sentido concordante a lo dispuesto por V.E. en causas Ac. 38.534, sent. del 3-V-1988 y C. 118.307, sent. del 23-V-2017).

En razón de lo hasta aquí expuesto, y dado que lo antecedentemente propuesto dejaría incólume la decisión de la Alzada en las porciones no atacadas por la señalada tacha de nulidad, corresponde abocarme al tratamiento del restante recurso interpuesto.

VI.- Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de la parte actora (fs. 1017/1032 vta.).

1. A través de este remedio extraordinario la accionante cuestiona por un lado, el rechazo del resarcimiento requerido en concepto de daño moral, al tiempo que también objeta el monto fijado en concepto de daño punitivo -que estima exiguo-, así como la determinación de los intereses y las costas del proceso. Alega la violación y aplicación errónea de la ley y doctrina legal y la configuración en la especie del vicio de absurdo en la apreciación de la prueba. Invoca la infracción a los artículos 42 de la CN, 4, 7, 8, 10bis, 37, 52 bis y 53 de la ley 24.240, 522, 931 y cctes. del Código Civil, 9 de la ley 22.802, 2 y 8 de la Resolución 7/2002 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del consumidor, 68, 71 y cctes. del C.P.C.C.

En el desarrollo de su prédica reitera los argumentos vertidos en las instancias ordinarias, vinculados con los padecimientos que referencia sufridos por su mandante en relación al reclamo de autos. Y partiendo de

dicha plataforma fáctica concluye que el daño moral se encuentra justificado en el caso por vía indiciaria (art. 163 inc. 5º del C.P.C.C.). Se queja de la consideración de la condición profesional del actor como Abogado, como un estándar para la valoración de la procedencia del daño moral o su intrascendencia. También objeta la consideración de circunstancias de hecho tales como la contratación de nuevos servicios con la empresa, como elemento excluyente del daño moral, alegando que la demandada es la única prestadora de esa clase de servicios en la ciudad de Bahía Blanca.

2.- En cuanto al daño punitivo, cuestiona el rechazo del agravio que planteaba su reconsideración y elevación del monto de condena. Alega que la decisión impugnada ha incurrido en el vicio de absurdo al no haber valorado el material probatorio agregado a la causa, cuya adecuada ponderación -según arguye- habría conducido al incremento de su importe.

Expone que la decisión se ha ceñido al carácter reparador o sancionatorio del instituto del daño punitivo, dejando de lado su carácter preventivo o disuasorio. Argumenta que el *quid* de la cuantificación del daño punitivo radica en la fijación de un *quantum* en concepto de sanción con función preventiva que no sea inferior ni superior a la suma necesaria para lograr incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de reiterar conductas semejantes en el futuro. Anudado a ello, sostiene que las exageradas ganancias obtenidas por la demandada, muestran que el monto fijado por las instancias anteriores en concepto de daño punitivo resulta bajo y debe ser modificado.

Por último, agrega que al haberse elevado el monto del resarcimiento por daño material, debió haberse introducido dicha modificación en la fórmula aplicada por la instancia de origen para el cálculo de este otro rubro indemnizatorio, lo que habría impactado en definitiva sobre el resultado final de dicha cuantificación. Arguye que la fórmula aplicada por la instancia de origen había quedado consentida por su parte, por lo que correspondía resolver en el sentido señalado.

3.- Con relación a los intereses moratorios que debían aplicarse al

capital de condena fijado en concepto de daño material, reitera los argumentos vertidos en el recurso de nulidad ya analizado, cuya procedencia parcial fuera propiciada, relevándose dicha circunstancia de su tratamiento en el marco del presente recurso.

4.- Por último, y en lo que respecta a las costas del proceso, entiende que se han violado los artículos 68 y 71 del código adjetivo, toda vez que se ha considerado vencida a su parte, cuando en verdad sus agravios habían merecido parcial acogida. Estima que tal aspecto del pronunciamiento merece ser revisado en esta instancia por configurarse el vicio de absurdo. En párrafo aparte hace una expresa mención a la conducta de la demandada, la que según lo expone, debe ser valorada al momento de dictar sentencia.

5.- El recurso no puede prosperar.

Más allá de algunas vagas referencias a la violación de la ley o doctrina legal e incluso la invocación del vicio de absurdo, los reproches traídos por el impugnante importan una revisión de la sentencia de Alzada en aspectos que se vinculan con cuestiones de hecho que resultan por ello, en principio, ajenas a esta instancia extraordinaria. Además, no se halla en la lectura de los antecedentes sintetizados argumento alguno que logre la demostración de los referidos motivos que habilitan la apertura de la instancia casatoria. En concreto, no se ha puesto de manifiesto cuál ha sido la ley o doctrinal legal que fueran violadas por la decisión en crisis. En cambio, los cuestionamientos se reducen a la reiteración de los argumentos que se sostuvieron ante las instancias anteriores, sin la debida distinción que esta sede extraordinaria impone.

Por lo demás, todos los embates traídos: procedencia del daño moral, *quantum* del daño punitivo y costas, se resumen en una impugnación de los criterios prudenciales observados por los sentenciantes de grado que resultan irrevisables por la vía intentada, salvo la hipótesis de absurdo. Y si bien se ha alegado en varios párrafos la configuración en la especie de dicho error invalidante, no se advierte en el análisis del intento revisor incoado la demostración de su configuración que, como carga específica, debe satisfacer

el recurrente.

En este sentido, tal como lo ha resuelto reiteradamente V.E.: *“Es insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que omite indicar cuáles son las normas o doctrina legal que reputa erróneamente aplicadas o violadas y cómo ellas se relacionan con los agravios que formula, como así tampoco alega la existencia de absurdo (art. 279 del C.P.C.C.)”*(conf. doctrina causas C. 104.674, sent. del 15-IV-2009; C. 104.201, sent. del 25-XI-2009; C. 104.862, sent. del 13-VII-2011; y en sentido concordante, también C. 114.995, sent. del 3-X-2012 y C. 113.047, sent. del 30-X-2013; entre otras).

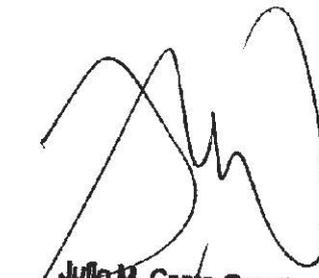
Adunando a ello que: *“Ha sostenido esta Suprema Corte, a los fines de la revisión de cuestiones de hecho y prueba mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, que no constituye agravio idóneo la simple discrepancia con las motivaciones brindadas por los jueces en el fallo que se cuestiona ya que es necesario algo más: la denuncia y acabada demostración del vicio de absurdo entendido como error palmario y fundamental en el discurrir del magistrado (arts. 279 y 289, C.P.C.C. y 31 bis, ley 5827, texto según ley 13.812).”* (conf. causa Rc. 119.452, sent. int. del 17-XII-2014).

Todo ello, pone de resalto la insuficiencia del remedio extraordinario en el que el impugnante se limita a proponer una indebida pretensión de sustituir el criterio de los judicantes por el propio, lo que no resulta suficiente para acreditar el error grave, palmario y fundamental, configurativo de absurdo y susceptible de invalidar el pronunciamiento (conf. doctrina causas C. 107.923, sent. del 30-VI-2010; C. 116.881, sent. del 7-VIII-2013; C. 116.881, sent. del 7-VIII-2013; C. 120.045, sent. del 23-XI-2016; C. 118.307, sent. del 23-V-2017; entre otras).

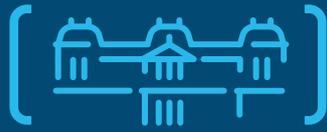
VII.- Con los argumentos hasta aquí expuestos, tengo entonces por contestada la vista conferida, reiterando que corresponde desestimar los recursos de inaplicabilidad de ley incoados por la sociedad accionada y por la parte actora y hacer lugar, con el alcance parcial indicado, al recurso

extraordinario de nulidad interpuesto por esta última, disponiendo el reenvío de las actuaciones a la instancia de origen para que, con una nueva integración, se dicte un pronunciamiento integrador del anteriormente emitido (art. 298 del C.P.C.C.B.A.).

La Plata, 21 de agosto de 2017.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 119.562-1

**“Castelli, María Cecilia c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/
nulidad de acto jurídico”, fecha: 07/10/2015**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Castelli, María Cecilia
c/ Banco de Galicia y
Buenos Aires S.A. s/
Nulidad de Acto Jurídico”
C. 119.562

Suprema Corte de Justicia:

La Sala Ségunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, resolvió en fs. 202/224, revocar la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda articulada por María Cecilia Castelli contra el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., y en consecuencia, acogió íntegramente la pretensión de la actora.

Por ello, declaró nula la apertura de la Cuenta corriente N° 6840-6082-3 realizada a nombre de la accionante en el Banco demandado y condenó a la entidad al resarcimiento del daño moral estimado en una suma de pesos veinte mil (\$20.000), capital de condena que debía ajustarse con los intereses correspondientes a la tasa pura del 4% anual desde el 1-XII-2009 hasta el día de la sentencia (28-VIII-2014), para continuar desde

allí en adelante, con la tasa activa del Banco Oficial hasta su efectivo pago.

También resolvió aplicar al Banco demandado una multa civil en concepto de daño punitivo por un millón de pesos (\$1.000.000), monto que se ordenó fuera abonado a la actora junto con el resarcimiento del daño moral, con la aplicación de los intereses accesorios a dicho capital de condena conforme la tasa de interés activa, pero a partir de los 10 días de notificada la sentencia, al establecer dicho lapso como plazo para el cumplimiento de la condena al respecto, atendiendo para ello a la inexistencia de mora con relación a este rubro de la condena.

Para así decidir la Alzada tuvo por demostrado que la actora aparecía como titular de la cuenta corriente N° 6840-6082-3 del Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., Sucursal 082 (Bahía Blanca), contrato conexo al de una tarjeta de crédito visa, si bien solicitada por ella, nunca entregada a la actora. También tuvo por acreditado que no se había dado consentimiento alguno para su apertura. Se verificó además, que la entidad demandada había comunicado al Banco Central de la República Argentina y otras entidades privadas de información crediticia, la

condición de deudora morosa de la actora, por débitos de la referida cuenta corriente y también que dicha información no se rectificó con posterioridad a la denuncia formulada ante la Oficina Municipal de Defensa del Consumidor (OMIC), ni tampoco, luego del compromiso de subsanarlo, asumido en dicho marco por la entidad bancaria.

Acreditados así los presupuestos fácticos de la pretensión anulatoria y encuadrando dichas circunstancias en los términos de la regulación protectoria de los derechos de los consumidores, estimó incumplidos en el caso los deberes de información y veracidad que pesaban sobre el Banco demandado. Valoró además, que la falta de consentimiento de la actora para la apertura de la cuenta corriente -hecho generador de los saldos deudores que originaron los perjuicios aquí ventilados-, viciaba estructuralmente el negocio contractual privándolo de efectos jurídicos. Por ello, estimó procedente la pretensión anulatoria y declaró nula la apertura de la cuenta corriente 6840-6082-3 de marras.

A los fines de resarcir los daños irrogados con el actuar de la demandada, procedió entonces la Alzada a la estimación del

resarcimiento pretendido. En cuanto a la procedencia del daño moral, estimó que dicho perjuicio se encontraba suficientemente justificado por vía indiciaria (art. 163 inc. 5° del CPCC) dada la cantidad de circunstancias adversas que tuvo que atravesar la accionante, durante largo tiempo, para lograr que cesara la publicidad de su calificación como deudora morosa (clasificación nivel 5, “irrecuperable”), situación en la que fue colocada por negligencia de la entidad financiera accionada.

Para la cuantificación de este rubro valoró tres factores: la edad de la víctima, su posición socio-económica y la intensidad del daño moral *in se*, medido este último, a través de los síntomas padecidos. Consideró que su reparación podía estimarse en base a placeres compensatorios y reparatorios del daño y así estimó que un “fin de semana largo” de vacaciones, en compañía de alguien de su elección en algún lugar turístico del país, podía ser adecuado para ello. De la estimación de su costo, extrajo entonces la cuantía del monto de condena ya referido.

Argumentó además, que si bien esta forma de proceder a la cuantificación podría ser objetable, contaba con la bondad de explicitar los parámetros tenidos en cuenta allanando así la

posibilidad de su análisis crítico y por añadidura, del efectivo ejercicio del derecho de defensa. De esta manera, adujo que este proceder, resultaba preferible a otras formas que, escudadas en la “prudencia” o “discrecionalidad” judicial, no permiten ver con claridad y objetividad los criterios tomados en consideración para la faena jurisdiccional de cuantificación. Entonces, se escogió dicho método decisor para permitir restringir la discrecionalidad judicial y minimizar el margen de arbitrariedad, permitiendo así un mayor control de dicha actividad ponderativa.

En punto al daño punitivo, luego de efectuar una breve reseña del instituto y su recepción normativa (art. 52 bis, ley 24.240, reformada por la ley 26.361, cuyo texto permanece inalterado aún luego de sancionado el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, hoy vigente), estimó que la multa debía graduarse considerando la gravedad de las circunstancias del caso, con independencia de las otras indemnizaciones correspondientes, valorando la índole del hecho generador, la proporcionalidad de la sanción con la entidad de la falta y su repercusión social. Ello, además del peligro de la conducta del accionado en los términos del beneficio que obtiene, el perjuicio que la infracción genera en

el consumidor, el grado de intencionalidad y la existencia de reincidencias. Asimismo, destacó que no bastaba el mero incumplimiento, sino que era necesario que se tratase de una conducta particularmente grave, configurativa de una grosera negligencia, que estimó acreditada en la especie.

Ponderó así, en el caso, los graves incumplimientos de las exigencias de la ley 24.240, la grosera negligencia del Banco, al actuar de modo desaprensivo, con conductas casi desfachatadas, frente a una consumidora individual. Además, estimó que la suma de la condena debía estar dirigida a disuadir al infractor de la posibilidad de reincidir en las conductas sancionadas, por lo que esgrimió que se debía considerar que no se trataba de la estimación de un resarcimiento, sino de una sanción sobre cuya cuantía debía incidir la gravedad de la falta y que debía, a la vez, cumplir una función preventiva y disuasiva respecto del infractor. En tal sentido, ponderó que la cuantificación del rubro estimada por la accionante en el escrito de demanda no resultaba entonces vinculante para su decisión.

Argumentó luego en punto a los criterios tomados en cuenta para la cuantificación de los daños punitivos, la validez del

recurso a fórmulas matemáticas, lo que sustentó además en doctrina legal de V.E. (S.C.B.A., *in re* “P.M.G.”, C. 117.926, sent. del 11-II-2015; “Rivas”, L. 116.477, sent. del 23-XII-2014; “Domínguez”, Ac. 83.961, sent. del 1-IV-2004; “Nicola”, Ac. 50.529, sent. del 10-V-1994). Y por último, la preferencia de este tipo de recursos, útiles también como esquemas de justificación, en relación a fórmulas retóricas en cuya opacidad se podría encubrir la arbitrariedad del decisor. Como resultado de su aplicación, concluyó en la estimación del daño punitivo tal como antes se lo expusiera.

Contra dicha resolución se alza el Banco demandado e interpone, a través de su apoderado, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 241/264). Sustenta su recurso en la invocación del vicio de absurdo, que conlleva la violación de los derechos de propiedad y la garantía de la defensa en juicio del banco demandado (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional; 10, 11 y 15 de la Constitución bonaerense). Invoca también la violación de las normas de la ley del consumidor, el Código Civil entonces vigente y normas procesales que cita.

En fs. 293 se me confiere la presente vista. Mas, antes de

proceder a dar respuesta a dicha convocatoria, considero oportuno reiterar el criterio de este Ministerio Público en los supuestos como el de autos, en los que, pese a que alguna de las partes ha fundado sus pretensiones en las normas de defensa del consumidor, no se ha dado la debida y oportuna intervención -legalmente obligatoria- a sus representantes en las instancias de grado en su carácter de Fiscal de la ley (doctrina de los dictámenes emitidos en las causas C. 118.270, C. 119.060, C. 119.253, C. 119.304, C. 114.208, C. 116.847, e.o.), más precisamente en la actuación ante el órgano de Alzada, trámite en el que únicamente se ha procedido a girar las actuaciones después de dictado el pronunciamiento de mérito, al sólo efecto de su notificación (ver. fs. 284 y vta.). Es esta circunstancia procesal la que motiva la introducción de los argumentos que oportunamente brindaré, siendo ésta la primera oportunidad hábil a tal fin.

Y si bien esta inobservancia, debiera ser evitada en un futuro, para prevenir con ello eventuales nulidades, pero especialmente para poder cumplir con la finalidad de control y resguardo del interés público involucrado en esta materia, en el particular, razones de economía procesal mueven a esta

Procuración a tomar intervención en el presente, en el estado en que se encuentra, evitando justamente a la parte que el derecho tutela, mayores dilaciones e inconvenientes y es por ello que solicito a V.E. la especial estimación de las razones que habré de verter, superando a tal fin, cualquier óbice formal.

Ahora bien, procediendo entonces al análisis del recurso impetrado, he de adelantar que el mismo no es de recibo, por lo que habré de aconsejar su rechazo. Ello, sin perjuicio de las recomendaciones que habré de proponer a V.E. al hallarse abierta la instancia extraordinaria y apelando al ejercicio de las facultades que la propia legislación protectoria de los derechos de los consumidores y usuarios confieren al Ministerio Público a quien represento (arts. 52 Ley 24.240 y 27 de la Ley 13.133).

El embate se centra en la demostración del vicio de absurdo invocado. Desgrana entonces sus argumentos en varios puntos que desarrolla en forma de agravios. Expone que en su apreciación, la cuantificación del daño punitivo en un millón de pesos resulta absurda, más allá de las fórmulas empleadas por el juzgador para su determinación. Sin embargo, sus principales argumentos resultan antes un cuestionamiento de la aplicabilidad

al caso del artículo 52 bis de la ley 24.240 que la demostración de un grosero error de juicio como el que importa la configuración del vicio del razonamiento que invoca estar configurado en la especie.

Cuestiona así los alcances colectivos dados para el caso, lo que a su entender importa la violación de su derecho de defensa, así como también se agravia de la interpretación de los alcances dados al daño punitivo, lo que a su juicio viola la “naturaleza jurídica” del mismo. Critica además la fórmula aplicada, pues según su apreciación, carece de sustento práctico, legal y lógico. Y además, arguye que el problema reside en que fue incorrectamente aplicada, resultando en una suma absurda y desproporcionada para lo que considera -en función de la imputación formulada al demandar- un mero incumplimiento de un acuerdo transaccional. Se agravia también de la cuantificación del daño moral, así como de la fijación de la tasa de interés aplicada sobre el capital de condena. Objeta igualmente, la falta de consideración del acuerdo celebrado con la actora en la instancia administrativa de la OMIC (Oficina Municipal de Defensa del Consumidor), sosteniendo que ello viola la garantía

de la cosa juzgada.

De cuanto se ha expuesto, aun someramente, se evidencia que el intento recursivo ensayado resulta manifiestamente insuficiente en punto a la demostración del alegado vicio de absurdo, que se erige como columna vertebral del intento revisor impetrado.

En este sentido, la queja del recurrente resulta antes una expresión de su disconformidad con el decisorio, que en sí misma -en tanto no logra destruir las bases argumentales del fallo-, se vuelve inocua para la finalidad intentada.

Por lo demás, tal como lo ha sostenido V.E. en numerosas oportunidades, el vicio de absurdo denunciado, sólo se configura cuando existe en el fallo impugnado un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica o una grosera desinterpretación material de alguna prueba, no constituyéndolo las conclusiones meramente objetables, discutibles o poco convincentes, que no llegan a los mencionados extremos (conf. S.C.B.A., causas AC. 33.870, sent. del 23-X-1984; Ac. 50.575, sent. del 27-VII-1993; Ac. 75.020, sent. del 20-IX-2000; Ac. 78.318, sent. del 19-II-2002; Ac. 88.695, sent. del 22-III-2006; C. 105.039, sent.

del 16-XII-2009; C. 108.433, sent. del 9-II-2011; e.o.).

Ahora bien, más allá de la insuficiencia técnica apuntada, siendo que algunos de los argumentos vertidos en el recurso, resultan relevantes para este Ministerio Público, habré de dejar sentada mi opinión al respecto.

En ese discurrir, cabe dedicar algunos párrafos al agravio dirigido contra la tasa de interés aplicada en concepto de moratorios al capital de condena. Cabe recordar a este respecto que este Ministerio Público ha sostenido en numerosas oportunidades que dicha tarea resulta del ejercicio de una facultad discrecional reconocida a los jueces ordinarios en virtud de lo establecido por el artículo 622 del Código Civil de Vélez Sarsfield, vigente en oportunidad de emitir tales dictámenes. Cuestión -se agregó- sólo revisable en casación en supuestos de configuración demostrada del vicio de absurdo (conf. dictamen emitido, entre otros, en la causa C. 106.619, del 16-VII-2010, a cuyos argumentos remito). Se ha sostenido este criterio, sin desconocer la doctrina legal de V.E. vigente sobre el tópico conforme la cual los intereses moratorios deben liquidarse sobre el capital con arreglo a la tasa que pague el Banco Provincia de

Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (conf. S.C.B.A., causas C. 101.774 "Ponce" y L. 94.446 "Ginossi", ambas sent. del 21-X-2009).

Estas circunstancias no registran modificación alguna con la reciente vigencia del nuevo Código Civil Comercial de la Nación. En lo relativo a esta materia, dicho cuerpo normativo prevé en el inciso c) del artículo 768, la posibilidad de ajustar dichos accesorios a las tasas fijadas según la reglamentación del Banco Central, por lo que implica también de alguna manera, la necesidad de su determinación judicial (Vega, Susana Elena, *Reflexiones sobre ciertos aspectos del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y su impacto en la contratación pública*, publicado el 11/05/2015 en el Dial DC1E32). Asimismo, el artículo 771 del mismo cuerpo normativo, al reconocer la facultad de reducir los intereses en caso de un resultado excesivo o desproporcionado, permite inferir, en una lectura *a contrario sensu*, que en supuestos de su fijación judicial, su determinación queda comprendida dentro de las potestades ordinarias del juzgador.

Siguiendo dicho criterio interpretativo, no se advierte que

en la especie, en dicha faena discrecional hubiera existido un ejercicio irrazonable, absurdo o arbitrario. Ello, más aun, teniendo en cuenta que se ha aplicado una tasa de interés de mercado que respeta *prima facie* el carácter reparatorio de la condena sin lesionar el derecho de propiedad del acreedor. Por ello es que también aconsejo, de consuno con los criterios oportunamente esbozados (ver dictámenes citados precedentemente, a cuya lectura remito, en honor a la brevedad) confirmar esta parcela del decisorio impugnado.

Sin perjuicio entonces, del aconsejado rechazo del recurso en vista, y en atención al rol que cabe a este Ministerio en la custodia del interés público, es que me permitiré aconsejar a V.E. -tal lo anticipado- una modificación de la sentencia en crisis, en congruencia con el margen de conocimiento abierto a través de la impugnación concedida.

En este sentido, estimo que se debe introducir una consideración que pretende enmendar un resultado que podría resultar disvalioso y empañar el mérito del decisorio en análisis. Si bien la sentencia efectúa una correcta aplicación de la ley especial vigente en relación al caso, empleando una fórmula para

la cuantificación del daño punitivo que *prima facie* resulta razonable (ya que además encuentra respaldo doctrinal, véase: Irigoyen Testa, Matías, *Fórmulas para cuantificar los daños punitivos*, Jurisprudencia Argentina Número Especial sobre Derecho y Economía, Fascículo N° 13, Abeledo Perrot, 2011, pp 83-96), la misma estaría descuidando un aspecto relevante que se vincula con el interés público involucrado, cuya tutela compete, entre otras, a las funciones específicas de este Ministerio.

La finalidad de los daños punitivos, congruentemente con lo señalado por la Alzada, es eminentemente sancionatoria y ejemplificadora. Por ello, su destino trasciende en alguna medida el caso individual y su cuantificación toma en cuenta todos aquellos supuestos no ventilados en juicio, pero implícitos en una práctica abusiva reiterada de parte de una entidad bancaria como la aquí demandada. Esto fue debidamente ponderado por la Alzada en su fórmula y justificado al decir explícitamente que: *“Se trata de que el deudor internalice las consecuencias de la baja probabilidad de condena, lo que se logra obligándolo a pagar a un damnificado los daños provocados a los demás afectados que no hicieron el reclamo ante la autoridad*

jurisdiccional; se compensa con daños punitivos la escasa probabilidad de ser sentenciado” (v. fs. 715, el destacado me pertenece).

Este párrafo que me he permitido transcribir, pone al descubierto las (muchas veces solapadas) dos funciones que la doctrina ha identificado en los daños punitivos: la función de “sanción privada” y la de “sanción social” (Martínez Alles, María Guadalupe, *Daños punitivos: ¿Cómo sancionar malas prácticas empresariales?*, La Ley 2015-C, 526). En este sentido, la fórmula recoge de modo conjunto ambas dimensiones y es por eso que resulta inapropiado, según mi apreciación, que la totalidad de la cuantía de la punición sea atribuida a la actora, pues ello importaría configurar un enriquecimiento sin causa, tal como seguidamente se expondrá.

A la accionante entonces, en respuesta a su pretensión, correspondería reconocerle la percepción del monto derivado del carácter de “sanción privada” ínsito en el instituto. Esta finalidad, tiende a concretar una reivindicación en cabeza de quien reclama por su derecho individual a no ser maltratada en la forma gravosa en que lo ha sido y a que se le brinde la satisfacción que

corresponda para dar cuenta de lo reprobable de la conducta desplegada por la entidad demandada hacia su persona (conf. Martínez Alles, M. Guadalupe, cit.).

Mientras que, por su parte, la finalidad de “sanción social” del instituto, pretende en cambio la fijación de condenas pecuniarias de carácter extra-compensatorio, que persiguen sancionar al demandado por una conducta reprochable desplegada no sólo hacia el actor sino hacia la sociedad en general. Estas dos funciones, que muchas veces no llegan a identificarse en el funcionamiento del instituto, hacen que la fórmula empleada arroje un resultado donde ambos fines se encuentran reunidos. Y esta circunstancia es la que justifica, según mi apreciación, la reasignación de los fondos que aquí he de proponer.

En relación a este punto, y tal como lo ha destacado la doctrina, los déficits de redacción del artículo 52 bis de la ley 24.240 (incorporado por ley 26.361) han convertido a este instrumento en fuente posible de inseguridad jurídica y también de inequidad. Puntualmente, se cuestiona que dicha reforma no haya tomado en cuenta el texto del artículo 1587 del Proyecto de Unificación del CCyC de 1998, que establecía que dicha multa

tendría el destino que el tribunal le asignara por resolución fundada (Bru, Jorge - Stiglitz, Gabriel, *Régimen de la responsabilidad civil por daños al consumidor*, publicado en *Manual de Derecho del Consumidor*, Rusconi, Dante -Coordinador-, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p 434). En igual sentido, se ubicaba la previsión normativa del anteproyecto de Código Civil y Comercial, que en su artículo 1714 preveía, en relación a este tópico, la facultad del juez de asignar fundadamente un destino para los fondos de condena por este concepto.

Se advierte entonces la necesidad de tomar una medida prudente entre la importancia ejemplificadora de la medida y su carácter excepcional, que debe resguardar también el respeto de la seguridad jurídica y la equidad. El problema se centra entonces en la determinación de la función social de estos daños. Y en este sentido es que parece inapropiado que la totalidad del valor así cuantificado sea destinado con exclusividad a la actora.

Es que de mantenerse el pronunciamiento tal como ha sido decretado por el órgano de Alzada, se le estaría reconociendo a la accionante un crédito cuya extensión excede los guarismos

que pudieran encontrar causa justificada en la normativa vigente. En esa línea de pensamiento podría decirse que la sanción, así dispuesta consagraría una disociación entre lo percibido y su carácter de acreedora, por virtud de lo previsto en el artículo 52 bis de la ley 24.240, según incorporación de la ley 26.361, con lo que se configuraría un supuesto de pago indebido en los términos del inc c) del artículo 1796, del nuevo Código Civil y Comercial.

En definitiva, se estaría beneficiando al sujeto individualmente afectado por la conducta disvaliosa puntualmente ejercida por la entidad demandada con una sanción que se encuentra motivada no sólo en dicha afectación individual, sino además en la condena social que dicha clase de prácticas, desarrolladas con absoluto menosprecio de dicho colectivo, han de merecer, desvirtuándose en esa medida la función social del instituto. Es por ello que, sin perjuicio de corresponder la percepción de una parte de este monto de condena a la actora -aquella parcela que debiera atribuirse a la sanción privada, aplicable al demandado- me permito proponer a V.E. que el destino de los fondos restantes sea direccionado a medidas de fomento de los derechos de los consumidores, más precisamente,

que se destinen a acciones concretas de información y difusión de dicho plexo protectorio así como las prácticas abusivas que deben ser corregidas para el funcionamiento más justo del mercado.

En consecuencia, aconsejo a V.E. la afectación diferenciada del destino de la multa civil, impuesta en concepto de daño punitivo a la entidad financiera demandada, adjudicando una porción de dicho monto a la actora (un 20% o lo que V.E. considere más apropiado) y el restante, a la realización de tareas de educación e información de los consumidores, a cargo de la demandada, para evitar la reiteración de este tipo de prácticas en el futuro. La circunstancia de que esta facultad judicial no haya quedado expresamente recogida en el nuevo Código Civil y Comercial, dejando subsistente la redacción del artículo 52 bis, conforme la ley 26.361, no impide una interpretación que armonice ambas funciones del instituto, a las que se hiciera referencia párrafos arriba. Todo ello entonces, abona cuanto aquí se ha dicho en punto a la facultad de decidir la procedencia discriminada del destino de los fondos correspondientes al daño punitivo.

Por todo cuanto aquí se ha expuesto, aconsejo a V.E. el

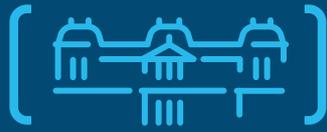
rechazo del recurso en vista (art. 289 del CPCCBA). Ello, sin perjuicio de sugerir a V.E. la consideración de la revisión parcial del pronunciamiento en crisis, en los términos precedentemente señalados, propiciando la reasignación del destino de los fondos estimados como daño punitivo, en los porcentajes y con la afectación antes indicados.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 7 de octubre de 2015.-



MARIA del CARMEN FALBO
Procuradora General
de la Suprema Corte de Justicia



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires**

DICTAMEN: C 121.448-1

**“Castaño, María Alejandra c/ Banco Credicoop Cooperativo
Limitado s/ daños y perjuicios”, fecha: 13/07/2017**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Castaño, María Alejandra
c/ Banco Credicoop
Cooperativo Limitado
s/ Daños y Perjuicios”
C. 121.448

Suprema Corte de Justicia:

I.- La Sala Uno de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca dispuso, en lo que resulta pertinente destacar aquí por constituir materia de impugnación, revocar la sentencia recaída en la instancia anterior -v. fs. 242/250 vta.- en cuanto rechazó la procedencia del rubro correspondiente al daño moral reclamado por la accionante María Alejandra Castaño contra el Banco Credicoop Cooperativo Limitado y modificar el importe establecido en concepto de daño punitivo, que resolvió elevar. Decidió, asimismo, que al monto establecido en concepto de resarcimiento del daño moral reconocido, se le adicionaran intereses a la tasa pura del 4% anual desde el 17 de junio de 2014 hasta el día de dictada la sentencia para continuar, en adelante, con la tasa activa del Banco Oficial (“para restantes operaciones” según la nomenclatura de la página web oficial de este Poder Judicial-www.scba.go.ar) hasta el momento del efectivo pago. Y que la condena impuesta en concepto de daño punitivo, llevara intereses a la tasa activa a computarse a partir de los diez días de notificada la sentencia a la accionada (fs. 303/319).

II.- Contra dicho pronunciamiento se alzó el Banco accionado vencido, cuya letrada apoderada interpuso recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, de nulidad y de inconstitucionalidad (v. escrito de fs. 324/360 vta.). Los dos últimos nombrados fueron concedidos en la instancia ordinaria a fs. 361 y vta. y el primero, a fs. 372.

III.- Arribadas las actuaciones a esa instancia extraordinaria, V.E. dispuso conferir vista de las mismas a esta Procuración General a los fines de que se emita el dictamen previsto por los arts. 283, 297 y 302 del Código

Procesal Civil y Comercial y, asimismo, para que se efectúen las peticiones que se entiendan pertinentes -en su condición de Jefatura del Ministerio Público (conf. arts. 1º, 2, 20, 1º párrafo, Ley 14.442 y resol. del 11-III-2013 de esa S.C.B.A. en causa I. 72447)- siendo que la Ley de Defensa del Consumidor -aplicada en autos- prevé la actuación obligatoria del Ministerio Público como “fiscal de la ley” (art. 52, ley 24.240) y a que en estos actuados no se le dio intervención alguna a los integrantes del referido cuerpo (fs. 377).

III.- 1. Atento los términos de la vista conferida, comenzaré por señalar que no encuentro reparos ni objeciones que formular respecto del trámite seguido en el proceso en el marco de las disposiciones de la Ley 24.240 citada.

No obstante ello, es deber de esta Procuración General cuya Jefatura ejerzo, asumir la intervención legal que el art. 52 de la legislación de marras confiere de manera obligatoria al Ministerio Fiscal y, en su consecuencia, advertir a V.E. sobre la existencia de un error material deslizado en la parte dispositiva del pronunciamiento de grado -fecha en la que se situó el *dies a quo*- que solicito se mande corregir en la instancia revisora ordinaria, aclaratoria mediante.

Así es, en los considerandos de la sentencia en crítica se dejó consignado que el hecho generador de los perjuicios cuya reparación reclama la parte actora, tuvo lugar el 18 de marzo de 2014 por ser la fecha del depósito bancario perdido (v. fs. 303 y fs. 312 vta.). Tal día fue establecido como *dies a quo* para el inicio del cómputo de los intereses que dispuso aplicar del siguiente modo: sobre el capital determinado para compensar el “daño moral” -cuya procedencia se declaró en el pronunciamiento del tribunal de alzada, cuantificándose a valores actualizados al día de su dictado-, a la tasa pura del 4% anual hasta la fecha de emisión del fallo, para continuar, en adelante, con la tasa activa del Banco Oficial. Y, sobre el monto fijado para indemnizar el “daño emergente”, ordenó aplicar igual tasa -activa- desde el día del depósito no reconocido -esto es: el 18 de marzo de 2014, de consuno con lo antes dicho- hasta el momento del efectivo pago (v. fs. 313).

Sin embargo, el punto 2) de la parte resolutive de la sentencia hace mención al día 17 de junio de 2014, fecha que, como dejé expuesto, no se compadece con la quedó claramente consignada en sus considerandos, incongruencia que, en mi opinión, no pasa de conformar un yerro material que debe entenderse suplido por lo que el mismo órgano jurisdiccional ha dicho entre los fundamentos de su decisión.

Advierto, asimismo, que omitieron los magistrados actuantes consignar en el resolutorio de su sentencia la tasa activa que entre sus considerandos la mayoría ordenó adicionar a la condena impuesta en concepto de “daño emergente” y la fecha a partir de la cual corren, que no es otra que el 18 de marzo de 2014 conforme lo establecido a fs. 313 citada.

Sobre este último tópico, estimo que resulta de estricta aplicación al caso la doctrina que desde antaño tiene elaborada V.E., según la cual: *“La sentencia es un todo compuesto de diversas partes consideradas entre sí armónicas y solidarias; de tal manera que lo que se dejara de decir en la parte dispositiva, que es sin duda donde se polariza el mandato del juez, debe suplirse o interpretarse por lo que el mismo juez ha dicho claramente al fundar su resolución”* (conf. S.C.B.A., causas Ac. 36.519, sent. del 10-III-1987; Ac. 50.350, sent. del 3-V-1994; Ac. 53.753, sent. del 4-IV-1995 y C. 100.949, sent. del 29-VI-2011, entre otras).

Ello sentado, he de recordar, una vez más, que la falta de intervención en las instancias ordinarias de los señores integrantes del Ministerio Fiscal a mi cargo por imperio de lo prescripto en el art. 52 del ordenamiento legal de mención, debería corregirse en el futuro, para prevenir con ello eventuales nulidades y especialmente para poder cumplir con la finalidad de control y resguardo del interés público involucrado en esta materia (dictámenes emitidos en las causas: C. 119.060, de fecha 21-X-2014; C. 119.253, de fecha 24-X-2014; C. 119.304, de fecha 28-X-2014; C. 120.989, de fecha 20-IV-2017; C. 121.062, de fecha 10-V-2017; C. 120.789, de fecha 10-V-2017; entre otros).

Procederé, ahora, a emitir el dictamen que los preceptos adjetivos

individualizados por V.E. exigen respecto de cada una de las vías extraordinarias deducidas en autos, si bien alteraré, por razones lógicas, el orden en el que fueron formulados en la presentación recursiva.

III.- 2. **Recurso extraordinario de nulidad:**

a) Bajo el postulado de que la sentencia impugnada ha sido dictada con inobservancia de los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial, denuncia el recurrente la configuración de dos de las causales contempladas en las referidas cláusulas que, según su criterio, descalifican su validez formal, a saber: omisión de tratamiento de cuestiones esenciales y ausencia de debido fundamento legal.

Entre los tópicos que invoca preteridos, menciona, en primer término, el recurso de apelación oportunamente deducido contra el fallo de primera instancia, de lo que derivó que su parte se viera excluida de la instancia recursiva correspondiente. Abona su afirmación con los argumentos expuestos en el recurso de inaplicabilidad de ley previamente desarrollado, a los que remite.

Y, en segundo lugar, la réplica formulada contra el recurso de apelación incoado por la contraria por medio de la presentación de fs.274/5. Alega sobre el particular que el tribunal de alzada acogió íntegramente las pretensiones sometidas a su consideración por la accionante, sin atender siquiera las razones esgrimidas por su parte para enervar su procedencia. Entre ellas, señala los cuestionamientos dirigidos a negar la existencia de los padecimientos invocados para sustentar el resarcimiento del daño moral reclamado; el exceso de jurisdicción imputado al juez de origen tanto al cuantificar el daño punitivo en un monto superior al pretendido por la demandante cuanto al aplicar la tasa de interés activa que no había sido objeto de petición en el escrito introductorio del proceso.

Con relación al vicio denunciado al amparo del art. 171 de la Carta local, sostiene que la cita del art. 52 bis de la Ley 24.240 efectuada en el fallo no alcanza a abastecer el recaudo de fundamentación legal impuesta en la cláusula constitucional en comentario cuando, como ocurre en la especie, su

interpretación y consiguiente actuación prescinde de analizar la concurrencia de los presupuestos fácticos a los que se halla subordinada su aplicación, ausentes, asegura, en el caso en juzgamiento.

Igual incumplimiento de la manda constitucional de marras exhibe, en su criterio, la cuantificación de la sanción punitiva dispuesta en el pronunciamiento, desde que aún en la hipótesis de que pudiese calificarse que la conducta observada por la entidad bancaria portase entidad suficiencia para juzgar procedente la aplicación de la multa civil impuesta, lo cierto es que la fijación de su importe sólo encuentra sustento en el mero arbitrio del juzgador “...a la postre ‘disfrazado’ de cálculo matemático objetivo y serio.” (v. fs. 355 “*in fine*”).

b) Enunciados, en prieta síntesis, los agravios que motivan el alzamiento invalidante del quejoso, me apresuro a adelantar mi opinión contraria a su progreso.

Corresponde, de inicio, desestimar la configuración del vicio omisivo invocado en la protesta al abrigo de lo dispuesto por el art. 168 de la Carta local.

Sin pasar por alto la insuficiencia técnica procesal incurrida por el recurrente al denunciar la falta de tratamiento del recurso de apelación intentado por su parte contra la sentencia de primera instancia, con sustento en los argumentos expuestos a su respecto en el carril de la inaplicabilidad de ley precedentemente articulado, déficit que, sabido es, atenta contra el principio de autosuficiencia recursiva según el cual, en palabras de V.E.: “*El recurso de nulidad extraordinario debe bastarse a sí mismo y su fundamentación no puede suplirse por remisión a las expresiones contenidas en la otra vía de impugnación extraordinaria conjuntamente deducida*” (conf. S.C.B.A., causas Ac. 75.200, resol. del 10-VIII-1999; Ac. 74.494, resol. del 11-X-2000; L. 101.474, sent. del 1-IX-2010; L. 98.729, sent. del 6-VII-2011; L. 106.456, sent. del 12-XII-2012 y L. 117.414, sent. del 4-III-2015, entre otras), lo cierto es que las impugnaciones formuladas en el escrito de expresión de agravios obrante a fs. 277/292 que acusa preteridas,

han quedado excluidas de consideración por la alzada en virtud de la decisión adoptada por la señora magistrada de origen en el sentido de decretar la deserción del recurso de apelación incoado por el demandado (v. fs. 293 y fs. 302).

Resulta analógicamente aplicable al caso, la doctrina elaborada por ese alto Tribunal en el sentido de que: *“No media falta de tratamiento de cuestiones esenciales, relacionadas con los planteos efectuados en la expresión de agravios, sino que la consideración de éstos ha quedado desplazada al declarar la Cámara desierto el recurso de apelación”* (conf. S.C.B.A., causas 107.229, resol. del 2-III-2011 y C. 119.463, resol. del 23-XII-2014).

Tampoco acierta el recurrente cuando reprocha al órgano de alzada el haber omitido abordar las réplicas formuladas por su parte al contestar los agravios fundantes de la apelación incoada por la actora (v. escrito de fs. 274/275 vta.). Y es que basta con imponerse del contenido de la sentencia en crítica para observar que aquéllas fueron explícitamente atendidas por el sentenciante de grado (v. fs. 304 vta. *“in fine”*/305) e implícita y negativamente resueltas como consecuencia de la solución fáctica y jurídica a la postre arribada.

Del caso es memorar invariable e inveterada doctrina legal, según la cual: *“No es procedente el recurso extraordinario de nulidad si las cuestiones que se dicen preteridas han sido resueltas en forma implícita y negativa para las pretensiones del recurrente, cualquiera sea el grado de acierto que pueda adjudicársele a la decisión, ya que el análisis de un eventual error ‘in iudicando’ es ajeno al ámbito de ese medio extraordinario de impugnación”* (conf. S.C.B.A., causas C. 94.093, sent. del 19-III-2008 y C. 117.988, sent. del 15-VII-2015, entre muchas más).

Inatendible resulta, por su parte, la denuncia vinculada a la transgresión de la manda contenida en el art. 171 de la Constitución de la Provincia, ni bien se observe el tenor de las razones esgrimidas por el presentante a los fines de demostrar su pretensa consumación.

Efectivamente, tengo para mi la certeza de que los argumentos que vertebran el referido tramo de la protesta resultan más que ilustrativos para advertir que no es la ausencia de base legal lo que genera su alzamiento sino, en realidad, la desacertada aplicación de los preceptos normativos actuados en la sentencia, agravio del todo extraño a la órbita de actuación del presente remedio procesal y propio del sendero de la inaplicabilidad de ley al conformar, en definitiva, la imputación de un eventual error de juzgamiento.

Al respecto, tiene dicho esa Suprema Corte que: *“El quebrantamiento de las garantías consagradas por el art. 171 de la Constitución provincial sólo se produce cuando el pronunciamiento carece de toda fundamentación jurídica, faltando la invocación de los preceptos legales pertinentes. Por ello cumple con la exigencia que impone dicha norma superlegal, el fallo que –como en el caso– está fundado en el texto expreso de la ley, no correspondiendo juzgar por vía del recurso extraordinario de nulidad el acierto de la decisión”* (conf. S.C.B.A. causas Ac. 62.639, sent. del 13-IV-1999; Ac. 76.619, sent. del 29-VIII-2001; Ac. 83.057, sent. del 31-III-2004; C. 94.699, sent. del 12-XII-2007; C. 85.799, sent. del 20-II-2008; C. 98.077, sent. del 6-VI-2011; C. 120.101, sent. del 17-VIII-2016, entre otras tantas más), como aspira, en rigor de verdad, el impugnante.

c) En mérito de lo dicho, es mi opinión que el recurso extraordinario de nulidad deducido es improcedente y así debería declararlo V.E., llegado el momento de dictar sentencia.

III.- 3. Recurso extraordinario de inconstitucionalidad:

a) En apoyo de la procedencia del presente medio de impugnación, denuncia el recurrente la violación del art. 57 de la Constitución provincial en cuanto veda a los jueces aplicar normas que agravien los principios, declaraciones, derechos y garantías consagrados en las Constituciones nacional y local.

Sostiene, en suma, que el pronunciamiento de grado ha vulnerado el derecho de defensa en juicio en tres de sus vertientes, a saber: al omitir

abordar el recurso de apelación deducido contra la sentencia de primer grado; al infringir el principio de congruencia sustentado en los arts. 17 y 18 de la Carta Magna nacional y 10 y 15 de la local y, por último, al transgredir las reglas de la sana crítica en la apreciación de los hechos y pruebas de la causa.

Tras desarrollar los argumentos que respaldan cada una de las denuncias mencionadas en el párrafo anterior, afirma el quejoso la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240 planteada oportunamente por su parte con resultado adverso en el fallo de primera instancia.

Sin perjuicio de lo cual, insiste en que la mentada disposición legal acarrea los siguientes menoscabos constitucionales, a saber: i) violación del principio del Juez Natural, pues más allá de la facultad conferida por el precepto en comentario, el juez civil carece de competencia para aplicar sanciones, sin que quepa formular paralelismo alguno, añade, con las potestades sancionatorias que le conceden los arts. 35, 37, 45, 523, 549 y 592 del Código Procesal Civil y Comercial pues las mismas tienen en mira las eventuales inconductas observadas en el curso de un proceso; ii) el principio *non bis in ídem*, habida cuenta de que los magistrados actuantes debieron indagar acerca del trámite administrativo seguido ante la OMIC (Oficina Municipal de Información al Consumidor) y la eventual imposición de sanciones; iii) vulneración del principio de reserva, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico no concibe la existencia de las denominadas “penas privadas”, razón por la cual desprende que el daño punitivo es inconstitucional por conformar un “tipo penal abierto” y, por ende, contrario a los arts. 18 de la Constitución nacional; 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 15 de la Carta Magna provincial; iv) violación al debido proceso legal, en tanto deja librado al criterio del juzgador la existencia o no de las conductas punibles, a lo que añade que la aplicación de sanciones penales en el marco de un proceso civil resulta inconstitucional en la medida en que el demandado se ve privado de las garantías que le asegura el proceso penal. En otro orden, alega,

con cita de Bustamante Alsina, que en nuestro sistema legal no pueden existir penas privadas ya que *“el autor culpable del daño sólo está obligado a la reparación del mismo, pero en modo alguno a sufrir una pena o castigo”* ni siquiera cuando haya obrado con intención de dañar (dolo), ya que en ese caso *“tampoco está sujeto a otra sanción que no sea la reparación del daño”*.

b) Liminarmente he de recordar que la doctrina legal enseña que: *“El remedio contemplado por el art. 161, inc. 1º de la Constitución provincial y regulado por el art. 299 del Código Procesal Civil y Comercial sólo se abre cuando en la instancia ordinaria se haya controvertido y decidido la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos provinciales bajo la pretensión de ser contrarios a las normas de la Carta local”* (conf. S.C.B.A., causas Ac. 93.985, resol. del 22-VI-2005; Ac. 93.822, resol. del 11-IV-2007; Ac. 95.195, resol. del 18-IV-2007; Ac. 104.204, resol. del 25-III-2009; C. 107.465, resol. del 14-IV-2010; C. 100.449, sent. del 2-III-2011; C. 116.625, resol. del 11-VII-2012; C. 104.967, sent. del 17-XII-2014, entre muchas más).

A la luz del criterio doctrinario reseñado, resulta fácil concluir que no median, en la especie, los presupuestos que habiliten la apertura de la instancia extraordinaria para acceder al conocimiento de la vía impugnativa bajo estudio.

Efectivamente, al obstáculo que representa la circunstancia de que el planteo constitucional introducido por la entidad bancaria demandada giró en torno de la validez del art. 52 bis de la ley nacional 24.420 (v. escrito de contestación de demanda a fs. 74/86, pto. 5.3) se suma el escollo de que la decisión adversa a su progreso recaída en la instancia de origen (v. fs. 242/251), adquirió firmeza por falta de oportuna impugnación (v. fs. 293 y fs. 302), razón por la que el órgano de apelación actuante no pudo emitir pronunciamiento alguno a su respecto, en orden a lo prescripto por el art. 266 del Código Procesal Civil y Comercial.

Siendo ello así, cuadra concluir -como anticipé- que distan de estar presentes, en el *“sub-lite”*, los recaudos a los que se subordina la

admisibilidad del medio recursivo bajo análisis (conf. S.C.B.A., causas Ac. 74.898, resol. del 13-IX-2000; Ac. 85.356, resol. del 11-XII-2002; Ac. 98.085, resol. del 22-VI-2005; Ac. 97.195, resol. del 18-IV-2007; C. 76.472, sent. del 6-XI-2013).

Inabordables devienen, a su vez, el resto de las alegaciones vertidas por el quejoso, ni bien se observe que se hallan dirigidas, en rigor de verdad, a controvertir la validez de la sentencia misma por afectar, en su opinión, garantías y derechos constitucionales de carácter nacional y local, imputaciones que resultan propias del carril de la inaplicabilidad de ley y ajenas al presente (conf. S.C.B.A., causas Ac. 94.012, resol. del 28-IX-2005; Ac. 94.716, resol. del 3-V-2006; C. 115.471, resol. del 9-V-2012; A. 72.898, resol. del 5-III-2014; A. 72.897, resol. del 12-III-2014 y A. 70.852, sent. del 24-V-2016, entre otras tantas), como también lo son aquéllas destinadas a cuestionar la labor axiológica desplegada por el tribunal en torno del material probatorio colectado (conf. S.C.B.A., causas A. 70.852, sent. del 24-V-2016).

c) Las precedentes consideraciones me inclinan a considerar que el recurso extraordinario de inconstitucionalidad incoado en autos, ha sido mal concedido y así, entiendo, debería declararlo V.E.

III.- 4. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley:

a) Impuesto del contenido de la pieza recursiva en vista, procederé a enunciar sintéticamente los embates vertidos en sustento de su procedencia: i) violación de los arts. 496 y 246 del Código Procesal Civil y Comercial; ii) arbitraria interpretación y aplicación del art. 52 bis de la ley 24.240, como así también, del empleo de la fórmula propuesta por el Dr. Irigoyen Testa para cuantificar el importe de la sanción civil contemplada por el precepto legal puesto en entredicho; iv) infracción del principio de congruencia plasmado en los arts. 34, inc. 4°; 163, inc. 6° y 272 del ordenamiento civil de forma y v) errónea aplicación del art. 565 del Código de Comercio en torno de la fijación de la tasa activa de interés

b) Anticipo opinión contraria al progreso del intento revisor deducido, en atención a las consideraciones que seguidamente expondré.

i) Apelado por el aquí recurrente el fallo de primera instancia obrante a fs. 242/251, la señora jueza que lo dictó declaró la deserción del recurso en virtud de considerar extemporánea su fundamentación a la luz del plazo establecido en el art. 496, inc. 2° del Código Procesal Civil y Comercial (ver fs. 293).

Contra dicha decisión se alzó la letrada apoderada del Banco demandado mediante el recurso de revocatoria con apelación en subsidio que luce en el escrito de fs. 294/301 vta., remedios procesales que la magistrada de origen desestimó de plano en mérito de no constituir la vía de impugnación prevista en el art. 275 del ordenamiento civil adjetivo (ver fs. 302).

Es de toda evidencia que lo así resuelto adquirió firmeza y los argumentos que intenta hacer valer la recurrente en pos de torcer su acierto resultan ineficaces para conmoverlo en tanto remiten a una cuestión procesal anterior al pronunciamiento de grado que se encuentra alcanzada por la preclusión hallándose, por ende, detraída de la competencia revisora que tiene asignada esa Suprema Corte.

Del caso es recordar invariable e inveterada doctrina legal, según la cual: *“Las cuestiones preclusas resultan ajenas al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”* (conf. S.C.B.A., causas Ac. 58.114, sent. del 27-VI-1995; Ac. 80.666, sent. del 30-X-2002; Ac. 96.944, sent. del 6-VI-2007; C. 119.524, sent. del 15-VI-2016; C. 119.022, sent. del 31-V-2017, entre muchas más).

ii) Inaudibles devienen, por su parte, las críticas enderezadas a cuestionar la aplicación de la multa civil impuesta a la entidad bancaria recurrente con apoyo en lo dispuesto en el art. 52 bis de la ley 24.240.

Y es que fuera de la insuficiencia técnica que exhibe este tramo de la protesta en tanto omite invocar y demostrar la presencia del vicio de absurdo a los fines de abrir la competencia revisora de V.E. al conocimiento de la mentada decisión que, del caso es destacar, reviste naturaleza fáctica a la luz de la doctrina legal que reza: *“Constituye una cuestión de hecho establecer si en un caso dado concurren o no los presupuestos fácticos que*

condicionan la aplicación de determinado precepto, constituye una cuestión de hecho que sólo puede ser reexaminada en esta instancia si se pone en evidencia que esa conclusión está viciada por el absurdo” (ver S.C.B.A., causas Ac. 74.253, sent. del 4-IV-2001; Ac. 81.521, sent. del 3-III-2004 y C. 115.877, sent. del 9-X-2013), lo cierto es que tanto la atribución de responsabilidad objetiva consagrada por el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor cuanto la calificación y subsunción de la conducta desplegada por el Banco demandado en el marco del art. 52 bis del cuerpo legal en comentario, fueron dirimidos y resueltos por la señora magistrada de primer grado (ver sentencia de fs. 242/251) decisiones que arribaron firmes a la sede del tribunal de alzada como consecuencia de la declarada deserción del recurso de apelación intentado por la citada entidad bancaria a los fines de cuestionarlas (v. fs. 293 y fs. 302 citadas y doctrina art. 266 del Código Procesal Civil y Comercial).

En tales condiciones, resulta inadmisibile la pretensión enderezada a que esa Suprema Corte ingrese al análisis de las impugnaciones dirigidas por el quejoso con el objeto de censurar la decretada procedencia de los denominados “daños punitivos” que le fueron impuestos al amparo del art. 52 bis de la tantas veces mencionada Ley 24.240, cuando las mismas, en definitiva, no constituyeron materia de agravios sometidos a conocimiento de la alzada como consecuencia de la decisión que dispuso la deserción de su apelación (v. fs. 293 cit.).

En ese sentido, ha sostenido ese alto Tribunal que: *“Por vía del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley la Corte no puede conocer de cuestiones que no fueron sometidas a consideración de la segunda instancia”* (conf. S.C.B.A., causas Ac. 61.656, sent. del 01-XII-2004; Ac. 92.175, sent. del 11-VI-2007; C. 93.735, sent. del 27-VIII-2008; C. 99.117, sent. del 24-VIII-2011; C. 105.283, sent. del 8-VIII-2012 y C. 111.675, sent. del 24-IV-2013).

iii) Tampoco pueden tener andamio los agravios del intento revisor dirigidos a cuestionar la fijación del importe del daño punitivo

mediante el empleo de la fórmula propuesta por Irigoyen Testa, Matías (ver *Fórmulas para cuantificar los daños punitivos*”, Jurisprudencia Argentina Número Especial sobre Derecho y Economía, Fascículo N° 13, Abeledo Perrot, 2011, pp 83-96).

Y es que desde siempre esa Suprema Corte se ha ocupado de señalar que: *“Tanto la determinación de los distintos rubros que integran la condena, como su procedencia y cuantificación, constituyen típicas cuestiones de hecho, ajenas por ello al conocimiento de la Suprema Corte, salvo el supuesto de absurdo”* (conf. S.C.B.A., causas C. 108.101, sent. del 12-IX-2012; C. 116.683, sent. del 14-VIII-2013 y C. 100.855, sent. del 12-III-2014), anomalía invalidante del pensamiento que no es siquiera denunciada en la protesta, más allá de que la utilización de dicha fórmula resulta *prima facie* razonable, tal como fuera desarrollado por esta Procuración General en el dictamen emitido en la causa C. 119.562 “Castelli”, de fecha 7-X-2015.

iv) No ha de correr mejor suerte la denuncia de violación del principio de congruencia que en la pieza recursiva se endilga cometida por el órgano colegiado interviniente al cuantificar los rubros correspondientes a los daños moral y punitivo reclamados por la accionante en importes muy superiores a los propuestos en el escrito postulatorio de la acción.

Ello es así, pues desde siempre se ha encargado de decir esa Suprema Corte que: *“La Cámara no incurre en demasía decisoria al condenar al pago de una suma mayor a la reclamada en la demanda si el actor exhibió su intención de no inmovilizar su reclamo al monto peticionado. Dicha intención queda demostrada, si al reclamar en la demanda, se lo hizo refiriendo dicho reclamo ‘a lo que en más o en menos resulte de la prueba (art. 163, inc. 5º, C.P.C.C.)”* (conf. S.C.B.A., causas Ac. 48.970, sent. del 20-IV-1993; Ac. 74.082, sent. del 13-VI-2001; C. 102.310, sent. del 27-IV-2011; C. 110.037, sent. del 11-III-2013; C. 117.501, sent. del 4-III-2015 y C. 119.829, sent. del 23-XI-2016, entre otras). Tal, lo que aconteció en la especie (fs. 34 y fs. 37, de la pieza introductoria de la acción).

v) Resta, finalmente, abordar el embate enderezado a controvertir la tasa de interés activa aplicada en el fallo en torno de los rubros daño moral –dispuesta a partir de la fecha del dictado del pronunciamiento de grado- y daño emergente con sustento en lo prescripto por el art. 565 del Código de Comercio, el que, en mi parecer, se exhibe notoriamente deficitario para abastecer las exigencias del art. 279 del ordenamiento civil adjetivo. Me explico.

Puesta a resolver la disconformidad planteada por la accionante sobre la temática de mentas en ocasión de fundar su apelación contra el fallo de origen, sostuvo la Cámara de Apelación actuante que los intereses por los rubros compensatorios como el daño moral cuyo reconocimiento admitió y cuantificó en el fallo a valores actualizados a la fecha de su dictado, deberán correr desde el 18 de marzo de marzo de 2014 -día en el que situó el *dies a quo* para su cómputo por ser la fecha del depósito “perdido”- a la tasa pura del 4% anual hasta el día de dictada su sentencia para continuar, en adelante, con la tasa activa del Banco oficial. En ese sentido, expresó que si bien la doctrina legal vigente en torno de la materia en tratamiento tiene sentado que los intereses aplicables a partir del 1° de abril de 1991 deben ser liquidados a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días, vigente en los distintos períodos de aplicación, consideró, empero, que correspondía apartarse de tal criterio, en la medida en que la obligación de autos se halla regida por la legislación comercial (arts. 1°, 7°, 8°, inc. 3° y concordantes del Código de Comercio) cobrando, consecuentemente, plena vigencia lo previsto en el art. 565 del referido cuerpo legal.

Igual tasa activa dispuso aplicar al daño emergente desde el día del depósito no reconocido por el Banco demandado y, en lo atinente a la condena por daños punitivos impuesta, también ordenó adicionar dicha tasa, pero recién a partir de los diez días de notificada la sentencia al accionado pues, como se había dejado expuesto, el concepto de marras no tiene naturaleza resarcitoria sino sancionatoria y, por ende, a su respecto el demandado no se halla en mora (art. 509, Código Civil).

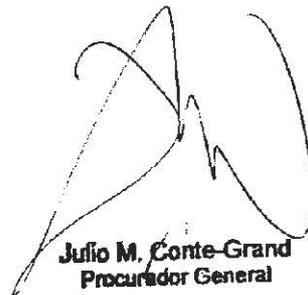
Pues bien, conforme anticipé párrafos arriba, tengo para mí que los argumentos blandidos por el autor de la protesta con la aspiración de torcer el sentido de la decisión adoptada en el fallo respecto de la tasa de interés que la alzada juzgó de aplicación al *sub-lite*, no van más allá de la exteriorización de su propio criterio inhábil, se sabe, para abastecer la carga impuesta por el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial.

Tiene dicho V.E. en torno del referido precepto formal que: *“El escrito en el que se deduce el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley debe impugnar con juicios objetivos los fundamentos del “a quo” y no limitarse a desarrollar argumentos fundados en apreciaciones subjetivas e insuficientes para desvirtuar la objetividad de los juicios vertidos en la sentencia, desde que disentir con lo resuelto no resulta base idónea de agravios”* (conf. S.C.B.A., causas C. 95.276, sent. del 15-IV-2009; C. 104.985, sent. del 6-X-2010; C. 107.239, sent. del 9-II-2011; C. 105.079, sent. del 31-X-2012; C. 108.078, sent. del 18-VI-2014 y C. 119.123, sent. del 29-III-2017).

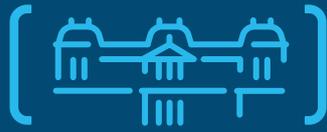
Y a esa simple discrepancia se reduce el embate que en este aspecto formula el recurrente, déficit de suficiencia técnica que sella el rotundo fracaso de su impugnación.

c) Es en mérito de las consideraciones hasta aquí vertidas que tengo formada opinión contraria al progreso del recurso extraordinario de inaplicabilidad que dejo examinado y entiendo que así debería resolverlo también esa Suprema Corte, llegada su hora.

La Plata, 19 de julio de 2017.-



Julio M. Conte-Grand
Procurador General



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 120.989-1

“Gorrini, María Fabiana c/ Banco Galicia y Bs. As. s/ daños y perjuicio”, fecha: 19/04/2017



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Gorrini, María Fabiana c/
Banco Galicia y Bs.As.
s/ Daños y Perjuicios”
C. 120.989

Suprema Corte de Justicia:

I.- Se corre vista a esta Procuración General en estos términos: “En atención a que la Ley de Defensa del Consumidor en la que se sustentó el reclamo prevé la intervención del Ministerio Público Fiscal como fiscal de la ley (art. 52, ley 24.240) pasen los obrados en vista a la Procuración General en su condición de jefatura del Ministerio Público (arts. 1, 12 y 13, ley 12.061) para que ese cuerpo tome la intervención que estime pertinente y, en su caso, emita el dictamen previsto en el art. 283 del Código Procesal Civil y Comercial” (fs. 613).

II.- La Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora resolvió a fs. 512/527 confirmar en lo sustancial la sentencia de origen (fs. 366/378) que, a su turno, hizo lugar parcialmente a la demanda resarcitoria entablada por la Sra. María Fabiana Gorrini contra el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.

Sin embargo, y en cuanto aquí interesa destacar, la Alzada redujo el monto de la condena por daño punitivo y elevó los montos de resarcimiento por los rubros daño físico y estético, psíquico y moral. Definió asimismo la tasa de interés aplicable al capital de condena, determinando que fuera la tasa pasiva plazo

fijo digital.

El magistrado ponente inició su argumentación con una aclaración preliminar respecto de la aplicación al caso del Código Civil y Comercial de la Nación, por tratarse de un supuesto de derechos de los consumidores. Sostuvo que el mismo debía ser regido por los principios emergentes de dicho cuerpo normativo, a partir de la interpretación del artículo 7° que allí ensayó.

Luego, sobre la responsabilidad de la demandada, expuso que no se encontraba controvertida en autos la relación contractual que vinculaba a los contendientes. Que en cambio, se hallaba demostrado que la actora era titular de cuentas (caja de ahorro y cuenta corriente) en el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Sostuvo, entonces, que esta circunstancia imponía la consideración de la protección privilegiada de los consumidores determinada por el artículo 42 de la Constitución Nacional, así como la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240). De lo que se derivaban consecuencias sobre el Derecho de daños y el Derecho procesal, en particular, en lo atinente a la carga de la prueba y en cuanto al mandato axiológico orientador de la decisión.

También expuso el magistrado que resultaba un hecho no controvertido que el día 26 de noviembre de 2008, siendo las 20hs. aproximadamente, la Sra. María Fabiana Gorrini usó un cajero automático en la Sucursal Banfield de la entidad financiera demandada (sita en la calle Hipólito Yrigoyen N° 7839). Que en dicha circunstancia, fue víctima de un hecho delictivo, oportunamente reconocido por la demandada, quien le reembolsó

la suma allí sustraída (\$380). También afirmó que estos hechos se encontraban corroborados por la causa penal que obra agregada por cuerda, identificada como expediente N° 07-00-905325-08.

Sobre dicha plataforma fáctica y normativa general, la Alzada procedió a evaluar los alcances de la responsabilidad imputable al banco demandado. Expuso que conforme el artículo 1757 del nuevo CCyC la responsabilidad derivada del riesgo o vicio de la cosa tiene un factor de atribución objetivo. Estimó que la actividad que genera un provecho económico para la entidad financiera puede acarrear riesgos que, en tanto previsibles, pueden ser trasladados a los costos empresarios. Estableció también la analogía con el transporte de caudales y concluyó que la demandada era responsable por los daños sufridos por la actora y derivados de su propia actividad. En sentido concordante, citó jurisprudencia que había responsabilizado a los bancos por hurtos ocurridos en sus edificios. Por lo demás, estimó que no se encontraba acreditada en autos la culpa de la víctima como eximente de la mentada responsabilidad.

En lo que respecta a la condena por daño punitivo, la Alzada sostuvo que dicha sanción encuentra sustento normativo en el artículo 52 bis de la ley 24.240 (texto según ley 26.361) y señaló los caracteres principales de la figura. En conexión con ello, evaluó el acatamiento de parte del banco de las obligaciones legales y contractuales a su cargo. Expuso que la propia demandada había alegado el cumplimiento de los estándares de seguridad dispuestos por el Banco Central de la República Argentina (Comunicación A 3390).

Entonces, procedió a valorar si en autos se había producido prueba confirmatoria de dicho aserto, presupuesto fáctico de la defensas opuestas por la demandada (art. 375 del Código ritual). Ponderó la prueba a la luz del deber de colaboración que estimó regía en esta materia, así como también la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, con cita del artículo 53 de la LDC. Concluyó a este respecto que no se había acreditado en autos el cumplimiento de las referidas pautas de seguridad, por lo que se debía seguir la condena analizada. Luego, procedió a enumerar los parámetros que debían ser considerados a los efectos de la cuantificación de dicha sanción y en relación a ésta, redujo el monto impuesto en la instancia de origen a la mitad.

Contra dicha resolución se alzaron ambas partes. La actora lo hizo a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que obra a fs. 580/585 y la demandada, a su turno, planteó igual remedio extraordinario (fs. 534/574).

III.- Volviendo sobre los términos en los que fue conferida la vista a esta Procuración General, destacados al inicio de este dictamen, considero oportuno reiterar el criterio adoptado por este Ministerio Público en supuestos similares al de autos, en los que, pese a que alguna de las partes fundó sus pretensiones en las normas de defensa del consumidor, no se dio la debida y oportuna intervención -legalmente obligatoria- a sus representantes en las instancias de grado en su carácter de Fiscal de la ley (doctrina de los dictámenes emitidos en las causas C. 118.270, C. 119.060, C. 119.253, C. 119.304, C. 114.208, C.

116.847, entre otros).

Se expuso en las referidas causas que resulta fundamental revertir esta práctica en el futuro a efectos de poder prevenir eventuales nulidades procesales. Pero en especial, se vuelve crucial dar debida intervención a este Ministerio Público, en resguardo del interés público involucrado, para permitir su oportuna alegación y defensa.

Ahora bien, razones de economía procesal mueven a esta Procuración General a asumir la participación en el presente, en el estado procesal en que se encuentra, evitando justamente a la parte que el Derecho tutela, mayores dilaciones e inconvenientes. Es por ello que solicito a V.E. la especial estimación de las razones que expondré, superando a tal fin, cualquier óbice formal que pudiera existir.

Por último, he de añadir que por razones de orden lógico daré tratamiento, en primer término, al recurso de la parte demandada, para luego dictaminar con respecto al interpuesto por la accionante.

IV.-1. Recurso de inaplicabilidad de ley de la parte demandada (fs. 534/574):

En su extensa pieza recursiva, el legitimado pasivo alega que el fallo en crisis incurrió en una errónea aplicación retroactiva del CCyC. Que invirtió de manera equivocada la carga de la prueba e incurrió en vicios de raciocinio al atribuir el carácter “riesgoso” al servicio prestado a través de cajeros automáticos por su entidad. Se agravia de la derivada responsabilidad objetiva que se le endilga así como de la relación de causalidad que a su

entender no se hallaba configurada. Denuncia la violación de la doctrina legal que cita y la infracción normativa que detalla. Deja planteada la cuestión constitucional a los efectos de proceder por la vía extraordinaria federal.

En cuanto al primero de sus agravios, sostiene que la relación jurídica que funda el reclamo nació el día 26 de noviembre de 2008, por lo que habría de regirse por la normativa civil entonces vigente. Que la eventual aplicación del nuevo CCyC a las relaciones de consumo debería hacerse, según su entender, sólo a relaciones contractuales vigentes, mientras que en autos se trataba de una relación extracontractual, cuyas consecuencias ya estaban agotadas al 1° de agosto de 2015.

Luego formula su cuestionamiento centrado en la inversión del *onus probandi* que atribuye al sentenciante *a quo*, lo que, según su apreciación, violaría los artículos 375 del Código ritual y el 54 de la Ley de Defensa del Consumidor. En suma, sostiene que el cumplimiento de la Comunicación A 3390 del BCRA no era tema de debate en autos, por lo que no le correspondía probar tales presupuestos fácticos. Entiende absurda la conclusión de la Alzada, que desprende de la aludida falta de acreditación de los estándares mínimos de seguridad, su propia responsabilidad.

Por otra parte, el recurrente desarrolla los diversos motivos por los que entiende configurado el absurdo. Alega en primer término la errónea valoración del carácter contractual de los hechos objeto de la litis, lo que a su entender violaría los artículos 1068, 1109 y 1113 del CC y el artículo 40 de la LDC.

Afirma que, sin perjuicio de la relación contractual que lo une con la actora, el caso resultaba del obrar de un tercero que fracturaba la relación causal y desplazaba la protección contractual del consumidor.

Sostiene que no se ha demostrado la relación causal entre el riesgo del cajero automático y el resultado lesivo discutido en la causa. Se agravia de la analogía utilizada por el sentenciante con relación al transporte de caudales, la que tilda de falaz. En suma, cuestiona el quebrantamiento de las reglas de la valoración de la prueba al tener por configurada la responsabilidad del banco, partiendo de la base de una actividad riesgosa, basada en una falsa analogía.

Dice además que el decisorio es violatorio del principio de congruencia al considerar cuestiones -en concreto, lo relativo a la Comunicación A3390 del BCRA- que no habían sido objeto de la litis. Inversamente, invoca igual vicio por omisión de tratamiento de argumentos tendientes a la solución del pleito. Sostiene que ha sido absurdo el decisorio en cuanto carece de motivación suficiente respecto del cumplimiento de los presupuestos de responsabilidad. Funda estos agravios en la conculcación de las normas contenidas en los artículos 168 y 171 de la Constitución Provincial y el 266 del CPCCBA.

Estima absurdo el fallo recurrido por no haber fijado los criterios que se han tomado en consideración para la cuantificación de la condena, siendo que a su juicio, tampoco está probado que el obrar del banco fuera reticente para fundar la sanción punitiva, ni resulta -a su entender- razonable su monto.

Cuestiona también los rubros de la condena resarcitoria. Se agravia de la falta de consideración de ciertas cuestiones de hecho que refiere, tal como el estado de salud de la actora.

Luego, el recurrente enumera detalladamente la doctrina legal que dice violada. En prieta síntesis, alega el quebrantamiento de aquella relativa a la aplicación temporal de las leyes, la referida a los eximentes de responsabilidad (obrar de un tercero por el que no se debe responder) en el marco del artículo 1113 del Código Civil, otra vinculada con el principio de congruencia (con cita de doctrinal legal de V.E. en materia laboral), con la carga de la prueba y, también, aquella que versa sobre el deber de los jueces de fundar sus decisiones, sobre la falta de tratamiento de cuestiones conducentes y motivación oculta tras afirmaciones dogmáticas. Deja planteada asimismo, la cuestión federal.

IV.-2. En autos quedó firme la conformación fáctica de la litis y sus elementos constitutivos devinieron irrevisables en esta instancia, toda vez que los argumentos que sustentan el alegado vicio de absurdo resultan insuficientes para el fin que se proponen.

En este sentido, tal como lo ha sostenido V.E. en numerosas oportunidades, dicho vicio lógico del razonamiento sólo se configura cuando existe en el fallo impugnado un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica o una grosera desinterpretación material de alguna prueba, no constituyéndolo las conclusiones meramente objetables, discutibles o poco convincentes, que no llegan a los mencionados extremos (conf.

S.C.B.A., causas Ac. 33.870, sent. del 23-X-1984; Ac. 50.575 sent. del 27-VII-1993; Ac. 75.020, sent. del 20-IX-2000; Ac. 78.318, sent. del 19-II-2002; Ac. 88.695, sent. del 22-III-2006; C. 105.039, sent. del 16-XII-2009; C. 108.433, sent. del 9-II-2011; entre otras).

Por tal motivo, su demostración impone una carga argumentativa que no puede verse reducida a la manifestación de un disenso con la manera en que los magistrados han valorado el material probatorio. En cambio, se debe demostrar el referido vicio de razonamiento, exigiéndose como un imperativo que pesa sobre el recurrente el poner de manifiesto un importante desarreglo en la base del pensamiento, una anomalía extrema, una falla palmaria en el proceso de raciocinio, que coloque así en evidencia la extravagancia de la conclusión a que se ha arribado (conf. S.C.B.A., causas L. 70.295, sent. del 12-III-2000; Ac. 95.794, sent. del 17-XII-2008; entre otras).

Surge de la lectura del recurso que la crítica del impugnante no logra demostrar la configuración de este vicio grave del razonamiento. En cambio, su argumentación parece traslucir un desacuerdo con el sentido del decisorio y en particular, con el modo en que los hechos han sido calificados jurídicamente.

Todas sus alegaciones resultan ineficaces para evidenciar el absurdo invocado. En honor a la brevedad, no analizaré en detalle cada uno de los argumentos esgrimidos. Además, tal como lo ha expresado V.E., no es tarea propia de esa Suprema Corte demostrar o poner en evidencia por qué no existe el absurdo que

se denuncia (doctrina causas Ac. 46.706, sent. del 8-VI-1993 y Ac. 57.507, sent. del 12-III-1996). Entonces, excluidos los agravios que debieron ser canalizados a través del recurso extraordinario de nulidad -los que se alegan con invocación de violación a las mandas contenidas en los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial-, serán abordados los restantes, en cuanto corresponda, al considerar la corrección del fallo en crisis.

Tal como anticipé en el apartado **II** de este dictamen, resulta un hecho comprobado que la Sra. María Fabiana Gorrini era titular de cuentas (caja de ahorro y cuenta corriente) en el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Así como también, que el día 26 de noviembre de 2008, siendo las 20hs. aproximadamente, la actora usó un cajero automático en la Sucursal Banfield de la entidad financiera demandada, sita en la calle Hipólito Yrigoyen N° 7839, circunstancias éstas en las que fue víctima de un hecho delictivo, con consecuencias que aquí reclama al banco demandado.

En este estadio procesal, corresponde revisar la calificación jurídica que ha efectuado el tribunal *a quo* y considerar, así, la procedencia del recurso en vista.

Estimo que el caso resulta encuadrable en la Ley de Defensa del Consumidor (LDC). Nótese que existía al momento de la comisión del delito una relación de consumo entre la actora y el Banco de Galicia y Buenos Aires. Esta circunstancia resulta determinante del plexo normativo y el criterio axiológico que habrá de orientar la decisión del presente caso, en aras de velar por los intereses de los consumidores como parte débil de la

relación (conf. S.C.B.A., doctr. causas C. 91.452, sent. del 17-IX-2008 y C.115.486, sent. del 30-IX-2014, entre otros). Y no aparece desvirtuada, como lo pretende el recurrente, por el obrar de un tercero (delincuente) por el que esa entidad bancaria no debía responder, pues como se verá, el evento dañoso ingresa dentro de los riesgos inmanentes a la relación de consumo y es por ello que, más allá de quien protagonice el evento en sí, le cabe responsabilidad al banco como derivación del deber de seguridad que el ordenamiento tuitivo coloca en su cabeza.

En este sentido, la normativa de protección de consumidores y usuarios, que resulta reglamentaria de la protección constitucional contenida en el artículo 42, incorpora el deber de seguridad y hace surgir de él la responsabilidad que le cabe al comerciante o proveedor de bienes y servicios. El artículo 40 de la LDC establece la responsabilidad por los riesgos o vicios de la cosa, así como también los derivados de la prestación del servicio, aspecto este último aplicable al caso bajo análisis.

El carácter riesgoso que aquí se ha atribuido al servicio de cajeros automáticos -aunque la redacción confusa de la sentencia parece aludir al riesgo del cajero *in se*- merece algún detenimiento. Tal como he adelantado, lo que en la especie debe ser considerada riesgosa es la actividad de extracción de dinero de dichos cajeros a cualquier hora del día, en espacios más o menos abiertos y más o menos custodiados. Esta actividad, de más está decir, está predispuesta por el banco porque resulta parte de los servicios conexos con cualquier cuenta bancaria.

Abonando el carácter riesgoso de la actividad de

extracción de dinero de cajeros automáticos, resulta un hecho notorio que muchas entidades bancarias pretenden desplazar la asunción de dicho riesgo al propio consumidor, ofreciéndoles la contratación de un servicio adicional de seguro por “robo en cajeros automáticos”. Entonces, pues, estimo que no pueden haber dudas respecto del riesgo implicado en la operación a través de cajeros automáticos en nuestro país.

Además, el contenido del deber de seguridad está precisado por normativa específica del Banco Central de la República Argentina. Así, la citada Comunicación A 3390, regula varios aspectos relativos a las Medidas Mínimas de Seguridad en las Entidades Financieras. Dicha norma establece que los recaudos allí previstos son los mínimos, que de manera obligatoria deben respetar las entidades financieras comprendidas en el régimen de la Ley 21.526 (Ley de Entidades Financieras), quedando al exclusivo criterio y responsabilidad de las mismas la adopción de otros mecanismos que estimen necesarios, según surjan de los Estudios de Seguridad que efectúen, con el objeto de proteger las personas y los valores, sin autorización del Banco Central (Sección 1.1).

En la Sección 5 de dicha Comunicación, se incluyen algunas disposiciones particulares. Allí se puede leer que las entidades financieras que instalen cajeros automáticos deberán ajustarse a las especificaciones y medidas mínimas de seguridad que en cada caso se determinan con el objeto de asegurar la protección de los valores atesorados en cada cajero automático y de los respectivos usuarios.

La Sección 5.1.1.4. de la misma norma, establece que la iluminación del cajero automático suministrará la claridad suficiente para permitir observar en todo momento los movimientos que se produzcan interna y exteriormente. La Sección 5.1.2.1, prevé que los cajeros automáticos (ATM) requieren seguridad en el contenedor de valores *y en el perímetro de su ubicación*. Añade que cuando se encuentren ubicados en la sede de la entidad financiera, como en el caso de autos, deben disponer de un recinto operativo ("lobby"), con puerta de acceso dotada de cerradura electromecánica con accionamiento mediante tarjeta magnética y deben contar con un dispositivo que permita registrar imágenes de acuerdo a lo descrito en el punto 2.10.1. inciso "e" (Sección 5.1.3.2).

En la interpretación de los alcances de este deber de seguridad, tribunales capitalinos han entendido que: *"el empleo de cajeros automáticos constituye un servicio mediante el cual, además de ofrecer al cliente una nueva opción para operar, brinda al banco un beneficio en razón de la agilidad y celeridad que dicha modalidad de ejecución de depósito y retiro de fondos le ofrece y que ello le permite atraer un mayor número de clientes, evitando innecesarios aglutinamientos de personas en sus sucursales como, asimismo, la disposición de recursos humanos a fin de asistir a consecuentes requerimientos. La utilización de esas terminales de autogestión que permiten al cliente interactuar con sistemas electrónicos concretando operaciones que luego deben ser controladas por los bancos, generan riesgos específicos que deben asumir, como principio,*

quienes los implementan y se benefician con tales modalidades de operatoria bancaria. Por ello, esas entidades deben arbitrar todos los medios necesarios tendientes a reducir al máximo esos previsibles riesgos en la inteligencia de que su defectuoso suministro constituye un supuesto de responsabilidad civil” (C. Nac. Com., Sala E, causa “Lefevre, Claudia A. c/ HSBC Bank Argentina S.A”, 10-VIII-2011, con la cita de Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, t. IV, La Ley, Buenos Aires, p. 432 y el antecedente C. Nac. Com., Sala E, causa “Ciarfaglia, Nicolás L. v. Citibank N.A”, 30-VI-2010).”

También se ha dicho que: *“La institución bancaria mediante la celebración de un contrato de caja de ahorro asume una obligación compleja cuyo incumplimiento da lugar a una “responsabilidad objetiva”. Así, presta de manera profesional un servicio cuya seguridad ha de garantizar por lo que, en el ámbito de su incumbencia -cajero automático de su dependencia-, debe responder por los daños que genera al cliente el incumplimiento de esa mentada obligación de seguridad, salvo caso fortuito o fuerza mayor” (C. Nac. Com., Sala C, “Serra, Marcelo Daniel c. Banco Río de la Plata S.A.”, de fecha 21-VIII-2009).*

Sentado ello, en autos ha quedado acreditado que la actora fue atacada por una persona que había logrado acceder al sector de cajeros automáticos con antelación, vulnerando de alguna manera el ingreso seguro que debieran tener estos recintos. Además, no se ha demostrado en la causa que existiera presencia de guardia alguna de seguridad en dicho lugar ni en el perímetro

de su ubicación. La demandada no ha evidenciado que se hubieran cumplido éstos u otros extremos para desalentar este tipo de atracos.

Todo ello pone de resalto que no se ha acreditado el debido cumplimiento de las medidas de seguridad que podrían haber evitado el hecho o, al menos, disuadido a los delincuentes de realizarlo, desalentados por mayores controles sobre el área de servicios de cajeros automáticos del banco.

En relación a este punto, el recurrente se agravia de la consideración de estas normas de seguridad, pues entiende que las mismas no integraron la plataforma discutida en la litis, lo que violaría el principio de congruencia además de derivar en una violación de las reglas relativas a la carga de la prueba.

En primer término, he de subrayar que estas normas resultan parte del Derecho aplicable para resolver el caso, por lo que en virtud del *iura novit curia*, su aplicación se encuentra desvinculada de la invocación de las mismas por las partes descartándose así la infracción a la congruencia procesal (conf. S.C.B.A., causa C. 99.667, sent. del 24-XI-2010).

Sin perjuicio de esto, cabe señalar que ha sido el propio recurrente, en ocasión de contestar la demanda, quien ha pretendido eximirse de la responsabilidad endilgada, alegando el cumplimiento de las medidas de seguridad mínimas que estaban a su cargo. A fs. 72 puede leerse la invocación de la satisfacción de todas las obligaciones derivadas del contrato que lo unía con la actora, de la ley de entidades financieras, circulares y disposiciones del BCRA. Esta alegación coloca en su cabeza la

carga de acreditar los extremos que constituyen el sustrato fáctico de su defensa.

Sobre esta base, entiendo que resulta innecesario recurrir a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas ni al deber de colaboración -como lo hizo la Alzada- para afirmar que, a partir del invocado cumplimiento de ciertas medidas de seguridad, se imponía la demostración de tales hechos (art. 375 del CPCCBA).

Conforme a lo expuesto, considero que no resulta relevante para dilucidar este asunto la aplicación del nuevo CCyC a las circunstancias de autos, en tanto la responsabilidad del demandado deriva directamente del estatuto especial de protección de los consumidores, de donde proviene el ínsito deber de seguridad que tiene los alcances típicos de la responsabilidad objetiva y que debe ser leído en consonancia con la fijación de pautas mínimas de seguridad que el Banco Central de la República Argentina ha establecido para el funcionamiento seguro de las entidades financieras.

IV.-3. Resta, por último, referirme a la crítica que ensaya con relación a los montos de condena, en punto a la cuantificación de daños y a la sanción por daño punitivo.

En el apartado VI. (Demostración de absurdo) del libelo recursivo, desarrolla en el punto 3.7 la queja en torno de la carencia de motivación de los presupuestos de la responsabilidad endilgada y su cuantificación. Allí se invoca la violación de los artículos 15 y 171 de la Constitución bonaerense.

La técnica recursiva empleada en esta parcela tampoco resulta suficiente para conmover lo decidido por el *a quo*, tal

como se expuso al comienzo del presente análisis. Es por ello que estimo que V.E. deberá confirmar la condena fijada en esta parcela del pronunciamiento, ante lo palmario de la insuficiencia del planteo recursivo.

Con todo cuanto hasta aquí expuesto, entiendo suficientemente justificado el rechazo del recurso en vista.

V.-1. Recurso de inaplicabilidad de ley de la parte actora (fs. 580/585):

La actora se agravia principalmente de la disminución del monto de condena en concepto de daño punitivo, la que fuera reducida a la mitad, como antes se expuso.

En su prédica, cuestiona que la aludida conclusión no se sigue de los argumentos vertidos por el juez ponente. Estima entonces, que el mencionado razonamiento deviene absurdo por falta de fundamentación suficiente. Alega violados los artículos 2 del CCyC, 47 y 49 de la LDC, texto según ley 26.361 y 28 y 33 de la Constitución Nacional (principio de razonabilidad).

Cuestiona la aplicación e interpretación de las referidas normas, pues sostiene que las mismas lo han sido de modo irrazonable. Sostiene que la función ejemplificadora de la sanción debió tener en cuenta circunstancias tales como el carácter multinacional de la empresa demandada, la gravedad del hecho y demás circunstancias de la causa. Mantiene la argumentación relativa al caso federal.

V.-2. La materia traída a debate por la impugnante constituye una típica cuestión de hecho, exenta en principio de revisión en esta instancia casatoria. La estimación de la condena

resulta una cuestión privativa de las instancias de grado que sólo podría ser revisada en esta sede en caso de demostrarse la configuración del vicio de absurdo, cuya conceptualización fuera ya formulada al expedirme acerca del remedio extraordinario articulado por la entidad demandada.

Y si bien se ha alegado dicho vicio, la fundamentación a este respecto es insuficiente. En efecto, la redacción que la recurrente entiende contradictoria, sin entrar aquí en definiciones sobre su mérito, resulta bastante para justificar la reducción de la condena por daño punitivo decidida.

Se advierte a partir de su simple lectura que se exponen allí los parámetros que se han tenido en cuenta para la cuantificación final de dicho rubro, especificándose la ponderación de la gravedad del evento y sus consecuencias dañosas, así como la indiferencia y reticencia del banco demandado frente a su reclamo, que la obligó a transitar por diferentes instancias para obtener el reconocimiento y reparación de los daños padecidos.

Y dichos extremos, más allá de la alegación del vicio de absurdo formulada, no han sido desvirtuados tal como es dable exigir en el marco de un remedio extraordinario como el aquí en estudio. Tiene dicho V.E. que a tales fines no es suficiente el recurso en que el impugnante se limita a contraponer su personal punto de vista, y omite rebatir de un modo directo, concreto y eficaz los fundamentos de la valoración efectuada por el sentenciante (conf. S.C.B.A., causa C. 120.128, sent. del 8-III-2017, entre otras), tal como, según mi apreciación, sucede en

la especie.

Es por ello que propicio confirmar este aspecto del decisorio, al no haberse demostrado el grosero error de razonamiento o la ausencia absoluta de justificación, resultando improcedente reeditar el análisis sustantivo de dichas apreciaciones, lo que excedería la función de esta instancia (art. 289 del CPCCBBA).

En tales condiciones opino que V.E. deberá rechazar los recursos intentados.

Dejo así contestada la vista conferida.

La Plata, *JR* de abril de 2017.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 123.445-1

**“Paoli Pablo Oreste c/ Banco Credicoop Coop. Ltda y ot. s/ daños
y perjuicios”, fecha: 15/10/2019**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Paoli, Pablo Oreste
c/ Banco Credicoop
Coop. Ltda y ot.
s/ Daños y Perjuicios"
C. 123.445

Suprema Corte de Justicia:

I.- La Sala Segunda de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata hizo lugar al recurso de apelación deducido por Pablo Oreste Paoli, y revocó el pronunciamiento emitido por el magistrado de la instancia de origen que, a su turno, había rechazado la demanda de daños y perjuicios interpuesta por aquél contra CNP S.A. de Capitalización y Ahorro para fines Determinados y Banco Credicoop Coop. Ltda., con imposición de costas a la actora vencida.

Como consecuencia de la revocación decidida, dispuso condenar a ambas co-demandadas vencidas al pago de la suma de pesos que determinó, comprensiva del capital reclamado con más intereses por los daños ocasionados con motivo de su incumplimiento contractual, y la suma de cincuenta mil pesos en concepto de daño punitivo, rubro indemnizatorio al que también hizo lugar. Respecto a las costas, impuso las de la instancia de origen y las de Alzada a las co-demandadas vencidas, mientras que las atinentes al rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la codemandada Banco Credicoop Coop. Ltda., también las impuso en su contra, en su condición de perdidosa.

II.- Contra dicho modo de resolver se alzó únicamente la entidad bancaria co-demandada, a través de su letrado apoderado, mediante recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley y nulidad, presentados en pieza única obrante a fs. 365/383, habiéndose concedido en sede ordinaria sólo el segundo de los remedios impetrados, único acerca del que cabe expedirse en orden a la vista conferida a fs. 386.

1.- En su intento revisor de nulidad, que motiva mi intervención en autos en mérito a lo normado por el art. 297 del C.P.C.C.B.A., el recurrente denuncia, la inobservancia de los recaudos de validez constitucional contenidos en los arts. 168 y 171 de la Carta provincial.

En primer lugar, remite a los agravios expuestos al fundar su Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad, por considerar que “encuentran cobijo también en el marco del presente recurso” (sic fs. 382), para seguidamente invocar la falta de aplicación de toda normativa atinente a la responsabilidad solidaria atribuida a su representado, atribuyendo al decisorio la violación en ese aspecto del art. 171 de la Constitución provincial.

En segundo término, invoca la infracción a la manda contenida en el art. 168 de la Carta local, alegando que en el decisorio impugnado se ha omitido el abordaje de una cuestión esencial, haciendo referencia a la falta de tratamiento de la inconstitucionalidad alegada por su mandante en la contestación de la demanda (pto. III-4) con relación al daño punitivo, planteo que por haberse rechazado íntegramente la acción en la instancia de origen, debió ser considerado por el órgano de Alzada al resolver en sentido inverso, atribuyendo la responsabilidad endilgada a ambas co-accionadas. Sostiene que dicha omisión importa un agravio de carácter federal, con lesión al derecho de defensa en juicio constitucionalmente protegido.

2.- Delineados sintéticamente los reproches que porta el remedio extraordinario deducido, estoy en condiciones de adelantar que la pretensión invalidante bajo análisis deberá ser parcialmente acogida por V.E.

a.- De forma liminar, me veo obligado a puntualizar que la remisión formulada en el punto 4.2 a.- de la pieza recursiva, a los fundamentos dados para el recurso de inaplicabilidad de ley (v. fs. 382) denota *per se* una deficitaria técnica impugnatoria descalificada por V.E. desde antaño.

Es que si bien existe la posibilidad de que se admita deducir en un solo escrito más de un recurso, los mismos deben estar debidamente deslindados exponiendo los agravios que a cada uno pudieran corresponderle, sin realizar remisiones a las opiniones contenidas en el otro recurso extraordinario interpuesto (conf. S.C.B.A., causas Ac. 79.494, resol. del 11-X-2000; Rl. 119.549, resol. del 30-III-2016; L. 118.276, sent. del 7-III-2018; entre

otras).

b.- Ahora bien, dejando de lado la mentada insuficiencia técnica que en este aspecto porta el remedio intentado, abordaré los agravios expresamente invocados por el impugnante que pudieran subsumirse en las causales del remedio de nulidad bajo análisis.

En tal sentido, es útil recordar que el marco propio de este recurso extraordinario se encuentra delimitado por causales taxativas, pudiendo fundarse únicamente en la omisión de tratamiento de alguna cuestión esencial, la falta de fundamentación legal, el incumplimiento de la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces o la no concurrencia de la mayoría de opiniones -arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia- (conf. S.C.B.A., causas C. 94.349, resol. del 15-VI-2005; C. 113.253, resol. del 9-XII-2010; C. 118.899, resol. del 6-VIII-2014; C. 120.644, resol. del 23-XI-2016; entre otras).

Siendo ello así, no observo configurada en el caso la falta de fundamentación legal a la que se refiere el quejoso en su prédica recursiva en tanto tiene dicho V.E. que *"es improcedente el recurso extraordinario de nulidad en que aquella se alega, si de la simple lectura de la sentencia se advierte que ella se encuentra fundada en derecho, pues para que el mismo prospere es necesario que el fallo carezca por completo de sustentación"* (conf. causas C. 110.619 sent. del 2-V-2013; C. 119.649, sent. del 23-V-2017; C. 121.600, sent. del 27-II-2019), habiendo añadido que lo que debe evaluarse a tales fines es la sentencia como unidad y no cada uno de sus considerandos (conf. S.C.B.A., causa L. 112.453, sent. del 26-II-2013).

Ahora bien, diversa suerte habrán de correr los agravios vertidos en torno a la omisión de tratamiento de la inconstitucionalidad alegada por la entidad financiera codemandada al momento de contestar la demanda. Es que si bien dicho planteo por el que se cuestionara la validez supralegal del daño punitivo previsto en el art. 52 bis de la ley 24.240 -se imputó que la norma que lo consagra es violatoria de los principios y garantías de reserva, juez natural, defensa en juicio y propiedad consagrados en la Constitución Nacional (v. fs. 96/97 vta.)-, no fue abordado en la instancia de origen por el sentenciante de grado, ello fue así en orden a la manera en que fuera decidida en dicha instancia la responsabilidad atribuida a las entidades accionadas. De manera que al revocarse dicho aspecto del

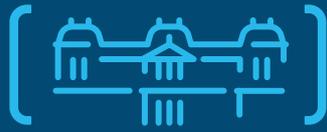
pronunciamiento con motivo del recurso de apelación del que fuera objeto la sentencia de primera instancia, debió la Alzada inexorablemente, por imperio de la apelación adhesiva o implícita que rige en nuestro sistema procesal, abordar el tópico a los fines de no incurrir en una omisión invalidante de su decisión (conf. S.C.B.A., causa C. 92.745, sent. del 17-XII-2008; entre otras). Como tiene dicho V.E. de forma inveterada el planteo de inconstitucionalidad de una norma constituye una cuestión esencial en los términos del art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, resultando indudable que la omisión de abordarlo justifica la declaración de nulidad del pronunciamiento (conf. S.C.B.A., causas L. 94.033, sent. del 16-III-2011; L. 115.189, sent. 5-IV-2013; L. 109.926, sent. del 27-VIII-2014; L. 118.329, sent. del 14-X-2015; L. 119.555, sent. del 15-VIII-2018; entre otras).

Siendo ello así, resta señalar que el progreso de este aspecto del intento revisor sólo habrá de generar la nulidad parcial del decisorio impugnado, toda vez que declarar la invalidez de la totalidad de la sentencia deviene innecesario, configurando un dispendio jurisdiccional que afectaría el rendimiento del servicio de administración de justicia (conf. S.C.B.A., causas L. 117.387, sent. del 22-IV-2015; L. 118.121, sent. del 11-II-2016; L.118.728, sent. del 14-XII-2016; L. 119.503, sent. del 21-II-2018; entre otras).

Por lo hasta aquí expuesto, opino que deberá V.E. hacer lugar al recurso extraordinario de nulidad interpuesto con el alcance parcial señalado.

La Plata,  de octubre de 2019.


Julio M. Conte-Grand
Procurador General



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 123.487 -1

**“Soto, Reinaldo Roberto y otra c/ Ministerio de O. y S. P.
Administración General de Vialidad y otros s/ daños y perjuicios”,
fecha: 20/12/2019**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Soto, Reinaldo Roberto y otra
c/ Ministerio de O. y S. P.
Administración General de
Vialidad y otros s/
Daños y Perjuicios"
C. 123.487

Suprema Corte de Justicia:

I.- Llegan las presentes actuaciones, en virtud de la vista dispuesta por V.E. a fs. 1571, para que esta Procuración General que represento, en el carácter de fiscal de la ley que le atribuye el artículo 52 de la ley Defensa del Consumidor -normativa protectoria que ha sido invocada en autos-, tome debida intervención y, en su caso, emita el dictamen previsto por el art. 283 del Código Procesal Civil y Comercial.

II.- El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n°13 del departamento judicial de La Plata, en el marco del juicio que por daños y perjuicios incoaran Reinaldo Roberto Soto y María Celina Bordigoni contra la Provincia de Buenos Aires -Administración General de Vialidad-, el Club Universitario de La Plata, Eduardo Roberto Marasco, Juan Luciano Fores, Analía March, Natalia Noemí González, Daniela Romina Chirra, María Guillermina García y la Municipalidad de La Plata: 1) Rechazó la demanda promovida contra Analía March, Natalia Noemí González, Daniela Romina Chirra y María Guillermina García; 2) Hizo lugar a la acción contra Eduardo Roberto Marasco, Juan Luciano Fores, el Fisco de la Provincia de Buenos Aires, el Club Universitario de La Plata y la Municipalidad de La Plata, condenándolas en forma solidaria a abonarle a los actores las sumas que fijó, con más intereses y costas; y 3) Admitió la defensa de exclusión de cobertura opuesta por "Provincia Seguros S.A." (fs. 1287/1304).

Recurrido el decisorio por la parte actora, y por los codemandados Eduardo R. Marasco, Juan L. Fores, Municipalidad de La Plata, Fiscalía de Estado y Club Universitario

de La Plata, a su turno, la Sala Tercera de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial departamental, dispuso -en lo que a los fines recursivos interesa destacar- modificar la sentencia apelada únicamente en cuanto a los montos de condena acordados por los rubros "Pérdida de Chance", "Daño Moral", "Daño Psicológico" y "Gastos de Sepelio", los que dispuso elevar en las sumas que al efecto determinó. Impuso las costas a los codemandados recurrentes (fs. 1436/1458).

Para decidir en el sentido indicado, el tribunal de alzada consideró que no existía duda que el Fisco de la Provincia de Buenos Aires debía responder por la omisión culpable, en la medida que contrató -en su carácter de empleador de los padres de los menores que concurrirían a la colonia de vacaciones-, un servicio determinado, sin cerciorarse previamente que el Club Universitario de La Plata se encontrara habilitado para brindar el mismo de manera adecuada y segura, minimizando los riesgos propios de la actividad contratada, y luego -agregó-, tampoco controló que en la ejecución del convenio el club cumpliera con todas aquellas medidas de seguridad comprometidas, como ser -entre otras- disponer de guardavidas, asistencia médica permanente, servicio de emergencia, seguro de responsabilidad civil para los colonos, etc. En esa cadena de omisiones, y obrar negligente -entendió- radica su responsabilidad, que es solidaria e idéntica con los restantes sujetos involucrados en el evento.

A mayor abundamiento, concluyó que contrariamente a lo afirmado por el Fisco provincial en su expresión de agravios, en autos se verifica la necesaria relación de causalidad adecuada entre las labores o funciones delegadas al dependiente o funcionario y el resultado lesivo, en este caso la Municipalidad de La Plata, pues en ella, el Fisco delegó el ejercicio del poder de policía, y por ende corresponde atribuirle responsabilidad al Estado por falta de servicio, o más precisamente por falta de control en el ejercicio de aquél poder de policía delegado, con cita de los arts. 1112 y 1113 del C. Civil.

En el mismo sentido, rechazó los agravios desplegados por la Municipalidad de La Plata cuestionando la responsabilidad atribuida. Ello así, toda vez que el municipio ejercía el poder de policía delegado por el Estado provincial mediante la Ordenanza 6716, habiéndose probado en autos que el Club Universitario de La Plata no contaba con habilitación municipal

para el período estival 2000/2001, y aún cuando el codemandado Marasco y las personas por él contratadas pudieran ser calificadas como terceros respecto del municipio, éste resulta responsable por las omisiones incurridas en el poder de policía que en torno a la fiscalización, habilitación y control del funcionamiento de los natatorios y piletas de carácter público, semipúblico y comerciales, le corresponde. Todo ello, con cita del art. 1112 C. Civil y de la Ordenanza 6716 del Concejo Deliberante local.

Con relación a los agravios desarrollados por el Club Universitario de La Plata por la atribución de responsabilidad en el evento de autos, el Tribunal los rechazó teniendo en consideración que el menor Lautaro Soto falleció en una de sus piscinas, natatorios que eran utilizados sin la presencia de guardavidas permanente -obligación que emerge del art. 39 de la Ordenanza 6716-, sumado a que no contaba con la debida habilitación municipal para esa temporada. Sostuvo -a mayor abundamiento-, que el club suscribió un convenio (v. fs. 437) comprometiéndose a brindar un servicio, por un precio en dinero, con lo cual si el señor Marasco y los colonos ingresaron a las piletas del predio sin la debida autorización, resulta evidente que las medidas de seguridad adoptadas por la entidad fueron insuficientes o defectuosas para evitar el acceso a la piscina, en un horario en el cual el club no contaba con guardavidas propios.

Afirmó que las omisiones referidas son las que fundan la procedencia de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Provincia Seguros S.A., de la que se agraviaba el club demandado.

Por lo demás, en orden al reproche relativo a la violación del régimen de usuarios y consumidores, también invocado por el Club Universitario, consideró que la propuesta resulta novedosa, pues no había sido sometida a decisión del órgano de primer grado, circunstancia que impedía su análisis en la instancia revisora, pues, en caso contrario, se estaría violando la *litis contestatio* y con ello, vulnerando el principio de congruencia y el derecho de defensa en juicio de los contendientes.

Con relación a los cuestionamientos formulados tanto por los accionantes, como por los co-demandados Fisco provincial, Club Universitario de La Plata y Marasco en torno a los montos indemnizatorios otorgados, liminarmente estableció que el daño debía evaluarse a

la fecha de la sentencia o lo más próximo a ella que fuera posible, pues -señaló- la medida del daño no puede ser cristalizada en el momento de su producción. Es que el resarcimiento al damnificado -sostuvo- debe ser pleno e integral, restaurando todos los quebrantos susceptibles de valoración económica.

A continuación, y tras realizar un análisis de los fundamentos esbozados por el magistrado de origen para fundar la procedencia de los rubros pérdida de chance, daño moral, daño psicológico, y gastos de sepelio y erogaciones anexas, haciendo mérito de valores actuales, dispuso la elevación de los montos indemnizatorios fijados por considerarlos más equitativos y acordes a las circunstancias comprobadas de la causa, que los otrora acordados.

III.- Contra dicho pronunciamiento se alzaron -mediante apoderado- el Club Universitario de La Plata, el Fisco de la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de La Plata, a través de sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley de fs. 1514/1525, fs. 1526/1531 y fs. 1532/1538 respectivamente, cuya concesión fue dispuesta en la instancia ordinaria a fs. 1566 y vta. y fs. 1539 y vta.

a.- Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley del Club Universitario de La Plata. Denuncia el recurrente que el decisorio de Cámara ratifica los alcances de la sentencia dictada en sede penal, de la que se desprende que la conducta desplegada por los codemandados Juan Luciano Fores (a cargo del control y vigilancia de los colonos) y Eduardo Roberto Marasco (Director de la colonia) fue la causa adecuada de la producción del siniestro (conf. arts. 1102 y 1103 C. Civil).

Sin embargo, y no obstante encontrarse probado en autos el obrar ilícito o culpable de dichos terceros -supuesto por el que el dueño de la cosa no debe responder-, siendo que el natatorio fue usado contra la voluntad expresa del Club Universitario, y que además se encontraba perfectamente custodiada, cercada y con llave, y el accidente se produjo fuera del horario autorizado para su uso, la Cámara, mediante la utilización de argumentos aparentes tales como la ausencia de habilitación municipal, hizo extensiva la responsabilidad a su mandante, violando así lo dispuesto por el art. 1113 del Código Civil, arts. 34 inc. 4, 163

y 164 del C.P.C.C.B.A., y su derecho constitucional de defensa en juicio y debido proceso legal (art. 18 Const. Nacional).

Tal razonamiento del Tribunal -a su juicio-, resulta contradictorio y configura el vicio de absurdo al incurrir en un error grave, grosero y manifiesto en la interpretación de las constancias objetivas de la causa.

Agrega que el comportamiento del señor Marasco y su equipo debe juzgarse a la luz del art. 902 del C. Civil, no correspondiendo extenderlo en tales términos al club concedente.

Sostiene que al extender a su mandante el deber de seguridad propio de un profesional en forma amplia y genérica con sentido comercial, siendo que su parte carece de capacidad propia, no persigue fines de lucro, y su único objetivo es el bien público como facilitador social, viola los arts. 33, segundo párrafo, inc. 1º, 902 y 1198 del Código Civil.

Con respecto a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la aseguradora “Provincia Seguros S.A.”, en virtud de la cual se hizo lugar a la exclusión de cobertura planteada por la compañía por carecer el club, al momento de ocurrencia del hecho luctuoso, de un guardavidas en la pileta, manifiesta que tal forma de decidir resulta absurda, toda vez que se encuentra acreditado en autos que el accidente sucedió en momentos previos al horario de habilitación del natatorio y, por lo tanto, no medió incumplimiento alguno de su parte.

Denuncia que en su pieza de expresión de agravios alegó que entre el Club Universitario de La Plata y Provincia Seguros S.A. existe una relación de consumo, en virtud de la cual, debió aplicarse la interpretación al caso más favorable al consumidor. Refiere que al no haberlo hecho se violó el principio consumeril “*in dubio pro consumidor*”, previsto por el art. 3 de la Ley 24.240.

Agrega que a ello el Tribunal respondió que la aplicación al caso de la normativa del consumidor resultaba un tópico novedoso que no había sido planteado en la instancia de origen, circunstancia que impedía su incorporación en esa instancia revisora. Señala que tal forma de decidir, viola el deber de aplicación de los artículos 3, 53 y 65 de la Ley 24.240, por ser de orden público, vulnerando y aplicando erróneamente también el principio de congruencia (arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6 y 164 del C.P.C.C.B.A.).

Reitera que las normas protectorias del consumidor resultan de aplicación al caso tanto para interpretar el contrato de seguros y sus alcances, como también para considerar el tópico referido a las costas del juicio y atender al principio de gratuidad que le asiste a su mandante en su condición de consumidor.

b.- Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de Fisco de la Provincia de Buenos Aires:

Denuncia que el decisorio de la Cámara ha violado o aplicado erróneamente los artículos 1068, 1069, 1078, 1083 del Código Civil que establecen el principio de reparación integral con relación al daño material; los arts. 165 y 384 del C.P.C.C.B.A. que imponen a los jueces la prudencia en la fijación del daño y la observancia de las leyes de la lógica que derivan de las reglas de la sana crítica, respectivamente. Reputa vulnerados también los arts. 17, 18, 19 y cctes. de la Constitución Nacional.

Sus agravios se circunscriben a los montos de condena refiriendo que en la cuantificación de los rubros indemnizatorios acordados en concepto de pérdida de chance, daño moral y daño psicológico, el órgano revisor elevó las sumas reconocidas, haciendo caso omiso de los reproches expresados en su apelación y sin expresar claramente ni dar razón del método empleado para arribar a los montos por los que prosperara la acción. Tal forma de decidir -refiere-, viola la doctrina legal de V.E. según la cual la decisión judicial resulta absurda “...en tanto la misma no permita conocer de qué manera arribó el a quo a la suma que establece, impidiendo a la Suprema Corte el debido contralor de la legalidad, certeza y razonabilidad de lo resuelto, apareciendo la decisión aparentemente fundada en el mero arbitrio de los jueces...” (conf. S.C.B.A., Sent. del 14-XI-1995 publicada en AyS 1995 IV 265).

Para finalizar, cuestiona que la alzada haya estimado la condena a valores actuales, dando por sentado que la sentencia de primera instancia contuviera valores calculados a la fecha del evento dañoso, cuando ello no se ajusta a la realidad, afirmando que el decisorio vulnera por exceso el principio de reparación integral, con cita del art. 1083 del Código Civil, que estimó de aplicación en la especie.

c.- Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de Municipalidad de La Plata:

Afirma la recurrente que el decisorio ha efectuado una interpretación absurda de las constancias de la causa, arribando a una conclusión arbitraria al atribuirle responsabilidad a la comuna por omisión en el ejercicio del poder de policía que en torno a la habilitación, fiscalización y control de piletas y natatorios de carácter público, semipúblico y comerciales, le ha delegado el Estado provincial a través de la Ordenanza municipal n°6716 -vigente al momento del hecho luctuoso-. Señala que ha mediado en la especie una errónea aplicación de dicha normativa.

Relata que de la prueba producida en autos, surge que la muerte del menor Lautaro Soto carece de relación causal con los incumplimientos a la referida Ordenanza municipal, en tanto los mismos no han sido los generadores del daño ni han coadyuvado a su producción.

Ello así -afirma-, pues de la causa penal surge que el deceso del menor se produjo por asfixia por inmersión, y que la responsabilidad recayó sobre las personas que debieron ejercer su vigilancia, así como sobre el coordinador de la colonia, por lo que el acontecimiento fatal encuentra su causa en hechos de terceros respecto de los cuales la Municipalidad de La Plata no debe responder.

Refiere -a mayor abundamiento- que las piletas del Club Universitario al momento del hecho motivo de autos cumplían con todos los requisitos indispensables para su habilitación, conforme lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente.

Destaca asimismo que el artículo 43 de la Ordenanza 6716 pone en cabeza de las entidades deportivas o comerciales la obligación de solicitar a la comuna la correspondiente habilitación, decisión que se sustenta en la insuficiencia de medios por parte de la comuna para conocer qué natatorios deciden abrir sus puertas en cada temporada estival o invernal. Por ello, concluye, el Tribunal ha realizado una errónea aplicación de la norma referida al hacer recaer de manera extensiva la responsabilidad al municipio por la falta de habilitación del natatorio, pues el poder de policía no puede ser entendido con carácter amplio, es decir como una actividad genérica, innominada y variable.

Para finalizar, califica de absurdas y desproporcionadas las sumas indemnizatorias acordadas por la sentencia.

IV.- a.- Delineados sintéticamente los agravios que portan los tres recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley articulados por los co-demandados aludidos, anticipo que daré respuesta conjunta a los dos primeros, pues estimo que no abastecen como era su carga hacerlo, el umbral de la suficiencia técnica exigido por el artículo 279 del C.P.C.C.

En efecto, partiendo del análisis de los antecedentes reseñados, advierto que los planteos formulados tanto por el Club Universitario de La Plata como por el Fisco provincial a través de sus respectivas quejas -por muy respetables que sean-, hacen foco en la revisión de cuestiones de hecho y la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal en el pronunciamiento cuestionado para arribar a la solución atacada.

Sentado ello así, cabe recordar que es doctrina de esa Suprema Corte de aplicación en la especie, que las cuestiones fácticas como las denunciadas no pueden ser abordadas en la instancia extraordinaria, salvo que se invoque y demuestre de manera fehaciente que el tribunal de grado ha incurrido en absurdo (conf. Ac. 82.770, sent. del 24-IX-2003; Ac. 95.950, sent. del 21-V-2008; Ac. 104.371, sent. del 14-IX-2011; Rc. 122.743 sent. del 20-III-2019, entre otras).

Ahora bien, dicho vicio atribuido al pronunciamiento en cuestión hace referencia -según doctrina legal de V.E.- a la existencia en la sentencia atacada de un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica o a una grosera desinterpretación material de la prueba producida. No cualquier error, ni la apreciación opinable, discutible u objetable, ni la posibilidad de otras interpretaciones alcanzan para configurarlo. Resulta imprescindible que se demuestre un importante desarreglo en la base del pensamiento, una anomalía extrema, que además de ser denunciada debe ser acreditada por quien la invoca, como recaudo que hace a la suficiencia del intento revisor (conf. S.C.B.A., causas C. 96.866, sent. del 6-V-2009; C. 100.963, sent. del 25-XI-2009; C. 101.221, sent. del 24-V-2011; C. 104.899, sent. del 14-IX-2011; C. 121.896, sent. de 21-VIII-2018, entre otras). Y como anticipara, dicho piso mínimo, según mi apreciación, no se advierte abastecido en la especie con el rigor que exige la norma contenida en el art. 279 del C.P.C.C.B.A. y su doctrina.

Efectivamente, dicha exigencia técnica hace que el impugnante deba poner en evidencia que lo resuelto en la sentencia no constituye una apreciación razonada y congruente de la prueba producida, demostrando cómo y por qué se ha producido dicho error palmario en el razonamiento sentencial.

En ese derrotero, la atenta lectura de las piezas recursivas, cuya síntesis anticipara, me lleva a concluir que los cuestionamientos vinculados con la interpretación que realizó el Tribunal de la relación de causalidad para atribuir responsabilidad a estos dos demandados en el evento luctuoso; así como con relación a las pautas indemnizatorias dispuestas para la reparación integral tildadas de absurdas y con la errónea inaplicación al caso de la normativa del consumidor, son todas premisas cuya demostración pesaba sobre los recurrentes, que no han sido debidamente abastecidas.

Puntualmente, con relación a la imputación de responsabilidad por incumplimiento del deber de seguridad de la que se agravia el Club Universitario, es lo cierto que el Tribunal -en coincidencia con el magistrado de origen- tras analizar las circunstancias comprobadas de la causa penal y de las presentes actuaciones, consideró que la conducta adoptada por la entidad demandada importó una insuficiente o defectuosa implementación de las medidas de seguridad respecto de los niños que asistían a la colonia de vacaciones, y ante tal conclusión el recurrente no ha logrado demostrar el absurdo.

Por su parte, con respecto al agravio desarrollado por el Fisco recurrente cuestionando los montos indemnizatorios, a los que atribuye el mismo vicio lógico del razonamiento, el Tribunal ponderó las razones que llevaron al órgano de primera instancia a fijar los montos que determinó y, haciendo mérito de valores actuales, los elevó en uso de las prerrogativas que al efecto le acuerdan los arts. 165 y 384 del C.P.C.C.B.A. (v. fs. 1450 vta., tercer párrafo), sin que pueda atribuirse a dicho razonamiento el carácter de una conclusión meramente dogmática, en tanto abastece las razones ponderadas por el judicante para dicha forma de decidir.

Por lo demás, debe tenerse presente que dicha faena ponderativa, así como la atribución de la jerarquía que se le otorga a cada elemento de valoración meritudo, es facultad propia de los jueces de grado como potestad que admite la posibilidad de inclinarse

hacia unas descartando otras, sin necesidad de expresar la valoración de todas, habiendo señalado ese cívico tribunal provincial que el citado vicio de absurdo no se configura por la preferencia de un medio probatorio por sobre otro (conf. doct. C. 94.660, sent. del 27-II-2008; C. 108.184, sent. del 22-XII-2010; C. 120.286, sent. del 08-III-2017; entre otros).

En ese mismo orden de ideas, tiene dicho V.E. de manera inveterada que “...cuando se pretenden impugnar las conclusiones de un pronunciamiento sobre las cuestiones fácticas de la litis, no basta con presentar su propia versión sobre el mérito de las mismas, sino que es necesario realizar un juicio crítico de los razonamientos desarrollados por el sentenciante y demostrar cabalmente que padecen de un error grave, trascendente y fundamental” (conf. causas Ac. 49.068, sent. del 3-VIII-1993; C. 89.261, sent. del 26-VIII-2009; C. 106.720, sent. del 19-IX-2012), sin que resulte suficiente exponer de manera paralela la visión unilateral de los hechos que al respecto formule cada recurrente. Es que por más respetable que pueda ser la opinión de los impugnantes, ello no autoriza -por si solo- para que esa Corte sustituya con su criterio al de los jueces de la instancia de apelación (conf. Ac. 41.576, sent. del 16-V-1989 en “Acuerdos y Sentencias”, 1989-II-113; Ac. 55.342, sent. del 5-VII-1994; C. 116.047, sent. del 13-XI-2012; C. 120.650, sent. del 12-VII-2017; entre otros).

b.- Ahora bien, distinta suerte ha de correr el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley opuesto por la Municipalidad de La Plata, cuya síntesis de agravios formulara en el punto III.- c.- del presente dictamen.

En efecto, no escapa a mi conocimiento que en virtud de la Ley 10.217, la provincia transfirió a los municipios de la provincia de Buenos Aires las funciones de habilitación y contralor del funcionamiento de piletas y natatorios, y que el municipio demandado ejercía por delegación tal poder de policía en virtud de la Ordenanza municipal n°6716. Tampoco que, tal como surge de las probanzas de autos, el natatorio del Club Universitario no contaba con habilitación municipal al momento del suceso luctuoso.

No obstante, sin necesidad de ingresar en el pormenorizado análisis del agravio del recurrente, referido a que el artículo 43 de la Ordenanza 6716 vigente al momento del hecho,

pone en cabeza de las entidades deportivas o comerciales la obligación de solicitar a la comuna la correspondiente habilitación, lo cual desterraría la responsabilidad del municipio, y, configuraría la errónea aplicación de la norma referida al hacer recaer de manera extensiva la responsabilidad al municipio por la falta de habilitación del natatorio, considero que el eje central de la discusión ha de centrarse en la incidencia causal que en el evento dañoso tuvo tal incumplimiento.

En primer término corresponde destacar que, tal como acertadamente manifiesta el recurrente, y surge de la prueba producida en autos, no se verificaron vicios en el natatorio que, de haber sido detectados por la inspección municipal a través del procedimiento de práctica para otorgar la habilitación, hubieran modificado el curso normal de los acontecimientos.

Es que con relación al aporte causal que las omisiones endilgadas al municipio pudieran tener respecto de la producción de un ilícito o agravando sus consecuencias, se acepta la tesis de la causalidad adecuada, según la cual deben considerarse "causa" sólo aquellos antecedentes de los que cupiere esperar, con base a un criterio de probabilidad o regularidad, que hubieran producido el acontecimiento dañoso, debiendo tenerse en cuenta que no todas las condiciones necesarias de un resultado están al mismo nivel de eficacia; es decir, que únicamente aquella que en cantidad y/o calidad sea la más eficaz, cabe atribuirle la condición de "causa" jurídica del daño.

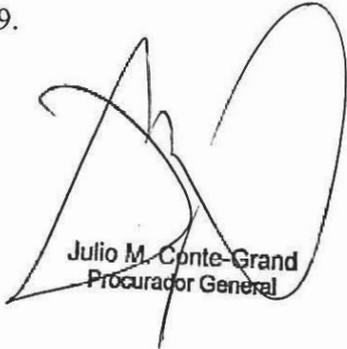
En tal sentido, si bien se ha probado la falta de habilitación del natatorio del Club Universitario, la causa adecuada que provocó la muerte del hijo de los actores fue sin duda la impericia demostrada por quienes estaban al cuidado del menor, pues –tal como surge de la causa penal que arribara firme a esta sede–, el deceso de Lautaro se produjo por asfixia por inmersión, recayendo la responsabilidad sobre las personas que debieron ejercer su vigilancia, y el coordinador de la colonia.

Por lo expuesto, considero que la muerte del menor Lautaro Soto carece de relación causal con los incumplimientos a la referida Ordenanza municipal, en tanto los mismos no han sido los generadores del daño, no aumentaron el riesgo, ni han coadyuvado a su producción.

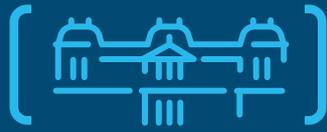
Lo dicho, me lleva a concluir que la parcela de la sentencia impugnada que hace extensiva la responsabilidad en el evento a la Municipalidad de La Plata adolece del vicio de absurdo, y no constituye una apreciación razonada y congruente de las constancias de autos, al carecer de nexo causal en la producción del hecho luctuoso la omisión imputada al municipio.

V.- Las consideraciones hasta aquí expuestas resultan bastantes, en mi apreciación, para: a) propiciar el rechazo de los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos por el Club Universitario de La Plata y por el Fisco de la Provincia de Buenos Aires, por su insuficiencia técnica; b) hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por la Municipalidad de La Plata.

La Plata, 20 de diciembre de 2019.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 116.840-1

**“D. I. P., C. D. c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A.
s/ daños y perjuicios”, fecha: 12/07/2018**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“D. I. P., C. D. c/
Transportes Metropolitanos
General Roca S.A. s/
Daños y Perjuicios”
C. 116.840

Suprema Corte de Justicia:

I.- El magistrado a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 14 del Departamento Judicial de La Plata hizo parcialmente lugar a la acción indemnizatoria incoada por el señor C. D. d. I. P. -cuyo fallecimiento en el curso del proceso (v. certificado de defunción de fs. 376) motivó la presentación de sus hijos, M. B. y M. E. d. I. P., a la sazón, menores de edad- y, en consecuencia, condenó al demandado “Transportes Metropolitanos General Roca S.A.”, a pagar a sus herederos el importe que estableció en concepto de daños y perjuicios derivados del infortunio sufrido por el actor, con más los intereses a la tasa pasiva, desde la fecha del hecho dañoso, 6 de agosto de 2005, hasta el efectivo pago. Dispuso, asimismo, hacer extensiva la condena a “Trainmet Seguros S.A.”, citada en garantía, con el límite de la franquicia de \$ 500.000 contenida en el contrato de seguro, a excepción de las costas causídicas (fs. 579/589).

Arribada firme ante sus estrados la atribución de responsabilidad civil impuesta a la accionada “Transportes Metropolitanos General Roca S.A.”, la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación departamental, dispuso modificar la sentencia recaída en la instancia anterior en torno de los siguientes aspectos: a) redujo los montos resarcitorios establecidos en concepto de incapacidad física, lucro cesante, lesión estética y daño moral reclamados en el escrito de demanda y elevó la suma correspondiente a la lesión psíquica, comprensiva de la incapacidad resultante y del costo de la psicoterapia; b) declaró la nulidad parcial de la cláusula sobre franquicia incluida en las condiciones particulares de la póliza glosada a fs. 104/110 en lo que atañe al monto de \$ 500.000 que la misma expresa y, mediante la

integración judicial del contrato de seguro en ese aspecto, dispuso que dicha franquicia y la consecuente participación de la empresa tomadora asegurada en la liquidación del siniestro será equivalente al 10% de la indemnización total a favor de la víctima, comprensiva de capital, intereses y costas (fs. 659/674).

II.- Contra dicho pronunciamiento se alzaron el letrado apoderado de la citada en garantía "Trainmet Seguros S.A." y la coactora M. B. D. I. P., con patrocinio letrado, mediante sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley (v. presentaciones de fs. 683/688 vta. y fs. 692/706), cuya concesión dispuso el tribunal de alzada a fs. 742, si bien luego esa Suprema Corte declaró desierto el intento recursivo incoado por la primera, en mérito de las razones expuestas al efecto a fs. 790 y vta.

III.- Recibidas las actuaciones en vista de la impugnación extraordinaria deducida por la coactora M. B. d. I. P. recién nombrada -única que se mantiene en pié-, procederé a enunciar, en ajustada síntesis, los agravios que motivan su alzamiento para delimitar, luego, el alcance de mi intervención en autos, a la luz de la legitimación que las normas legales implicadas en la resolución del pleito, asignan al Ministerio Público a mi cargo.

En ese cometido, observo que los embates que estructuran el intento revisor versan sobre tres órdenes de decisiones claramente identificables, a saber: a) la disminución de los importes establecidos por el juzgador de primer grado para cuantificar algunos de los conceptos resarcitorios por los que prosperó la acción; b) la confirmación de la tasa pasiva de interés aplicada en la instancia de origen; y c) el alcance parcial de la declaración de nulidad de la cláusula sobre franquicia inserta en las condiciones particulares de la póliza y la posterior integración del contrato de seguro llevada a cabo por la alzada con arreglo a las previsiones contenidas en el art. 37, inc. "a" del régimen protectorio del consumidor consagrado en la ley 24.440.

Habiendo cesado la actuación asumida en el proceso por la señora representante del Ministerio Pupilar, en virtud de la mayoría de edad alcanzada por los herederos del promotor del pleito (v. partidas de nacimiento de fs. 71 y fs. 393), adelanto a V.E. que circunscribiré mi dictamen al tratamiento y consideración de los agravios destinados a desmerecer el acierto de

la solución recaída en el pronunciamiento en torno de la declaración de nulidad parcial de la cláusula sobre franquicia inserta en el contrato de seguro celebrado entre la empresa ferroviaria demandada y la tercera “Trainmet Seguros S.A.”, citada en garantía, con sustento en la aplicación de la ley 24.240, única materia que, en la actualidad, legitima mi participación en autos a la luz de lo dispuesto por el art. 52 del régimen tuitivo de los derechos del consumidor recién citado.

IV.- a. En tren de emitir opinión sobre la temática de mentas, interesa destacar que en oportunidad de ocuparse de los embates recursivos planteados por la parte actora contra el tramo del fallo de origen que dispuso hacer extensiva la condena a la citada en garantía, con el límite de la franquicia de \$ 500.000 inserta en la póliza respectiva, a excepción de las costas causídicas, el órgano revisor actuante principió por dejar sentado que la cláusula motivo de alzamiento configura un supuesto de delimitación objetiva de la obligación resarcitoria a cargo del asegurador, de fuente contractual, que se traduce en un descubierto implementado a través de la franquicia plasmada en una condición particular de la póliza.

Enunció, seguidamente, las diferencias conceptuales existentes entre la franquicia simple o condicional y la franquicia absoluta o incondicional, según su modalidad, como así también aquellas que emergen de la franquicia obligatoria, de un lado y la franquicia voluntaria o facultativa, del otro. Recordó, asimismo, la unívoca doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia nacional y por su par provincial, en el sentido de que: *“Al tercero damnificado le son oponibles todas las cláusulas, aún aquellas que restrinjan o eliminen la garantía de indemnidad, sin distinguir en la naturaleza que éstas pudieran tener. Ello es así porque al prescribir el art. 118 de la ley 17.418 que ‘la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro’, quiere significar que el tercero está subordinado, le son oponibles, lo afectan o se encuentra enmarcado por determinadas estipulaciones contractuales, aún cuando haya sido ajeno a la celebración del pacto”*, con la respectiva cita de los antecedentes jurisprudenciales en los que la misma fue aplicada.

No obstante ello, el tribunal de alzada se detuvo en el análisis del pronunciamiento dictado por el máximo Tribunal de Justicia de la Nación en autos “Ortega, Diego Nicolás c/

Transportes Metropolitanos General Roca S.A.”, con fecha 20-X-2009 -a cuyos fundamentos remitió en la causa “Berdichevsky, Eva Clara c/ Transportes Metropolitanos San Martín S.A.”, de igual fecha-, en el que sostuvo, con remisión al dictamen del Procurador General de la Nación del 23-IX-2008, que la franquicia absoluta acordada por la suma de \$ 300.000 por ‘ocurrencia’, resulta irrazonable en tanto produce un quebrantamiento de la obligación esencial de mantener indemne al asegurado.

Tras repasar las consideraciones y fundamentos desplegados por la Corte Federal a lo largo del fallo de marras, los sentenciantes de grado no dudaron en aplicar idéntico temperamento al caso bajo examen.

Y, siguiendo esa línea de pensamiento, afirmaron que: *“siendo el contrato de seguro un contrato de adhesión con contenidos predispuestos, carecen de validez y eficacia las estipulaciones que se hallen en pugna o transgreden los principios generales atinentes al orden público, a la moral y las buenas costumbres, al ejercicio regular de los derechos y a la buena fe (arts. 21, 953, 1071 y 1198 primer párr., Cód. Civil), como ostensiblemente sucede con la cláusula bajo análisis, habida cuenta que el desmesurado monto de la franquicia allí prevista deviene ilícito, irrazonable y contrario a la naturaleza misma del contrato asegurativo sobre responsabilidad civil, pues en la especie virtualmente elimina la garantía de indemnidad debida a la asegurada y diluye toda posibilidad de resarcimiento de la aseguradora en favor de la víctima del accidente ferroviario”* (v. fs. 670 vta.).

En virtud de las apreciaciones apuntadas, el órgano de alzada consideró aplicable al supuesto de autos el régimen tuitivo de los derechos del consumidor y del usuario consagrado en la ley 24.240 y, por vía de lo prescripto por el art. 37, primer párrafo, inc. ‘a’ de la misma, dispuso tener por no convenida la cuestionada cláusula, tachándola de abusiva e inválida en la medida que desnaturaliza las obligaciones a cargo de la entidad aseguradora y limita la responsabilidad por daños.

Luego de declarar la nulidad parcial de la cláusula contractual impugnada por los motivos expuestos, la Cámara procedió a la integración judicial del contrato de seguro con arreglo a lo normado por el precepto legal de mención y, con ese objeto, estableció que la

franquicia y la consecuente participación de la asegurada en la liquidación del siniestro será equivalente al 10% (diez por ciento) de la indemnización total a favor de la víctima, comprensiva de capital, intereses y costas.

b. Contra lo así resuelto, la coactora recurrente expresa su disconformidad con relación al porcentaje de 10 % de franquicia establecido por el *a quo* como consecuencia de la integración del contrato de seguro efectuada, así como también, respecto de la inclusión de las costas.

Funda su discordancia enlazada a la consiguiente pretensión de que sea revocado el referido pasaje de la sentencia, con el argumento de que: *“resulta ilógico que luego de determinar la nulidad de la cláusula de franquicia, su irrazonabilidad y su inaplicabilidad frente al consumidor o usuario de un servicio público concesionado por el estado, y luego de expresar que la demandada se hallaba incurso en un proceso concursal y que le fue rescindida la concesión del servicio, el fallo incorpore una cláusula de franquicia sustituta”*. A lo que agrega que, de no admitirse la exclusión total de la franquicia conforme peticiona, se reduzca su porcentaje a términos razonables que estima en el 3 % (v. fs. 704).

En otro orden, expresa que la franquicia sólo puede tener virtualidad entre las partes contratantes, es decir, entre asegurada y aseguradora, luego de satisfecho íntegramente el crédito de la víctima y así solicita que sea declarado por V.E.

c. Y bien, es mi opinión que las argumentaciones recursivas precedentemente enunciadas lucen por demás insuficientes para satisfacer mínimamente las exigencias contenidas en el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial.

En efecto, más allá del grado de acierto que pueda adjudicársele a la forma escogida por el órgano revisor actuante para integrar judicialmente el contrato de seguro cuya invalidez parcial dispuso declarar, es lo cierto que la solución así arribada encuentra sustento en expresas disposiciones legales, en la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia Federal en los fallos citados y en la doctrina legal individualizada en el pronunciamiento.

Los referidos fundamentos no son objeto de réplica alguna por parte de la impugnante, déficit técnico que inexorablemente depara el fracaso de su protesta, habida cuenta de que esa Suprema Corte reiteradamente ha manifestado que deviene insuficiente el recurso

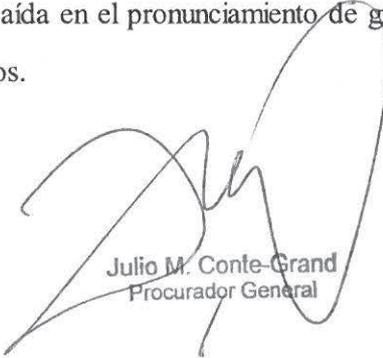
extraordinario de inaplicabilidad de ley que omite la indispensable denuncia de violación de las normas legales vinculadas a los agravios que expone, carga procesal de insoslayable cumplimiento en los términos de lo prescripto por el art. 279 del ordenamiento civil adjetivo (conf. S.C.B.A. causas Ac. 75.977, sent. del 23-V-2001; Ac. 79.699, sent. del 19-II-2002; Ac. 81.871, sent. del 23-IV-2003; C. 115.987, sent. del 31-VII-2013; C. 111.721, sent. del 30-IX-2014; C. 117.711, sent. del 1-IV-2015 y C. 119.524, sent. del 15-VI-2016, entre otras).

A la inobservancia de la carga técnica de mención -idónea, *per se*, para propiciar el rechazo del embate bajo análisis-, se aduna otra de igual entidad, cual es la de denunciar y demostrar cabalmente la existencia del vicio de absurdo en el razonamiento seguido por el sentenciante de grado tanto para integrar judicialmente el contrato de seguro mediante la inclusión de la cláusula de franquicia como para determinar el alcance de la misma, única vía que autoriza la apertura de la instancia extraordinaria al conocimiento de una típica cuestión de hecho, como la impugnada.

En tales deficitarias condiciones, no cabe más que concluir que la crítica intentada por la quejosa se reduce y agota en la exposición de su personal interpretación en torno de la solución arribada en la sentencia, sin demostrar previamente, como es debido, que el criterio seguido por la alzada esté viciado o contenga gruesos errores de juzgamiento que lo hagan pasible de la revisión extraordinaria que reclama (conf. S.C.B.A. causas C. 97.488, sent. del 13-VIII-2008; C. 108.433, sent. del 9-II-2011; C. 119.397, sent. del 15-XI-2016, entre otras).

V.- Por las razones hasta aquí expuestas, concluyo -como anticipé- que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido a fs. 692/706 no alcanza a satisfacer el nivel de exigencia técnica impuesta por el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial en su intento de revertir el sentido de la decisión recaída en el pronunciamiento de grado en torno de la materia que motiva mi intervención en autos.

La Plata, *doce* de julio de 2018.-


Julio M. Conte-Grand
Procurador General



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.256-1

**“Varela, Luis Horacio c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/
daños y perjuicios”, fecha:18/09/2018**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Varela, Luis Horacio c/
Fisco de la Provincia
de Buenos Aires
s/ Daños y Perjuicios"
C. 122.256

Suprema Corte de Justicia:

I.- La Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de Departamento Judicial de La Plata, al resolver los recursos de apelación deducidos por los representantes del Estado Provincial y de Camino del Atlántico S.A., concesionaria de la Ruta Provincial n° 63, donde tuvo lugar el accidente de tránsito que diera lugar a la demanda deducida oportunamente por Luis Horacio Varela por los daños y perjuicios sufridos, resolvió revocar el pronunciamiento de origen eximiendo de responsabilidad a la concesionaria aludida y su aseguradora "La Meridional Cía. Argentina de Seguros S.A.". Condenó únicamente al Estado Provincial a abonar el 80% de la indemnización que fuera fijada en virtud de considerar que el accionar culpable de la víctima ocasionó la interrupción parcial del nexo causal entre la cosa riesgosa y el daño causado (v. fs. 1776/1787).

II.- Contra dicho modo de resolver del *ad quem* se alzó la parte actora, con patrocinio letrado, mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley obrante a fs. 1805/1820, cuya concesión fue dispuesta en sede ordinaria a fs. 1822.

III.- Cabe señalar que las actuaciones llegan en vista a esta Procuración General en virtud de lo ordenado por V.E. a fs. 1871, para que en su condición de jefatura del Ministerio Público, asuma la participación que le compete en el carácter de fiscal de la ley que le atribuye el artículo 52 de la ley Defensa del Consumidor, marco normativo que se señala en debate en estas actuaciones. Todo ello, en orden a la omisión incurrida por los órganos jurisdiccionales intervinientes en ambas instancias ordinarias de requerir la intervención del señor agente fiscal departamental, obligatoriamente impuesta por la normativa mencionada.

Previo dejar sentado que fuera del verificado incumplimiento procesal

precedentemente señalado -arts. 52, ley 24.240 y 27, ley 13.133-, no tengo ninguna otra objeción que formular respecto del trámite seguido en las presentes actuaciones, procederé seguidamente a emitir el dictamen correspondiente a la procedencia de la vía de impugnación extraordinaria impetrada, con arreglo a lo dispuesto en el art. 283 del Código Procesal Civil y Comercial.

En su prédica recursiva alega la impugnante la violación de los arts. 19, 28, 31, 33 y 42 de la Constitución Nacional; arts. 5, 37 y 40 de la Ley 24.240; arts. 36 inc.2°, 163 incs. 5° y 6°, 164, 384, 456 y 474 del C.P.C.C.; así como la errónea aplicación y violación de los arts. 1113 del Código Civil y 375 y 484 del C.P.C.C.B.A.; la violación de la doctrina legal de esa Suprema Corte que requiere que las sentencias -para conformar actos jurisdiccionalmente válidos- contengan una derivación razonada del derecho aplicable al caso, de acuerdo a los contenidos obrantes en la causa (conforme Acuerdos y Sentencias, 1976-III-358; 1978-I-32). Invoca igualmente violada doctrina legal de V.E. vinculada con la naturaleza jurídica del vínculo entre los concesionarios de rutas y los usuarios y la responsabilidad derivada del mismo, con cita de los precedentes C. 95.114 y C. 99.018.

Refiere que del análisis que formula de la prueba de los hechos acaecidos, debería descartarse en su totalidad la culpa de la víctima, debiendo establecerse la responsabilidad objetiva establecida en el segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil, responsabilizando total y solidariamente a la empresa concesionaria de la ruta, al Estado Provincial y a la aseguradora citada en garantía.

Invoca la configuración en la especie del vicio de absurdo en las conclusiones del decisorio impugnado. Entiende que el mismo se patentiza en la descalificable valoración de la prueba formulada, a través de la cual habrían quedado debidamente acreditadas -según su apreciación- las circunstancias que motivaron su desplazamiento hacia la banquina de la Ruta Provincial N° 63 concesionada, desplazamiento que a la postre, derivara en el accidente que origina su reclamo.

Siguiendo sus argumentos en torno a las conclusiones consideradas carentes de razonabilidad acerca de la velocidad de circulación superior a la señalizada, reputa violada la doctrina legal de V.E. que establece que los elementos valorados por el sentenciante deben

ser analizados integralmente, relacionando unos con otros y todos entre sí, y no separadamente -fs. 1815 vta.- como sostiene han sido acometidos por la Alzada.

Asimismo cuestiona el decisorio de la Cámara que luego de subsumir las circunstancias fácticas en el marco de una relación de consumo, termina atribuyendo en forma exclusiva la responsabilidad del evento dañoso por el mal estado de la banquina al Fisco provincial en virtud de un supuesto acuerdo que excluiría de las tareas originariamente encomendadas a la empresa concesionaria las refacciones en esos tramos de la cinta asfáltica, en su calidad de titular de la ruta. En ese orden de ideas, denuncia violadas las mandas constitucionales y legales que amparan los derechos de los consumidores.

Finalmente formula reserva del caso federal.

IV.- Opino que la pretensión bajo análisis no puede prosperar.

En efecto, sin perjuicio de la denuncia de violación de la normativa expuesta, resulta oportuno señalar que lo que verdaderamente encierra la queja deducida es la disconformidad con el criterio de los magistrados en la valoración e interpretación de los medios probatorios que dieran lugar a la modificación en la atribución de responsabilidad por los daños causados.

Al respecto cabe mencionar la doctrina de ese Alto Tribunal, que afirma que "tanto la atribución de responsabilidad en un evento dañoso, como la cuota que de ella le cupo a cada uno de los protagonistas del mismo, constituye -como quiera que se trata del análisis de circunstancias- una típica cuestión de hecho ajena a la instancia extraordinaria, en tanto no se demuestre quebrantamiento de las reglas de la apreciación de la prueba en grado de absurdo" (conf. S.C.B.A., Ac. 81.032, sent. del 4-XII-2002, entre otros). Y si bien dicho grosero déficit ha sido denunciado por el impugnante en la pieza recursiva, estimo no ha logrado acreditar su configuración en la especie.

En ese sentido, conforme doctrina legal de V.E., resulta sabido que "el absurdo no queda configurado aún cuando el criterio de los sentenciantes pudiera ser calificado de objetable, discutible o poco convincente porque se requiere algo más: el error grave, grosero y manifiesto que conduzca a conclusiones inconciliables con las constancias objetivas de la causa" (conf. S.C.B.A., Ac. 77.310, sent. del 2-X-2002; C. 121.073, sent. del 29-XI-2017;

entre otros).

En efecto, el Tribunal de Alzada, a los fines de deslindar la responsabilidad que en el evento dañoso pudiera corresponder a cada uno de los sujetos involucrados en el infortunio, concluyó que aquella debe ser concurrente entre el Fisco de la Provincia de Buenos Aires en su calidad de dueña de la ruta en la que tuviera lugar el evento dañoso y la parte actora, quien con su obrar culposo habría contribuido al desenlace del accidente, interrumpiendo en forma parcial la relación de causalidad entre riesgo y el daño ocasionado.

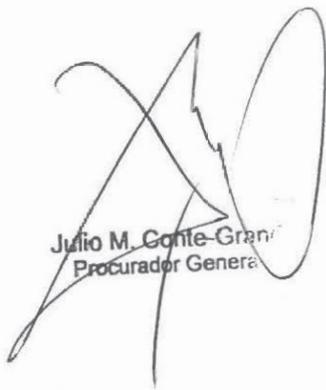
Apoya su criterio en que si bien las relaciones jurídicas se enmarcaron dentro de la responsabilidad por el vicio o riesgo de la cosa y de la protección del usuario, quedando en principio el titular o concesionario obligado a garantizar el uso seguro del servicio, no habiéndose acreditado a su juicio las razones que pudieran obstaculizar la normal circulación del quejoso por la ruta provincial, queda excluida la presunción de responsabilidad sobre el titular o guardián de la cosa peligrosa, virando por tales argumentos, hacia la responsabilidad de la víctima por el uso no habitual de la banquina por la que terminara desviando su conducción. Ello así, en cuanto también juzgó acreditado que el guardarrail, se encontraba anclado de acuerdo a las técnicas y normas indicadas por la Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires, circunstancias que sustentan y confirman lo sostenido sobre la atribución de responsabilidad.

En ese orden de ideas, no se advierte que el despliegue argumental del recurrente resulte idóneo como para abastecer la suficiencia de su intento revisor dado que, en palabras de V.E., quien afirma que la sentencia viola determinados preceptos del derecho vigente o denuncia absurdo, anticipa una premisa cuya demostración debe luego llevar a cabo. El incumplimiento de esta exigencia, provoca la insuficiencia del intento revisor (art. 279, C.P.C.C.), como ocurre cuando la crítica sobre las circunstancias probatorias del caso se limita a discrepar con las conclusiones arribadas por el *a quo*, aduciendo la presunta desinterpretación de las constancias del expediente, sin explicar empero, en qué habría consistido tal déficit, o bien sin demostrar que la decisión en crisis esta afectada por un error grave y manifiesto que deriva en conclusiones contradictorias o inconciliables con las constancias objetivas de la causa (conf. S.C.B.A., causas Rc. 109.569, resol. del 1-VI-2011;

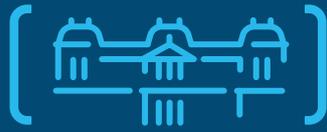
Rc. 111.104, resol. del 30-V-2012; entre otros).

Lo brevemente hasta aquí expuesto, evidencia, según mi parecer, que no se encuentra configurado el absurdo en las conclusiones del fallo impugnado por lo que recomiendo la improcedencia del recurso extraordinario de inaplicabilidad que dejo examinado, requiriendo de V.E. disponga su desestimación.

La Plata, 18 de septiembre de 2018.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.534-1

“Zubillaga, Osvaldo Martín y otra c/ Tapia, Mario Rubén y otros s/ daños y perjuicios resp. est. por delitos y cuasid. sin uso automotor”, fecha:15/08/2017



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Zubillaga, Osvaldo Martín y otra
c/ Tapia, Mario Rubén y otros s/
Daños y Perjuicios Resp. Est. por
Delitos y Cuasid. sin Uso Automotor”
C. 121.534

Suprema Corte de Justicia:

I.- Llegan en vista las presentes actuaciones, en virtud de lo ordenado por V.E. a fs. 1395, para que esta Procuración General que represento asuma la participación que le compete en el carácter de fiscal de la ley que le atribuye el artículo 52 de la ley Defensa del Consumidor, normativa protectoria que ha sido aplicada por la Alzada en el decisorio recurrido.

Y advertido sobre la falta de intervención en las instancias ordinarias de quienes integran el cuerpo a mi cargo, reitero aquí el criterio expuesto en anteriores ocasiones, análogas a la presente, en las que invocando razones de economía procesal se procedió directamente a dictaminar en los términos del art. 283 del C.P.C.C.B.A., para evitar a la parte que el Derecho tutela, mayores dilaciones e inconvenientes.

Ello, sin perjuicio de poner de manifiesto que tal inobservancia por los órganos jurisdiccionales de grado debería corregirse en el futuro, para prevenir con ello eventuales nulidades y especialmente para poder cumplir con la finalidad de control y resguardo del interés público involucrado en esta materia (dictámenes emitidos en las causas: C. 119.060, de fecha 21-X-2014; C. 119.253, de fecha 24-X-2014; C. 119.304, de fecha 28-X-2014; C. 120.989, de fecha 20-IV-2017; C. 121.062, de fecha 10-V-2017; C. 120.789, de fecha 10-V-2017; entre otros).

II.- La Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en el marco del juicio que por daños y perjuicios incoaran Osvaldo Martín Zubillaga y Dora Beatriz Buresta contra Mario Rubén Tapia y el Aero Club Mar del Plata, confirmó la sentencia recaída en primera instancia (fs. 1211/1227) que, oportunamente, condenara a estos

últimos en forma solidaria a abonar a los primeros la suma de \$830.000 (pesos ochocientos treinta mil), a razón de \$415.000 para cada uno de ellos, más intereses y costas (fs. 1333/1342).

Para resolver en el sentido indicado, y puntualizando sólo lo que a los fines recursivos interesa, consideró el Tribunal acertada la susbunción del caso bajo la órbita del art. 1113, 2do. párrafo, 2da. parte del Código Civil, y de las normas de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y sus modificatorias, dispuesta por la Magistrada de origen, en la sentencia de primera instancia.

Sostuvo que siendo que dicho plexo tuitivo es de orden público, resultaba de aplicación al caso de autos en virtud de que los hechos alegados en el escrito de demanda y contestación configuraban una típica relación de consumo, toda vez que la Litis se generó a partir del acaecimiento de un accidente fatal en momentos en que la víctima era usuaria de un servicio como resulta ser la actividad de paracaidismo brindada.

En tal sentido, no obstante las alegaciones del aero club demandado respecto de no revestir el carácter de proveedor, organizador, ni administrador, ni recibir beneficio económico alguno derivado de la actividad de paracaidismo, en virtud de la atribución objetiva de responsabilidad por servicios defectuosamente prestados regulada por la LDC, concluyó que debía alcanzar a todos aquellos que intervinieron en la organización del servicio, incluido quien se presente en apariencia de tal, en el caso, el Aero Club Mar del Plata codemandado (conf. art. 1198 del C. Civil).

A juicio del Tribunal, la mentada apariencia de intervención del citado aero club en la organización de la actividad que conlleva a su responsabilidad, resultó acreditada mediante la abundante prueba rendida en autos y en la causa penal adunada, con entidad suficiente para influir en la conducta de la contraparte, quien habiendo procedido de buena fe, se vio perjudicada al defraudarse la confianza depositada.

III.- Contra dicho pronunciamiento se alzó el demandado "Aero Club Mar del Plata" -mediante apoderado- a través del recurso extraordinario

de inaplicabilidad de ley de fs. 1352/1380, cuya concesión fue dispuesta en la instancia ordinaria a fs. 1381/1382.

Denuncia el quejoso que la sentencia de alzada ha incurrido en una defectuosa y arbitraria aplicación de la ley, especialmente en las normas del derecho del consumidor que aparecen como el eje sobre el que funda su decisión.

Juzga también defectuosa, forzada e incompleta la aplicación que realiza la Cámara de la denominada teoría de la “apariencia” violando la aplicación de la ley al crear una contradicción entre las normas concretas y vigentes referidas a la causa de las obligaciones y a la responsabilidad civil contenidas en los arts. 499 y 1113, 2da. parte del Código Civil, y los arts. 726, 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial.

Sostiene que no puede hablarse de apariencia, si la misma no ha sido generada por aquel que va a resultar obligado a responder como consecuencia de su aplicación, ni obtiene un aprovechamiento económico como derivación de la apariencia creada. Agrega que tampoco se encuentra probado de manera concluyente e inequívoca que la apariencia alegada fue lo que determinó la conducta por parte de los usuarios del servicio.

Resolver en el sentido en que lo hizo el Tribunal -afirma-, configura absurdo en los términos en que reiteradamente lo ha definido esa Suprema Corte.

Manifiesta que el Aero Club Mar del Plata, no puede ser encuadrado en la enumeración del art. 2 de la LDC como proveedor del servicio de paracaidismo, pues dicha entidad no desarrollaba al momento del accidente de manera profesional ni de ningún otro modo, ni en forma permanente ni ocasional, tal disciplina. El hecho luctuoso de autos -señala- ocurrió por culpa de terceros cuya actividad en todos sus aspectos no estaba a su cargo; por el contrario, le resultaba ajena pues se trataba de un grupo de paracaidistas que practicaban por su cuenta en el Aeródromo Mar del Plata-Batan, liderados por el instructor de la actividad llamado Mario Rubén Tapia, bajo la denominación de “DropZone”, y se produjo durante la práctica de salto con

ellos contratada, por lo que su representada no debe responder.

Reitera que jamás el aero club tuvo injerencia alguna en la actividad de paracaidismo, ni en su explotación comercial, por lo que no corresponde que la institución sea calificada como proveedora u organizadora, en los términos y alcances del art. 2 de la LDC. Señala que no existió la relación de consumo que exige la ley de defensa del consumidor para su aplicación, dado que su representada no fue proveedor de paracaidismo, ni el señor Zubillaga consumidor de servicios brindados por el Aero Club Mar del Plata, ni en la realidad, ni en la apariencia. De allí concluye que la Cámara ha incurrido en un caso de inaplicabilidad de ley dado que la ha condenado indebidamente mediante el empleo de una normativa que no resulta de aplicación al supuesto de autos.

En consecuencia -agrega-, tampoco resultan aplicables al aero club las doctrinas y teorías nacidas y elaboradas en el ámbito consumeril, por lo que todo el fallo recurrido debe ser revocado.

Manifiesta que la Cámara no ha valorado la inexistencia en autos de un solo elemento probatorio en donde conste que su representada efectuara publicidad y/o difusión de paracaidismo, ni que haya hecho o dejado de hacer actividad alguna para generar la apariencia frente a terceros acerca de que la práctica de paracaidismo podría encontrarse a su cargo.

Afirma que el Aero Club Mar del Plata resulta vinculado con el señor Tapia y su grupo de paracaidistas -que operaban bajo el nombre de fantasía "DropZone"- mediante un contrato de locación, arrendándoles la superficie de tierra que ocupaban en el aeródromo. Agrega que a efectos de que el codemandado Tapia pudiera gestionar ante la autoridad de aplicación la habilitación a su nombre de la escuela, solicitó al aero club -en su carácter de titular de dominio del predio y otorgante del contrato de locación- autorización para el uso del suelo de su inmueble, limitándose su intervención a concederla, no generando tal circunstancia responsabilidad alguna a su parte.

Alega que en el hipotético caso que alguien pudiera haber generado

apariencia para involucrar al club como vinculado al paracaidismo, ellos habrían sido Tapia y su grupo, sin acuerdo ni conocimiento de la institución que representa. Resulta absurdo, según afirma, que la sentencia mencione como elemento constitutivo de la apariencia los efectos de la publicidad, remitiendo a los arts. 8 y 40 de la Ley 24.240 los cuales no resultan de aplicación en autos.

Destaca que se exige como requisito previo de la alegada apariencia que el imputado desarrolle una actuación positiva tendiente a crearla, o si la conoce, tolerar la situación engañosa que indudablemente debe estar motivada por un interés o beneficio demostrable, sea cual fuere, cuestión que no se verifica en la especie.

Para finalizar, critica la forma en que el Tribunal valoró la prueba informativa, documental, pericial y testimonial producida en sedes civil y penal, valoración que, según su parecer, de haberse realizado correctamente, conduciría a la inaplicación al caso del plexo tuitivo mencionado toda vez que surge probado que su parte no participó en la relación de consumo-servicio que dio lugar al accidente, surgiendo palmaria la autonomía e independencia entre el aero club y la actividad de paracaidismo, sin que existieran conductas endilgables a su representada para generar la apariencia a la que se alude en el fallo.

IV.- Abocado a la tarea encomendada, y partiendo del análisis de los antecedentes reseñados, estimo que, tal como ha sido resuelto en las instancias de grado, en el supuesto de autos ha mediado una relación de consumo, revistiendo la víctima la calidad de usuario de un servicio (actividad de paracaidismo). Y que, por aplicación de la atribución objetiva de responsabilidad por servicios defectuosamente prestados regulada por la LDC, resultan alcanzados solidariamente todos aquellos que han intervenido en la organización de los mismos (arts. 1 inc. "b", 2, 3, 4, 5, 6 y 40 ley 24.240).

Ahora bien, con relación a la atribución de responsabilidad por "apariencia" actuada en el decisorio en crisis por el órgano de Alzada contra

el Aero Club Mar del Plata, en la que hace foco la crítica formulada por el impugnante, advierto que los planteos desarrollados al respecto -por muy respetables que sean-, importan la revisión de cuestiones de hecho y valoración de la prueba efectuadas por el Tribunal de origen en el pronunciamiento cuestionado para arribar a la solución atacada.

Sentado ello así, cabe recordar que es doctrina de esa Suprema Corte, de aplicación en la especie, que las cuestiones de hecho como las denunciadas no pueden ser abordadas en la instancia extraordinaria, salvo que se invoque y demuestre de manera fehaciente que el tribunal de grado ha incurrido en absurdo (conf. Ac. 82.770, sent. del 24-IX-2003; Ac. 95.950, sent. del 21-V-2008; Ac. 104.371, sent. del 14-IX-2011, entre otras).

Y dicho vicio lógico atribuido al decisorio en cuestión hace referencia -según doctrina legal de V.E.- a la existencia en la sentencia atacada de un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica o a una grosera desinterpretación material de la prueba producida. No cualquier error, ni la apreciación opinable, discutible u objetable, ni la posibilidad de otras interpretaciones alcanzan para configurarlo. Resulta imprescindible que se demuestre un importante desarreglo en la base del pensamiento, una anomalía extrema, que además de ser denunciada debe ser acreditada por quien la invoca, como recaudo que hace a la suficiencia del intento revisor (conf. causas C. 96.866, sent. del 6-V-2009; C. 100.963, sent. del 25-XI-2009; C. 101.221, sent. del 24-V-2011; C. 104.899, sent. del 14-IX-2011).

Dicha exigencia técnica hace que el impugnante deba exponer con patencia que lo resuelto en la sentencia no constituye una apreciación razonada y congruente de la prueba producida, demostrando cómo y por qué se ha producido dicho error palmario en el razonamiento sentencial.

Por el contrario, en el caso de autos advierto que el recurrente lejos de cumplir con tales extremos, se ha limitado a expresar su disconformidad con la valoración de las pruebas efectuada por la Cámara, en el ejercicio de una facultad propia de los jueces de grado como potestad que admite la

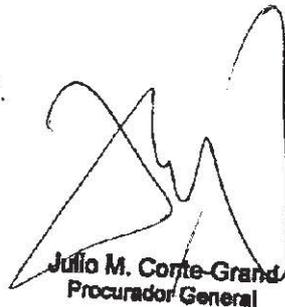
posibilidad de inclinarse hacia unas descartando otras, sin necesidad de expresar la valoración de todas, sin que se consume el vicio de absurdo antes aludido por la preferencia de un medio probatorio por sobre otro (conf. doct. C. 94.660, sent. del 27-II-2008; C. 108.184, sent. del 22-XII-2010; C. 120.286, sent. del 08-III-2017).

Tiene dicho V.E. de manera inveterada que “...cuando se pretenden impugnar las conclusiones de un pronunciamiento sobre las cuestiones fácticas de la litis, no basta con presentar su propia versión sobre el mérito de las mismas, sino que es necesario realizar un juicio crítico de los razonamientos desarrollados por el sentenciante y demostrar cabalmente que padecen de un error grave, trascendente y fundamental” (conf. causas Ac. 49.068, sent. del 3-VIII-1993; C. 89.261, sent. del 26-VIII-2009; C. 106.720, sent. del 19-IX-2012), sin que resulte suficiente -exponer de manera paralela la propia versión de los hechos formulada por las recurrentes.

Por el contrario, es necesario demostrar contundentemente que las conclusiones que se cuestionan son el producto de una valoración absurda, desechándose así las apreciaciones opinables y la posibilidad de interpretaciones diversas a las formuladas por el órgano decisor. Es que por más respetable que pueda resultar el parecer del impugnante, ello -por si solo- no autoriza a que esa Suprema Corte sustituya con tal criterio al de los jueces de la instancia de apelación, si no se pone en evidencia lo irrazonable de las conclusiones a las que habrían arribado los magistrados de dicha instancia para resolver como lo hicieron (conf. Ac. 41.576, sent. del 16-V-1989 en “Acuerdos y Sentencias”, 1989-II-113; Ac. 55.342, sent. del 5-VII-1994; C. 116.047, sent. del 13-XI-2012).

Las consideraciones hasta aquí expuestas resultan suficientes, en mi apreciación, para propiciar el rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto.

La Plata, 15 de agosto de 2017.



Julio M. Corte-Grand
Procurador General



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 123.028-1

**“Gambuzza, Carmelo H. y ot. c/ Asoc. Hijos de María Inmaculada
s/ daños y perjuicios por inc. contractual”, fecha: 07/09/2020**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Gambuzza, Carmelo H.
y ot. c/ Asoc. Hijos de María
Inmaculada s/ Daños y
Perjuicios por Inc. contractual”
C 123.028

Suprema Corte de Justicia:

I.- La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora resolvió confirmar parcialmente la sentencia de primera instancia que, a su turno, había hecho lugar a la pretensión actora, relativa a la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual imputado a los codemandados "Asociación Hijos de María Inmaculada" y Diego Hernán Cotelo, en su respectiva condición de titular del establecimiento educativo y sujeto responsable del comedor del colegio y encargado de proporcionar los alimentos, condenándolos a pagar a los actores, *in solidum*, las sumas dispuestas en el decisorio, condena que hizo extensiva a la empresa aseguradora "Berkley International Seguros S.A.", en la medida de la cobertura contratada. Todo ello, con motivo de la severa intoxicación a causa de organofosforados del que fuera víctima Mariano Gambuzza, al ingerir alimentos contaminados en el comedor del aludido establecimiento educativo, con las secuelas incapacitantes derivadas de dicho acontecimiento. En cambio, dejó sin efecto la atribución de responsabilidad dispuesta con relación a la codemandada "Congregación de los Hijos de Santa María Inmaculada", pues no encontró justificada con suficiente grado de verosimilitud la vinculación jurídica endilgada por la parte actora entre la referida Congregación y la Asociación Hijos de María Inmaculada, titular del establecimiento educativo en el que tuviera lugar el infortunio.

En lo relativo a la indemnización requerida, hizo lugar al reclamo de daño moral invocado por Lucía Gambuzza -hermana del protagonista del evento dañoso, respecto de quien había sido desestimado en primera instancia el daño extrapatrimonial solicitado- y elevó el *quantum* del resarcimiento por incapacidad física de la víctima -Mariano Gambuzza- y el

del daño moral oportunamente reconocidos a sus padres. Estableció también el límite de la responsabilidad que cabía a la aseguradora, correspondiente al oportunamente pactado en la póliza de seguros contratada, con respeto de la moneda allí establecida, modificando en dicha parcela el decisorio de origen, así como también la tasa de interés que correspondía aplicar como accesorio al capital de condena, que determinó en la pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos períodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso, con cita de doctrina legal de V.E. sobre el tópico.

Para decidir de la manera señalada, el tribunal revisor comenzó por determinar que el caso debía regirse por las normas del Código Civil derogado, que era la ley que se encontraba vigente al momento en que se produjo el daño, con excepción de la aplicación de las normas más favorables al consumidor, en las relaciones de consumo. En cuanto a los hechos que integraban la litis, tuvo por acreditado que el día 25 de abril de 2001, los hijos de los actores (Mariano y Lucía) se encontraban cumpliendo doble turno en el colegio perteneciente a la Asociación Hijos de María Inmaculada, razón por la que debían almorzar en el comedor de dicha institución.

Que en dichas circunstancias, Mariano sufrió una severa intoxicación a causa de organofosforados que le provocaron un paro cardio-respiratorio, coma e importantes fenómenos de disturbios de metabolismo de la acetilcolina, con dos secuelas neurológicas: agnosia visual y trastorno motor caracterizado por hemiparesia izquierda y signos extrapiramidales a predominio derecho. Todo lo cual encontró respaldado en el Informe e Historia Clínica expedidos por “Cardiosur Salud” (fs. 514/515).

Continuando con el análisis de las probanzas de autos, la Alzada confirmó que se había logrado acreditar que los alimentos suministrados por la demandada fueron los causantes del envenenamiento. En particular, se destacó la evidencia extraída de la causa penal y de las actas de toma de muestras y de inspección recabadas por la Municipalidad de Avellaneda de cuyo análisis se desprende la existencia de residuos del plaguicida “Parantion”, plaguicida organofosforado que resulta afín a la sintomatología de los afectados (fs. 494/513). Procedió de igual manera con una valoración minuciosa de todas las constancias probatorias agregadas

a la causa.

Acreditado entonces el daño y la relación causal con los alimentos suministrados en el comedor del Colegio, procedió a revisar la responsabilidad de los demandados. Estableció que a partir de lo previsto en el artículo 1117 del Código velezano, los establecimientos educativos, privados o estatales, resultan responsables por los daños causados y sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo la prueba del caso fortuito. Hizo referencia a la existencia de una obligación expresa de seguridad que, al ser de resultado, permite afirmar que, probado el daño y su nexos causal, procede el resarcimiento, salvo la prueba de aquél único factor eximente. Añadió a lo señalado la caracterización de la vinculación jurídica como una relación de consumo, por lo que también estimó aplicables al caso las normas tuitivas contenidas en los artículos 1092 y siguientes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que juzgó de aplicación inmediata y la ley 24.240 que es de orden público.

A la luz de dicho plexo normativo, valoró la relación que unía a la entidad educativa demandada (Asociación Hijos de María Inmaculada) y al responsable de administrar el comedor. Juzgó entonces que entre dicha institución y el Sr. Diego Cotelo existía un contrato de concesión privada, por el cual la institución concedente delegaba en el concesionario la explotación en su nombre y por su cuenta del servicio prestado a terceros. Supuesto que conlleva a la responsabilidad amplia del artículo 40 de la ley 24.240, que se hace extensiva a todos los integrantes de la cadena contractual. En ese orden de ideas, concluyó en la responsabilidad del establecimiento por violación del deber de seguridad emergente del artículo 1117 del corpus civilístico, pero también de las normas contractuales antes mencionadas.

Confirmó entonces el decisorio en cuanto a la responsabilidad concurrente de los demandados “Asociación Hijos de María Inmaculada” y el Sr. Diego Cotelo, la que dispuso se hiciera extensiva de forma solidaria a la Aseguradora Berkley Internacional Seguros S.A., en la medida del contrato.

Por el contrario, y como ya se adelantó, revocó parcialmente el examen de

responsabilidad atribuido en primera instancia a la entidad codemandada Congregación Hijos de María Inmaculada. Ello así, pues sostuvo que no se hallaba suficientemente acreditada en autos la vinculación jurídica entre ésta y la Asociación encargada de gestionar el establecimiento educativo en el que se produjeron los acontecimientos que derivaran en la responsabilidad endilgada.

En cuanto a los montos resarcitorios, procedió a elevar ciertos rubros, en particular, la condena por daño moral infligido a los padres de Mariano Gambuzza, la que además hizo extensiva a su hermana, Lucía Gambuzza. Fundó dicha parcela del decisorio en lo resuelto por V.E. en el precedente individualizado como Ac. 85.129 y entendió que en autos no podía cuestionarse el sufrimiento de los padres por la salud de su hijo, así como el de Lucía, en su calidad de hermana del protagonista del siniestro, por lo que entendió que correspondía hacer lugar a la indemnización con el alcance ya señalado.

Luego, con relación a los términos de la cobertura de la aseguradora y la pesificación de las sumas fijadas en la póliza contratada dispuesta en el decisorio de grado, procedió a su revocación. Sostuvo que dicha pesificación no era procedente porque alteraría el límite de responsabilidad expresado, en el caso, en dólares estadounidenses. Refirió que no se trataba de una deuda cierta pactada en dicha moneda extranjera, sino de un parámetro acordado por las partes para obtener estabilidad y previsibilidad en la cobertura del riesgo, por lo que no debía verse alterado por el régimen general de pesificación.

Sobre la tasa de interés fijada por la instancia de origen y cuestionada por la parte actora, la Alzada dispuso la aplicación de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días durante los distintos períodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso, con cita del precedente de V.E. individualizado como causa B. 62.488, "Ubertalli", sent. del 18-V-2016, así como lo normado por los artículos 622 y 623 del Código Civil, 7, 768 inc. "c" y 770 del Código Civil y Comercial de la Nación y 7 y 10 de la ley 23.928.

II.- Contra dicha resolución se alzan la codemandada Asociación Hijos de María

Inmaculada y la compañía aseguradora, quienes interponen a través de sus letrados apoderados, los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley agregados a la causa.

Llegados los autos a esta instancia extraordinaria se advierte que pese a que la materia litigiosa se vincula con la aplicación de la ley de defensa del consumidor (24.240) no se ha dado en el proceso intervención alguna a este cuerpo en los términos del artículo 52 de dicha normativa. Motivo por el cual se confiere vista a esta Procuración General, con amplias facultades para efectuar las peticiones que se estimen pertinentes y se emita el dictamen correspondiente (arts. 1, 2, 21 inc. 7 de la ley 14.442 y 302 del CPCC).

Sobre esta incidencia procesal he de reiterar aquí el criterio expuesto en anteriores ocasiones, análogas a la presente, en las que invocando razones de economía procesal se procedió derechamente a dictaminar en los términos del art. 283 del C.P.C.C.B.A., para evitar a la parte que el Derecho tutela, mayores dilaciones e inconvenientes procesales. Ello, sin perjuicio de poner de manifiesto que tal inobservancia por los órganos jurisdiccionales de grado debería corregirse en el futuro, para prevenir con ello eventuales nulidades y especialmente para poder cumplir con la finalidad de control y resguardo del interés público involucrado en esta materia (dictámenes P.G. emitidos en las causas: C. 119.060, sent. del 21-X-2014; C. 119.253, sent. del 24-X-2014; C. 119.304, sent. del 28-X-2014; C. 120.989, sent. del 20-IV-2017; C. 121.062, sent. del 10-V-2017; C. 120.789, sent. del 10-V-2017; entre otras).

Procederé entonces a analizar la procedencia de los recursos interpuestos contra la sentencia aquí puesta en crisis.

III.- Recurso interpuesto por la Asociación Hijos de María Inmaculada.

Alega esta parte, a través de su letrado apoderado, que la sentencia impugnada incurre en el vicio de absurdo formal y material. Ello así, al sostener conclusiones contradictorias o incoherentes y también al apartarse de las evidencias obrantes en la causa. Desarrolla su réplica a partir de señalar las parcelas del decisorio que ostentarían dicho vicio. Así, se agravia en primer término de la determinación del marco normativo y de la desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva. Juzga absurda la apreciación de

las constancias probatorias y la calificación jurídica que se ha hecho de las mismas, al hacer extensiva a su parte la responsabilidad por aplicación del artículo 1117 del C. Civil y la regulación del contrato de concesión, así como también las normas de tutela de los consumidores. Entiende que la violación del deber de seguridad que se le atribuye debió resultar de su acción, lo que en la especie entiende que no ha acaecido.

Reexamina el material probatorio y reafirma que el servicio de comedor no integraba el contrato educativo, por cuanto era una prestación optativa y contratada por los padres -para su comodidad- con el Sr. Cotelo. Argumenta, en subsidio, que en el caso se configuró un supuesto de caso fortuito que excluía cualquier responsabilidad de su parte. Pone énfasis en la responsabilidad del Sr. Cotelo, quien -según su apreciación- sería un tercero por el que no debe responder y le achaca, a su vez, la violación del contrato de concesión, lo que estima le eximiría de toda responsabilidad. Pero además sostiene que, siendo la causa del daño reclamado la ingesta de alimentos contaminados con un pesticida, se trataba de un vicio oculto por el que tampoco se puede responder.

En este mismo sentido, se agravia de la aplicación oficiosa del plexo de tutela de los consumidores y usuarios. Entiende que con ello se lesiona su derecho de defensa, toda vez que no pudo plantear oportunamente las defensas correspondientes. Se queja también de la calificación de las circunstancias del caso a partir de las normas del contrato de concesión. Asimismo, cuestiona la consideración parcial de los argumentos de las partes, lo que también configuraría desde su perspectiva, el vicio de absurdo.

En su segundo agravio, cuestiona la determinación de los presupuestos de responsabilidad. Se detiene en la revisión de la antijuridicidad, el daño, el nexo causal y el factor de atribución de aquélla. En cuanto al primer elemento, reitera su postura respecto de la responsabilidad exclusiva del Sr. Cotelo.

Luego, en cuanto a la determinación del daño, reitera los agravios llevados ante la Alzada, relativos a la nulidad de las pericias médica y psicológica. Estima que dicho extremo no puede ser tenido por probado, toda vez que debieron admitirse sus planteos nulificantes respecto de las probanzas referidas.

Al cuestionar la decisión de la Alzada al respecto, alega que dicho planteo fue

temporáneo toda vez que se realizó una vez que se le corrió traslado de los dictámenes periciales médicos ahora cuestionados. Su queja se centra en la oportunidad de la realización de los exámenes médicos. Impugna las pericias apoyado en la circunstancia de que los informes fueron presentados en el expediente cuando la familia del actor se había radicado en el extranjero. También invoca las sanciones aplicadas a los peritos -con posterioridad a la realización de los dictámenes respectivos- como elemento invalidante de aquellos. Desliza en su réplica la alegación de defectos en la notificación de dichos actos, los que fundaron también el planteo de nulidad oportunamente incoado en la instancia de origen. Alega violados los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional.

Con respecto a la relación de causalidad afirma que su valoración resulta viciada porque contradice las constancias de la causa. Se detiene en un reexamen de la prueba y detalla por qué a su entender este extremo tampoco estaba acreditado en las actuaciones. En cuanto al factor de atribución, insiste en que tal como surge de las constancias del expediente el comedor no era propiedad ni responsabilidad de la Asociación demandada. Pero en subsidio señala que debió estimarse configurada en la especie la eximente del artículo 1117 o en su caso, del 1113, relativa al caso fortuito o la responsabilidad de un tercero por el que no se debe responder.

Luego se agravia de la determinación de los rubros y montos resarcitorios, los que también entiende que resultan de un razonamiento viciado por el absurdo. Afirma que en la determinación de su cuantía se han superado los estándares fijados para hipótesis similares. Con cita de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, manifiesta que en el caso se debieron haber puesto de manifiesto las razones que fundaron tales guarismos de condena. Alega que con esta falta de fundamentación resulta violado el artículo 171 de la Constitución bonaerense. Se agravia además de la extensión del daño moral a los progenitores y a la hermana de Mariano, poniendo de relieve la violación del artículo 1078 del Código Civil aplicable, con apoyo en un precedente de V.E. que estima análogo al caso de autos. Alega además que esta extensión resulta lesiva del principio de congruencia toda vez que no fue requerido en la demanda. Sostiene que de confirmarse dicha condena, la Asociación se vería impedida de continuar con su labor educativa, condenándola a su desaparición. Solicita que de

confirmarse la sentencia se limite el monto resarcitorio a las consecuencias directas del daño, a tenor de lo prescrito en el artículo 1069 del Código Civil, al no haber mediado dolo de parte de su representada. Plantea la iniquidad de la condena y solicita su morigeración por razones de equidad.

En este marco, cuestiona además la tasa de interés aplicada por el decisorio en crisis. Si bien reconoce que el *a quo se* ha hecho eco de la doctrina legal de V.E., alega que deben ponderarse sus consecuencias en cada caso concreto, valorando los factores relevantes para su fijación. Cita el artículo 771 del nuevo Código Civil y Comercial, con el reconocimiento de la facultad judicial de morigerar los intereses cuando fueran desproporcionados, como el recurrente estima que sucede en el caso.

Por último, se agravia también de la determinación de la cobertura de la aseguradora. Sobre el punto, manifiesta que al haber limitado su responsabilidad a los términos de la póliza incurre en absurdo. Sostiene que con el incremento en el monto de la condena y los intereses fijados, la cuantía de la cobertura no sería suficiente para cubrir aquélla.

Deja planteada la cuestión constitucional en los términos de la ley 48, alegando la violación de la defensa en juicio, el debido proceso, la seguridad jurídica y el derecho de propiedad.

IV.- El recurso no puede prosperar.

El eje central del remedio extraordinario incoado se traduce en la alegación del vicio de absurdo, que según alega el quejoso, se pone de manifiesto en varias parcelas del decisorio. En este sentido, cabe recordar que conforme el criterio sostenido inveteradamente por V.E. la demostración del vicio de absurdo impone una carga argumentativa que no puede verse reducida a la manifestación de un disenso con la manera en que los magistrados han valorado el material probatorio. En este sentido, resulta un imperativo que pesa sobre el recurrente, la incontrastable muestra de evidencias de un importante desarreglo en la base del pensamiento, una anomalía extrema, una falla palmaria en el proceso de raciocinio, reveladora de la extravagancia de la conclusión a que se ha arribado (conf. S.C.B.A., causas L. 70.295, sent. del 12-III-2000; Ac. 95.794, sent. del 17-XII-2008; C. 117.952, sent. del 7-V-2014; C. 116.929, sent. del 8-IV-2015; C. 120.316, sent. del 22-VI-2016; C. 119.553, sent. del

29-III-2017; entre otras). Sin embargo, como habrá de observarse, el recurrente no logra demostrar con suficiencia la configuración del vicio que invoca.

El primer agravio no es de recibo. Más allá de las alegaciones de la parte para excluir su responsabilidad, la calificación jurídica realizada por el tribunal *a quo* no se avizora absurda. El recurrente reexamina la prueba para fundar su posición, esto es que el servicio de comedor no estaba incluido en el contrato de enseñanza y que en su caso, la responsabilidad exclusiva correspondía al Sr. Cotelo.

Parece de toda lógica aceptar que si el establecimiento educativo ofrece un servicio de doble escolaridad, los menores deberán permanecer en el establecimiento durante todo el tiempo que dure dicha jornada. Por ello, el deber de seguridad integrante del contrato educativo resulta imponible a la entidad educativa. El argumento de que los menores no tenían obligación de permanecer, resulta totalmente insostenible, teniendo en cuenta las particularidades del caso, es decir, que se trataba de un jardín de infantes, por lo que no se advierte la manera en que los niños pudieran "libremente" haberse retirado o elegir permanecer en el establecimiento educativo. Ofrecer un servicio de doble escolaridad, presume la permanencia de los niños en el establecimiento en el lapso de tiempo que transcurre entre la jornada matutina y la vespertina.

El planteo relativo a la configuración en el caso de un supuesto de caso fortuito, tampoco merece acogida dado que su determinación es una cuestión de hecho y prueba exenta de revisión en Casación. La responsabilidad del concesionario tampoco puede alegarse como eximente de responsabilidad; pues contrariamente, y tal como lo ha resuelto la Alzada, el concesionario del comedor y el establecimiento concedente se encuentran vinculados por un nexo contractual que les obliga solidariamente a la luz del artículo 40 de la ley 24.240.

En cuanto a esto último, no es necesario abundar respecto de las facultades judiciales de aplicar las normas que estimen deben regir el caso, más allá de las alegaciones de las partes, en especial, cuando se trata de normas de orden público, como sucede en la especie, siendo que además, el deber de seguridad, importa una obligación de resultado y no de medios, como lo pretende el recurrente, por lo que su responsabilidad no puede ser contestada.

Tampoco le asiste razón al impugnante en su alegada configuración del absurdo a partir de la falta de consideración de los argumentos de su parte, pues no existe en cabeza de los magistrados ninguna obligación al respecto, salvo la derivada del artículo 168 de la Constitución bonaerense, cuyo incumplimiento no ha sido denunciado ni demostrado en la especie.

Igual suerte adversa ha de merecer el reproche vinculado con la alegada falta de demostración de los extremos que justificarían la responsabilidad imputada, en la medida que el justiciable recurrente se limita en su prédica a reexaminar y apreciar la prueba producida en ejercicio de su propia subjetividad, a través de una técnica deficitaria por la que no logra demostrar la configuración del vicio lógico del razonamiento desplegado por los sentenciantes, condición *sine qua non* para su revisión en esta sede.

La cuestión relativa a la impugnación de las pericias también merece ser desestimada. Se entrecruzan en los planteos de la parte diversas cuestiones. De un lado, se cuestionan supuestos defectos en el procedimiento de la producción de la prueba, relativos a la falta de notificación oportuna de la realización de los exámenes médicos; y de otro, se refieren irregularidades en el proceder de los peritos, anomalías de conducta que vincula con la oportunidad en que se realizaron los exámenes y con las sanciones que los mismos recibieron por parte del Organismo de Contralor, así como su actuación en el proceso. Ninguno de estos reproches puede resultar de recibo. En efecto, cabe señalar que los mismos fueron formulados en la instancia de origen junto con la impugnación a los dictámenes respectivos, de manera que las accionadas tuvieron ocasión de realizar las observaciones que estimaron pertinentes a través de presentaciones que fueron debidamente sustanciadas y replicadas por los peritos, tal como el mismo recurrente lo admite entre sus agravios llevados a la alzada (v. fs. 522/3 y 676/83), además de que las mismas habían sido objeto de resolución por la sentencia de origen (fs. 420/421). No se evidencia en el caso, que la impugnante se haya visto impedida de ejercer su derecho de contradicción en la oportunidad procesal pertinente, por lo que cualquier planteo anulatorio además de inoportuno, deviene impertinente. Luego, queda por señalar que los restantes agravios enarbolados tampoco demuestran la irregularidad que se pretende consumada en la facción de las experticias, desde que resulta evidente que la fecha

de la presentación de los informes, luego de las prórrogas solicitadas oportunamente por los peritos intervinientes, fue posterior a la de realización de los exámenes médicos, sin que de ello pudiera desprenderse la existencia de ningún vicio invalidante en dicho proceder.

Por otra parte, objeta igualmente el recurrente la extensión del resarcimiento. Pero dichos agravios deben ser también desestimados por los mismos argumentos que se vienen señalando. En efecto, siendo aquélla una facultad privativa de los jueces de grado, su revisión en sede extraordinaria sólo puede ser efectuada en caso de demostrarse la configuración del vicio de absurdo. Y más allá de las alegaciones efectuadas en tal sentido por el impugnante, no se extrae de la pieza recursiva más que el mero disenso de la parte recurrente con el criterio empleado por el órgano de Alzada, circunstancia que se traduce en una subjetiva visión de las probanzas colectadas en el proceso, que como tal, resulta insuficiente para los fines pretendidos.

En particular, en lo que respecta a la crítica de la extensión del resarcimiento por daño moral reconocido en favor de los padres y la hermana del principal protagonista del infortunio, manifiesta el quejoso que estos rubros no fueron incluidos en la demanda, alegando la infracción al principio de congruencia. Sin embargo, la compulsión de las actuaciones pone en evidencia que dicha aserción no se compadece con las constancias objetivas de la causa pues basta con remitirnos a la lectura del escrito de inicio para refutar el planteo formulado (v. fs. 13 vta.).

Ahora bien, en lo que respecta a la procedencia de este rubro resarcitorio, he de señalar que la Alzada toma como fundamento de su decisión la doctrina legal sentada por V.E. en el precedente individualizado como Ac. 85.129, por el que declaró la inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil, con fundamento en la lesión de la garantía contenida en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Entre los fundamentos dados por V.E. en dicha oportunidad se puede apreciar el señalamiento de que mientras que en la esfera del daño moral el art. 1078 consagra que los únicos que pueden reclamar su resarcimiento son los perjudicados directos, en el ámbito del daño patrimonial, el art. 1079 permite hacerlo también a los damnificados indirectos (conf. voto de la mayoría).

Esa disparidad de tratamiento, según lo expusiera V.E. en el voto del magistrado

ponente que concitó la adhesión de la mayoría del tribunal, importa "*(...) una desigualdad ante la ley y que por ello no debería superar con éxito el control de constitucionalidad (art. 16 de la Constitución nacional)...*" que configura "*(...) un caso de incompatibilidad material entre la norma inferior y la norma superior (art. 31 de la Constitución citada), al establecer la primera una diferenciación para la categoría de damnificados indirectos que no es razonable, pues si el daño es moral carecen ellos de la legitimación que sí se les concede cuando el daño sufrido es patrimonial (arts. 1078 y 1079 del Código Civil)*".

Con algunas variantes en cuanto al fundamento, esta doctrina se mantiene como criterio aplicable para la interpretación del artículo de referencia. Así, se puede referir que entre los elementos que deben ser considerados a la hora de aplicar dicha norma del corpus civilístico corresponde su contraste con el artículo 19 y el artículo 28 de la Constitución Nacional, valorando la razonabilidad de la limitación legal (según los argumentos dados en el voto del Dr. De Lázzari en la causa C. 101.958, sent. del 22-XII-2015).

En el caso aquí analizado, la sentencia en crisis ha ponderado las circunstancias comprobadas y ha considerado que los padres y hermana del damnificado principal habían sufrido una afectación directa por lo que inaplicó la norma limitante del Código Civil. Fue así que estimó la gravedad del daño sufrido y lo tradujo en una indemnización económica que fijó para cada uno de ellos. En sus agravios, el recurrente pretende diferenciar su caso del decidido en el precedente Ac. 85.129, fincado en la menor gravedad de los daños que -según su apreciación- se traducen en los derivados en el caso. Sin embargo, al transitar dicho sendero, el quejoso no hace más que declarar su disenso con el juicio en materia de hechos realizado por la Alzada y esta estimación constituye materia que por principio debe permanecer ajena al conocimiento de V.E., salvo la invocación y demostración del absurdo razonar del *a quo*, lo que en la especie no ha sucedido (doctr. S.C.B.A., causas Ac. 33.140, sent. del 23-VII-1985; Ac. 39.415, sent. del 27-XII-1988; Ac. 60.383, sent. del 4-VI-1996; Ac. 81.476, sent. del 23-IV-2003, C. 101.844, sent. del 10-XII-2008).

En el mismo sentido, se puede añadir que el reconocimiento y resarcimiento del daño moral depende -en principio- del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha

existido, sin que sea necesaria otra precisión y no requiere prueba específica alguna cuando ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -daño *in re ipsa*- y es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un daño moral (conf. Ac. 59.834, "Zeballos", sent. de 12-V-1998; Ac. 82.369, "Moyano", sent. de 23-IV-2003; C. 117.314, "O., A. M. y otros", sent. de 12-XI-2014; e.o.), no advirtiéndose, como ya se ha expuesto, que el *a quo* haya incurrido en una cuantificación teñida por el vicio alegado.

Luego, en lo que respecta a la determinación de la tasa de interés aplicable, el recurso tampoco ostenta una justificación suficiente. Se decide en el caso con arreglo a doctrina legal de V.E. vigente sobre el tópico. Sin perjuicio de ello, he de señalar que este Ministerio Público ha sostenido en numerosas oportunidades que dicha tarea resulta del ejercicio de una facultad discrecional reconocida a los jueces ordinarios en virtud de lo establecido por el artículo 622 del Código Civil de Vélez Sarsfield, vigente en oportunidad de emitir los dictámenes en los que se sostuvo dicho criterio (conf. dict. emitido, entre otros, en la causa C. 106.619, del 16-VII-2010, a cuyos argumentos remito). Cuestión -se agregó- sólo resulta revisable en casación en supuestos de configuración demostrada del vicio de absurdo.

Siguiendo dicho criterio interpretativo, no se advierte en la especie, que en dicha faena discrecional hubiera existido un ejercicio irrazonable, absurdo o arbitrario. Ello, más aun, teniendo en cuenta que se ha aplicado una tasa de interés de mercado que respeta *prima facie* el carácter reparatorio de la condena. Por ello es que también propicio, de consuno con los criterios oportunamente esbozados confirmar esta parcela del decisorio impugnado.

V.- Recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por Berkley Internacional Seguros S.A.

Alega la representante de la entidad aseguradora que la sentencia de la Alzada viola las disposiciones legales y la doctrina legal aplicables al caso de autos. En particular, menciona los artículos 34 inc. 4° y 5° ap. "c", 384 y concordantes del Código Procesal. Así como también, los derechos contenidos en los artículos 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional.

En concreto, se disconforma de lo decidido por la sentencia en crisis en cuanto juzgó que las impugnaciones efectuadas por su parte y la Asociación demandada contra los dictámenes médicos y psicológicos fueran extemporáneas, pues a su entender, las mismas fueron hechas en tiempo y forma. Sostiene que las alegaciones fueron oportunas y arbitrariamente desatendidas por el *a quo*. Entiende que de haberse considerado dichas críticas a los dictámenes, se hubiera debido dictar un pronunciamiento totalmente diferente, rechazando la pretensión actora.

Afirma que en el caso no sólo no hubo sana crítica sino que ni siquiera se trató una prueba esencial y fundamental para el dictado de una sentencia ajustada a derecho como fueron los acusos de nulidad de las pericias impetradas. Tampoco consideró, según lo afirma el recurrente, las irregulares circunstancias que rodearon la producción de tales dictámenes, basados en pericias inexistentes por imposibilidad de haberse realizado toda vez que los actores habían mudado su residencia a otro país al momento de efectuárselas. Añade a ello irregularidades en el procedimiento de impugnación (que fueron planteadas ante la Alzada oportunamente) y menciona las sanciones recibidas por los Peritos con posterioridad a la realización de las pericias.

En segundo lugar, se agravia de la sentencia por cuanto ha hecho extensivo el resarcimiento por daño moral a los padres y hermana de la víctima, quienes no son damnificados directos y cuya reparación estaba vedada a la luz del artículo 1078 del Código Civil velezano. Deja planteada la cuestión constitucional en los términos del artículo 14 de la ley 48.

VI.- Tal como fuera adelantado, este recurso tampoco es de recibo.

En cuanto al primero de sus agravios, y sin perjuicio de lo señalado al emitir opinión acerca del reproche de similar tenor contenido en la primera de las protestas examinadas, conviene reseñar lo decidido por la Alzada al decidir sobre el planteo de nulidad de las pericias (médica y psicológica). Señaló el magistrado votante que las pericias fueron practicadas con carácter de prueba anticipada, conforme se decidió a fs. 258, con citación de la parte contraria. Destacó el sentenciante que dicha providencia resultó efectivamente

notificada a las partes (cfr. cédulas de fs. 282 y 283).

Luego, obran agregados a la causa los dictámenes periciales (fs. 300/301 y fs. 310/326) en presentaciones realizadas en el año 2006. En 2008, las demandadas y la citada en garantía alegan la nulidad de tales dictámenes sosteniendo que dicha prueba se practicó sin su intervención. Ante esta circunstancia, el *a quo* sostuvo que la cuestión planteada era extemporánea, toda vez que la oportunidad procesal para que las partes intervinieran en el control de la prueba, estando debidamente citadas, había precluido.

Como se puede advertir, los argumentos aquí traídos por la recurrente fueron oportunamente dirimidos por la Alzada y la réplica no alcanza a demostrar con suficiencia cuál sería el error o el desacierto palmario de la Alzada al decidir como lo hizo. Esta sola circunstancia, aunada a las razones expuestas en el remedio ensayado por la asociación codemandada, me eximen de dar mayores argumentos para propiciar se desestime esta parcela del recurso en vista.

Sin embargo, y a mayor abundamiento, se puede agregar que la recurrente insiste en afirmar que a la fecha de presentarse los dictámenes (2 de marzo y 24 de mayo de 2006), el actor ya no vivía en el país (desde septiembre de 2005). Sin embargo, ello no prueba que al momento de haberse practicado los exámenes médico y psicológico los expertos no hubieran tomado contacto directo con el actor. De hecho, fue evidentemente por este motivo que se diligenció la prueba con carácter anticipado. Por ello, más allá de la gravedad de las acusaciones vertidas en la pieza recursiva, no encuentro sustento empírico para hacer lugar a dichos reproches.

Por lo demás, la recurrente sostiene que de haberse anulado las pericias el pronunciamiento hubiera sido el rechazo de la demanda. Y la verdad es que ello no resulta así. Pues como se ha reseñado con detalle, la sentencia analiza la responsabilidad por el daño a partir de una variedad de pruebas que no incluyen a las pericias cuestionadas. Las mismas sólo han sido tenidas en cuenta a la hora de cuantificar los daños, por lo cual, sólo en esta parcela de la decisión, han incidido las opiniones de expertos agregadas a la causa. Todo lo expuesto, reafirma el sentido adverso al progreso de este agravio.

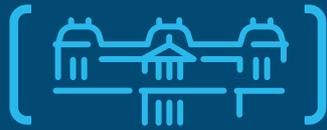
En segundo término, como ya se ha expuesto, se agravia la recurrente de los alcances con que se condenó al resarcimiento del daño moral. Remito aquí a lo ya expuesto al analizar el recurso de la Asociación codemandada.

VII.- En mérito a las consideraciones formuladas, estimo que deberá V.E. confirmar la sentencia en crisis, rechazando los recursos en vista (art. 289 del CPCCBA).

La Plata, 7 de septiembre de 2020.-

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND,JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

07/09/2020 13:30:30



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.379-1

**“Lopérfido, Carlos A. y ot. c/ Asoc. Cultural de Habla Alemana
Inst. J. G. y ot. s/ daños y perjuicios derivados de responsabilidad
por ejercicio profesional”, fecha: 30/06/2017**

“Lopérfido, Carlos A. y ot.
c/ Asoc. Cultural de Habla
Alemana Inst. J.G. y ot. s/
Daños y Perjuicios derivados
de Responsabilidad por
Ejercicio Profesional”
C. 121.379

Suprema Corte de Justicia:

I.- Llegan en vista las presentes actuaciones, en virtud de lo dispuesto por V.E. a fs. 3247, para que esta Procuración General que represento asuma la participación que le compete en el carácter de fiscal de la ley que le atribuye el artículo 52 de la ley Defensa del Consumidor, marco normativo en el que se sustentó el reclamo indemnizatorio formulado en autos.

Y advertido sobre la falta de intervención en las instancias ordinarias de quienes integran el cuerpo a mi cargo, reitero aquí el criterio expuesto en anteriores ocasiones, análogas a la presente, en las que invocando razones de economía procesal se procedió derechamente a dictaminar en los términos del art. 283 del C.P.C.C.B.A., para evitar a la parte que el Derecho tutela, mayores dilaciones e inconvenientes.

Ello, sin perjuicio de poner de manifiesto que tal inobservancia por los órganos jurisdiccionales de grado debería corregirse en el futuro, para prevenir con ello eventuales nulidades y especialmente para poder cumplir con la finalidad de control y resguardo del interés público involucrado en esta materia (dictámenes P.G. emitidos en las causas: C. 119.060, sent. del 21-X-2014; C. 119.253, sent. del 24-X-2014; C. 119.304, sent. del 28-X-2014; C. 120.989, sent. del 20-IV-2017; C. 121.062, sent. del 10-V-2017; C. 120.789, sent. del 10-V-2017; entre otras).

II.- La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata resolvió, a fs. 3200/3221vta. y en lo que resulta relevante

destacar, confirmar la sentencia de primera instancia (fs. 3101/3131) que, a su turno, había rechazado la demanda intentada por los Sres. Carlos A. Lopérfido, Estela T. Insanti y María M. Lopérfido contra la Asociación Cultural de habla Alemana Mar del Plata, Brigitte Arendt, Elisabeth Shiffmacher y Pedro González, procurando el resarcimiento de los daños y perjuicios invocados como consecuencia de la experiencia vivida por la Srta. María Lopérfido durante el viaje de intercambio organizado por dicha institución educativa con sus pares en Alemania.

Para así decidir la Alzada analizó por separado los aspectos referidos a la procedencia del reclamo de la Srta. Lopérfido y luego, los vinculados al reclamo de sus progenitores, el Sr. Lopérfido y la Sra. Insanti.

En relación al primero de éstos, comenzó por afirmar que los agravios que se habían llevado ante dicho tribunal no lograban derribar los fundamentos troncales en que se había sustentado la decisión desestimatoria puesta en crisis.

Además, luego de una revisión minuciosa del material probatorio agregado a la causa, expuso que no hallaba acreditada en autos la configuración de los daños patrimonial y moral invocados por la co-actora. Especial mención mereció un episodio de abuso, aludido tangencialmente en los escritos de la parte, circunstancia que estimó tampoco se había logrado acreditar, puntualizando que siquiera se había orientado la actividad probatoria en aquel sentido solicitando, por ejemplo, pruebas o mediciones a través de las pericias correspondientes que permitieran la averiguación de la verdad a este respecto.

Asimismo, en lo relativo a la apreciación de las pruebas periciales obrantes en la causa, coincidió con el magistrado de origen, en que correspondía dar prevalencia al dictamen de la Licenciada Mabel Irene Estévez, obrante a fs. 2435/2447, por sobre el que presentara la Médica Psiquiatra, Ana María Abadie (v. fs. 2394/2413).

Ello así, con fundamento en que la segunda de tales pericias contesta a los puntos propuestos dando por ciertas las afirmaciones contenidas en

aquellos, sin existencia de prueba alguna que corrobore dicha certeza, así como también en la insuficiente motivación de dicha experticia. Estimó a este último respecto que la pericia médico-psiquiátrica no contenía argumentos suficientes que permitieran comprender el derrotero lógico que condujera a la conclusión sostenida. Mientras que, por contraste, la pericia psicológica se mostraba fundada en cada uno de los puntos que le fueron dados a su entendimiento, corroborando la decidida inexistencia de daño resarcible.

En particular, destacó la Alzada que a partir de dicho dictamen se descartaba cualquier forma de daño psíquico, psicológico o perturbación anímica en la persona de María Lopérfido. Y agregó que la misma gozaba al momento del dictamen de referencia de una vida normal, sin manifestaciones limitantes que, de por sí, descartan la existencia de daño psíquico como secuela de los hechos denunciados, sin que se registre trauma psíquico, ni que tales eventos hubieran influido en la elección de su carrera universitaria, descartándose igualmente la necesidad de cualquier tratamiento psicológico o psiquiátrico (ver fs.3212).

Más aún, se dijo -con apoyo en la referida pericia- que los eventuales malestares vivenciados por la co-actora, en ocasión del viaje de intercambio a Alemania, se podían considerar esperables dentro de los parámetros de normalidad de una adolescente que se encontraba alejada de sus familiares, amigos y cultura (fs. 3212 vta., con cita del punto 1 de la pericia obrante a fs. 2428).

En atención a estas consideraciones fácticas, concluyó que las mismas no eran suficientes para ser calificadas como portadoras de entidad para ser resarcidas en los términos del artículo 1117 del Código Civil, vigente al momento de los hechos de la causa.

En relación a los agravios llevados por los Sres. Lopérfido e Insanti, padres de la por entonces menor de edad, María Manuela, el magistrado ponente sostuvo también que los mismos resultaban insuficientes para lograr conmovir la decisión puesta en crisis.

En este sentido, expuso que el sentenciante de origen había

desestimado la demanda basado en la falta de prueba suficiente del daño y la ausencia de nexo de causalidad entre los hechos y las consecuencias invocadas. En tal sentido, coincidió en afirmar que los actores no habían logrado demostrar que el viaje hubiera tenido una organización defectuosa o que los directivos hubieran tenido los comportamientos que se les endilgaron y de los que se derivaban las consecuencias dañosas invocadas. Agregó que existieron conductas que, no obstante su acreditación (e incluso aceptando, por hipótesis, que fueron causa adecuada de los daños reclamados), no merecían reproche a la luz del factor de atribución subjetivo ni revelaban incumplimiento alguno por parte del establecimiento educativo. Todo ello, con fundamento en los artículos 512, 901, 1109 del C.C. y arts. 1, 2 y 10bis de la L.D.C.

En particular, sostuvo que en los viajes de intercambio como el de autos, existe la posibilidad de que se susciten eventualidades y contingencias. Pero las particulares características de esta clase de experiencias (con los riesgos que también pueden encerrar) habían sido suficientemente conocidas y aceptadas por los padres de la Srta. Lopérfido. Esto comprende, en particular, la realización de periplos alrededor del país de destino y alojamiento, especialmente a otros puntos de habla germana, como complemento del viaje de intercambio propuesto. Por lo que estimó que dichas circunstancias no reflejaban conducta reprochable alguna por parte de las autoridades del colegio, ni el incumplimiento contractual demandado.

En igual sentido, se expidió respecto de otros elementos propios de la experiencia y objeto de reproche por los actores. El magistrado ponente remarcó, en definitiva, que más allá de la frustración y el disgusto alegado, aquéllos no habían logrado acreditar los extremos invocados en sus escritos postulatorios, de lo que da cuenta un minucioso reexamen de las constancias de la causa.

III.- Contra dicha resolución, se alzan los actores e interponen en una única presentación recurso extraordinario de nulidad y en forma subsidiaria, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (ver fs. 3230/3238).

En el marco del primero de los remedios aludidos, con fundamento en los artículos 161 inc., 3° letra “b” y 171 de la Constitución bonaerense, alegan que la Alzada habría omitido tratar agravios propios que se encargan de individualizar y calificar como cuestiones esenciales. Estos agravios se pueden agrupar entre aquellos que refieren, por un lado, a la consideración de elementos probatorios y, por el otro, a la desestimación de ciertos rubros resarcitorios reclamados en la demanda.

Exponen que la Alzada no analizó de manera profunda los reproches llevados ante sí por su parte. Alegan falta de fundamentación de la sentencia en crisis por no dar respuesta a la crítica del decisorio de origen que puso de resalto los errores de juicio del sentenciante de primera instancia. En ese orden de ideas, sostienen que la Cámara habría incurrido en el vicio de incongruencia por defecto ya que la resolución otorgó menos que lo peticionado en la expresión de agravios, sin dar fundamento alguno para ello.

IV.- El recurso no puede prosperar en atención a la insuficiencia de los planteos del recurrente para lograr abrir la instancia casatoria propuesta.

Cabe recordar a los impugnantes que el recurso de nulidad sólo resulta procedente a partir de las causales taxativamente receptadas en la Constitución local a saber: omisión de tratamiento de un cuestión esencial, falta de fundamentación legal de la decisión, violación de la forma del acuerdo y voto individual y mayoría de opiniones sobre las cuestiones decididas por sentencias de tribunales colegiados (arts. 168 y 171 Const. Pcial.).

La causal de omisión de tratamiento de una cuestión esencial, aquí invocada, tiene también alcances muy precisos. En primer lugar requiere que se delimite adecuadamente una cuestión esencial en los términos de la doctrina legal de V.E. y luego, que efectivamente se dé en el caso una omisión relevante, por descuido o inadvertencia del Tribunal. En este sentido, tiene definido V.E. de manera inveterada que temáticas esenciales son aquéllas que hacen a la estructura de la traba de la litis y que conforman el esquema jurídico que la sentencia debe atender para la solución del litigio y no las que

las partes consideren como tales.

En razón de ello, los argumentos de derecho o de hecho en los que las partes sustentan su pretensión, no revisten aquel carácter, por lo que su eventual falta de consideración no genera la nulidad del resolutorio, ya que la obligación de tratar todas las cuestiones esenciales no conlleva la de seguir a las partes en todas sus argumentaciones (conf. S.C.B.A., en Rc. 120.921, resol. del 21-IX-2016; Rc. 120.905, resol. del 21-IX-2016; Rc. 121.044, resol. del 14-XII-2016; Rc. 121.291, resol. del 28-XII-2016; entre otras).

En esa inteligencia es que también resulta inatendible el agravio relativo a la falta de consideración de argumentos de prueba derivados de una interpretación subjetiva efectuada por la recurrente. Estas alegaciones devienen insuficientes para el propósito al que pretenden servir toda vez, en tanto se vinculan a un deficiente examen del material aportado, no constituyen omisión de “cuestión esencial”, ni revisten tampoco esta última calidad los argumentos traídos por las partes (conf. S.C.B.A., causas C. 101.933, sent. del 20-VIII-2008; C. 94.852, sent. del 21-IV-2010; C. 92.586, sent. del 10-III-2011; C. 111.033, sent. del 2-V-2013; C. 120.101, sent. del 17-VIII-2016; entre otras). De hecho, pese a la alegada omisión de tratamiento de cuestiones esenciales, los argumentos que se dan en sustento, resultan en realidad cuestionamientos que apuntan a dejar en evidencia, no ya la mentada omisión, sino un desacuerdo con el sentido en que el tribunal ha decidido la cuestión, aspecto del pronunciamiento cuya crítica es ajena a la vía nulitativa intentada.

En efecto, el repaso de los reproches formulados en el recurso bajo análisis, pone en evidencia que tales críticas se vinculan más con el mérito de la decisión, que con la falta de su tratamiento por el órgano revisor, siendo por lo demás, extraño al ámbito de este recurso tanto el acierto con que fuera analizado como la forma en que fuera encarado (conf. dictamen P.G. en las causas C. 113.443, de fecha 17-V-2011, C. 118.577, de fecha 14-XI-2014; y doctrina legal de V.E. establecida en las causas Ac. 89.815, sent. del 7-II-2007; C. 97.760, sent. del 17-XII-2008; C. 98.403, sent. del 9-VI-2010;

entre otras).

Lo mismo cabe concluir con relación al rechazo de ciertos rubros resarcitorios pretendidos en la demanda, los que resultan consecuencia de la suerte del planteo principal que como se ha señalado, desestimó la pretensión de los actores. Tampoco advierto configurado a este respecto una omisión relevante a los efectos del recurso en vista, toda vez que las cuestiones que se dicen preteridas, -individualizadas en la pieza recursiva como agravios cuarto, séptimo y noveno- fueron desplazadas de la consideración expresa del órgano revisor en orden al sentido desestimatorio dado en punto al examen de responsabilidad atribuido a los demandados.

En sentido congruente ha dicho reiteradamente V.E. que la omisión en el tratamiento de cuestiones esenciales que genera la nulidad del fallo no es aquélla en la que la materia aparece desplazada o tratada implícita o expresamente, pues lo que sanciona con nulidad el mencionado art. 168 es la falta de abordaje de una cuestión esencial por descuido o inadvertencia del tribunal y no la forma en que ésta fue resuelta (art. 31 bis, ley 5827, texto según ley 13.812, conf. Rc 120.214, resol. del 2-XII-2015; Rc 120.455, resol. del 26-X-2016; Rc 120.644, resol. del 23-XI-2016; Rc 121.091, resol. del 21-XII-2016; entre muchas otras).

Es por todo lo hasta aquí expuesto que estimo debería V.E. rechazar el recurso extraordinario de nulidad incoado.

V.- Ahora bien, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley subsidiariamente interpuesto, los actores plantean que se ha violado la ley y doctrina legal en relación a lo prescripto en el artículo 1117 del Código Civil.

Cuestionan que no se haya considerado la menor edad de la co-actora, María Lopérfido, al momento del hecho y la procura de su interés superior.

Asimismo, objetan el incumplimiento del reglamento de intercambio que rige este tipo de experiencias por parte de las demandadas. Proceden al detalle de las constancias de la causa que darían cuenta de los

incumplimientos invocados. Insisten en que, conforme las probanzas de autos, surgen elementos que corroboran el incumplimiento contractual alegado y que demuestran la absurda interpretación efectuada por el *a quo*, según lo exponen.

Por otra parte, sostienen que en autos se ha violado o aplicado erróneamente la ley en relación a lo prescripto en los artículos 512 y 1109 del Código Civil, lo que vinculan también con aspectos del reglamento que entienden infringidos. En tal sentido, insisten en la conculcación del interés superior del niño tutelado por la Convención internacional sobre los derechos del niño (aprobada por ley 23.849) y demás normas específicas que citan.

Cuestionan igualmente la interpretación, que califican de absurda, que efectuara la Alzada respecto de los artículos 1, 2 y 10 bis de la ley de Defensa del Consumidor. En prieta síntesis, alegan que de la correcta aplicación del estatuto protectorio al caso de autos, debía seguirse la consecuente responsabilidad de los demandados. Ello así, a partir de la recalificación de las constancias de la causa, basada en una reinterpretación de las normas protectorias referidas. Dejan asimismo, planteada la cuestión constitucional federal (art. 14, ley 48).

VI.- Este recurso tampoco prospera por cuanto los argumentos vertidos resultan insuficientes para lograr conmover lo decidido por las instancias anteriores.

En efecto, en primer término cabe recordar aquella doctrina legal de V.E. según la cual *“los recursos deben bastarse a sí mismos y su adecuada fundamentación no puede suplirse con remisión a otros escritos o inferirse por lo que pueda decirse al fundar otros recursos deducidos ni interponerse en subsidio de éstos...”* -el destacado me pertenece- (conf. S.C.B.A., causa Ac. 47.158, resol. del 26-II-1991).

Ahora bien, más allá del déficit técnico formal que representa la articulación subsidiaria del remedio extraordinario incoado, aunque los impugnantes alegan la violación de la ley y de la doctrina legal que refieren, el objeto principal de su crítica reposa en la revisión de la apreciación de la

prueba realizada por las instancias ordinarias. Y esta reedición de cuestiones fácticas resulta en principio ajena a la competencia extraordinaria, salvo la adecuada demostración de la configuración del vicio de absurdo, vicio lógico de razonamiento que no sólo debe ser invocado sino, además demostrado.

Partiendo entonces de dicha premisa y ponderando los términos del intento revisor estimo que en el caso, los impugnantes no han logrado poner en evidencia su existencia. Es que, para que en esta instancia extraordinaria se puedan revisar cuestiones de hecho y prueba como las propuestas por los quejosos en su impugnación, no resulta suficiente exponer -de manera paralela- la propia versión e interpretación de las circunstancias fácticas, sino que es necesario demostrar de manera acabada que las conclusiones que se cuestionan son el producto de una apreciación absurda de los hechos. Ello así, por cuanto, tal como lo ha sostenido inveteradamente V.E., el vicio de absurdo sólo se configura cuando existe en el fallo impugnado un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica o una grosera desinterpretación material de alguna prueba, no constituyéndolo las conclusiones meramente objetables, discutibles o poco convincentes, que no llegan a los mencionados extremos (conf. S.C.B.A., causas AC. 33.870, sent. del 23-X-1984; Ac. 50.575 sent. del 27-VII-1993; Ac. 75.020, sent. del 20-IX-2000; Ac. 78.318, sent. del 19-II-2002; Ac. 88.695, sent. del 22-III-2006; C. 105.039, sent. del 16-XII-2009; C. 108.433, sent. del 9-II-2011; entre otras).

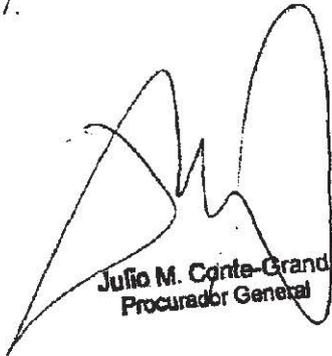
Igualmente insuficientes resultan los argumentos que, bajo la invocada violación de la ley, proceden a la recalificación jurídica de las constancias de la causa, atribuyéndose una operación de juicio que además de impropia, resulta ineficaz para demostrar la configuración de los errores de juzgamiento que atribuyen al decisorio impugnado.

En dicho intento los impugnantes han cedido a la tentación de sustituir al magistrado en el rol que le es privativo. Así, se han limitado a contraponer su propia interpretación de la prueba, frente a la que efectuara la Alzada y han juzgado cuál era el Derecho que correspondía aplicar al caso.

Dicha técnica, en sí misma deficitaria a los fines casatorios propuestos, deja incólume la decisión puesta en crisis, de manera que, con sustento en lo antedicho, corresponde que V.E. desestime también este recurso, por insuficiencia.

VII.- Con los argumentos hasta aquí expuestos, tengo por contestada la vista conferida, reiterando que -según mi apreciación- corresponde desestimar los remedios extraordinarios articulados por la parte actora.

La Plata, 30 de junio de 2017.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General

