

JUZGADOS DE PAZ LETRADOS-OCTAVO
PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 25

CUIJ: 13-04644641-5((011815-258169))

GIMENEZ BAZAN OLGA GRACIELA C/ FALABELLA S.A. P/ CONSUMO
DE MENOR CUANTÍA
104728575

Mendoza, 13 de Marzo de 2019.

Y VISTOS: Los presentes autos, llamados a dictar sentencia a fs. 23, en los que:

I.- A fs. 2/7 se presenta la Sra. Olga Graciela Giménez Bazán, con el patrocinio letrado de los Dres. Mariano Sánchez y Cecilia Guidolín, e inicia demanda por incumplimiento contractual derivado de una relación de consumo, conforme el proceso de pequeñas causas, regulado por el art. 218 del CPCCyT, en contra de Falabella S.A.

En el formulario de demanda expone que, en fecha 13 de noviembre de 2018, por medio de la plataforma de venta on-line de la demandada, realizó la compra de un reloj modelo Tommy Hilfiger, color blanco, de mujer, por la suma de \$ 3.995, abonándolo con su tarjeta de crédito.

Que luego, recibió un mail de confirmación de la compra, donde se le indicaba que le entregarían el producto el día 22/11/2018, en la tienda de Falabella del Mendoza Plaza Shopping.

Luego, manifiesta que en forma muy próxima a la entrega, recibe un mail donde le informan que el producto no podría ser entregado por falta de stock., poniéndose en contacto con personal de la demandada, sin que den una respuesta al reclamo.

Agrega que luego de una serie de intercambios de mails, el día de entrega se apersona en la empresa y manifiesta su voluntad de obtener el reloj comprado, y que al no tener respuesta, regresa el día 27 y le dicen que le entregarán el producto y que lo podría retirar el día 03/12/2018.

Afirma que, si bien antes le habían debitado la primera cuota

JUZGADOS DE PAZ LETRADOS-OCTAVO

PODER JUDICIAL MENDOZA

y hecho el reintegro, en esta oportunidad vuelven a debitarle un importe correspondiente a las cuotas de compra de reloj. En la audiencia inicial expresa que ya se le han debitado las tres cuotas relacionadas a la compra de la mercadería y acompaña los resúmenes de su tarjeta de crédito.

Sostiene que el día 3/12/2018 vuelve a la sucursal, le informan que estaban realizando las descargas de los camiones y que el reloj estaría disponible luego de las 20:00 horas. Que siendo las 18 horas decide retirarse y volver al día siguiente, fecha en la cual nuevamente no le entregan dicho reloj, dejando asentado una constancia de los reclamos en el libro de quejas de la demandada.

Finalmente, refiere que envía CD y realiza una constatación notarial en la sede física de la demandada, de donde surge que existen unidades disponibles.

De esta manera, expone, se ve obligada a iniciar esta acción, donde concretamente reclama:

- 1.- El cumplimiento en especie del contrato, es decir, la entrega del reloj.
- 2.- Los perjuicios derivados del incumplimiento contractual, consistente en daño moral que cuantifica y estima en la suma de \$ 27.000.
- 3.- Una sanción punitiva en virtud del art. 52 bis de la LDC, cuyo monto deja librado al prudente arbitrio del Tribunal.

II.- En el acto de la audiencia la actora reitera sus pretensiones, teniendo oportunidad de expresarse la Sra. Giménez, quien relata la situación vivida, los reclamos telefónicos, vía mail y personales realizados de manera infructuosa, todo en forma concordante con la demanda.

Por su parte, el Dr. Zonana, quien comparece a la audiencia por la demandada Falabella S.A., conforme copia de poder que adjunta, toma la palabra y, en síntesis, asume la siguiente actitud ante la demanda:

- 1.- Se allana a la pretensión relativa a la entrega del reloj y ofrece el mismo.
- 2.- Reconoce la existencia de daño moral, pero no comparte la cuantificación y suma que solicita la actora.

JUZGADOS DE PAZ LETRADOS-OCTAVO
PODER JUDICIAL MENDOZA

3.- Se opone expresamente a la sanción por daño punitivo.

Acompaña memorial.

III.- En relación a la prueba, la demandada desiste del testigo ofrecido (domiciliado en otra circunscripción) y el Tribunal rechaza la prueba pericial contable, por considerar que las constancias de la causa y la prueba a rendirse en la audiencia son suficientes para la solución del pleito.

IV.- En la audiencia presta declaración testimonial la Sra. Andrea Fabiana Bustos. Concluida su declaración el Dr. Zonana interpone incidente de tacha y lo funda, dándose traslado a la contraria, contesta y solicita su rechazo.

A fs. 23 quedan los presentes en estado de resolver,

CONSIDERANDO:

1.- Encuadre legal:

1.1.-Relación de consumo y protección constitucional de la parte vulnerable:

Ingresando en el análisis de la causa, constato que la actora ha invocado el régimen protectorio del consumidor.

Efectivamente, estamos ante una típica relación de consumo, resultando por tanto aplicables al caso las normas que rigen este tipo de casos.

Es que, de acuerdo al artículo 1092 del C.C.C.N., la relación de consumo “es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en su propio beneficio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte en una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, de su grupo familiar o social”.

La relación de consumo se caracteriza porque una de sus partes es un consumidor final de bienes o el usuario de servicios (art. 1093, C.C.C.N.), pudiendo serlo, indistintamente, la persona individual o

jurídica ubicada al agotarse el circuito económico y que pone fin, a través del consumo o del uso, a la vida económica del bien o servicio. Resulta indistinto que el uso o la utilización de bienes y servicios se efectúe a título personal o familiar, o sea, para el uso privado.

Ahora bien, el Código Civil y Comercial (ley 26.994) incorporó el régimen tuitivo del consumidor tomando como base el artículo 42 de la Constitución Nacional y la ley 24.240 —modificada por la ley 26.361— que mantiene vigentes. Es decir que, a diferencia de lo que ocurrió con otros institutos del Derecho, no se derogó o reemplazó el andamiaje normativo y jurisprudencial construido desde hace décadas, sino que lo integró en los términos de jerarquías normativas conforme lo dispone su artículo 1 en lo referido a las fuentes y aplicación.

En esta línea de razonamiento, sigue vigente todo el estatuto protectorio de la ley 24.240 y modificatorias, que establece derechos y obligaciones para las partes y busca garantizar el respeto de los derechos de la parte vulnerable de la relación, esto es, el consumidor.

Esto se debe a que este estatuto protectorio posee andamiaje constitucional en el artículo 42 C.N. que establece: *"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno"*.

El punto de partida es la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el consumidor. Cualquier contexto que afecte esa indefensión, se considerará relación de consumo. Por lo tanto, la sola incorporación o la pretensión de ingresar un producto al mercado, configura la relación de consumo porque el comportamiento puede afectar el interés del consumidor que se pretende proteger.

1.2.- Interpretación más favorable al consumidor. Deber de colaboración del proveedor y carga de la prueba:

Por su parte, el artículo 1094 C.C.C.N. recepta el principio in dubio pro consumidor: *"Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio*

de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor".

Además, la LDC y el CPCCyT imponen a los proveedores de bienes y servicios, deberes de colaboración y cargas relativa a la prueba, cuyo incumplimiento le acarrea consecuencias desfavorables. De esta manera, el art. 53 LDC dispone que: *"Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. A su vez, el art. 207 del CPCCyT, que regula en igual sentido, agrega que: "En caso de duda sobre la interpretación de los hechos y de la valoración de la prueba, prevalecerá la más favorable al consumidor"*.

1.3.- Opciones del consumidor ante el incumplimiento contractual:

Asimismo, en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato, el art. 10 bis de la ley 24.240 dispone: *"El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan."*

La primera opción está signada por la posibilidad natural de exigir el cumplimiento forzado de la obligación.

La segunda opción es una precisión de la primera, en tanto dicho supuesto opera –a elección del consumidor–, cuando no pueda cumplirse con la obligación originaria en los términos acordados.

En efecto, los incs. a y b del art. 10 bis ley 24.240 son un mayor desarrollo del viejo art. 505 del Código Civil de Vélez ("1° Darle el

derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado”), y del hoy inc. a del art. 777 C.C.C.N. (“exigir el cumplimiento específico”) (Conf. Manual de Derecho de Consumo. Federico Álvarez Larrondo (Director). Gonzalo M. Rodríguez (Coordinador). Ed. Erreus. Buenos Aires. 2018. Pag. 406).

La tercera opción que la ley otorga al consumidor es la facultad de “rescindir” el contrato, tratándose en verdad de una causal de resolución. No opera en este caso la necesidad de interpelar previamente, sino que el derecho surge ante el mero incumplimiento por parte del proveedor. Se trata de un pacto comisorio expreso, pero legalmente impuesto, que opera como el contractual, sólo a favor del consumidor (Conf. Manual de Derecho de Consumo. Ob. Cit. Pag. 407).

Finalmente, el art. 10 bis concede el derecho a reclamar los daños en todos los casos, tanto cuando se solicita el cumplimiento del contrato (opción a y b) como cuando se opta por resolverlo (opción c). Y esto como un complemento de cada opción, a fin de resguardar el orden económico y tornar inocuo para el consumidor el negocio incumplido, efecto perseguido por la ley de orden público.

En este marco normativo aplicable al caso, tengo presente que la actora reclama la opción a (es decir, la entrega del reloj), más daños y perjuicios.

Dejaré para más adelante la normativa aplicable y solución respecto a la solicitud de una sanción punitiva.

2.-Allanamiento respecto del cumplimiento específico.
Necesidad de valorar la prueba a fin de cuantificar el daño moral y evaluar la procedencia del daño punitivo.

Como ya dije, la demandada se allana al reclamo consistente en la entrega del reloj (art. 10 bis inc. a LDC), con lo cual, dicha pretensión debe ser admitida sin necesidad de mayores fundamentos.

Ahora, si bien tampoco se opone en forma expresa a la existencia de un daño moral, la demandada cuestiona y le parece excesivo el monto reclamado por la accionante.

JUZGADOS DE PAZ LETRADOS-OCTAVO
PODER JUDICIAL MENDOZA

De esta manera, será necesario la valoración de la prueba rendida, a los fines de examinar las consecuencias no patrimoniales (y su alcance) en la Sra. Gimenez, y llegar a una suma por este concepto (la valoración de la prueba será necesaria también para determinar la procedencia -o no- del daño punitivo)

Por ello, debo resolver, en primer lugar, el incidente de tacha planteado por Falabella S.A.

3.- Rechazo del incidente de tacha.

En el acto de la audiencia, una vez terminada la declaración testimonial de la Sra. Andrea Fabiana Bustos, la parte demandada interpone incidente de tacha (aproximadamente 29 minutos 50 segundos del video) respecto de esta declaración.

Sostiene que existe evidente parcialidad en los dichos de la testigo ya que ha manifestado ser amiga personal de la accionante y tener reuniones con ella, haber estado en conocimiento no solamente de sus predilecciones sino también de lo que hace con su tiempo, cuántas horas trabaja. Agrega que en estas causas este tipo de pruebas puede resultar difícil, pero por la vinculación que la actora manifestó tener con la actora su testimonio está cargado de parcialidad.

Corrido traslado del incidente a la parte actora, la misma se opone y peticona su rechazo. En primer lugar, manifiesta que la relación de conocimiento o amistad de la testigo con la actora no es un impedimento para que ella dé su testimonio, que hasta la propia demandada reconoce la difícil prueba de lo que se pretende probar con la testigo, y lo único que la testigo expresó fue el malestar y el enojo que la actora tiene respecto de la conducta de la demandada en reuniones sociales o reuniones con conocidos, que es lo que habitualmente hace. Agrega que no tiene otra forma de probar, y que se considere su testimonio al ser el único testigo, porque no puede probarse de otra manera.

Entrando ahora en el análisis del incidente interpuesto, en primer lugar debo tener presente lo dispuesto por el art. 190 del CPCCYT, que en su parte pertinente dispone: *“En el acto de ésta –la audiencia final- los litigantes podrán tachar a los testigos por causales*

que permitan presumir parcialidad en sus declaraciones.....El planteo de la tacha no suspenderá la audiencia, siendo el mérito de la misma apreciado en la sentencia”.

Nuestro sistema procesal mendocino, a diferencia del código procesal nacional, mantiene el sistema de tacha respecto del tenor de las declaraciones de los testigos, fundado en causales que permitan presumir la parcialidad del testimonio. Es decir, la tacha de testigos se encuentra dirigida a evitar que se prueben hechos controvertidos a través de declaraciones en las que el testigo no tiene voluntad de reproducir fiel y francamente sus percepciones. Asimismo, el criterio que debe utilizarse para la admisión de una tacha es restrictivo, y deberá observarse si la prueba se encuentra corroborada por otros elementos de convicción incorporados al proceso, por cuanto ello desvirtuaría la sospecha de parcialidad del mismo (Conf. Comentario al art. 190 del CPCCyT realizado por el Dr. Gustavo Colotto en: “Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza. Analizado, Anotado, Concordado y Jurisprudencia, ley 9.001. Editorial. ASC, Mendoza, 2018, pag. 542/544).

Teniendo en cuenta lo anterior, rechazaré el incidente de tacha formulado por la demanda, dado que no encuentro fundamentos para considerar que la testigo ha sido parcial o ha mentido en su declaración.

En primer lugar, tengo presente que, al ser preguntada por las generales de la ley, la testigo no ocultó ni disimuló su relación con la actora. Por el contrario, al ser indagada por el Tribunal, desde un primer momento dijo que conocía a la actora hacía muchos años por amigos en común, que vivió en el mismo barrio y que tiene una relación de amistad de hace muchos años. Si se tratara de una testigo de mala fe o inducida a mentir, creo que fácilmente hubiese disimulado su relación, al menos en un primer momento. Considero esto un indicio de su buena fe e imparcialidad.

En segundo término, no podemos perder de vista lo que se pretende acreditar por este medio de prueba: la demandada no desconoció la existencia de daño moral, sino su cuantía y se opuso al

JUZGADOS DE PAZ LETRADOS-OCTAVO
PODER JUDICIAL MENDOZA

daño punitivo. A los fines de poder cuantificar el daño moral se ofreció esta prueba, de manera de establecer la calidad de vida de la actora, a qué se dedica y su afición a los relojes.

Dado el fin al cual está destinado esta prueba, me pregunto: ¿de qué medio o de qué forma podía la actora acreditar cómo es su calidad de vida, cuáles son sus aficiones, gustos, preferencias? O ¿qué impacto tuvo en su vida personal la situación vivida?

Evidentemente, los únicos que pueden conocer estos hechos son personas muy cercanas y allegadas, como se da en autos. O sea, se trata de un medio necesario para probar este tipo de circunstancias que, de lo contrario, sería de muy difícil prueba, tal como lo reconoce la propia demandada y lo ratifica la actora.

En tercer lugar, no encuentro contradicciones lógicas en el testimonio sino que el mismo es verosímil y concordante con la situación fáctica que da lugar a la acción.

Finalmente, como ya dije, tengo presente que el incidente de tacha debe ser de interpretación restringida cuando se condice con el resto de la prueba producida.

En suma, no encuentro motivos para invalidar el testimonio por el simple hecho de que la testigo tenga una relación de amistad con la actora, dadas las razones apuntadas y las particularidades de este caso.

Por ello, rechazaré el incidente de tacha, con costas a la demandada y meritaré la declaración testimonial a los fines de cuantificar el daño moral y evaluar la procedencia (o no) del daño punitivo.

4.- Cuantificación del daño moral.

El art. 10 bis L.D.C. habilita al consumidor a reclamar, además del cumplimiento o resolución del contrato, los mayores daños sufridos. Por ello, como pretensión independiente del cumplimiento en especie, la actora tiene derecho a reclamar los otros perjuicios que pudo haber sufrido.

En autos se reclama la suma de \$ 27.000 como daño extrapatrimonial.

JUZGADOS DE PAZ LETRADOS-OCTAVO

PODER JUDICIAL MENDOZA

Por su parte, la demandada no se opone a la procedencia del rubro sino sólo al monto pretendido por la actora.

El daño moral puede definirse, siguiendo a Orgaz, como "*toda consecuencia perjudicial de una acción u omisión ilícitas que, en relación causal adecuada con ésta, hace sufrir a una persona en sus valores no patrimoniales, actuales o posteriormente previsibles*" (Orgaz, Alfredo, El daño resarcible, Marcos Lerner- Editora Córdoba, Bs. As., 1980, pág. 210/12).

El mismo tiende a resarcir o reparar la lesión a los sentimientos o afecciones legítimas de una persona cuando se perturbe su vida, su tranquilidad, su libertad, su honor, su salud u otros valores extrapatrimoniales.

Como razonablemente se ha sostenido, "la prueba del daño moral es 'in re ipsa', por lo que su existencia no necesita de acreditación alguna. Empero, dicha existencia debe inferirse naturalmente de las circunstancias del caso" (Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Paz Letrada de Curuzú Cuatiá, 1998/06/18, "Omaechevarría, Rubén H. c. Avalos, Edgar N. y/u otros", LLLitoral, 1998-2 385); a lo que se suma que "el daño moral es de difícil cuantificación económica, dado que las perturbaciones anímicas quedan en el fuero íntimo del damnificado; sin embargo, la magnitud del hecho y la índole de las lesiones constituyen elementos objetivos que permiten determinar una cantidad indemnizatoria" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 1997/10/15, "González, Nora M. c. Pinto, Alvaro J.", LA LEY, 1997-F, 953).

Se estima entonces que, para acreditar el daño moral no es necesaria la prueba objetiva de un determinado padecimiento; basta con que se acrediten las circunstancias en las cuales, según las reglas de la vida constatables por la experiencia común, el contenido de aquél es una consecuencia normal del evento dañoso.

Dado que en autos sólo se discute el monto del daño moral (y no su procedencia) puedo tener por reconocido que el incumplimiento de la prestación pactada, imputable a Falabella, ha causado una situación de

JUZGADOS DE PAZ LETRADOS-OCTAVO
PODER JUDICIAL MENDOZA

intranquilidad y angustia en el consumidor.

En efecto, el mismo, ante una expectativa legítima de obtener el bien contratado, no sólo se vio privado del producto, sino que le suministraron información incorrecta que motivó que tuviera que realizar distintos reclamos, concurrir en diversas oportunidades a la sucursal, enviar cartas documentos, y asentar el reclamo en el libro respectivo. Incluso tuvo que contratar los servicios de una escribana para munirse de prueba para esta acción. Todo ello de manera infructuosa (esto se acredita con la prueba instrumental que en copia digital tengo a la vista).

Esta situación generó gastos (que si bien no se reclaman – pudiendo hacerlo- claramente impactan también en lo emocional), pérdidas de tiempo, trastocando su normal actividad, en especial laboral, ya que como surge del escrito de demanda (no negado por la demandada) y de la declaración testimonial rendida, se trata de una persona de profesión médica, que trabaja durante casi todo el día. Todo ello, indudablemente ha afectado negativamente su espíritu al trastocarse su vida cotidiana.

También valoro que se trata de una persona que tiene afición por los relojes (según testimonial) con lo cual la no obtención de lo contratado implica una afectación mayor que para cualquier otra persona.

En decir, no existen dudas que toda esta situación debe haber generado un impacto considerable en su vida, tales como gran enojo, manifestado en reuniones sociales, como surge de la testimonial rendida.

Incluso, dicho enojo y afectación de sus sentimientos debió verse agravado por el hecho de que el proveedor argumentaba no tener disponibilidad del producto y, por otro lado, constatar (conforme acta de escribano) que efectivamente sí existían ese tipo relojes disponibles (sólo que a un precio mayor). Ello, sin duda, fue tomado como una burla total, aumentando aún más su sensación angustia, impotencia y vulneración de sus derechos a la información veraz y trato digno, reconocidos constitucional y legalmente.

A los fines de cuantificar la indemnización a otorgar, entiendo que la reparación pecuniaria de padecimientos espirituales tiene su

fundamento en la obtención de una satisfacción compensatoria del dolor íntimo o angustia experimentado a raíz de los hechos que dan origen a este reclamo.

La reparación estará por tanto en estos casos, ordenada a asegurar la obtención de gratificaciones sustitutivas de los bienes perdidos, en cuanto fuente de gozo, alegría, u otros bienes estimables en la esfera psicofísica (Iribarne, H.P., "De los daños a las personas", Ed. Ediar, Bs. As., pág. 162).

Este es, por lo demás, el criterio consagrado en el nuevo Código Civil y Comercial que, en su art. 1741 señala que "*el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas*".

De ahí que la fijación de la suma indemnizatoria en concepto de daño moral no está sujeta a reglas fijas, sino que su reconocimiento y cuantía depende del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido sin que sea necesaria otra precisión (art. 90 inc. 7° del C.P.C.C.T.).

Por tanto, dado que en autos ha quedado probada el perjuicio a la integridad espiritual de la actora, como consecuencia directa del incumplimiento contractual, estimo que el daño en cuestión debe cuantificarse en el caso en la suma reclamada de PESOS VIENTISIETE MIL (\$ 27.000), monto que estimo, a la fecha de la presente, le puede permitir a la víctima recurrir, a través de las funciones satisfactivas del dinero, a otros bienes o servicios que le mitiguen de alguna manera, el padecimiento sufrido.

Tales podrían ser un muy buen reloj, mejor que el que se reclama en autos y a elección de la actora o, tal vez, un viaje de fin de semana por el país, con algún familiar.

Debo aclarar que, en pronunciamiento anteriores he otorgado sumas menores. Sin embargo, en este supuesto, tengo especial consideración respecto de la situación socio-económica de la víctima, que, como sostuvo la testigo, es una profesional con buen nivel de vida, con lo cual, una suma inferior, podría resultar irrisoria. De hecho, si el

JUZGADOS DE PAZ LETRADOS-OCTAVO
PODER JUDICIAL MENDOZA

tiempo que ha dedicado al este reclamo lo hubiese volcado a su trabajo, considero que podría haber producido incluso una suma mayor a la aquí otorgada.

Asimismo, y a los fines de arribar a esa suma, también tengo en cuenta el abusivo proceder del demandado, que llegó al extremo de afirmar no tener disponibilidad del producto, cuando ello no era así. Es decir, por un lado, le informaban que el producto no estaba en stock y, por el otro, ella misma podía observar que lo seguían ofreciendo a un precio mayor en el sitio web (ver acta de escribano). Esto último constituyó en la práctica una burla respecto del reclamo de la Sra. Giménez, que agravó la ofensa a sus sentimientos y dignidad, y que tomo en cuenta a los fines de considerar adecuada la suma reclamada de \$ 27.000, por la que se hace lugar al rubro.

3.- Daño Punitivo:

La parte actora peticiona que se otorgue una suma en concepto de daño punitivo, cuyo monto deja librado a la discrecionalidad del Tribunal.

No teorizaré aquí respecto de las distintas posturas o posiciones doctrinarias en relación a esta polémica figura, puesto que ello excede el marco de una resolución judicial.

Basta decir que la naturaleza jurídica de la figura prevista en el art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor es una “pena o sanción civil”, con lo cual, los jueces debemos ser estrictos en su otorgamiento.

Así, se ha definido a los daños punitivos como una suma pecuniaria concedida al demandante, en un pleito civil, que es adicional e independiente de toda otra indemnización de carácter compensatorio y a la que es condenado a pagar el demandado por ser culpable de lesionar flagrantemente los derechos del actor (OWEN, David, Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform, Symposium: Punitive Damages, 39 Villanova Law Review 353, 1994. Citado por Pablo SALVADOR CODERCH, M^a Teresa CASTIÑEIRA PALOU (1997), Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños, Marcial Pons, Madrid, pag. 163).

Dadas las posturas que giran en torno a esta controversial figura, a los fines de su procedencia, sigo las pautas dadas por María Guadalupe MARTÍNEZ ALLES, que me parece es quien mejor trata el tema (ver, de su autoría: ¿Para qué sirven los Daños Punitivos?, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XIV, N° 5, editorial La Ley, Buenos Aires, Mayo 2012). Dicha autora distingue tres modelos o concepciones en cuanto a qué debe entenderse por daños punitivos: 1.- pena privada 2.- sanción social 3.- disuasión óptima. Mientras que en los dos primeros modelos resulta de especial trascendencia un elemento subjetivo agravado por parte del demandado, en el tercer supuesto debe acreditarse, fundamentalmente, la baja probabilidad de condena.

En este entendimiento, si bien en un primer momento tuve dudas respecto de su procedencia bajo alguno de estos modelos, un análisis más detenido me lleva a considerar que no resulta procedente en el caso concreto.

En efecto, si bien en principio el reclamo podría encuadrar en el primer modelo (pena privada, dado el ilegal proceder de la demandada respecto de la actora, vulnerando su derecho a la información y dignidad), o en el tercero (“disuasión óptima” por baja probabilidad de condena), tengo presente una regla que surge del derecho inglés (cuna de los “punitive damages”) y que por ser una cuestión conceptual puede ser aplicada en nuestro sistema.

Allí se sostiene lo que podemos denominar principio de moderación: la suma por daños punitivos debe ser la mínima necesaria que permita alcanzar el propósito de éstos, que son el del castigo y la disuasión.

Por ello, utilizan el denominado “*If, but only if*” test, que podría traducirse de la siguiente manera: en un caso donde se reclaman daños punitivos, el jurado o el juez debe otorgarlos si, y sólo si, la suma que tienen en mente como indemnización compensatoria, es inadecuada para castigar a aquél por su indignante conducta y para disuadirlo de repetirla. Sólo entonces pueden otorgar una suma mayor.

Este test pone de manifiesto el efecto punitivo inherente a la

JUZGADOS DE PAZ LETRADOS-OCTAVO
PODER JUDICIAL MENDOZA

indemnización compensatoria, desde que -visto del lado de quien paga- es siempre parte del castigo total. Por ello los daños punitivos no están justificados en los casos en que la compensación es suficiente para reparar al demandante y para castigar al demandado (sobre este punto ver: WILCOX, Vanessa, “Punitive Damages in England”, en Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, editores Helmut Koziol y Vanessa Wilcox. Tort and Insurance Law, Vol. 25, editado por Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences, editorial SpringerWienNewYork, Viena, 2009.).

Haciendo aplicación de estos conceptos al caso, considero que al momento de cuantificar el daño moral he tenido particularmente en cuenta el proceder de la demandada, no porque esté otorgando daños punitivos encubiertos bajo el nombre de daño moral, sino porque creo que dicho proceder impactó de modo directo en los sentimientos y afectación espiritual de la Sra. Giménez, agravando el daño. Fue por esta razón que he cuantifiqué dicha suma en la cantidad de \$ 27.000.

Ahora bien, si bien dicha suma tiene naturaleza compensatoria, no pierdo de vista que para la demandada representa, aproximadamente, un 675 % del valor del producto, que originariamente ofertaba a \$ 3.995. Por ello, si como consecuencia de un producto que originariamente valía eso, la demandada debe no solo cumplir en especie (dar el reloj) sino también pagar como indemnización un 675 % del valor del producto, dicha ecuación resulta suficiente para obtener el fin de castigo y prevención que los daños punitivos vienen a cumplir.

No se me escapa que los daños punitivos se gradúan también teniendo en consideración la situación patrimonial del demandado y su posición de mercado, de manera que, en principio, la suma que se otorga por daño moral, y que considero es suficiente para cumplir la finalidad de los daños punitivos (castigo y prevención), podría parecer baja.

Sin embargo, creo que actualmente contamos en Mendoza con un sistema de “Pequeñas Causas” que otorga al consumidor un acceso rápido, eficaz y gratuito a la jurisdicción. Por ello estimo que, para Falabella, ya no le será rentable la ecuación “dañar y luego compensar a

pocos”, ya que cada vez serán más los consumidores que ejercerán sus derechos ante una situación similar a la de autos.

En definitiva, teniendo en cuenta que lo otorgado por daño moral representa más de un 600 % del precio del producto y que los reclamos por situaciones similares a la vivida por la Sra. Giménez cuentan actualmente con una vía expedita, considero que no resulta necesario, en este caso concreto, otorgar una suma en concepto de daño punitivo con el fin de castigar y prevenir.

En resumidas cuentas, este rubro no procede y debe ser rechazado, sin costas al consumidor (art. 204 CPCCyT y por tratarse de un rubro cuyo otorgamiento depende del criterio del juzgador)

4.- Intereses:

Con respecto a los rubros por los que se hace lugar a la demanda, por tratarse de deudas de valor cuyos montos han sido estimados a la fecha de la presente resolución (art. 772 C.C.C.N.), corresponde aplicar una tasa pura desde la fecha del incumplimiento (22/11/2018) hasta la fecha de la presente sentencia. En razón de la derogación de la ley la ley 4087 por la ley 9041 y, dado el vacío legal, corresponde determinar esta tasa pura en el 5 % anual hasta la fecha de la presente. Luego, se aplica el interés previsto en la ley 9041 hasta el efectivo pago (Conf. CC2°, causa N° 250.248/53.037, caratulados: “Astorri Ángela Susana C/ Empresa Maipú S.R.L. Transporte De Pasajeros y Otro P/ D Y P”, 28/05/2018).

6.- Costas:

Conforme se resuelve la cuestión planteada, las costas se imponen a la parte demandada vencida, eximiendo de costas al consumidor respecto del rubro que se rechaza, en tanto ha litigado con razón probable y buena fe (art. 204, apart. II, C.P.C.C.T.) y se trata de un rubro cuya admisión depende de la discrecionalidad judicial.

En cuanto a los honorarios de los profesionales actuantes, deben regularse conforme al art. 9 ter, 19 y 31 de la ley 9131, en concordancia con el art. 33 apart. III del CPCCYT, en razón de que sólo ha intervenido un profesional por la demandada. Por ello, tomaré como base el monto por el que se hace lugar a la demanda (el valor del reloj \$ 3.995 y \$

JUZGADOS DE PAZ LETRADOS-OCTAVO
PODER JUDICIAL MENDOZA

27.000 por daño moral) y regularé la mitad de la escala del art. 19 de la ley 9131 (10 %) con más un 5 % en virtud del art. 31 ley 9131 en concordancia con el art. 33 apart. III del CPCCyT. Ello hace un total del 15 % del monto por el que se hace lugar a la demanda, sin perjuicio de los complementarios que correspondan (art. 4 ley 9131), para el ganador. Respecto del profesional que intervino por el vencido, las mismas pautas con la reducción en un 70 % (art. 3 ley 9131).

En cuanto a los honorarios por el incidente de tacha debo regular conforme me impone el art. 14 de la ley 9331: *“En los incidentes que se promuevan en audiencias se regulará como mínimo un tercio de JUS”*.

Por todo lo expuesto,

RESUELVO:

I.- Rechazar el incidente de tacha interpuesto en la audiencia por la parte demandada.

II.- Hacer lugar parcialmente a la demanda planteada en autos por la Sra. Olga Graciela Giménez Bazán en contra de Falabella S.A. y, en consecuencia, condenar a la demandada a hacer efectivo al actor, en el término de diez días de quedar ejecutoriada la presente, la entrega de un reloj Tommy Hilgfiger mujer color blanco (cuyas demás características surgen de la instrumental agregada en autos), con más la suma de PESOS VEINTISIETE MIL (\$ 27.000) por daño moral, más los intereses correspondientes, según lo establecido en los considerandos.

III.- Rechazar el reclamo por daño punitivo.

IV.- Imponer las costas a la parte demandada vencida.

V.- Regular los honorarios profesionales correspondientes **al principal:** a la Dra. CECILIA N. GUIDOLÍN y MARIANO SANCHEZ, de manera conjunta, en la suma de PESOS CUATRO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA (\$ 4.650) y para el Dr. RAÚL HORACIO ZONANA en la suma de PESOS TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO (\$ 3255), a la fecha y sin perjuicio del I.V.A. y complementos que correspondan.

VI.- Regular los honorarios profesionales correspondientes **al**

JUZGADOS DE PAZ LETRADOS-OCTAVO
PODER JUDICIAL MENDOZA

incidente de tacha: a la Dra. CECILIA N. GUIDOLÍN en la suma de PESOS CUATRO MIL SEISCIENTOS SESENTA (\$ 4.660) y para el Dr. RAÚL HORACIO ZONANA en la suma de PESOS TRES MIL DOSCIENTOS SESENTA (\$ 3.260), a la fecha y sin perjuicio del I.V.A. que pudiere corresponder.

NOTIFÍQUESE de oficio por el Tribunal. Pase a la Receptora a tal fin.

fa

CONJUEZ DR. FERNANDO AVECILLA
Juez