

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

SECRETARÍA CIVIL Y COMERCIAL

CUADERNOS DE DOCTRINA LEGAL

NÚMERO IV

DERECHO DEL CONSUMO

LA PLATA – NOVIEMBRE DE 2016

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Presidente: **Dr. LUIS ESTEBAN GENOUD**

Vicepresidente: **Dra. HILDA KOGAN**

Ministro Decano: **Dr. HÉCTOR NEGRI**

Ministro: **Dr. EDUARDO JULIO PETTIGIANI**

Ministro: **Dr. EDUARDO NÉSTOR DE LÁZZARI**

Ministro: **Dr. DANIEL FERNANDO SORIA**

PROCURACIÓN GENERAL:

Procuradora: **Dra. MARÍA DEL CARMEN FALBO**

Subprocurador: **Dr. JUAN ANGEL DE OLIVEIRA**

COORDINADOR:

Carlos Enrique Camps

COLABORAN EN ESTE NÚMERO:

Lucía Borrelli Strelzik

Nicolás Jorge Negri

Daniela Cleve

Presentación

En este nuevo número de *Cuadernos de doctrina legal* llevamos al público interesado una selección de precedentes de la Suprema Corte de Justicia relativos al derecho de los usuarios y consumidores. La trascendencia de la materia es innegable y además, como pocas, exhibe un costado práctico eminente: las doctrinas relevadas en esta ocasión se vinculan con situaciones de absoluta cotidianeidad y que, por supuesto, pueden alcanzarnos a todos. El lector hallará en la selección de fallos que aquí se exhibe la forma en que la Corte bonaerense ha abordado y considerado situaciones relativas a la relación misma de consumo, a la validez de la aplicación de sanciones pecuniarias, a la forma de calcular la indemnización debida por productos vendidos que no sirvieron para el fin prometido, la posibilidad de reemplazo de unidades defectuosas, cuestiones relativas al contrato de seguro, tarifas, etc.

Como se observa, el derecho del consumo luce aquí en su faz más concreta, tratando de brindar soluciones a los conflictos que –con mayor o menor entidad- inciden y afectan la vida de las personas.

Cabe destacar, en este marco, la tarea de los jueces que han sabido brindar respuesta acorde a las pretensiones en base al paradigma protectorio de usuarios y consumidores - reforzado con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación- y, asimismo, el rol de los abogados, particularmente de aquellos que con creatividad y solvencia técnica aportaron argumentos hábiles y muchas veces novedosos en pos de la defensa de los derechos de sus clientes en una materia en la que todavía resta mucho camino por andar, mucha jurisprudencia por construir y mucho trabajo de difusión por hacer.

Esperamos que este aporte se inserte en esa senda, brindando auxilio al operador jurídico –tanto al que peticiona como al que resuelve- que se enfrenta a la violación de un derecho tan importante como el que protege la gestación y desarrollo de una sana y regular relación de consumo.

Carlos E. Camps

Coordinador

INDICE

RELACIÓN DE CONSUMO	11
A) COMPETENCIA	13
1. JUICIO EJECUTIVO. CONSTATACIÓN DE UNA RELACIÓN DE CONSUMO. DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA DE OFICIO. APLICACIÓN DEL ART. 36 DE LA LEY 24.240.....	13
2. EFECTO VINCULANTE DE LA DOCTRINA LEGAL EMANADA DE LA CAUSA “CUEVAS”. PRECISIÓN DEL REFERIDO LINEAMIENTO DOCTRINARIO.	22
B) PRINCIPIO PROTECTORIO. PREEMINENCIA DEL RÉGIMEN TUITIVO Y SU CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO. IMPLICANCIAS SUSTANCIALES Y PROCESALES.....	37
C) DEBER DE INFORMACIÓN.....	56
1. GRATUIDAD.	56
2. VERACIDAD.....	61
D) TRATO DIGNO. NO DISCRIMINACIÓN.	72
CONTRATOS	83
A) COMPRAVENTA AUTOMOTOR. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN. DERECHOS DEL CONSUMIDOR.	84
1. REPARACIÓN NO SATISFACTORIA. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. DAÑO MORAL.	84
2. REPARACIÓN NO SATISFACTORIA. SUSTITUCIÓN DE LA COSA VENDIDA. DAÑO MORAL.	95
B) COMPRAVENTA INMOBILIARIA. INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL A FAVOR DEL CONSUMIDOR. CLÁUSULA DE PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA.	107
C) CONCESIÓN DE SERVICIO VIAL. AUTOPISTAS Y RUTAS CONCESIONADAS. NATURALEZA JURÍDICA. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. DEBER DE SEGURIDAD. ACCIDENTES PRODUCIDOS POR ANIMALES SUELTOS. PRINCIPIO <i>IN DUBIO PRO CONSUMIDOR</i>	116
D) CONTRATO DE CONCESIÓN AUTOMOTRIZ. GARANTÍA LEGAL. VÍNCULO CONCEDENTE-CONCESIONARIO Y SU RESPONSABILIDAD FRENTE AL CONSUMIDOR. OFERTA Y PUBLICIDAD.	142

E) CONCESIÓN DE SERVICIO ELÉCTRICO. COBRO DE UN PLUS NO PREVISTO EN EL CUADRO TARIFARIO. PROCESO COLECTIVO. CARACTERES. LEGITIMACIÓN ACTIVA. EFECTOS DE LA SENTENCIA.	150
F) CONTRATO BANCARIO. INTERESES CUENTA CORRIENTE. FACULTADES MORIGERADORAS DE LOS JUECES. PRACTICAS ABUSIVAS. ACREDITACIÓN.	182
G) CONTRATO DE SEGURO.	199
1. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE. ANÁLISIS DE LA LEY ESPECIAL Y LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 26.361.....	199
2. AMPLIACIÓN DEL “NO SEGURO” POR LA CAUSAL DE CULPA GRAVE DEL ASEGURADO. INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL. CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	209
H) CONTRATO DE ADHESIÓN. PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA. INTERPRETACIÓN. CLÁUSULAS ABUSIVAS.	225
I) CONTRATO DE AGENCIA. RÉGIMEN LEGAL. RESPONSABILIDAD DEL AGENTE. ALCANCE.	236
RESPONSABILIDAD POR DAÑOS	243
CONFIGURACIÓN. RIESGO O VICIO DE LA COSA. RELACIÓN DE CAUSALIDAD. CARGA DE LA PRUEBA.	244

RELACIÓN DE CONSUMO

A) COMPETENCIA

1. JUICIO EJECUTIVO. CONSTATACIÓN DE UNA RELACIÓN DE CONSUMO. DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA DE OFICIO. APLICACIÓN DEL ART. 36 DE LA LEY 24.240.

Causa “Cuevas, Eduardo Alberto c/Salcedo, Alejandro René s/Cobro ejecutivo”

C. 109.305, resol. del 1-IX-2010.

CUESTIÓN PLANTEADA:

En la decisión que se presenta a continuación la Suprema Corte resolvió un conflicto de competencia suscitado en el marco de un juicio ejecutivo, brindando una solución que armoniza institutos del derecho mercantil, el derecho procesal y el régimen tuitivo del consumo.

RESEÑA DEL CASO:

El actor inició un cobro ejecutivo en el domicilio de pago fijado en el pagaré ante el Juzgado de Paz de Escobar. El juez interviniente declaró de oficio su incompetencia considerando que el art. 36 de la ley 24.240 constituía una disposición de orden público que exigía -sin admitir pacto en contrario- que las controversias suscitadas a raíz del cumplimiento de los contratos de crédito para consumo tramitasen ante la jurisdicción del domicilio del usuario.

Remitidas las actuaciones al Juzgado en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Martín, el magistrado actuante entendió que la competencia territorial era prorrogable en asuntos patrimoniales y que la declaración del juez de origen importaba indagar en la causa de la obligación, aspecto prohibido en este tipo de pretensiones.

El Superior Tribunal provincial resolvió que pese a las limitaciones cognoscitivas propias de los procesos de ejecución, los jueces se hallan habilitados a declarar de oficio la incompetencia territorial a partir de la constatación de la existencia de una relación de consumo.

DOCTRINA:

- Más allá de las limitaciones cognoscitivas propias de los procesos de ejecución, que impiden debatir aspectos ajenos al título, cuando la pretensión ejecutiva reconoce arraigo en una relación de financiación para el consumo, es posible y necesario interpretar la aludida regla procesal, de modo compatible con los principios derivados de la legislación de protección de usuarios (arts. 1, 2, 36 y 37, ley 24.240). Y ello a fin de poder arribar a la solución que proteja del modo más eficiente posible la finalidad tuitiva de grupos tradicionalmente postergados y particularmente vulnerables, como ocurre con los usuarios y consumidores. Por virtud de esa lectura armonizante los jueces se hallan habilitados a declarar de oficio la incompetencia territorial a partir de la constatación, mediante elementos serios y adecuadamente justificados -en la especie la multiplicidad de procesos de idéntico tenor iniciados por la parte accionante dedicada de modo profesional al préstamo de dinero para el consumo y la circunstancia de ser las personas físicas accionadas las destinatarias de dichos créditos-, de la existencia de una relación de consumo a la que se refiere el art. 36 de la ley 24.240 (conf. ley 26.361) [del voto del Juez Hitters].
- Resulta necesaria una integración armónica entre los institutos del derecho mercantil y del consumo, toda vez que los caracteres de necesidad, formalidad, literalidad, completitud, autonomía y abstracción del título, que posibilitan de ordinario el cumplimiento de sus funciones propias, económicas, jurídicas e incluso su rigor cambiario procesal, deben ser armonizados con las exigencias del interés público en la defensa del consumidor (Ley 24240 conf. ley 26361) [del voto del Juez Pettigiani].

- No es posible aceptar que el esfuerzo normativo llevado a cabo por el legislador nacional, a través del establecimiento de una competencia territorial improrrogable en beneficio de la parte débil de la relación de consumo (art. 36 de la ley 24240 conf. ley 26361), con clara finalidad tuitiva, pueda ser olímpicamente dejado de lado por el simple recurso -ordinariamente observado- de acudir a títulos cambiarios para instrumentar la deuda contraída por el consumidor con los profesionales del negocio del crédito para consumo) [del voto del Juez Pettigiani].
- El juez se halla habilitado para rechazar de oficio su competencia si constata que, en fraude a la ley, la ejecución traída se encuentra causada por una operación financiera para consumo o de crédito para consumo. Por el contrario, proveer la ejecución del pagaré ante tales circunstancias, lejos de traducir un comportamiento funcional al ámbito jurídico, habría configurado un verdadero escamoteo de la aspiración de justicia que debe rezumar toda actuación procesal, y, en sentido lato, todo el ordenamiento formal y fondal. Habría quedado configurado así un claro supuesto de abuso de derecho, mediante la utilización del denominado fraude a la ley [del voto del Juez Pettigiani].

TEXTO IN EXTENSO:

//Plata, 1 de septiembre de 2010.

AUTOS Y VISTO:

El señor Juez doctor Hitters dijo:

1. El señor Eduardo Alberto Cuevas demandó ante el Juzgado de Paz de Escobar, al señor Alejandro Rene Salcedo por cobro ejecutivo de un pagaré cuyo domicilio de pago se fijó en esa localidad. Asimismo, solicitó el dictado de una medida cautelar -embargo- (fs. 10 y vta.).

El órgano citado dispuso la apertura de la instancia -v. fs. 12/13- y, con anterioridad al libramiento de las piezas pertinentes, se inhibió de entender en las presentes por considerar aplicable la ley de defensa del

consumidor a la relación existente entre las partes y, por el domicilio del accionado -ubicado en Villa de Mayo, Partido de Malvinas Argentinas-, ordenó su remisión a la Receptoría General de Expedientes de General San Martín a los fines de la asignación correspondiente (fs. 14/18 vta.).

Antes de producirse el envío, el actor se notificó de lo resuelto e interpuso una revocatoria, la que fue rechazada (fs. 45).

A su turno, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 12 de aquella jurisdicción que resultó desinsaculado, no aceptó su intervención y las elevó (fs. 49/51), originándose el conflicto a dirimir (art. 161 inc. 2, Const. prov.).

2. Tal como puede advertirse de la reseña previa, se trae ante esta Corte la cuestión de competencia territorial suscitada entre el Juzgado de Paz de Escobar (por ser aquél que corresponde al domicilio de pago previsto en el pagaré ejecutado) y el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 12 de San Martín (por ser este último el del domicilio del accionado).

a) El primero de los órganos declaró de oficio su incompetencia, considerando que el art. 36 de la ley 24.240 (a partir de la reforma de la ley 26.361), constituye una disposición de orden público que exige -sin admitir pacto en contrario- que las controversias suscitadas a raíz del cumplimiento de los contratos de crédito para consumo tramiten ante la jurisdicción del domicilio del usuario.

Por su parte, el segundo de los judicantes, a quien arribó la causa luego de la remisión producto del modo de resolver señalado en el párrafo anterior, entendió -en síntesis- que la competencia territorial es prorrogable en asuntos patrimoniales y que la declaración del juez de origen importó indagar en la causa de la obligación, aspecto prohibido en este tipo de pretensiones (conf. art. 542, C.P.C.C.).

b) Se presenta así una problemática a la que el legislador nacional, al promover la protección a la parte débil del contrato financiero de consumo, no ha dado una respuesta concreta.

En efecto, si bien es cierto que el nuevo art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor impide la prórroga de jurisdicción en perjuicio del usuario e impone que las controversias respectivas tramiten ante los tribunales más próximos a éste, no lo es menos que al impedir los títulos abstractos toda discusión fondal sobre la causa de la obligación (art. 542, C.P.C.C.), no es posible -por regla- indagar más allá del documento para verificar si la convención que dio lugar al pagaré es efectivamente una de aquellas protegidas por el indicado precepto tutelar.

Con lo que una interpretación literal de dichas previsiones (es decir, el art. 36 de la ley 24.240, por un lado y, por el otro, el art. 542 del C.P.C.C.) llevaría a entender que el amparo del consumidor contra las prórrogas de competencia queda acotado a las acciones promovidas sobre la base de convenciones "causales", en las que sea posible examinar sus antecedentes para inspeccionar si se trata de una operación financiera para consumo.

c) Entiendo que frente a este tipo de dilema, debe imperar un criterio hermenéutico que permita arribar a la solución que proteja del modo más eficiente posible la finalidad tuitiva de grupos tradicionalmente postergados y particularmente vulnerables (v. C.S.N., "Fallos" 331:819; íd. causa H. 270. XLII, "Halabi",

sent. del 24-II-2009, consid. 13°) como ocurre con los usuarios y consumidores (art. 42, Const. Nac.; 37, ley 24.240; doct. causa C. 98.790, sent. del 12-VIII-2009; mi voto en causa C. 109.193, resol. del 11-VIII-2010).

Como lo ha expresado el doctor Zaffaroni como Ministro del Máximo Tribunal federal, la finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela del consumidor o el usuario, que a modo de "purificador legal" integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución Nacional ("Fallos" 329:646 y 695, voto del doctor Zaffaroni; en el mismo sentido "Fallos" 331:2614, voto del doctor Maqueda).

Es por ello que, en lo que respecta al sub judice, debe intentarse una congruencia entre el sistema de protección establecido en la ley de defensa del consumidor y las disposiciones adjetivas que impiden en el ámbito de los procesos de ejecución la discusión de aspectos causales de la obligación.

En definitiva, como fuera anticipado, se trata de verificar si es posible extender la eficacia del art. 36 de la ley 24.240 (conf. ley 26.361), más allá de las acciones sustentadas en instrumentos 'causales', en los que -por ser viable penetrar en los antecedentes del negocio- el juez puede determinar si se trata de una operación de crédito de las normadas en el citado dispositivo legal.

d) He tenido oportunidad de señalar con anterioridad que la prohibición que rige en los procesos de ejecución, de ingresar en aspectos que hacen a la causa de la obligación constituye un pilar fundamental de los sistemas de enjuiciamiento "sumarios" (en el sentido técnico de la expresión) en los que se imponen restricciones al conocimiento de la relación jurídica fondal, con la reconocida finalidad de tutelar efectivamente el crédito, valor jurídico de repercusión social evidente. Sin embargo, la división entre lo que constituye debate sobre la causa de la obligación, por un lado; y sobre las aptitudes ejecutivas del instrumento, por el otro, no siempre resultan tajantes e inmaculadas (mi voto en causa C. 91.162, sent. del 2-IX-2009).

En el sub discussio el judicante de origen indudablemente traspasó los límites del art. 542 del ordenamiento ritual, al juzgar -más allá del instrumento aportado junto con la demanda ejecutiva- que el accionante resulta cesionario de una empresa dedicada a operaciones financieras para consumo, que frecuentemente tramita ante sus estrados el cobro de documentos de dicha índole.

Sin embargo, al hacerlo, exteriorizó razones justificadas para resolver de ese modo, advirtiendo -con un criterio realista- la multiplicidad, por un lado, de procesos de idéntico tenor iniciados por la empresa Katefa S.A. (cedente), dedicada de modo profesional al préstamo de dinero para consumo, de conformidad con su objeto social; y, por el otro, la circunstancia de que los demandados en autos son personas físicas destinatarias final del crédito.

Con lo que, concluyó que en autos se configura una típica relación de consumo por lo que el accionante, vale también señalarlo, pretende el cobro de una suma acorde con dicha calidad negocial (\$ 3.500).

e) Por lo expresado, considero que si bien impera 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 (conf. art. 542, C.P.C.C.), es posible una interpretación de la regla aludida acorde con los principios derivados de la legislación de protección de usuarios (arts. 1, 2, 36 y 37, ley 24.240; mi voto en causa C. 109.193, resol. del 11-VIII-2010).

En el caso, dicha lectura "armonizante" (v. Sagües, Néstor P., "Interpretación constitucional y alquimia constitucional [El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos]", en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, n° 1, Enero- Junio 2004, p. 161) consiste en autorizar a los jueces a 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 a las que se refiere el art. 36 de la L.D.C. (conf. mi voto en la casa C. 109.193, cit.).

3. Finalmente, cabe aclarar que en el sub lite no está en juego la aplicación de la resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, respecto de la cual me he pronunciado afirmando su inconstitucionalidad por ser la derivación de un ejercicio reglamentario no autorizado por nuestro ordenamiento (mi voto en causa C. 91.452, sent. del 17-IX-2008).

Dicho cuerpo, como es sabido, tipifica como abusiva (en los términos del art. 37 de la ley 24.240) cualquier convenio de prórroga de jurisdicción en el ámbito de la relaciones de consumo.

En precedente referido (C. 91.452, cit.), entendí que la citada resolución 53/2003, resulta inconstitucional por haberse arrogado el órgano emisor de la misma, competencias reglamentarias que no son propias. Ello así, dado que la ley 24.240 no confirió a la autoridad de aplicación más que funciones de promoción, fiscalización y poder de policía preventivo y sancionatorio. Pero en ningún momento le reconoció atribuciones reglamentarias propias. Esta potestad -por ende- sigue reservada al Presidente de la Nación, de conformidad con el art. 99 inc. 2 de la Ley Suprema, el que la ejerciera oportunamente con el dictado del decreto 1798/1994.

Fácil es advertir que en el sub lite, la problemática difiere ya que luego de la sanción de la ley 26.361 (B.O.: 7-IV-2008), es el mismo legislador el que se ha encargado de regular esta prohibición de modo expreso y con efecto automático en las relaciones de financiación para consumo, estableciendo la ineficacia de toda cláusula de estas características, por su sola introducción en el contrato.

Ello obviamente deja fuera de discusión el quid de la atribución reglamentaria que diera lugar a mi opinión contraria a la validez de la referida resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor.

4. Por lo expuesto, se declara competente al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 12 de General San Martín.

El señor Juez doctor Soria dijo:

Adhiero a lo expresado por el señor Juez doctor Hitters en los puntos 1, 2 y 4 de su voto, que estimo suficiente a los fines de decidir la cuestión planteada.

El señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I. Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del señor Juez doctor Hitters, con excepción - lógicamente- de lo manifestado por el colega preopinante en el Punto 3 de su voto.

II. Sólo me permito agregar las siguientes razones adicionales.

1. Aún cuando el pagaré a la vista traído a ejecución (de fecha 30-VI-2006, fs. 6) haya sido otorgado por los ejecutados en fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley 26.361 (B.O. 7-IV-2008), que modificara el art. 36 de la ley 24.240 para establecer categóricamente la competencia en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por dicho artículo (operaciones financieras para consumo y de crédito para consumo), del tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, resultando nulo todo pacto en contrario, el inicio de la ejecución fue posterior a dicha fecha (9-VI-2009), con lo que el nuevo texto de la norma -que delimita competencia jurisdiccional- le resulta inmediatamente aplicable en atención al carácter de orden público que ostentan por tender a la organización de la actividad jurisdiccional, con efectos inmediatos sobre las situaciones jurídicas no consumidas al comienzo de su vigencia, siempre que -como en el caso- no contengan disposiciones de las que resulte un criterio distinto (arts. 2 y 3, Cód. Civil; Ac. 36.800 resol. del 24-III-1987; también, C.S.J.N., Fallos: 241:123; 246:162; 247:416; 256:440; 257:83; 298:82; 327:3984; 328:1094; asimismo, Belluscio, Augusto C., Zannoni, Eduardo A. "Código Civil y leyes complementarias..." Tomo I. Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 27; conf. mi voto en C. 109.193, resol. del 11-VIII-2010).

2. De esta forma, al deducirse la presente ejecución y en forma previa a todo trámite, el magistrado de grado se encuentra obligado a indagar que el instrumento con el que se deduce la ejecución sea uno de los comprendidos en los arts. 521 y 522 del Código Procesal Civil y Comercial u otra disposición legal que le otorgue tal carácter, así como que se encuentren cumplidos los presupuestos procesales, entre los que se encuentra su competencia, debiéndose inhibir de oficio si entiende -como ha ocurrido aquí- que desde la exposición de los hechos en que se sustenta la ejecución, se evidenciara que la misma no es de su competencia (arts. 4º, 529 y 542, C.P.C.C.). Cierto es que en las cuestiones exclusivamente patrimoniales se encuentra autorizada la prórroga de la competencia territorial atribuida a los tribunales provinciales (art. 1, C.P.C.C.), más el nuevo texto del art. 36 in fine de la ley 24.240 -más allá de su ubicación- establece 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 en forma efectiva el derecho de defensa en juicio de los usuarios y consumidores en operaciones financieras para consumo y de crédito para consumo (arts. 1º, 18, 42, 75 inc. 22 y ccdtes., Const. nacional; arts. 1º, 11, 15, 38 y ccdtes., Const. provincial; arts. 1º, 2º, 3º, 36, 37, ley 24.240; ley 13.133; conf. mi voto en C. 109.193, cit.).

3. Luego, el juez se halla habilitado para rechazar de oficio su competencia si constata -como en el caso- que en fraude a la ley la ejecución traída se encuentra causada por una operación financiera para consumo o de crédito para consumo (en sentido análogo, Molina Sandoval, Carlos, "Reformas sustanciales", en Suplemento Especial de la Ley de Defensa del Consumidor, La Ley, 2008, pág. 105; también, Picasso - Vázquez Ferreyra, Directores, "Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y anotada", Tomo I, La Ley,

Buenos Aires, 2009, pág. 436). Por el contrario, proveer la ejecución del pagaré ante tales circunstancias, en mi criterio, lejos de traducir un comportamiento funcional al ámbito jurídico, habría configurado un verdadero escamoteo de la aspiración de justicia que debe rezumar toda actuación procesal, y, en sentido lato, todo el ordenamiento formal y fondal (conf. mi voto en C. 109.193, cit.).

Es que habría quedado configurado así un claro supuesto de abuso de derecho, mediante la utilización del denominado fraude a la ley, resultando justamente de las circunstancias consideradas por el sentenciante que la validación de lo actuado por el ejecutante al acudir al recurso de instrumentar originariamente 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 y bajo la condición de no poder cuestionarse el origen o causa del crédito, atento los conocidos caracteres de necesidad, formalidad, literalidad, completitud, autonomía y abstracción del título, habría importado contravenir palmariamente la finalidad específica de la tutela establecida por el orden público del consumo (arts. 36 y 65, ley 24.240, según texto ley 26.361; arg. arts. 21, 953, 1071, Cód. Civil; también Mosset Iturraspe, Jorge, "El fraude a la ley", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 4, Rubinzal - Culzoni, 1998, pág. 7 y ss.; conf. mi voto en C. 109.193, cit.).

No es posible aceptar que el esfuerzo normativo llevado a cabo por el legislador nacional, a través del establecimiento de una competencia territorial improrrogable en beneficio de la parte débil de la relación de consumo, con clara finalidad tuitiva, pueda ser olímpicamente dejado de lado por el simple recurso -ordinariamente observado- de acudirse a títulos cambiarios para instrumentar la deuda contraída por el consumidor con los profesionales del negocio del crédito para consumo (en sentido semejante el Dictamen de la Fiscal General que la Cámara hace suyo, en C.N.Com., sala D. in re "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Heredia, Rodolfo Martín", sent. del 26-V-2009, LL, 2009-D-610). Por el contrario, media un evidente ejercicio abusivo del derecho cuando la conducta, si bien encuadraba formalmente con la norma legal, al encontrarse desviada del fin para el cual la ley concediera ese derecho, o ejercitarse en pugna con los principios de la buena fe, la moral o las buenas costumbres, en verdad se halla viciada y repudiada por el derecho (asimismo, Alegría, Héctor "El abuso de mayoría y minoría en las sociedades anónimas", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 16, Rubinzal - Culzoni, 1998, pág. 325), como cuando tales actos son realizados -como en el caso- al pretendido amparo del texto de una norma pero persiguiendo un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico (conf. definición dada por el art. 6.4 del Cód. Civil Español; mi voto en causa C. 109.193, cit.).

El comportamiento disvalioso no puede lograr el resultado buscado, contrario a la teleología de la normativa imperativa que se pretende vulnerar. Lo obrado por el ejecutante ha importado una clara violación de lo dispuesto por el nuevo texto del art. 36 de la ley 24.240 al amparo, sólo aparente, de una normativa prevista para definir la competencia jurisdiccional de esta clase de ejecuciones ante otras circunstancias (arts., 1, 4, 5 inc. 3, C.P.C.C.; arts. 101, 102, Cód. Civil, arts. 1 inc. 5, 41, 101, 102, 103, Dto.-Ley 5965/63), por lo que ha sido actuada en la causa -al entablarse la ejecución- contraviniendo la finalidad para la cual fue dictada

y con afrenta del imperativo de buena fe, situación que torna ostensible su carácter abusivo (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Principios y tendencias en torno al abuso del derecho", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 16, Rubinzal - Culzoni, 1998, pág. 278 y ss.).

4. En el caso, a partir de sus propios conocimientos y de presunciones sostenidas en los sujetos y montos involucrados en el título, el magistrado de primera instancia acudió a la causa de la obligación para concluir que la competencia emanada del cartular resultaba violatoria de la normativa de orden público del consumidor (fs. 14/18 vta.; arts. 163 inc. 5, C.P.C.C.). Dicha actuación no resulta del todo extraña al proceso ejecutivo, pues aún cuando el Código procesal Civil y Comercial veda examinar la legitimidad de la causa de la obligación en el marco de la excepción de inhabilidad del título (art. 542, inc. 4), el limitado ámbito de conocimiento del juicio ejecutivo no podría impedir que cualquier juez declarara en forma liminar y oficiosa tanto la inexistencia manifiesta de la deuda que se pretende ejecutar (arg. C.S.J.N., Fallos: 278:346; 298:626; 302:861; 318:1151; 324:2009; entre otros; esta Corte, Ac. 68.768, sent. del 15-XII-1999; Ac. 90.386, sent. del 6-XII-2006), como la manifiesta incompetencia territorial en fraude a la ley civil de orden público (arts. 4°, 529 y 542 inc. 1, C.P.C.C.; conf. mi voto en C. 109.193, cit.).

Por demás, si bien el ejecutante, notificado de la inhibitoria del primero de los magistrados judiciales actuantes, objetó las conclusiones del mismo, rechazado su recurso de revocatoria requirió remitir estos obrados a la Receptoría General de Expedientes del Departamento Judicial que corresponda (fs. 47).

5. Así, la necesaria integración armónica entre los institutos del derecho mercantil y del consumo involucrados en este conflicto normativo (Ac. 80.375, sent. del 5-III-2003; entre tantas otras) propicia la hermenéutica que aquí se adopta, toda vez que los mencionados caracteres de necesidad, formalidad, literalidad, completitud, autonomía y abstracción del título, que posibilitan de ordinario el cumplimiento de sus funciones propias, económicas, jurídicas e incluso su rigor cambiario procesal, deben ser armonizados con las exigencias del interés público en la defensa del consumidor (conf. mi voto en C. 109.193, cit.).

Luego, sin perjuicio de la validez del domicilio de pago expuesto en el pagaré a los fines netamente cambiarios (arts. 40, 41, 42, 45, 48, 49, 50, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 89, 103, 104 y ccstes. Dto.-Ley 5965/63) y de que el mismo -o su sustituto- de ordinario fija la competencia territorial (arts. 1, 2, 101, 102, 103 y ccstes. Dto.-Ley 5965/63), no será posible atribuir a dicho domicilio esta última aptitud determinativa cuando el librador del título y ejecutado fuera consumidor de un crédito para consumo y su domicilio real estuviera indicado en el cartular (como en el caso, fs. 6), sin que -por las mismas razones dadas- una serie ininterrumpida de endosos pueda justificar una solución distinta (arg. art. 18 in fine, Dto.-Ley 5965/63), bastando a quien pretenda una mayor agilidad en el pago o negociabilidad de un crédito para consumo, a todo evento, requerir del librador-consumidor la emisión de un pagaré cuyo domicilio de pago coincida con su domicilio real al tiempo de su otorgamiento (conf. mi voto en C. 109.193, cit.).

III. Por lo expuesto y adhesión formulada, corresponde atribuir competencia en la presente ejecución al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 12 del Departamento Judicial de General San Martín.

El señor Juez doctor de Lázzari dijo:

Por los mismos fundamentos adhiero al voto del señor Juez doctor Soria.

POR ELLO, se declara competente al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 12 del Departamento Judicial de General San Martín para entender en estos obrados.

Regístrese, hágase saber y devuélvanse.

EDUARDO JULIO PETTIGIANI
EDUARDO NESTOR DE LAZZARI
DANIEL FERNANDO SORIA
JUAN CARLOS HITTERS
CARLOS ENRIQUE CAMPS – Secretario-

2. EFECTO VINCULANTE DE LA DOCTRINA LEGAL EMANADA DE LA CAUSA “CUEVAS”. PRECISIÓN DEL REFERIDO LINEAMIENTO DOCTRINARIO.

Causa “Crédito para todos S.A. c/ Estanga, Pablo Marcelo s/ Cobro ejecutivo”

C. 117.245, sent. del 3-IX-2014

CUESTIÓN PLANTEADA:

Si bien en esta oportunidad la Suprema Corte confirma la decisión adoptada en la causa "Cuevas" (C. 109.305, resol. del 1-IX-2010), este pronunciamiento presenta como nota saliente la previa declaración de nulidad de un fallo plenario dictado por la Cámara, contrario a la inteligencia de aquel precedente. De tal manera, a la par que precisa los requisitos para la convocatoria a un acuerdo plenario, determina el alcance de la mentada doctrina legal.

RESEÑA DEL CASO:

La sociedad actora promovió juicio ejecutivo en la localidad de San Miguel, lugar que se fijó como domicilio de pago en el pagaré, base de la acción.

El magistrado de origen, reparando en las circunstancias personales de las partes y las características de la operación de crédito instrumentada en el título llevado a ejecución, estimó encontrarse ante una relación de consumo y, en consecuencia, declaró de oficio su incompetencia.

La Cámara, previo a abordar la apelación interpuesta, resolvió declarar al caso susceptible de plenario y fijar como doctrina que no corresponde inhibirse de oficio en cuestiones patrimoniales en el marco de un juicio ejecutivo basado en un título abstracto y donde no habiéndolo planteado el demandado es de especial dificultad cuestionar el carácter de la relación jurídica subyacente. Luego, basándose en el sentido del referido fallo plenario, revocó la declaración oficiosa de incompetencia.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, destacando el carácter vinculante de la doctrina legal emanada de la causa “Cuevas”, revocó la sentencia, dejando sin efecto el fallo plenario dictado.

DOCTRINA:

- El acatamiento que los tribunales hacen a la doctrina legal de esta Corte responde al objetivo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, esto es, procurar y mantener la unidad en la jurisprudencia, y este propósito se frustraría si los tribunales de grado, apartándose del criterio de la Corte, insistieran en propugnar soluciones que irremisiblemente habrían de ser casadas. Esto no significa propiciar un ciego seguimiento a los pronunciamientos de esta Corte, ni un menoscabo del deber de los jueces de fallar según su ciencia y conciencia, pues les basta -llegado el caso- dejar a salvo sus opiniones personales [del voto del Juez Hitters].

- La obligatoriedad de la interpretación legal producto del acuerdo plenario lo es sin perjuicio de las disposiciones que sobre el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley contiene la Constitución, lo que -en buen romance- no es otra cosa que un claro límite a esa obligatoriedad. En otros términos, es obligatorio mientras la Suprema Corte no tenga decisión en contrario [del voto del Juez Hitters].

- En el art. 37 inc. "f" de la ley 5827 la locución "sin perjuicio" tiene una doble operatividad. En primer lugar expresa un freno a la convocatoria a plenario porque, como ha expresado la Corte, es facultad legal de las Cámaras convocar y decidir en acuerdo plenario los temas de derecho que juzguen necesarios, pero tal facultad debe ejercerse con la debida prudencia y sin perjuicio de las disposiciones que sobre el recurso de inaplicabilidad de ley contiene la Constitución, por lo que si el tema a resolver en plenario ha sido objeto ya de decisión por la Corte en reiteradas oportunidades, no tiene objeto su convocatoria a la luz de lo expresamente previsto por el art. 35 inc. e) de la ley 5827 [del voto del Juez Hitters].

- Si por medio del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley queda habilitada la Corte para revocar la decisión de alzada que aplicó al caso lo decidido por el cuerpo en Acuerdo Plenario, dicha revocación tiene un efecto trascendente al caso concreto y que no es otro que fulminar la vigencia de tal decisión plenaria, sin esperar que la propia Cámara convoque a nuevo plenario para adecuar su jurisprudencia [del voto del Juez Hitters].

- La doctrina que fluye del precedente sentado por esta Suprema Corte en el caso "Cuevas" (C 109305, 1-9-2010) 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. Bajo ese panorama, lejos de conformar un escenario jurisprudencial determinante de la necesidad de convocatoria a un fallo plenario (primera cuestión tratada), la disparidad que pudo haberse constatado en decisiones sobre el tópico resulta ser la necesaria consecuencia de las diferentes circunstancias eventualmente apreciadas por los jueces en cada caso, en observancia - justamente- del referido lineamiento doctrinario [del voto del Juez Hitters].

- Más allá de las limitaciones cognoscitivas propias de los procesos de ejecución, que impiden debatir aspectos ajenos al título, cuando la pretensión ejecutiva reconoce arraigo en una relación de financiación para el consumo, es posible y necesario interpretar la aludida regla procesal, de modo compatible con los principios derivados de la legislación

de protección de usuarios (arts. 1, 2, 36 y 37, ley 24.240). Y ello a fin de poder arribar a la solución que proteja del modo más eficiente posible la finalidad tuitiva de grupos tradicionalmente postergados y particularmente vulnerables, como ocurre con los usuarios y consumidores. Por virtud de esa lectura armonizante los jueces se hallan habilitados a declarar de oficio la incompetencia territorial a partir de la constatación, mediante elementos serios y adecuadamente justificados -en la especie la multiplicidad de procesos de idéntico tenor iniciados por la parte accionante dedicada de modo profesional al préstamo de dinero para el consumo y la circunstancia de ser las personas físicas accionadas las destinatarias de dichos créditos-, de la existencia de una relación de consumo a la que se refiere el art. 36 de la ley 24.240 (conf. ley 26.361) [del voto del Juez de Lázari].

- La garantía de una tutela judicial efectiva se impone con mayor razón en el ámbito del derecho del consumidor y usuario. El art. 42 de la Constitución nacional y el art. 38 de la Constitución de Buenos Aires aseguran una protección especial a los intereses de los consumidores y usuarios generados en la relación de consumo garantizando su defensa. La ley de Defensa del Consumidor 24.240, con su modificatoria 26.361, articulan un sistema que, sobre aquella base constitucional, penetra en todas las aristas del ordenamiento y condiciona sustancialmente premisas y principios hasta entonces pacíficos en el campo del derecho privado patrimonial [del voto del Juez de Lázari].

TEXTO IN EXTENSO:

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 3 de septiembre de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Hitters, Genoud, Kogan, Negri, Pettigiani, de Lázari, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 117.245, "Crédito para todos S.A. contra Estanga, Pablo Marcelo. Cobro ejecutivo".

ANTECEDENTES

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial -Sala II- del Departamento Judicial de San Martín revocó la decisión del juez de primera instancia que -a su turno- declaró de oficio su incompetencia para conocer en estos obrados (fs. 31 y vta. y 175/176 vta.).

Se interpuso, por el señor Fiscal General departamental, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 178/190).

Oído el señor Subprocurador General (fs. 213/222 vta.), dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

I. La sociedad actora promovió el presente juicio ejecutivo contra el señor Pablo Marcelo Estanga en base a un pagaré -librado por \$ 476- en el que se fijó como domicilio de pago la calle Belgrano n° 1381 de la localidad de San Miguel, Provincia de Buenos Aires (fs. 7/9 vta.).

Antes de concretarse la correspondiente intimación de pago y citación de remate y en razón de que el domicilio real del ejecutado -denunciado al accionar- no pertenecía a la jurisdicción territorial del organismo interviniente, el iudex a quo consideró necesario realizar un nuevo análisis concerniente a la competencia del organismo a su cargo.

Reparando en las circunstancias personales de las partes y las características de la operación de crédito instrumentada en el título llevado a ejecución -en especial el monto reclamado- estimó encontrarse ante una dación de crédito para el consumo en los términos del art. 36 de la ley 24.240.

Consecuentemente, declaró -de oficio- su incompetencia para conocer en las actuaciones, a tenor de lo normado en el citado precepto y de lo resuelto por esta Corte en causa C. 109.305 ("Cuevas"), sent. del 1-IX-2010 (fs. 31 y vta.).

Previo a abordar la apelación interpuesta por la actora contra esa decisión, la Cámara de Apelación departamental dictó, conforme el art. 37 de la ley 5827, un fallo plenario en el que resolvió: "... 1°) *Declarar susceptible de plenario el presente caso.* 2°) *Fijar como doctrina en el presente plenario que no corresponde*

inhibirse de oficio en cuestiones patrimoniales en el marco de un juicio ejecutivo basado en un título abstracto en circunstancias en las cuales no habiéndolo planteado el demandado es de especial dificultad cuestionar el carácter de la relación jurídica subyacente..." (fs. 66/129 vta.).

Posteriormente y, en lo que aquí interesa, la Sala Segunda de la Cámara departamental revocó aquella declaración oficiosa de incompetencia, basándose en el sentido y fuerza vinculante del referido fallo plenario (conf. art. 37 inc. "f", ley 5827, fs. 175/176 vta.).

II. Contra esta última decisión interpone el señor Fiscal General departamental recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que se agravia -en suma- por la violación de la doctrina legal sentada en la mencionada causa C. 109.305 ("Cuevas"), sent. del 1-IX-2010 (fs. 178/190).

III. Adelanto aquí que la impugnación debe prosperar.

1) En base a una plataforma fáctica sustancialmente análoga a la presente, esta Corte resolvió, en el citado precedente "Cuevas", que los jueces se encuentran autorizados a 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 a las que se refiere el art. 36 de la ley 24.240.

Según se aprecia, no obstante la prohibición legal de debatir aspectos ajenos al título en los procesos ejecutivos (conf. art. 542 inc. 4°, C.P.C.C.), la obligatoriedad dimanada de la mencionada doctrina legal vino a imponer a los jueces el deber de indagar la faz causal del reclamo, en orden a determinar la competencia por razón del territorio.

En la hipótesis de constatar -en base a la ponderación de extremos serios y justificados- la existencia de una relación sustancial de consumo subyacente en la ejecución, deben los mismos resolver -aún de oficio- en concordancia con la solución establecida en el art. 36 de la mencionada Ley de Defensa de Usuarios y Consumidores. Caso contrario, corresponderá remitirse a los restantes preceptos generales o especiales concernientes a la materia. En el sub examine, los arts. 101 inc. 4° del decreto ley 5965/1963 y 5 inc. 3° del Código Procesal Civil y Comercial.

En pocas palabras, la doctrina que fluye del citado precedente 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.

Bajo ese panorama, lejos de conformar un escenario jurisprudencial determinante de la necesidad de convocatoria a un fallo plenario (primera cuestión tratada), la disparidad que pudo haberse constatado en decisiones sobre el tópico resulta ser la necesaria consecuencia de las diferentes circunstancias eventualmente apreciadas por los jueces en cada caso, en observancia -justamente- del referido lineamiento doctrinario. Ello así, sin contar los casos en que -derechamente- se ha desoído esta pauta reconocida en la doctrina legal de marras.

No es ocioso, entonces, recordar que el acatamiento que los tribunales hacen a la doctrina legal de esta Corte responde al objetivo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, esto es, procurar y mantener la unidad en la jurisprudencia, y este propósito se frustraría si los tribunales de grado, apartándose del criterio de este Tribunal, insistieran en propugnar soluciones que irremisiblemente habrían de ser casadas. Esto no significa propiciar un ciego seguimiento a los pronunciamientos de esta Corte, ni un menoscabo del deber de los jueces de fallar según su ciencia y conciencia, pues les basta -llegado el caso- dejar a salvo sus opiniones personales (conf. doct. Ac. 42.965, sent. del 27-XI-1990; Ac. 45.768, sent. del 22-IX-1992; Ac. 52.258, sent. del 2-VIII-1994; Ac. 57.981, sent. del 27-XII-1996; Ac. 58.428, sent. del 17-II-1998; Ac. 92.695, sent. del 8-III-2007; C. 101.186, sent. del 24-VI-2009; C. 101.548, sent. del 14-IV-2010).

2) A lo dicho, es necesario agregar que, conforme prescribe el art. 37 inc. "f" de la ley 5827, la obligatoriedad de la interpretación legal producto de un acuerdo plenario lo es sin perjuicio de las disposiciones que sobre el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley contiene la Constitución, lo que -en buen romance- no significa otra cosa que un claro límite a esa obligatoriedad.

En palabras del recordado colega doctor Roncoroni cuando fue Ministro de este Tribunal, la locución "sin perjuicio" tiene una doble operatividad.

a) En primer lugar señala un freno a la convocatoria a plenario porque, como ha expresado esta Corte, es facultad legal de las Cámaras convocar y decidir en acuerdo plenario los temas de derecho que juzguen necesarios, pero tal facultad debe ejercerse con la debida prudencia y sin perjuicio de las disposiciones que sobre el recurso de inaplicabilidad de ley contiene la Constitución, por lo que si el tema a fallar en plenario ha sido objeto ya de decisión por la Corte en reiteradas oportunidades, no tiene objeto su convocatoria a la luz de lo expresamente previsto por el art. 37 inc. f) de la ley 5827 (conf. Ac. 50.611, sent. del 14-XII-1993; C. 92.695 cit.).

En otros términos, un plenario es obligatorio mientras la Suprema Corte no tenga decisión en contrario (conf. C. 92.695 cit.).

Arribados a este punto, ya se alcanza a vislumbrar que la Cámara no se encontraba habilitada para dictar el referido fallo plenario toda vez que sobre la temática mediaban decisiones de este Tribunal con claro valor de doctrina legal (conf. doct. causas C. 109.193, resol. del 10-VIII-2010; C. 109.305, cit.; C. 113.770, resol. del 16-III-2011; posteriormente -con igual sentido y alcance- causas C. 117.196, resol. del 31-X-2012 y C. 117.930, resol. del 7-VIII-2013). Consecuentemente, cabe concluir que no concurría la condición negativa establecida en el ap. "f" del art. 37 de la ley 5827.

Al resolver luego la alzada el recurso de apelación interpuesto por la ejecutante en base a los lineamientos emergentes del citado acuerdo plenario -que, reitero, no debió ser convocado en ausencia de la apuntada condición negativa habilitante-, no ha hecho otra cosa que soslayar la aplicación de la doctrina legal señalada por el recurrente, circunstancia que justifica -de por sí- casar el pronunciamiento impugnado (arts. 279 y 289 inc. 1º, C.P.C.C.).

b) En segundo lugar, resta aquí decir que si por medio del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley queda habilitada la Corte para revocar la decisión de alzada que aplicó al caso lo decidido por el cuerpo en Acuerdo Plenario, como hasta aquí vengo proponiendo, dicha revocación tiene un efecto trascendente al caso concreto y que no es otro que fulminar la vigencia de tal decisión plenaria, sin esperar a que la propia Cámara convoque a nuevo plenario para adecuar su jurisprudencia (conf. causa C. 92.695 cit.).

IV. Por lo expuesto, en concordancia con la opinión vertida por el señor Subprocurador General (fs. 213/222 vta.), corresponde hacer lugar al remedio extraordinario interpuesto y revocar el pronunciamiento impugnado, debiendo los autos volver a la Cámara de origen para que, integrada como corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo que aquí se decide. Con costas a la ejecutante vencida (conf. arts. 68, 69 y 289, C.P.C.C.).

Voto por la afirmativa.

Los señores jueces doctores Genoud, Kogan, Negri y Pettigiani, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votaron la cuestión planteada también por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázari dijo:

I. El acceso a la justicia, en términos generales, de igual modo que el concepto de debido proceso legal, ha desembocado en algo más abarcador, más intenso, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Tutela judicial efectiva significa derecho a hacer valer los propios derechos, que comprende varias cosas: 1) El libre e irrestricto acceso a la jurisdicción. 2) El debido proceso, como oportunidad de ser oído y probar en contradictorio, en cualquier proceso, para la determinación de los derechos y obligaciones de cualquier carácter, en cuyo marco rigen en todas sus facetas e instancias las garantías de igualdad y bilateralidad. 3) El derecho a obtener una sentencia intrínsecamente justa, sustentada en la verdad jurídico-objetiva, suficientemente motivada, exenta de excesivo rigor formal y dictada en un plazo razonable. Una sentencia que sea conclusión razonada del derecho vigente con particular arreglo a las circunstancias de la causa, o sea, no arbitraria. 4) El derecho de obtener la ejecución efectiva de esa sentencia, para remover la resistencia del obligado, también en un plazo razonable. 5) La existencia de medidas cautelares, urgentes y anticipatorias necesarias, sea para asegurar el futuro cumplimiento de la sentencia, sea como decisión provisional anticipada en el mérito (Berizonce, Roberto; "Tutelas procesales diferenciadas", ed. Rubinzal-Culzoni, p. 21).

Si ello es así en general, con mayor razón se impone la observancia de todas estas garantías en el ámbito del derecho del consumidor y usuario. El art. 42 de la Constitución nacional y el art. 38 de la Constitución de Buenos Aires aseguran una protección especial a los intereses de los consumidores y usuarios generados en la relación de consumo garantizando su defensa. La ley de Defensa del Consumidor 24.240, con su modificatoria 26.361, articulan un sistema que, sobre aquella base constitucional, penetra en todas las aristas del ordenamiento y condiciona sustancialmente premisas y principios hasta entonces pacíficos en el campo del derecho privado patrimonial.

La razón de la irrupción de este nuevo paradigma es suficientemente conocida. En el marco de una situación objetiva de desigualdad, se hace necesario fortalecer la posición del más débil, para de ese modo restablecer la igualdad que es garantía constitucional.

Ese fortalecimiento del más débil en la relación de consumo se exhibe con nitidez desde la perspectiva procesal. En ese terreno, la normativa que nos ocupa contiene fecundas alteraciones al régimen común. Y esas alteraciones tienen su explicación a la luz del principio de igualdad procesal, natural exteriorización en el campo procesal del principio general de igualdad ante la ley consagrado por el art. 16 de la Constitución nacional. Se lo identifica como "la relativa paridad de condiciones de los justiciables de tal manera que nadie pueda encontrarse en una situación de inferioridad jurídica" (Clemente Díaz, "Instituciones de Derecho Procesal", Parte General, ed. Abeledo Perrot, 1968, t. I, p. 218, cit. por Loutayf Ranea y Solá en "Principio de igualdad procesal", LL supl. del 11-V-2011, p. 1; LL 2011-C, p. 790). Ahora bien, como expresan Loutayf Ranea y Solá, no requiere una igualdad aritmética sino que lo que exige el principio es que se brinde a las partes una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de su derecho de acción y de defensa, es decir, que garantice a todas, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a éste haya dado la ley, el equilibrio de sus derechos de defensa. Y así como frente a iguales circunstancias debe darse un igual tratamiento a las partes, cuando ellas son diferentes, debe también dárseles un tratamiento diferente, si es necesario para lograr ponerlas en igual situación a los efectos de alcanzar igual protección jurisdiccional. En este sentido, recuerdan que la Corte Interamericana de Derechos Humanos difundió que el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia ("Principio de igualdad procesal", LL supl. del 11-V-2011, p. 1; LL 2011-C, p. 790 cit.).

Por estas razones tanto la Constitución nacional como la provincial disponen para esta materia que la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos (arts. 42 y 38, respectivamente). He aquí el fundamento, la plataforma, el cimiento sobre el que descansan las soluciones especiales contempladas para las relaciones de consumo, y su validez y plena oponibilidad aún frente a la existencia de normativa procesal y sustancial diversa que contenga criterios opuestos.

II. De conformidad a lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Comercial, la competencia atribuida a los tribunales es improrrogable, exceptuándose de este principio general la competencia territorial en los asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. En este último caso, la prórroga puede ser expresa o tácita (art. 1, C.P.C.C.). La primera emerge de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiesten explícitamente su decisión de someterse a la competencia del juez a quien acuden. La tácita resulta, para el actor, por el hecho de entablar la demanda; y respecto del demandado, cuando la contestare, no lo hiciere u opusiere excepciones previas sin articular la declinatoria (art. 2 ídem). Completando este panorama, el art. 4, tercer párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone que en los asuntos exclusivamente patrimoniales no procederá la declaración de incompetencia de oficio, fundada en razón del territorio. Si bien este pasaje no está contenido en el correlativo

art. 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, es la natural consecuencia de la autorización de prórroga de la competencia territorial en los asuntos exclusivamente patrimoniales que autoriza el art. 1°.

De su lado, el art. 542 de igual ordenamiento, al enunciar las únicas excepciones admisibles en el juicio ejecutivo, establece que no puede discutirse en el ámbito de la excepción de inhabilidad de título, la legitimidad de la causa.

Vayamos a las previsiones contenidas en la L.D.C. El art. 36, texto incorporado por la ley 26.361, dispone que en las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo será competente para entender en el conocimiento de los litigios, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor. Y el art. 37 inc. b) establece que se tendrán por no convenidas las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.

Se nos presenta el problema de relaciones de consumo que han sido instrumentadas mediante el otorgamiento de títulos ejecutivos, en los que habitualmente el acreedor incorpora una constancia según la cual queda pactado un lugar de pago distinto del domicilio del deudor, lo que determina la competencia de un tribunal que no es el de su domicilio real. En esas condiciones, con sustento en la literalidad y abstracción del título y en la imposibilidad del análisis causal en el marco de la ejecución, las previsiones de la L.D.C. aparecen desairadas.

Esta frecuente actitud de los ejecutantes produce serios perjuicios al consumidor afectado. En primer lugar, su derecho de defensa queda francamente retaceado. La sola circunstancia de tener que acudir a hacer valer sus derechos a una sede jurisdiccional alejada de su centro de interés desalienta el ejercicio de la defensa o en todo caso impone gastos suplementarios en orden a la asistencia de un abogado que desarrolle su labor profesional en dicha sede. Como generalmente los importes ejecutados no son significativos, esos costos probablemente superen el propio monto del juicio. Con ello se acrecientan las posibilidades de que contando con razones para oponerse, el deudor no se presente. Mas la distancia y las dificultades que conlleva para la defensa no son los únicos datos a tomar en cuenta: al sacarse al deudor de su juez natural eventualmente se le priva de gozar de determinadas ventajas, tales como la aplicación de normativa provincial sobre suspensión de ejecuciones o diferencias jurisprudenciales en torno a la tasa de interés.

En resumen, la prórroga de la competencia es un arbitrio francamente conveniente para el predisponente, reduciendo la probabilidad de recibir respuesta en el litigio, obteniendo la máxima tasa de beneficio por la tramitación en serie de los juicios y permitiendo elegir los criterios jurisprudenciales que más le convengan. A lo que se agrega otro tipo de circunstancias que inciden en el ejercicio profesional en virtud de la fuga de conflictos judiciales desde el interior del país hacia los centros más poblados.

Podemos decir que, al presente, la cuestión ha sido zanjada a favor de los derechos del consumidor y que en las ejecuciones cuyo título responde a una relación de consumo, la competencia corresponde exclusivamente al juez del domicilio del deudor. Así lo ha terminado por dilucidar la jurisprudencia, recogiendo la esforzada labor de la doctrina.

Es cierto que en el año 2010 la Corte Suprema de la Nación se pronunció en sentido opuesto en la causa "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Toledo Cristian Alberto s/ cobro ejecutivo" (causa de competencia n° 231, XLVI, 24-VIII-2010). En esa ocasión, determinó la competencia de un Juzgado en lo Comercial remitiendo a lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, cuya argumentación consistió en que no era viable la declaración oficiosa de incompetencia por razón del territorio pues dicha facultad está restringida en forma expresa por el Código Procesal Civil y Comercial. La fundamentación descansó en esa sola cita, sin un análisis integral de la normativa proveniente de la L.D.C.

Pero pocos días después se expidió este Tribunal. En la causa "Cuevas Eduardo c/ Salcedo Alejandro", con fecha 1-IX-2010, en ocasión de resolver una cuestión de competencia dispuso que aún rigiendo 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, es posible una interpretación acorde con los principios derivados de la legislación de protección de usuarios y consumidores. Dicha lectura armonizante consiste en autorizar a los jueces a 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 de las que refiere el art. 36 de la L.D.C.

En el orden nacional, con fecha 29 de junio de 2011 se realizó un plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que por mayoría entendió que en las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del tribunal: 1) Cabe inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la L.D.C., prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución. 2) Corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la L.D.C.

Posteriormente, con fecha 23 de agosto de 2012, en igual sentido se pronunció el Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba.

III. Veamos las razones y fundamentos por los cuales ha terminado por imponerse la solución establecida en la L.D.C. más allá de las regulaciones de los códigos procesales y de la legislación cambiaria.

En primer lugar, los derechos del consumidor constituyen regulación directa de la Carta Magna (art. 42), son una especie del género derechos humanos. En ese sentido, la garantía de asegurar al consumidor el acceso a la justicia de manera fácil y eficaz, como una exigencia de orden público, otorga absoluta prelación a este derecho constitucionalmente protegido de modo expreso, por encima del que proviene simplemente del derecho común. El derecho del consumidor presenta las características de un microsistema con principios propios, inclusive derogatorios del derecho privado tradicional.

La nulidad establecida por el art. 36 de la L.D.C. está fundada en la ilicitud del objeto concerniente al pacto de prórroga de competencia que dicha disposición prohíbe. El legislador ha entendido que, en una relación de consumo, no tiene objeto lícito el acuerdo que prorroga la competencia a favor de una circunscripción judicial distinta de la que corresponda al domicilio real del consumidor. La invalidez radica

en la prohibición del objeto y consiguiente ilicitud del pacto de foro prorrogado, dando lugar entonces a un acto nulo de nulidad absoluta.

De aceptarse la prevalencia de las normas del Código procesal, se permitiría por una vía lateral - como sería la utilización de títulos cambiarios- violentar la prohibición legal. Algo así como prohibir la infracción a cara descubierta pero permitirla si es solapada o encubierta.

El art. 3 de la L.D.C. prevé la integración normativa del régimen de protección al consumidor y la preeminencia sobre otras reglas legales eventualmente aplicables por el carácter de orden público que su art. 65 establece. De allí que cuando se esté en presencia de una relación de consumo, la normativa cambiaria es inaplicable en todo lo que resulte incompatible, pues la disciplina de los títulos de crédito no puede desvirtuar la efectividad de las normas tuitivas del consumidor.

Y, todavía, podemos incorporar como pautas interpretativas, las de "ley especial" y "ley posterior", tanto respecto de la legislación cambiaria como de la regulación procesal.

Pero dejemos de lado por un momento tan trascendentes razones y veremos que aún sin necesidad de utilizar tales conceptos, en el terreno del derecho común la solución no cambia.

En el ámbito del juicio ejecutivo hemos visto que el art. 542 del Código procesal impide examinar la legitimidad de la causa de la obligación en el marco de la excepción de inhabilidad de título, la que deberá fundarse solo en sus formas extrínsecas. Pero bien entendido, ello no impide que se indague la causa de la obligación para una circunstancia dispar como es la de determinar la competencia territorial, en tanto la misma norma, al establecer la admisibilidad de la excepción de incompetencia, no pone una limitación análoga. De allí que ese análisis de la relación que motivó el libramiento del título, con la única finalidad de determinar la competencia, no supone entonces abrir la discusión sobre aspectos causales vedados, ni desvirtúa el limitado ámbito de conocimiento del juicio ejecutivo. En otras palabras, estamos sosteniendo que siempre a partir de los términos literales del documento (sus formas extrínsecas) en particular las condiciones personales de las partes, se podrá determinar si se ha celebrado un contrato de crédito para el consumo. Esas circunstancias personales de las partes y elementos obrantes en las actuaciones son hábiles para formar convicción respecto del encuadramiento de la relación jurídica emergente del pagaré en ejecución dentro de las operaciones regidas por la L.D.C., pues de conformidad con lo dispuesto en el art. 163 inc. 5 del ritual, las presunciones no establecidas por la ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica. Y en caso de duda, cabe la interpretación a favor del consumidor, no solo de conformidad con las reglas de la L.D.C. (arts. 3 y 37), sino también sobre la base del principio general del art. 218 inc. 7 del Código de Comercio, que impone interpretar a favor del deudor.

Decíamos al principio que el Código Procesal autoriza la prórroga de la competencia territorial por acuerdo de partes. Pero de conformidad con el art. 21 del Código Civil las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observación estén interesados el orden público y las buenas

costumbres. Y la regla de competencia contenida en el art. 36 de la L.D.C. se incluye en esa clase de disposiciones, vinculada además con la garantía constitucional del juez natural (art. 18, Const. nac.).

Sigamos con el art. 1 del Código Procesal, conforme al cual la competencia territorial en los asuntos exclusivamente patrimoniales podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Y aquí nos detenemos. ¿Es posible sostener que una relación de consumo conforma una relación exclusivamente patrimonial? O en este tipo de relaciones, con independencia de lo estrictamente patrimonial ¿hay otros ingredientes? La respuesta es bien sencilla: en la relación de consumo hay una concepción particular de la sociedad y del mercado. El modelo de contrato civil y comercial individual es distinto del modelo que surge del Derecho del Consumidor. No es un contrato de "rivales" u "opuestos" sino un contrato relacional, en el cual las partes persiguen, sobre la base de la solidaridad, objetivos comunes. No se trata de que cada contratante imponga sus intereses sino de priorizar beneficios y logros en armonía y solidaridad, con una serie de efectos y presupuestos, desde el deber de información hasta la revisión frente al desequilibrio sobreviniente, pasando por la proscripción de las cláusulas anormales, ajenas a lo común u ordinario. Un contrato cuyos efectos no se limitan a los celebrantes sino que beneficia o perjudica a la comunidad, un contrato con función social, acorde con el interés público comprometido. Un contrato que no es entre iguales, con similar poder de negociación, sino entre personas diferentes, entre fuertes y débiles, satisfechos y necesitados. Un contrato que ya no es ley para las partes e irrevocable por los jueces sino que puede ser revisado, modificado o anulado, buscando el equilibrio negocial. Un contrato, en fin, que no es el que el Código Civil concebía como confiando en la igualdad y libertad de las partes, ni menos todavía el del Código de Comercio, en el que el comerciante es el protagonista preferido y privilegiado.

Entonces, si en los asuntos exclusivamente patrimoniales la competencia puede ser prorrogada de conformidad de partes, y la relación de consumo no constituye un asunto exclusivamente patrimonial, esa dispensa en esta materia no es permitida.

En la legislación comparada se advierte que el problema tiene expresa solución. Así, hay legislaciones que prohíben la utilización de títulos cambiarios en las relaciones de crédito al consumo (Alemania y Francia). Otras permiten su empleo siempre que contengan la indicación inequívoca de su origen -letra o pagaré que anoticien al tenedor de las características del título que recibe- (Estados Unidos); y otras posibilitan al consumidor la oposición de defensas contra el tenedor basadas en las relaciones con el proveedor de los bienes o servicios (España).

En conclusión: en el juicio ejecutivo es posible concluir en la existencia de una relación de consumo sobre la base de los elementos que se desprenden del título y de las propias actuaciones. Así, la calidad de las partes involucradas, determinadas constancias obrantes en el documento, la habitualidad en la promoción de ejecuciones similares y diversos elementos que conduzcan a obtener presunción en tal sentido.

Esa labor puede y debe tener lugar de oficio por el Juez. Estando a su cargo el examen atento del título presentado y por la naturaleza de orden público de las disposiciones contenidas en la L.D.C., se encuentra habilitado para tal investigación y en caso de concluir en que existe relación de consumo, puede

declarar de oficio su incompetencia. Esta potestad se justifica por la necesidad de protección de intereses especialmente amparados y en el deber de evitar el obrar abusivo, esto es, aquél que bajo la apariencia de un cumplimiento sólo formal de los fines de la ley, en rigor apunta a desvirtuar los derechos de quienes se encuentran en posición de vulnerabilidad.

Adviértase que impedir la declaración de incompetencia de oficio, sobre la base de que el deudor puede oponer la excepción de incompetencia termina por ser una petición de principios. Si la finalidad de la ley consiste en evitar el agravamiento que supone para el deudor acudir a extraña jurisdicción, de ese modo se lo obliga precisamente a hacer lo que la ley no quiere.

En orden a las facultades que asisten al juez para indagar, cabe referir que la doctrina y la jurisprudencia han encontrado una herramienta útil en lo dispuesto por el art. 336 del Código procesal. Este texto, que posibilita el rechazo in limine de la demanda, establece en su segundo párrafo que si de ella no resulta claramente que es de su competencia, mandará que el actor exprese lo necesario a ese respecto. Y el art. 34 inc. 5 dispone que es deber del juez dirigir el procedimiento, pudiendo disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades (inc. b). Como vemos, las potestades de investigación están legalmente consagradas.

Dejo constancia, finalmente, que para la elaboración del presente voto he tenido en cuenta –y en algunos casos seguido puntualmente– los siguientes antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios: “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, fallo del 29-VI-2011); Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, sentencia n° 155 del 23-VIII-2012, autos “Banco Hipotecario c/ Aguirre María y otra s/ ejec. hipotecaria”; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 1ª, 14-III-2013, C-425/11; Santiago Rodríguez Junyent Bas, “¿La muerte del juicio ejecutivo en manos del derecho de consumo?”, *La Ley actualidad*, suplemento del 5-IX-2013; Ricardo Lorenzetti y Gustavo Schötz, “Defensa del consumidor”, Ed. Ábaco; Francisco Junyent Bas y Candelaria Del Cerro, “Aspectos procesales de la ley de defensa del consumidor”, LL 2010-C-1281; Carlos Illanes, “Abstracción cambiaria y defensa del consumidor”, DJ 8-V-2012, p. 9; Mariana Inés Meza, “La efectividad de la ejecución de la sentencia en los juicios ejecutivos contra consumidores y usuarios”, ponencia presentada en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal; Federico Álvarez Larrondo, “Nueva doctrina legal de la SCBA en materia de juicios ejecutivos de consumo”, LL 2010-E-227; Sebastián Sánchez Cannavó, “Crédito al consumo y acceso del consumidor a la justicia frente al juicio ejecutivo”, ED t. 214, p. 885; Guillermo Falco y María Constanza Garzino, “El juicio ejecutivo, las defensas causales y la ley de defensa al consumidor”, LL 2011-A-392; Gonzalo M. Rodríguez, “El proveedor de crédito y la competencia ejecutiva de consumo”, DJ Procesal, año IV, n° 07, agosto 2012, p. 29; Ángel Moia, “Los límites de un plenario”, LL 2012-E-171; Ángela M. Vinti, “La efectividad de los derechos del consumidor en el proceso ejecutivo”, Abeledo Perrot-Buenos Aires, suplemento n° 9, setiembre 2013, p. 1177.

IV. En definitiva, coincido con quienes me han precedido en la votación y adhiero a sus consideraciones, en tanto la doctrina legal de esta Suprema Corte -cuyos fundamentos me he permitido ampliar en los desarrollos precedentes- ha resultado infringida.

Voto por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General (fs. 213/222 vta.), se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto y se revoca el pronunciamiento impugnado, dejándose sin efecto el fallo plenario dictado a fs. 66/129 vta.

Remítanse los autos a la Cámara de origen para que, integrada como corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo que aquí se decide.

Con costas de esta instancia a la ejecutante vencida (arts. 68, 69 y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

HECTOR NEGRI

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

CARLOS ENRIQUE CAMPS – Secretario-

B) PRINCIPIO PROTECTORIO. PREEMINENCIA DEL RÉGIMEN TUITIVO Y SU CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO. IMPLICANCIAS SUSTANCIALES Y PROCESALES.

Causa “G., A. C. c/ 'Pasema S.A.' y otros s/ Daños y perjuicios”

C. 117.760, sent. del 1-IV-2015

CUESTIÓN PLANTEADA:

En el presente caso, el Superior Tribunal Provincial resalta el régimen tuitivo y el carácter de orden público de la normativa específica relativa a las relaciones de consumo. Esenciales características que en el marco de un proceso se traducen en la vigencia del principio de las cargas probatorias dinámicas, habida cuenta de que la parte fuerte de la relación, atento a su profesionalidad, es quien se encuentra en mejores condiciones de acreditar ciertos extremos y tiene la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la verdad objetiva.

RESEÑA DEL CASO:

La actora, en representación de sus hijos menores, inició acción de daños y perjuicios en virtud de la intoxicación padecida por el consumo de los alimentos adquiridos en un local de comidas rápidas de una conocida franquicia. Fundó dicha acción en la responsabilidad contemplada en el art. 40 de la ley 24.240.

El juez de origen rechazó la demanda tras considerar que no se había comprobado la existencia de relación causal entre el consumo de los alimentos y los trastornos sufridos por los menores. La Cámara confirmó la decisión.

Arribados los autos a la instancia extraordinaria la Suprema Corte revocó el pronunciamiento, pues advirtió –en síntesis- que la decisión de la empresa de retirar el producto del local antes de que pudiera llevarse a cabo una prueba necesaria para acreditar

uno de los extremos de la causa, resultaba contrario a la letra y el espíritu de la ley de derechos del consumidor.

DOCTRINA:

- La normativa específica relativa a las relaciones de consumo no constituye una mera regulación de determinado ámbito de las relaciones jurídicas, como tantas otras. Es eso y mucho más. La preocupación del legislador -signada por la clarísima previsión del art. 42 de la Constitución nacional y la correlativa contenida en el art. 38 de la Constitución provincial- radica en obtener la efectividad en la protección del consumidor. El principio protectorio como norma fundante es cimiento que atraviesa todo el orden jurídico. El propio art. 1° de la ley 24.240, texto ley 26.361 así lo expresa terminantemente: "la presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario" [del voto del Juez de Lázzari].

- El art. 3 en coordinación con el artículo 65 de la ley 24.240 establece la preeminencia del régimen tuitivo y su carácter de orden público, de allí que ante cualquier colisión entre una norma o criterio de derecho común y otra que proteja a los consumidores, prevalecerá esta última, se trate de aspectos sustanciales o procesales, entre estos últimos lo relativo a la distribución de las cargas probatorias y las presunciones emergentes de la ley especial [del voto del Juez de Lázzari].

- El art. 5 de la ley 24.240 establece el derecho a la protección de la salud del consumidor, que no solo se asienta en los textos constitucionales (arts. 42 de la Constitución nacional y 38 de la provincial) sino que también descansa en los tratados internacionales incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994 en el art. 75 inc. 22, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.1), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 24 y 25), entre otros documentos, por los que se reconoce un derecho al más alto nivel posible de salud [del voto del Juez de Lázzari].

- El sistema de responsabilidad pautado por el artículo 40 de la ley 24.240, en conjunción con el artículo 5 de la misma, y su enclave en el art. 42 de la Constitución nacional, importa una obligación de seguridad de base constitucional [del voto del Juez de Lázzari].

- La referencia que se formula en el artículo 5 de la ley 24.240 a la utilización del producto en condiciones previsibles o normales de uso no significa que se prevea un "parámetro normal de diligencia", con lo cual se entraría en la órbita de los factores subjetivos de atribución, sino que se vincula más bien con el aspecto causal del fenómeno resarcitorio. Se quiere decir que el daño será indemnizable siempre que resulte de un uso previsible o normal del producto, y es el prestador quien debe probar que el servicio fue utilizado por el consumidor o usuario en condiciones no previsibles y anormales (culpa de la víctima) si pretende desligarse de la responsabilidad objetiva [del voto del Juez de Lázzari].

- El derecho a la información reglado en el artículo 4 de la ley 24.240 constituye la aplicación a las relaciones de consumo del principio de buena fe contenido en el art. 1198 del Código Civil. Ello a su vez se refleja en el procedimiento a través de las cargas probatorias dinámicas (art. 53 de la mencionada ley) llevadas a su máxima expresión, tanto que el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. Toda negativa genérica, silencio, reticencia o actitud omisiva creará una presunción en su contra [del voto del Juez de Lázzari].

- Tratándose de una relación de consumo, donde rige la teoría de la carga dinámica de la prueba (art. 53, ley 24.240), la empresa demandada, atento a su profesionalidad (arts. 902 y 909, Cód. Civil), es quien está en mejores condiciones para acreditar ciertos extremos. La decisión empresaria de retirar del establecimiento el producto sobre el cual debería haberse realizado una prueba ineludible para probar uno de los extremos de la causa resulta contraria a lo establecido en la letra del art. 53 de la ley (art. 289, C.P.C.C.) [del voto del Juez de Lázzari].

- El concepto "carga dinámica de la prueba" o "prueba compartida" consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar elementos de juicio al juzgador, privilegiando la verdad objetiva sobre la formal para brindar la efectiva concreción de la justicia. Se trata de un concepto particularmente útil cuando los extremos son de muy difícil comprobación. Nada de esto puede interpretarse como la imposición de realizar una prueba contra los propios intereses. En el marco de una relación de consumo, la empresa de productos alimenticios debió, con criterio prudente, facilitar la prueba requerida por la actora, con el resguardo del producto del tipo y origen que hipotéticamente pudiera haber causado el daño. Haberlo retirado del establecimiento, impidió definitivamente la realización de una prueba trascendental para el caso quebrantando el artículo 53 de la ley 24.240 [del voto del Juez de Lázari].

- Los deberes empresariales trascienden al ámbito de las relaciones con los consumidores de modo que no se tolera una posición meramente pasiva en el proceso, e imponen un deber de prevención y colaboración que también alcanza a la dinámica postcontractual y previa a la del litigio [del voto del Juez Hitters].

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 1 de abril de 2015, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores de Lázari, Genoud, Hitters, Kogan, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 117.760, "G. , A. C. contra 'Pasema S.A.' y otros. Daños y perjuicios".

ANTECEDENTES

La Sala I de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro confirmó el fallo de primera instancia que había rechazado en su momento la demanda de daños y

perjuicios promovida por la señora A. C.G. , en representación de sus hijos J. I. y L.F. , contra las sociedades "Pasema S.A.", "Arcos Dorados S.A." y "Mc Key Argentina S.A." (fs. 1656/1664 vta.).

Se interpuso, por el apoderado de la parte actora, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 1683/1692 vta.).

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázari dijo:

I. Las presentes actuaciones fueron iniciadas por la señora A. C.G. , en representación de sus hijos menores de edad J. I. y L.F. , con motivo de la supuesta intoxicación padecida por el consumo de los alimentos adquiridos en el local de la cadena de comidas rápidas "Mc Donald's", situado en la localidad de Escobar, explotado por la codemandada "Pasema S.A.". La demanda fue fundada en la responsabilidad civil contemplada en el art. 40 de la ley 24.240 y, con base en esta norma, también accionaron contra las firmas "Arcos Dorados S.A." y "Mc Key Argentina S.A." como intervinientes en la cadena de comercialización de tales productos (fs. 29/38).

II. En primera instancia, la pretensión indemnizatoria fue rechazada ante la falta de prueba de uno de los presupuestos fácticos de la responsabilidad por productos elaborados atribuida a las demandadas, a saber: la relación causal entre el consumo de los alimentos y los trastornos sufridos por los menores y atribuidos a los mismos (fs. 1565/1572).

Apelada esta sentencia por la accionante, la Cámara de Apelación interviniente la confirmó por considerar que, para que se vea comprometida la responsabilidad civil de un sujeto, es menester que exista conexión causal jurídicamente relevante entre el hecho de su autoría y el daño sufrido por quien pretende la reparación, requisito que juzgó no probado por la actora en la especie: la existencia de una bacteria contaminante en el producto alimenticio comprado en "Mc Donald's" (el contenido de una "Cajita Feliz") y las consecuencias dañosas sufridas por los hijos de la actora (fs. 1656/1664 vta.).

III. Contra este pronunciamiento se alza la actora mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, denunciando la violación de la doctrina legal de esta Corte, relativa a la valoración de la prueba, la errónea aplicación de la ley 24.240 y de la ley provincial 13.133 (fs. 1684 vta. y 1688/1691).

IV. Los agravios desarrollados por la recurrente se apoyan, básicamente, en el siguiente argumento: que encuadrados los hechos por el a quo en la normativa protectoria del consumidor (ley 24.240), no era exigible a su parte -a los fines de acreditar el mencionado presupuesto de la responsabilidad civil (la relación de causalidad adecuada)- demostrar la existencia de contaminación (la presencia de "Escherichia Coli") en la comida adquirida a la demandada, por tratarse de una prueba de imposible producción por causas imputables a las demandadas (fs. 1686/1689 vta.).

Al respecto, alegan cuatro razones:

1) que en virtud de la relación de consumo, el vendedor asume un deber tácito de seguridad de resultado, por lo que, siendo el factor de atribución de responsabilidad objetivo, existe una presunción en contra de las accionadas -acerca de la existencia de un vicio en el producto- por haber impedido probar los extremos esenciales para la resolución de la causa (fs. 1689 vta./1690);

2) que media una presunción de causalidad, con motivo del factor objetivo basado en el riesgo consagrado en el art. 40 de la ley 24.240 (fs. 1690);

3) que en el caso resulta aplicable la doctrina de las cargas probatorias dinámicas (fs. 1690 vta.) y

4) que en el régimen de protección del consumidor rige el principio interpretativo, según el cual, en caso de duda, debe estarse en favor de éste, por lo que corresponde a las demandadas probar la concurrencia de una causa extraña para liberarse de responsabilidad (fs. 1691/vta.).

V. Para juzgar la procedencia de tales argumentos, corresponde analizar los fundamentos brindados por el tribunal de grado en el fallo atacado.

1) Liminarmente la Cámara expuso que, de acuerdo con lo establecido por el art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial, cada parte tiene la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma que invocare como fundamento de su petición, aunque en el contexto de una relación de consumo la carga dinámica de la prueba adquiere vital trascendencia, pero ese dinamismo probatorio nunca puede "... traspasar el límite que impone el art. 18 de la Constitución Nacional, por lo cual mal podría exigirse el planteo por el propio demandado de puntos periciales que sepa le serían adversos". De ahí que el sentenciante luego sostuviera que "... sólo se puede requerir al demandado el máximo de colaboración para acreditar todo aquello que permita poner en evidencia la corrección de su proceder" (fs. 1658/1660 vta.).

2) Seguidamente, la alzada precisó que "antes" y "durante" el mes en que sucedió el hecho, en la fábrica que proveía de alimentos a los locales de "Mc Donald's", se realizaron numerosos controles y extracciones de muestras por el S.E.N.A.S.A., "fundamentalmente para descartar la presencia de Escherichia Coli 0157:H7" (fs. 1661).

Lo mismo sucedió con el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, "... quien tomó muestras de distintos productos, entre ellos de pollo y sus derivados, con fechas 24/8 y 28/8 (fs. 238/243, 990/996) con resultado negativo en cuanto a la existencia de bacterias patógenas, entre ellos Escherichia Coli 0157 (fs. 1025/1026). La Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con muestras extraídas el 18 de agosto de 2001, concluyó que se encuentran aptas para

consumo (fs. 817/818). Adúñese a lo expuesto los talones para consumo interno expedidos por el SENASA (fs. 150/159)" (fs. 1661).

"También se efectuaron numerosos controles en el local de Escobar donde supuestamente se ingirió la mercadería contaminada. El 29 de agosto de 2001 el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires tomó muestras de hamburguesa de carne vacuna cruda y cocidas, dando resultado negativo en cuanto a la existencia de bacterias patógenas, entre ellos Escherichia Coli 0157:H7 (fs. 73, 75, 81, 933, 1006, 1007)" (fs. 1667 vta.).

3) Además, el sentenciante tuvo en cuenta, expresamente, que: "Si bien es cierto que sólo se pudo efectuar el control sobre productos de carne vacuna, por haber retirado del establecimiento la empresa Mc Key S.A. los medallones de pollos y patitas de pollo (Mc Nuggets) ver fs. 75, 933, 935, 1023-, entiendo que ese proceder pudo obedecer a una decisión empresaria como consecuencia de lo ordenado en otra jurisdicción, con carácter preventivo, con fecha 28 de agosto de 2001 (ver fs. 973, 978 y 1023). Nótese inclusive que dichos productos fueron retirados en distintos establecimientos del país (ver fs. 74), por lo cual no lo aprecio como un actuar tendiente a obstruir el proceso" (el resaltado me pertenece, fs. cit.).

A ello añadió que: "Aunque no se haya podido efectuar un estudio sobre el alimento de pollo retirado del local de Escobar, de la actuación del Gobierno de la Ciudad surge que luego de un examen de laboratorio sobre el único proveedor de productos de pollo (Mc Key S.A.), se liberaron los lotes de dichos alimentos con fechas de producción 31 de julio, 5, 6, 13, 14 y 15 de agosto de 2001 (fs. 935, 937, 978). Es decir la autoridad nacional, declaró aptos para el consumo los preparados que aquella proveía a todos los locales de la accionada" (el resaltado me pertenece, fs. cit.).

A partir de estas consideraciones, el tribunal a quo infirió que en la época en que supuestamente fueron ingeridos los alimentos nocivos, la accionada y su fabricante fueron sometidos a un estricto control sanitario, sin que se hubiera detectado la existencia de la bacteria denunciada por la accionante. Es más, consideró que en función de la mentada "carga dinámica" las demandadas no se desentendieron de la producción de la prueba, sino que aportaron "elementos valiosos para descartar la responsabilidad que se les imputa" (fs. 1622 y vta.).

4) Más adelante, el juzgador también valoró la prueba médica y los resultados negativos con relación a la enfermedad padecida por J. I. F. (síndrome urémico hemolítico).

En particular, la Cámara tuvo en consideración el punto relativo a que la experta en su dictamen no pudo: "... arribar a una etiología de la patología que sufrió el menor J. I. F. con rigor científico, ya que no se aisló la cepa Escherichia Coli 0157:H7 y los coprocultivos durante la internación fueron negativos. Considera que con los elementos de autos resulta difícil establecer una relación causa-efecto" (fs. 1663).

VI. Para ingresar en el análisis sobre la procedencia del recurso, es necesario dejar sentado, desde el inicio, la plataforma jurídica sobre la que cabe subsumir las circunstancias del caso.

A) En primer lugar, cabe poner de resalto que la normativa específica relativa a las relaciones de consumo no constituye una mera regulación de determinado ámbito de las relaciones jurídicas, como tantas

otras. Es eso y mucho más. La preocupación del legislador -signada por la clarísima previsión del art. 42 de la Constitución nacional y la correlativa contenida en el art. 38 de la Constitución provincial- radica en obtener la efectividad en la protección del consumidor. El principio protectorio como norma fundante es cimiento que atraviesa todo el orden jurídico. El propio art. 1º de la ley 24.240, texto ley 26.361 así lo expresa terminantemente: "la presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario".

Este punto de partida es el marco dentro del cual corresponde asumir la problemática del consumo. Constituye una decisión de regulación especial de una parte de la economía que, -por mandato constitucional, se reitera-, apunta a favorecer el ejercicio pleno de los derechos de los más débiles, asumiendo que las fuerzas del mercado son infinitamente más poderosas que el consumidor aislado. Es un sistema, un paradigma intervencionista del Estado, con el objeto de corregir las consecuencias socioeconómicas negativas que la realidad demuestra fehacientemente. Sostiene al respecto Horacio Rosatti que la Constitución nacional ha preferido un modelo económico de intervención estatal, en el que partiendo del capitalismo como modelo de acumulación, el progreso económico basado en la productividad de la economía nacional debe conjugarse con la justicia social. El Estado ejerce una función correctora de las inequidades y redistributiva de los beneficios, poniendo límites a los presupuestos del sistema capitalista, aunque sin renunciar a él. La "libre iniciativa particular" es conjugada con las "necesidades de la comunidad"; la "libre competencia" es reconocida a partir de la "igualdad real de oportunidades", y la "propiedad privada" sufre restricciones jurídicas destinadas a posibilitar el acceso de los sectores más desprotegidos a los bienes primarios ("La relación de consumo y su vinculación con la eficaz protección de los derechos reconocidos por el art. 42 de la Constitución Nacional", en "Revista de Derecho privado y Comunitario", 2012-1, pág. 77 y sigtes.).

B) A una segunda pauta de apreciación resulta ineludible remitirse. Es la que proviene, por un lado, de lo dispuesto en el art. 3 de la ley en cuestión: "En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor". Y en coordinación con ella, complementándola, la que emerge del art. 65, en cuanto dispone su carácter de orden público.

La preeminencia del régimen tuitivo es manifiesta: de allí que ante cualquier colisión entre una norma o criterio de derecho común y otra que proteja a los consumidores, prevalecerá esta última, se trate de aspectos sustanciales o procesales, entre estos últimos lo relativo a la distribución de las cargas probatorias y las presunciones emergentes de la ley especial.

C) A renglón seguido, cabe detenerse en lo enunciado por el art. 5: "Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios". El derecho a la protección de la salud no sólo se asienta en los ya referidos textos constitucionales (arts. 42 de la Constitución nacional y 38 de la provincial) sino que también descansa en los tratados internacionales incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994 en el art. 75 inc. 22, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.1), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12),

Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 24 y 25), entre otros documentos, por los que se reconoce un derecho al más alto nivel posible de salud física y mental.

D) Arribamos ahora al sistema de responsabilidad pautado por el art. 40: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio".

Esta norma, en conjunción con el ya analizado art. 5 y su enclave en el art. 42 de la Constitución nacional, importa una obligación de seguridad de base constitucional. Ahora bien, la doctrina ha expresado que la referencia que se formula en el art. 5 a la utilización del producto en condiciones previsibles o normales de uso no significa que se prevea un "parámetro normal de diligencia", con lo cual se entraría en la órbita de los factores subjetivos de atribución, sino que se vincula más bien con el aspecto causal del fenómeno resarcitorio. Se quiere decir que el daño será indemnizable siempre que resulte de un uso previsible o normal del producto, y no lo será en cambio si es consecuencia del hecho de la víctima, que le ha dado un uso imprevisible o anormal (Mosset Iturraspe y Wajntraub, "Ley de defensa del consumidor", p. 78). Es decir que es el prestador quien debe probar que el servicio fue utilizado por el consumidor o usuario en condiciones no previsibles y anormales (culpa de la víctima) si pretende desligarse de la responsabilidad objetiva.

Como explica Gonzalo Sozzo ("El estado actual de la problemática de los riesgos derivados del consumo", en Revista de Derecho privado y comunitario, 2009-1, pág. 367 y sigtes.), se ha consolidado en la jurisprudencia el reconocimiento de la responsabilidad objetiva, solidaria y unificada de la cadena de proveedores de bienes y servicios, habiéndose puesto fin a las discusiones anteriormente existentes acerca de si el factor de atribución debía ser objetivo o subjetivo. Concluye que la idea de la responsabilidad objetiva se encuentra establecida en el art. 40, que acepta también la responsabilidad solidaria de la cadena de proveedores de bienes y servicios. Señala que a este respecto ha jugado un rol fundamental la recepción jurisprudencial de la constitucionalización del Derecho del Consumidor. Concluye en que el sistema de reparación de daños a consumidores es unitario, pues abandona la distinción contractual-extracontractual. El Derecho del Consumidor, valiéndose de normas de orden público, ha edificado una relación jurídica particular, que no es otra que la relación de consumo, cuya estructura se construye sobre el presupuesto de hecho que importa el consumo como fenómeno o acto social.

E) Veamos la vinculación entre el concepto de responsabilidad objetiva y la carga de la prueba. Como señalan Junyent Bas y del Cerro, podemos concluir que la caracterización de la responsabilidad por productos elaborados como un caso de responsabilidad objetiva conduce a la comprobación de que se ha configurado el daño resarcible mediando antijuridicidad, relación causal y factor de atribución. Y si el segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil elimina el factor subjetivo, el régimen consumeril va más allá. En efecto, la Ley de Defensa del Consumidor contiene una expresa norma procesal relativa a la carga de la prueba cuando prescribe en el último párrafo del art. 40 que "sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena". Concluyen que el consumidor se libera de la carga de probar la relación causal, que se presume, pudiendo sin embargo el fabricante o vendedor, demostrar la

ajenidad de la causa, con lo que estamos en presencia de una presunción iuris tantum ("Aspectos procesales en la ley de defensa del consumidor", LL 2010-C-1281).

F) Vayamos, por último, a exigencias procesales particulares que la Ley de Defensa del Consumidor ha establecido.

El derecho a la información reglado en el art. 4 de la ley 24.240 constituye la aplicación a las relaciones de consumo del principio de buena fe contenido en el art. 1198 del Código Civil. Explican Junyent Bas y del Cerro que ese deber de información se refleja en el marco procesal de los litigios consumeriles, desde que el art. 53, tercer párrafo, impone a los proveedores "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". De allí que en todo procedimiento en donde esté en juego una relación de consumo rige lo que se denomina en materia probatoria "cargas dinámicas". En esos términos, "corresponde al proveedor la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando todos los elementos que tenga en su poder. De nada sirven las negativas genéricas y/o particulares que muchas veces forman parte de la práctica tribunalicia, motivadas en el viejo aforismo de que quien alega debe probar. Por el contrario, estando de por medio una relación consumeril, el principio de las cargas dinámicas es llevado a su máxima expresión pues el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. En consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor" ("Aspectos procesales", cit. LL 2010-C-1281 y sigtes.).

VII. En el marco descripto precedentemente, entiendo que el recurso es procedente.

A) La recurrente ha desarrollado un argumento central para atacar la decisión del a quo: la inobservancia de la ley de defensa al consumidor en cuanto la misma prevé una carga probatoria dinámica (art. 53, última parte, ley 24.240).

Específicamente, ha relacionado tal carga dinámica de la prueba a la necesidad de que la demandada hubiese mantenido en su poder y a resguardo determinado material, sobre el que debería haberse realizado una prueba pericial que hubiese permitido acreditar extremos esenciales para la resolución de la causa.

El retiro o destrucción imputable a la demandada del producto sobre el que debería haberse analizado la presencia de la cepa *Escherichia Coli* 0157:H7 (nuggets de pollo) impidió el despliegue probatorio pretendido por la actora.

He de analizar en el estricto marco de la inobservancia de la ley alegada por la actora si el a quo realizó una interpretación ajustada a derecho o por el contrario con su interpretación ha vulnerado la protección legal.

No se discute que entre la actora y la demandada ha existido una relación de consumo de un producto alimenticio en particular (Mc. Nuggets). Así lo ha tenido por probado la instancia y luego la alzada. También existe plena coincidencia en que la ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240) es de aplicación concreta.

Este marco normativo se diferencia del marco general que otorga el Código Civil, al establecer un régimen específico de responsabilidad por daños especialmente previsto para la dinámica de las relaciones de consumo en una sociedad en la que la alta profesionalización de los fabricantes, distribuidores y distintas cadenas de comercialización es la marca distintiva. Así, a través de su art. 5, la ley establece una obligación de seguridad en sentido estricto a favor de la protección de la salud e integridad física del consumidor.

Es de público y notorio que, en organizaciones de alta eficiencia y optimización de recursos y ganancias, las "decisiones" que la organización toma no son aleatorias, ya que existe plena conciencia que cada una de dichas decisiones empresarias arrojan consecuencias institucionales o económicas. Es, precisamente, en este marco de alta profesionalización en el que se desenvuelve la demandada.

Éste es el plafón desde donde se impone analizar el cumplimiento de la ley por parte de la demandada. Ahora es conveniente abordar el desarrollo que efectuara la Cámara.

La sentencia (ver fs. 1662 vta., segundo párrafo) realiza consideraciones que corroboran la imposibilidad en la que se encontró la actora de desplegar una actividad probatoria que resultaba vital para la obtención de la verdad. Así, admite que no se han podido periciar los productos de pollo del tipo que consumieron los menores, por razones exclusivamente imputables a la demandada. Pero justifica este extremo de esta manera: "Si bien es cierto que sólo se pudo efectuar el control sobre productos de carne vacuna, por haber retirado del establecimiento la empresa Mc. Key S.A. los medallones de pollos y patitas de pollo (Mc. Nuggets) -ver fs. 75, 933, 935, 1023-, entiendo que ese proceder pudo obedecer a una decisión empresarial...".

Detengámonos en este pasaje de la sentencia en el que se aborda la cuestión de la sustracción del material que era indispensable tener a la mano para verificar si el mismo estaba contaminado. Está admitido en el propio fallo que ese retiro responde a una actitud de la propia parte demandada, la que es justificada -en forma conjetural-, en los siguientes términos: "ese proceder pudo obedecer a una decisión empresarial como consecuencia de lo ordenado en otra jurisdicción, con carácter preventivo, con fecha 28 de agosto de 2001 (ver fs. 973, 978 y 1023)" (fs. 1661 vta.).

Lo primero que salta a la vista es una complaciente hipótesis que no se referencia con las circunstancias fácticas que conformaron -principio de congruencia mediante- el marco de la litis. En efecto, en la demanda se afirmó que habiéndose formulado denuncia ante las autoridades sanitarias y habiendo estas últimas realizado una inspección en el establecimiento donde tuvo lugar el consumo, "los inspectores extrañamente no encontraron ningún alimento que contuviera pollo. Por arte de magia toda la carne de pollo había desaparecido" (fs. 30 vta.). Veamos la réplica de la demandada a esta concreta imputación: "39) Niego que del local de Mc Donalds Escobar hayan desaparecido todos los productos que contienen carne de pollo" (fs. 83 vta.). Éstas fueron las posiciones enfrentadas de las partes en lo que se refiere a la posibilidad de inspeccionar o no el material avícola. La sentencia coincidió en que ya no había pollo para verificar su estado, pero agregó de su propia cosecha que el retiro "pudo obedecer a una decisión empresarial". Contradijo la propia negativa de la demandada y articuló una excusa para nada invocada en el acto esencial de la defensa.

Dejemos de lado por un momento semejante alteración de los hechos conducentes que debían recibir adecuado respaldo probatorio (arts. 358 y 362, C.P.C.C.), y observemos ahora en su sustancia la imaginada razón del retiro del pollo ("pudo obedecer a una decisión empresaria como consecuencia de lo ordenado en otra jurisdicción, con carácter preventivo, con fecha 28 de agosto de 2001, ver fs. 973, 978 y 1023)". (fs. 1661 vta.). Acudiendo a esas latitudes del expediente, puede apreciarse que la primera de las remisiones (fs. 973) carece de toda relación con el pollo, pues se trató de un análisis sobre medallones de carne vacuna. La segunda (fs. 978), solamente ilustra que con fecha 12 de setiembre de 2001 se autorizó el levantamiento de la intervención y prohibición de comercialización respecto de lotes de hamburguesas de pollo con fechas de producción que van del 31/VII al 15/VIII de 2001. Esta decisión de la autoridad sanitaria importó dejar sin efecto la Disposición Conjunta 001/DGHYSA/DGCI/ DGDYPC/2001, mediante la cual con fecha 27 de agosto de 2001 (y no 28 de agosto como señala la sentencia) se dispuso intervenir y cesar la comercialización del producto alimenticio denominado "MC Pollo" (hamburguesa de pollo-precocido-congelado). De ella parece hacer desprender la sentencia la consecuencia de que el producto, en definitiva, era apto para el consumo. He aquí una nueva confusión, porque desde la demanda en adelante quedó entendido que los alimentos consumidos por los menores no fueron hamburguesas de pollo (Mc Pollo) sino patitas de pollo. Tan es así que la parte demandada, en su ofrecimiento probatorio, circunscribió su actividad exclusivamente a estas últimas (patitas de pollo denominadas Mc Nuggets; ver fs. 87). Con referencia, por último, a la constancia de fs. 1023, carece de relevancia pues contiene la información de la necesidad de realizar inspecciones en todos los locales Mc Donald's, en virtud de haberse detectado la presencia de la bacteria *Escherichia coli* en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires en productos comercializados por dicha firma. Lo único que no es desdeñable de este informe es la constancia de que los productos habrían sido retirados del mercado por la empresa elaboradora en todo el país.

Coincido con el a quo en que ello pudo obedecer a una decisión empresaria. De hecho fue una decisión. Si así lo fue la misma decididamente violenta el principio de la carga dinámica de la prueba establecido por la ley de defensa del consumidor y el deber de conducirse de acuerdo con el principio de la buena fe (art. 1198, Código Civil), vale decir, lealmente.

Al respecto, es dable recordar aquí el art. 53 de la ley 24.240 que establece: "... 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...".

Esta exigencia no se limita al restringido campo de los procesos administrativos relativos a cuestiones de consumo sino que trasciende al plano del proceso judicial, por lo que los magistrados deben receptor y controlar la aplicación de tal principio. Ello se encuentra en línea con la modificación introducida por la ley 26.361 al art. 53 de la ley 24.240, que refleja en el proceso judicial el deber de información del proveedor. De ello se colige que todo procedimiento en el que se encuentre en juego una relación de consumo importa la vigencia en materia probatoria de las "cargas dinámicas", principio que es llevado en estos casos a

su máxima expresión (conf. Junyent Bas, Francisco y Del Cerro, Candelaria, art. cit.; Berstein, Horacio, "El derecho-deber de información y la carga de la prueba en las infracciones a la ley de defensa del consumidor"; LL 2004-B, 100).

Siendo de aplicación la teoría de la carga dinámica de la prueba (art. 53, ley 24.240), es notorio que la empresa demandada, atento a su profesionalidad (arts. 902 y 909, Cód. Civil), es quien está en mejores condiciones para acreditar ciertos extremos. Debía al menos poner a disposición el material para posibilitar la actividad probatoria. Claramente la decisión empresaria de retirar del establecimiento el producto sobre el cual debería haberse realizado una prueba ineludible para probar uno de los extremos de la causa resulta contraria a lo establecido en la letra del art. 53 de la ley (art. 289, C.P.C.C.)

El concepto "carga dinámica de la prueba" o "prueba compartida" consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar elementos de juicio al juzgador, privilegiando la verdad objetiva sobre la formal para brindar la efectiva concreción de la justicia. Se trata de un concepto particularmente útil cuando los extremos son de muy difícil comprobación. Nada de esto puede interpretarse como la imposición de realizar una prueba a la demandada contra sus intereses. Nadie puede exigirle ello. Solo significa que como empresa que debe respetar la ley de defensa del consumidor -como toda otra ley-, debió con criterio prudente, facilitar que se efectuara la prueba requerida por la actora. Facilitar, simplemente con el resguardo del producto del tipo y origen que hipotéticamente pudiera haber causado el daño.

En nada altera esta violación a la ley el hecho de que otro producto de pollo, -no las patitas en cuestión- haya sido controlado en fábrica en diferentes fechas -tal como la sentencia del a quo resalta-, ni que se hayan efectuado controles sobre carne vacuna (jamás se alegó que hubieran consumido los menores carne de ese tipo), por tanto la prueba negativa sobre la existencia de la bacteria en esos productos poco interesa en el caso.

Lo cierto es que por imperio de la ley especial 24.240, el demandado que debió colaborar con la sustanciación de una prueba que resultaba vital para la obtención de la verdad del caso; esto es, mantener resguardado el producto y no, "haber retirado del establecimiento" el mismo, no lo hizo. Con su conducta ("decisión empresaria" en los términos del a quo) impidió definitivamente la realización de prueba trascendental para el caso.

Este dato esencial para la resolución de la causa fue desoído por la Cámara, lo que provoca el quebrantamiento del art. 53 de la ley 24.240 y con ello la descalificación de su conclusión (art. 279, C.P.C.C.).

Se trastoca de ese modo el plexo probatorio que el a quo debió tener en cuenta, ya que se ha impedido la realización de una prueba que hubiese sido determinante. Quien impidió con su actitud tal prueba, como lo indiqué, fue el demandado. Ello, en el contexto normativo de la ley del consumidor, genera una fuerte presunción desfavorable a sus intereses.

B) Despejada la cuestión relativa al incumplimiento de la carga probatoria por parte de la demandada, es necesario evaluar las conclusiones a las que arribara la alzada en torno a que los accionantes

no acreditaron el sustento fáctico de su pretensión, esto es la existencia de la bacteria contaminante en el producto vendido por la demandada y consumida por los menores, que hubiera lesionado a estos últimos.

La inobservancia del art. 53 de la ley 24.240, mediante la decisión empresaria de retirar el producto del tipo que consumieran los menores en la sucursal de la demandada, impidió precisamente que se desplegara cualquier tipo de actividad probatoria sobre dicho producto, ergo luego no resulta factible achacarle a la demandada inactividad probatoria a este respecto y menos aún que no lograra probar la existencia de Escherichia Coli en el producto.

Tal imposibilidad de prueba no se limita exclusivamente a la mera existencia de determinada bacteria en el producto sino que también afecta directamente la posibilidad de probar si la etiología de la patología sufrida por el menor pudo haber sido provocada por el consumo del producto en cuestión.

La ausencia de conclusiones asertivas en la pericia médica, tal como reseña el a quo, no empece a que de haberse producido prueba sobre el producto, ello pudiera haber aportado elementos que pudieran considerarse en la pericia pertinente. Ergo la conducta de la demandada afecta directa e indirectamente el plexo probatorio del caso.

C) La confluencia de todos estos factores, en el marco de los lineamientos jurídicos esbozados al comienzo, autoriza a concluir en el progreso del recurso. Si la protección del consumidor posee rango constitucional, si la responsabilidad es de tipo objetivo, si la eximición del proveedor o vendedor solamente tiene lugar cuando éste demuestra la ajenidad de la causa, si rige en plenitud el concepto de carga dinámica de la prueba y si toda reticencia en tal sentido constituirá pauta esencial que conduce a una presunción en su contra, tenemos en el caso una reprochable conducta omisiva de la demandada que sustrajo el material presuntamente contaminado impidiendo determinar su estado. La sentencia recurrida ha violado y/o erróneamente interpretado el plexo normativo reiteradamente expuesto, a saber: arts. 42 de la Constitución nacional, 38 de la provincial, 1, 3, 5, 40, 53 y 65 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Corresponde, en consecuencia, casar dicha sentencia determinando el progreso de la demanda, debiendo volver los autos a la instancia de origen a los fines de la debida cuantificación del daño, con arreglo al principio de la reparación integral. Costas de todas las instancias a las demandadas vencidas (art. 289, C.P.C.C.).

Voto por la afirmativa.

El señor Juez doctor Genoud, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lazzari, votó la cuestión planteada también por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

I.- Comparto la solución propuesta por el distinguido colega que abre el acuerdo.

1. En autos se encuentra fuera de discusión la adquisición por parte del accionante de un producto elaborado, en el marco de una típica relación de consumo (arts. 42, Constitución nacional; 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 1, 2 y concordantes de la ley 24.240).

La pretensión reposa en la invocación de ciertos daños a la salud (síndrome urémico hemolítico) por intoxicación de los menores (consumidores finales del producto) que la actora imputa causalmente a la ingesta del alimento con el cual se habrían contaminado.

2. Pues bien, a simple vista emerge la complejidad del caso, desde el vértice de la necesaria acreditación del nexo de causalidad adecuada, como uno de los requisitos indispensables para que nazca el deber de indemnizar.

Sabido es que para establecer la causa de un daño es necesario formular un juicio de probabilidad, determinando que aquél se halla en conexión causal con el acto u omisión al que se imputa su generación, de modo que el efecto dañoso sea el que debe resultar normalmente, según el orden natural y ordinario de las cosas, de dicha acción u omisión (art. 901 del Cód. Civil). Esta tarea remite, ineludiblemente, a la apreciación del material probatorio, y consecuentemente el umbral de ingreso a tales cuestiones por parte del Tribunal está dado por el absurdo, vicio que requiere la constatación de un desarreglo en la base del pensamiento, una falla palmaria del raciocinio, es decir, un error extremo (conf. C. 105.398, sent. del 14-IX-2011).

El tribunal a quo, conforme lo ha explicado con detalle el ponente, achacó a la accionante un déficit probatorio a ese respecto, lo que condujo a la decisión desestimatoria que agravia a la recurrente.

No obstante, considero, al igual que mi colega el doctor de Lázzari, que la Cámara ha incurrido en absurdo en tal interpretación de la plataforma fáctica del caso y ha vulnerado el estatuto especial aplicable al sub discussio.

En efecto, y como ya adelanté, el talón de Aquiles de esta controversia transita por dilucidar la existencia de conexión causal entre el daño a la salud de los menores, y la ingesta del producto en cuestión ("nuggets de pollo").

A tal determinación concurren diversas normas específicas de la materia: encorsetado como quedó el caso en el contexto de una relación de consumo, son de aplicación a dicha vinculación las reglas especiales de la ley 24.240 de defensa del consumidor. En particular, reparo en lo normado por su art. 5 en cuanto estatuye una verdadera obligación de seguridad, que ha sido calificada por la doctrina como un deber de resultado o fines. En tal sentido, dispone el aludido texto que "las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios".

Si, como acabo de expresar, este deber del proveedor se enmarca en el catálogo de las obligaciones de resultado, forzoso es concluir que basta al acreedor con demostrar su inejecución para que amanezca el deber de indemnizar del sindicado como responsable. En tal sentido, se ha explicado que "si en la obligación de resultado el deudor afianza el logro del interés final pretendido por el acreedor, bastará a este último demostrar la inobtención del mismo -es decir el mero incumplimiento material o estructural de la obligatio asumida- para que, al igual que en cualquier hipótesis de responsabilidad objetiva, emerja una presunción de adecuación causal contra el deudor" (Agoglia, María M.; Boragina, Juan C.; Meza, Jorge A., "Responsabilidad por incumplimiento contractual", Hammurabi, 1993, p. 232). Con relación al tópico, explica

Gabriel Stiglitz que "tanto en la esfera de la teoría del riesgo creado como en el ámbito de las obligaciones de seguridad o garantía, al operar los sistemas consiguientes como verdaderas presunciones de responsabilidad, impiden al agente encontrar la exoneración de responsabilidad, acreditando algún extremo obstativo que sea inherente al propio factor atributivo como presupuesto del deber de resarcir ... únicamente se podrá salvar la responsabilidad civil del sujeto ante la intervención de circunstancias externas, que interfieran en el nexo entre acción y daño" ("Daños y perjuicios", La Rocca, 1987, p. 38).

Ahora bien, no me pasa inadvertido que el esquema de responsabilidad descripto y diseñado a partir del juego armónico de los arts. 5 y 40 de la ley 24.240 (este último, establece la responsabilidad objetiva y solidaria de todos los intervinientes en la "cadena de comercialización") requiere para su puesta en marcha de un mínimo de acreditación sin el cual la imputación causal, aún atendiendo a razones de justicia, podría tornar en arbitraria.

En este aspecto encuentro útiles las reflexiones de Alterini, cuando puntualizó que "la primera investigación en tema de causalidad debe estar enderezada a establecer si un hecho dado, es o no, materialmente, causa del resultado, esto es si tuvo en sí mismo la aptitud para desencadenar la consecuencia final; sólo a posteriori podrá precisarse si es jurídicamente atribuible al sujeto sindicado como deudor de a obligación de reparar. Para esta imputación jurídica -prosigue- es menester retrotraerse al momento de producción del hecho generador (prognosis o pronóstico póstumo), y determinar a partir de entonces cuál o cuáles de las consecuencias que constituyen saldo final eran en ese momento previsibles para cualquier agente". Y concluye que "configurados -claro está- la ilicitud objetiva y el daño, ello basta para imputar el deber de reparar los daños en relación causal jurídicamente relevante, cuando dicho deber no descansa sobre la idea de culpabilidad" ("Responsabilidad civil. Límites a la reparación civil", Abeledo Perrot, 1979, p. 161).

Por mi parte, he sostenido al emitir mi voto en la causa C. 106.086 ("Romero", sent. del 19-XII-2012) que a tenor de lo normado por el art. 901 del Código Civil, para establecer la existencia de la relación de causalidad entre una conducta y el daño cuya reparación se persigue debe comprobarse, en primer lugar, si un hecho dado es materialmente causa del resultado, esto es, si tuvo en sí mismo la aptitud de desencadenar la consecuencia final; a posteriori deberá precisarse si esa consecuencia es jurídicamente atribuible al sujeto sindicado como deudor de la obligación de reparar. Es en este segundo estadio del análisis donde el intérprete enfrenta la necesidad de establecer el juicio de probabilidad de lo acaecido a la luz de "lo que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas" (conf. art. 901 del Código Civil), patrón de previsibilidad que permitirá deslindar los límites de las consecuencias atribuibles al obrar humano (art. 901 y siguientes del Código Civil) de aquellas otras que caen en la órbita del caso fortuito o la fuerza mayor (art. 514 del Código Civil).

3. Expresado cuanto antecede, y haciendo pie en las especiales coyunturas del caso, tengo para mí que el accionante ha logrado demostrar un conjunto de circunstancias graves, precisas y concordantes que permiten tener por configurado aquel primer estadio de la conexión causal que pone en funcionamiento el dispositivo normado en el art. 40 de la ley 24.240, trasladando la carga de la demostración de las aludidas

circunstancias obstativas a los demandados, en tren de desembarazarse de la responsabilidad que se les endilga. Esto es, la ruptura del nexo causal presupuesto por la norma. Así, la cercanía temporal entre la comprobada adquisición del producto en el establecimiento demandado, con los síntomas padecidos por los menores y su posterior internación -también acreditados en la especie-; la comprobación sobre la existencia de muestras positivas en productos contaminados con la bacteria Escherichia Coli que, aún cuando detectadas en locales diversos al que concurrieron los menores, fueron suministradas por idéntico proveedor de tales productos alimenticios (en todos los casos, la demandada Mc Key S.A.). Añádase a ello que el retiro del mercado de la totalidad de los productos, ni bien se tuvo noticia acerca de la presunta contaminación, si bien puede obedecer a una "decisión empresarial" tendiente a la prevención de futuros daños, no fue acompañada de la consiguiente conservación de las muestras, frente a una previsible reclamación del particular afectado.

Son todas ellas circunstancias que me llevan al convencimiento de la existencia de absurdo en la valoración de la prueba (arts. 289 y 163 inc. 5 del C.P.C.C.).

4. De tal suerte, y encontrándose acreditado los presupuestos que hacen nacer el deber de indemnizar en cabeza de los demandados, conforme la normativa específica aplicable al caso (arts. 5 y 40 de la ley 24.240), la decisión recurrida, en cuanto rechazó la demanda por no haber acreditado los extremos señalados, ha incurrido en absurdo valorativo e infringido el plexo normativo antes señalado.

Con ese piso de marcha, he de analizar las defensas opuestas por los accionados, que no han sido postuladas en esta sede atento al resultado victorioso de sus pretensiones. En esa faena, y a partir de la compulsa de la prueba producida en autos tendiente a desembarazarse de la imputación que formula la norma aplicable al caso (art. 40 de la ley 24.240), no advierto que los accionados hayan logrado demostrar la ruptura del nexo causal, o en términos de la propia normativa, "que la causa del daño le ha sido ajena".

Añádase a ello que, como bien señala el sufragio que abre este acuerdo, la conducta adoptada por los demandados no se ha ajustado a los deberes de colaboración (y me refiero tanto procesales, como extraprocesales previos al litigio, tendientes a preservar los elementos que permitan dilucidar los extremos debatidos en la especie) que impone el estatuto aplicable (arts. 53 de la ley 24.240; 1198 del Código Civil).

Y es que la satisfacción del interés contractual o extracontractual del consumidor de bienes y servicios no se agota con el cumplimiento de la prestación principal (en el caso, el suministro de alimentos, en buen estado), existe una post eficacia obligacional que trasciende aquel momento y que exige -en el marco del moderno derecho empresarial- una conducta diligente del proveedor, que finca en una posición más humanitaria del mercado (ver, por todos, Alegría, Héctor, "Humanismo y derecho de los negocios", LL ejemplar del 25-VIII-2004). Sirva como fundamento de tal afirmación, la irrupción en los modelos de organización empresarial del concepto de Responsabilidad Social Empresaria (BSR o CSR por sus siglas en inglés), y que se traduce en la asunción directa y voluntaria por parte de la empresa de las consecuencias del impacto social y medioambiental derivadas de su actividad (motorizado por políticas tales como las denominadas "Estrategias de Lisboa" de la Comunidad Económica Europea -ver Horst Köhler, Anfbal; Cavaco, Silvia; Janez Drnovsek, "Europa: de los retos a las oportunidades", El País, opinión, 21-III-2007).

Sobre la recepción normativa de tales principios, se ha advertido que "En agosto de 2003, la Subcomisión para la promoción y protección de los DDHH aprobó las 'Normas sobre las responsabilidades de las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales con relación a los derechos humanos'. Se reconoce en ese documento que aunque los Estados tienen la responsabilidad primaria de promover, asegurar, respetar los derechos humanos, las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales, como órganos de la sociedad, y dentro de sus respectivas esferas de influencia también son responsables de promover y asegurar los DDHH de la Declaración Universal de DDHH. Y esto por cuanto las empresas internacionales tienen la capacidad de proveer al bienestar económico (desarrollo, avance tecnológico y riqueza) tanto como la capacidad de causar impactos dañinos en los derechos humanos y las vidas de individuos a través del conjunto de sus prácticas y operaciones comerciales (políticas de empleo, políticas ambientales, relación con proveedores y consumidores, interacción con gobiernos, etc.)" (Aráoz, Liliana M., "Responsabilidad social empresaria", LL Sup. Act., 23-V-2013, 1). Desde otro vértice, la Organización Internacional de Normalización -ISO-, ha aprobado la Norma ISO 26.000, entre cuyas materias fundamentales se encuentra precisamente la consideración, en las actividades y decisiones de la empresa a los asuntos de los consumidores.

Se trata de conceptos propios de las ciencias de la administración que desde hace ya algún tiempo son seriamente adoptados por el Derecho (Morales Saldaña, Hugo I., "Responsabilidad Social de las Empresas", Revista Latinoamericana de Derecho Social, UNAM, México, núm. 1, julio-diciembre de 2005, pp. 149 y ss.; Jasminoy, Héctor, "Responsabilidad social de las empresas ante la pobreza", LNL 2002-17-1108; Meznarit, Francisco, "Riesgos del trabajo y responsabilidad social empresaria", RDLSS 2006-1-14). Desde ya que tales postulados trascienden también al ámbito del asesoramiento profesional del abogado de empresa (Molinelli, Guillermo N., "La ética profesional y el abogado interno de empresa", LL 1990-C-1160; Sanchez Cannavó, Sebastián L., "El estándar de conducta de los administradores societarios: 'el buen hombre de negocios' desde la perspectiva empresarial", "Jurisprudencia Argentina", 2006-III-886).

La empresa, bajo esta nueva concepción, deja de interesarse tan sólo por lo que ocurre puertas adentro de su estructura y asume un programa de actuación no ya orientado únicamente al beneficio de sus propios inversores, sino abarcativo de los intereses de los denominados stakeholders, es decir, todo aquel individuo o grupo que puede afectar o ser afectado por el logro de los objetivos de la empresa, que obviamente incluye en su catálogo al consumidor como sujeto preferente.

Estos deberes empresariales, de cuya vigencia ya se ha encargado de resaltar la doctrina en relación a la materia ambiental (ver Kemelmajer de Carlucci, Aída R., "Estado de la Jurisprudencia nacional en el ámbito del daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente [LGA]". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. También, Morello, Augusto M., "Recreación de la ética colectiva desde las perspectivas del juez y el abogado", ED 154- 1029), trascienden también al ámbito de las relaciones con los consumidores (Araldi, Liliana; Baigorria, Mariana; Tambussi, Carlos, "La responsabilidad social empresaria y los derechos del consumidor", LL 2014-A, 527), no toleran

una posición meramente pasiva en el proceso, e imponen un deber de prevención y colaboración que también alcanza a la dinámica postcontractual y previa a la del litigio.

Se trata, según se ha señalado, de un "aprendizaje dinámico que se refleja no sólo en inversiones en calidad, en el desarrollo de los productos y en la eficiencia de los procesos; sino que comprenda el tratamiento general de las relaciones comprendidas en la actividad empresaria tanto con los empleados, los proveedores, los consumidores, como con la sociedad y el medio ambiente en conjunto" (Farré Calvo, Verónica P., "La Responsabilidad Social Empresaria en las PyMES", LL 2014-A, 596).

Advierto, pues, y como lo puntualiza el colega que abre el acuerdo, que las demandadas no han adoptado en el caso los recaudos que imponía la gravedad de los hechos de cuyo acaecimiento tomaran temprana noticia. En el caso, la conservación de las muestras que hubieran permitido la averiguación exacta del origen del daño.

II.- En consecuencia, y de acuerdo con lo que sostiene el juez del primer voto, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario en tratamiento y revocar la decisión recurrida, disponiéndose el reenvío de la causa a la instancia de origen a fin de que proceda a la cuantificación de los daños, con costas (arts. 68 y 289 del C.P.C.C.).

Voto por la afirmativa.

La señora Jueza doctora Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votó la cuestión planteada también por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, se revoca la sentencia impugnada y, en consecuencia, se remiten las presentes actuaciones a la instancia de origen a fin de que se determine la cuantificación del daño reclamado. Las costas de todas las instancias se imponen a los demandados vencidos (arts. 68, 274 y 289, C.P.C.C.).

Regístrese y notifíquese.

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

CARLOS ENRIQUE CAMPS – Secretario-

C) DEBER DE INFORMACIÓN.

1. GRATUIDAD.

Causa “Asociación Civil de Usuarios Bancarios c/ AMX Argentina S.A. s/Materia a categorizar”

C. 111.569, sent. del 30-X-2013

CUESTIÓN PLANTEADA:

En esta ocasión el Supremo Tribunal de la Provincia pone de relieve el deber de información que recae sobre los prestadores de servicios, subrayando que la mentada obligación debe ser brindada -conforme lo exige la ley 24.240- siempre en forma gratuita.

RESEÑA DEL CASO:

En el precedente que seguidamente se expone se discutió la modificación contractual anunciada por la empresa accionada consistente en la imposición de un costo de servicio final por la impresión y remisión de la facturación periódica a sus clientes de telefonía móvil.

Las instancias inferiores declararon ilegal la aludida modificación.

La Corte confirmó lo allí decidido, haciendo hincapié en que no basta con que la gratuidad de la información se verifique en algunos casos o en ciertas oportunidades, sino que debe verificarse siempre.

DOCTRINA:

- El art. 4 de la ley 24.240 establece, en lo pertinente, que "...La información debe ser siempre gratuita para el consumidor...". En otras palabras, para la ley no basta que la gratuidad de la información se verifique en algunos casos o en ciertas oportunidades, sino

"siempre", sin distinguir entre los diversos medios por los que la prestataria del servicio canalice el cumplimiento de la manda legal [del voto del Juez Soria].

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 30 de octubre de 2013, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Soria, Kogan, Hitters, Genoud, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 111.569, "Asociación Civil de Usuarios Bancarios contra AMX Argentina S.A. Materia a categorizar".

ANTECEDENTES

La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata confirmó el pronunciamiento de origen que había hecho lugar a la acción promovida en autos (v. fs. 193/201 y 235/249).

Se interpuso, por la demandada, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 256/264 vta.).

Oído el señor Subprocurador General (fs. 307/310 vta.), dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

I. El señor juez de primera instancia hizo lugar a la acción deducida, declarando en consecuencia ilegal la modificación contractual anunciada por la empresa accionada en el Diario La Capital de Mar del

Plata el día 8 de abril de 2009, consistente en la imposición, a partir del día 8 de junio del mismo año, de un costo de servicio final por la impresión y remisión de la facturación periódica a sus clientes de telefonía móvil (fs. 193/201).

II. Apelado este pronunciamiento por la accionada, la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial departamental lo confirmó (fs. 235/249).

Para así decidir, en lo que aquí interesa destacar, el tribunal a quo sostuvo que "... [n]o resulta menester en aquélla ni en esta instancia verificar la gratuidad del uso de internet para consultar una facturación, o de las gestiones que en tal sentido se pueden realizar en un centro de atención al cliente, ni la posibilidad de conocer el saldo del caso a través de un número telefónico, puesto que ello importaría prescindir de la verdadera situación fáctico-jurídica a dirimir en autos. La ratio del decisorio de grado [...] pasó por establecer que la imposición de un cargo afecta el derecho constitucional a contar con información clara y gratuita, durante todo el cumplimiento del contrato, a cargo de la empresa demandada..." (fs. 245).

Seguidamente, con cita de doctrina autoral, expuso que el deber empresario de informar a la clientela en forma gratuita establecido en el art. 4 de la ley 24.240 no es sino el correlato del derecho a la información reconocido a los consumidores por el art. 42 de la Constitución nacional, en resguardo de sus derechos tanto patrimoniales como personales. De allí que la redacción actual de la ley establece que la información "debe ser siempre gratuita", "... ya que numerosos conflictos de consumo, como el sub-lite, reconocen como causa los intentos de los proveedores de cobrar la información por ley debida a los consumidores y usuarios..." (fs. 245 vta./246). "... Lo expuesto da suficiente fundamento a la violación de las previsiones individualizadas en el decisorio atacado..." (fs. 246 cit.).

En adición, descartó los agravios contra la parcela del fallo de origen que concluyó que el cobro por envío de facturación impresa encubría un aumento, bajo la excusa del factor ambiental, con la finalidad de mantener el precio más bajo del mercado. En este sentido, precisó que "*más allá de la expresa negativa que se formula en la pieza en tratamiento, muy difícil resulta arribar a otra conclusión cuando expresamente se ha reconocido que 'el plan cuenta segura por el servicio de impresión y el envío de la factura han hecho que se haga deficitario este plan para el prestador'*" (v. fs. 246 y vta.).

III. Contra esta decisión se alza la firma accionada mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que denuncia que el pronunciamiento impugnado vulnera su derecho de propiedad así como el de comerciar libremente, ambos garantizados por los arts. 14 y 17 de la Constitución nacional. Aduce también la errónea aplicación del art. 4 de la ley 24.240 -texto según ley 26.361- (fs. 256/264 vta.).

Arguye la recurrente que yerra la alzada al estimar que el pretendido cobro por el envío de facturación impresa conforma una violación al deber de informar establecido en el citado art. 4 de la ley 24.240, dejando a la vez de reconocer los diversos medios alternativos ofrecidos por AMX mediante los cuales el cliente puede acceder gratuitamente a la respectiva información, a saber: a través de la página web de la empresa, de un llamado telefónico al *611, de un mensaje de texto, del envío de un correo electrónico o

acercándose personalmente a alguno de los 55 centros comerciales de atención al público distribuidos en todo el país (fs. 258 y vta.).

Colige también un exceso del sentenciante en la interpretación del citado precepto que -asevera- no establece por qué medio debe el proveedor suministrar al cliente aquella información (fs. 259). En este sentido, enfatiza que la normativa de aplicación, en particular el art. 4 de la ley 24.240 y el Reglamento General de Clientes -Resolución de la Secretaría de Comunicaciones 490/97-, establecen el alcance del deber de información, pero no imponen al prestador la forma y/o modalidad para su cumplimiento (fs. 264).

Por fin, tras aludir a las especiales características del servicio de telefonía móvil, ligándolas al inexorable avance mundial de la tecnología en materia de telecomunicaciones y avizorando un futuro de prevalencia de los medios electrónicos por sobre los soportes tradicionales de información como el papel (fs. 260/261), puntualiza que los referidos medios alternativos gratuitos posibilitan un acceso permanente e irrestricto por parte de sus clientes a la información de facturación. De allí que los mismos cumplen adecuadamente con el ventilado deber de información previsto en el art. 4 de la ley 24.240. Sobre tal base, asevera que soslayar la consideración y eficacia de tales medios alternativos por considerarlos una cuestión "inatinerante" -tal fue la ponderación del a quo- importa un error de juzgamiento en el que se confunden los conceptos de "deber de información" con "medios de información" (fs. 262/263 vta.).

IV. La impugnación no puede prosperar.

Según emerge de lo reseñado, la Cámara juzgó que el cobro de un cargo extra por la remisión de las facturas en papel vulnera el derecho de los clientes a acceder, en forma gratuita, a la información concerniente al servicio de telefonía móvil contratado en una típica relación de consumo (conf. arts. 42, Const. nacional y 4, ley 24.240).

Conforme lo advierte el señor Subprocurador General en su dictamen (fs. 307 vta./309), la línea principal del embate contrapuesto se ciñe a la representación de diversos medios alternativos a la facturación en papel con que contarían los clientes para acceder en forma gratuita, permanente e irrestricta, a la respectiva información, circunstancia que vendría a abastecer -según se aduce- la reseñada manda informativa.

Ahora bien, el art. 4 de la ley 24.240 establece, en lo pertinente, que "... *La información debe ser siempre gratuita para el consumidor...*". En otras palabras, para la ley no basta que la gratuidad de la información se verifique en algunos casos o en ciertas oportunidades, sino "siempre".

Diversamente, la exégesis propuesta por la impugnante postula que dicho deber queda abastecido con la puesta a disposición de los consumidores de algún medio gratuito, pudiendo el proveedor arancelar o cobrar la provisión de otros medios portadores de información similar o equivalente. Esta interpretación, según se ve, no se hace cargo de la redacción del citado precepto en cuanto -reitero- impone que tal información debe ser "siempre" gratuita para el consumidor, sin distinguir entre los diversos medios por los que la empresa canaliza el cumplimiento de la manda legal.

En este contexto, pierden relevancia las quejas ensayadas con base en la distinción entre el "deber de información" y los "medios de información" y la proclamada gratuidad y eficiencia de los restantes medios ofrecidos por la empresa a sus usuarios.

De otra parte, la recurrente deja sin réplica alguna los fundamentos desarrollados por la Cámara - compartiendo lo decidido por el señor juez de primera instancia- sobre el aumento encubierto que -a juicio del a quo- trasluce el costo extra impuesto por la demandada al "plan cuenta segura" -v. fs. 246 y vta.- (art. 279 su doct. del C.P.C.C.).

Consecuentemente, corresponde rechazar el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto, en la medida en que la protesta se circunscribe a contraponer una diferencia de criterio con el sostenido por la alzada, sin lograr demostrar el yerro normativo que denuncia. En efecto, quien afirma que la sentencia viola determinados preceptos del derecho vigente, anticipa una premisa cuya demostración debe luego llevar a cabo de modo cabal y mediante una crítica frontal razonada y seria de la totalidad de los fundamentos del fallo (conf. causas C. 101.210, sent. de 12-XI-2009; C. 98.765, sent. de 1-IV-2009), no resultando suficiente al efecto la mera exposición de un criterio interpretativo distinto al del juzgador (C. 97.907. sent. de 18-II-2009). La frustración de esta exigencia provoca la insuficiencia del intento revisor (conf. causas C. 96.918, sent. de 25-II-2009; C. 109.317, sent. de 19-XII-2012).

V. Por lo expuesto, en concordancia con la solución desestimatoria propiciada por el señor Subprocurador General, voto por la negativa. Con costas a la recurrente vencida (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Voto por la negativa.

Los señores jueces doctores Kogan, Hitters y Genoud, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron también por la negativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General (fs. 307/310 vta.), se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto. Con costas a la recurrente vencida (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

El depósito previo de \$ 2.500, efectuado a fs. 274, queda perdido (art. 294, C.P.C.C.), debiendo el tribunal dar cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la resolución 425/2002 (texto resol. 870/2002).

Notifíquese y devuélvase.

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

CARLOS ENRIQUE CAMPS – Secretario-

2. VERACIDAD.

Causa “Lucero, Osvaldo Walter s/Amparo”

C. 102.100, sent. del 17-IX-2008

CUESTIÓN PLANTEADA:

En el precedente que se describe seguidamente se aborda la problemática vinculada con el derecho a una información adecuada y veraz como contracara del deber de información que paralelamente se coloca en cabeza de los empresarios.

RESEÑA DEL CASO:

El actor inició una acción de amparo colectiva tendiente a que las estaciones de servicio de la ciudad de Junín se abstuvieran de seguir cobrando al consumidor y al usuario, por carga de combustible, una suma adicional en concepto de “servicio de playa”.

La sentencia de primera instancia -luego confirmada por la alzada- hizo lugar a la pretensión promovida, ordenando a los demandados que se abstuvieran o cesaran de percibir el aludido importe adicional.

La Suprema Corte de la Provincia confirmó la decisión, advirtiendo que si bien un aumento de los precios de los combustibles por parte de las empresas privadas que explotaban independientemente estaciones de servicio no importaba de por sí un obrar ilegítimo, lo cierto era que se evidenciaba la vulneración del derecho a la información del consumidor con la colocación artificial de este “plus” por un servicio inescindible del producto adquirido, como un capítulo independiente y no adicionado al precio final.

DOCTRINA:

- Nos encontramos en un ámbito en el que resulta razonable flexibilizar las reglas de las cargas probatorias, tornándolas dinámicas, permitiendo así a la judicatura adjudicar el peso de la ausencia de colaboración contra la parte que poseyendo los medios para formar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos, se conforma con una pasiva negativa en los términos del art. 354 del Código Procesal Civil y Comercial [del voto del Juez Hitters].
- Constituye una infracción a la normativa destinada a la salvaguarda del derecho a la información al consumidor el cobro de un "plus" por un servicio inescindible del producto adquirido, como un capítulo independiente y no adicionado al precio final [del voto del Juez Hitters].
- La claridad y transparencia en la determinación del monto final a abonar por litro de combustible resulta un valor primordial en nuestro ordenamiento, destinado a garantizar la

adecuada información del cliente al momento de ingresar en una estación de servicio, sobre un aspecto primordial del negocio a celebrarse [del voto del Juez Hitters].

- Uno de los elementos esenciales sobre los que debe recaer la información a la que alude la ley 24.240 es el precio, aspecto fundamental de cualquier transacción mercantil y que goza de una tutela específica relativa al modo en que debe ser publicitado [del voto del Juez Hitters).

- La información exigida por la ley 24.240 debe tener aptitud para colocar al contratante en una situación de discernimiento en el aspecto técnico ventilado en el negocio. En tal sentido, la información debe cubrir la etapa genética y funcional ya que es cumplimiento del deber de buena fe la prestación de servicios informativos permanentes y actualizados. Además, debe estar relacionada con la complejidad del negocio y la educación del receptor, en cuanto a su extensión y exhaustividad [del voto del Juez Hitters].

- Una de las prerrogativas fundamentales reconocidas a los particulares en el ámbito de las relaciones de consumo (contracara del deber que paralelamente se coloca en cabeza de los empresarios), es el derecho a una información adecuada y veraz (arts. 42 de la Constitución nacional y 38 de la Constitución provincial), es decir, a ser nutrido de elementos ciertos y objetivos, detallados, eficaces y suficientes sobre las características esenciales del producto respectivo (art. 4 de la ley 24.240). Se trata de una herramienta basilar del sistema protectorio de marras, justificada en la desigualdad material que caracteriza a los partícipes de las relaciones de consumo [del voto del Juez Hitters].

TEXTO IN EXTENSO:

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 17 de septiembre de 2008, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Hitters, Negri, Kogan, Genoud, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 102.100, "Lucero, Osvaldo Walter. Amparo".

ANTECEDENTES

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Junín confirmó la decisión de primera instancia que hiciera lugar al amparo promovido por Osvaldo Walter Lucero (v. fs. 330 y vta.).

Se interpuso, por la parte demandada, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTION

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACION

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

I. En el caso de autos el actor dedujo una acción de amparo tendiente a que las estaciones de servicio de la ciudad de Junín, Provincia de Buenos Aires, detalladas en el escrito de inicio (v. fs. 25 y vta.), se abstengan de seguir cobrando al consumidor y al usuario, por carga de combustible, la suma de quince centavos (\$ 0,15), con más el I.V.A., por litro en concepto de "servicio de playa" (v. fs. 25/32).

El Juez en lo Correccional hizo lugar a la pretensión promovida, y ordenó a los demandados que se abstengan o cesen, según corresponda, de percibir el adicional de quince centavos (\$ 0,15) por litro de combustible denominado "servicio de playa" (v. fs. 290/297 vta.).

II. Apelación mediante de los accionados (v. fs. 305/313 vta.), la Cámara en lo Penal departamental confirmó el fallo.

Para así decidir dijo que tanto del escrito de contestación de demanda como de la pieza apelatoria se desprende, sin hesitación alguna, que los expendedores aluden a una cuestión de altos costos y nula rentabilidad, es decir, como los costos de la actividad son elevados y las cuentas literalmente no cierran, no tienen otra salida que el cobro de ese adicional de quince centavos (\$ 0,15) por litro de combustible denominado "servicio de playa" (v. fs. 326 vta.).

Agregó que es público y notorio que desde la presentación del amparo (9 de mayo de 2007) hasta la fecha, el precio de los combustibles que se venden en las estaciones de servicio, propiedad de los demandados, ha tenido un aumento que oscila entre el 10% y 13%, por lo que el argumento esgrimido durante todo el proceso por el recurrente deja de tener sustento si lo que se pretendía, en definitiva, era un aumento en

el precio de los combustibles que les permitiera a sus representados tener mayor rentabilidad y capacidad para afrontar los costos de la actividad, ello en la práctica se ha producido.

Sumó a ello que carece de sustento el argumento acerca de la absoluta libertad de precios que existe para el sector involucrado, toda vez que si fuese efectivamente así, no se explica el "plus" en concepto de "servicio de playa" (verdadero aumento de los combustibles en palabras del propio apelante), ya que directamente podrían haber dispuesto un incremento en el precio de los mismos sin necesidad de recurrir a ese mecanismo. Avalando lo dicho, expresó, basta recordar que la "semana pasada" (fundamentalmente los días 30 y 31 de julio de 2007) en los distintos medios periodísticos nacionales, provinciales y locales (léase prensa escrita, radial o televisiva), se hizo especial referencia a que las empresas petroleras -con excepción de Shell- estarían intentando corregir los valores de los combustibles incrementados durante el transcurso del mes de julio para adecuarlos a los precios de referencia que fueran fijados el 30 de junio de 2007 e informados a la Secretaría de Energía de la Nación (v. fs. 327 y vta.).

Para finalizar señaló que en el marco de la complejidad fáctica y técnica del tema en debate que involucra el análisis de intrincadas cuestiones financieras, económicas, sociales, laborales, contables, impositivas, políticas, etc., que si bien los márgenes de utilidad en la actividad que desarrollan los demandados, según sostienen, pueden ser exiguos, ello no permite la utilización de mecanismos como el cuestionado en autos, ya que los combustibles líquidos en juego constituyen insumos necesarios para una importante masa de la economía general del país y evidente resulta que la aplicación del "plus" -que se agregaría a los aumentos que ya se han producido- podría traer aparejada una alteración altamente perjudicial en la cadena de comercialización, que redundaría en un perjuicio directo sobre los sectores que cuentan con menos posibilidades de reacción frente a esa circunstancia. Por lo que en ese marco es prudente recordar, sostuvo, que el riesgo es uno de los elementos naturales de una empresa que hace al mundo de los negocios y que la participación en los beneficios y pérdidas está ínsita en todo emprendimiento comercial (v. fs. 328 y vta.).

III. Este decisorio es impugnado mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por el apoderado de las estaciones de servicio demandadas. Denuncia la aplicación errónea y violación de los arts. 14 de la Constitución nacional; 9 del decreto 1212/1989 y 2 inc. a) y 3 de la ley 20.680 (v. fs. 337).

Aduce que las normas citadas por el fallo, por su generalidad, no le otorgan adecuado sustento, el que gira alrededor de la inexistencia de la libertad para fijar el precio de los combustibles. Dice que si bien los arts. 42 de la Constitución nacional y 38 de su par provincial garantizan la protección de los intereses económicos de los consumidores, exhiben atingencia con la materia debatida en autos, la solitaria cita de esos preceptos constitucionales no brindan fundamento suficiente (v. fs. cit. vta.).

Ello -añade- porque el art. 14 de la Carta Magna reconoce la libertad de comercio, que comprende el derecho del comerciante de fijar el precio de los productos que comercializa, y aunque este derecho es reglamentable está ausente las citas de las normas que los restringirían. De allí que se ignoró el contenido del art. 9 del decreto 1212/1989, ratificado por la ley 24.145, que, textualmente, dispone: "Libertad de precios.

Finalizado el período de transición los precios del petróleo serán libremente pactados. También quedarán liberados los precios de todos los productos derivados del petróleo en todas sus etapas"; normativa que no hace más que reafirmar la libertad de comercio ya citada. El desarrollo de la Cámara, para desatender lo dicho, no es de derecho y, por tanto, inidóneo para desplazar la normativa vigente (v. fs. 338/vta.).

De ese derecho para la fijación de los precios, surge la facultad para adicionarle un plus que perciben por separado, que han denominado "servicio de playa". Insiste en que, legalmente, las estaciones de servicio están autorizadas a implementarlo (v. fs. 339 y vta.).

Agrega que más allá de que los combustibles constituyen insumos básicos, y que ese plus apareje una alteración altamente perjudicial en la cadena de comercialización, que redundaría en perjuicio de los consumidores, los jueces no están facultados a incursionar en tales cuestiones. Así es que el art. 2 inc. a) de la ley 20.680, concede al Poder Ejecutivo nacional la atribución de establecer precios máximos y/o márgenes de utilidad y/o disponer la congelación, potestad que el art. 3 extiende a los gobernadores de provincia en sus respectivas jurisdicciones (v. fs. 340).

En definitiva, conforme lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el control de legalidad administrativa y de constitucionalidad que compete a los jueces en el ejercicio del poder jurisdiccional, no los faculta para sustituir a la Administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad (Fallos 308:2246), y mucho menos, por cierto, en la fijación o aprobación de precios (Fallos 323:1825), sin perjuicio del control de legalidad (v. fs. cit. y vta.).

No obsta a lo dicho, los incrementos en el precio del orden del 10% al 13% registrados en los últimos meses, habida cuenta de la libertad en su fijación.

Peticiona, luego, que se aborde el tratamiento de las cuestiones juzgadas en primera instancia, descartadas por la alzada, sobre la observancia de la obligación de informar veraz y adecuadamente a los consumidores (v. fs. 341).

A dicho respecto señala que la obligación impuesta a los empresarios -sobre los precios de los combustibles- es informar al Estado (conf. resol. 1104/2004), y no a los consumidores, además de no existir prueba que acredite la inobservancia a dicha disposición. Tampoco, por las razones que esgrime a fs. 341 vta./342, el tema es subsumible en los arts. 4 y 7 de la ley 24.240.

En cambio, dice, la resolución conjunta 90/1999 y 191/1999 de la Secretaría de Energía y de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, tiene vinculación con la información relativa a los precios, al regular su exhibición y publicidad. Al no existir, en el libelo de inicio, la afirmación de violación a tal preceptiva, el juez de primera instancia infracciona el deber de congruencia, que lesiona el derecho de defensa en juicio de su parte (arts. 34 inc. 4 y 163 inc. 6, C.P.C.C. y 18 de la Constitución nacional; v. fs. 342 vta.).

Por último, afirma que no media encubrimiento o engaño en la fijación del adicional por "servicio de playa"; el mismo está determinado en forma precisa; existe información suministrada en los carteles (incluso a través de medios masivos de difusión) y el mismo responde a costos por la colocación del combustible en el tanque del vehículo que carga (v. fs. 343 y vta.).

IV. El recurso no puede prosperar.

1) Debo comenzar señalando con precisión el objeto y causa de la pretensión instaurada, a los fines que el contenido y efectos de la decisión que propongo sean adecuadamente entendidos.

La presente acción de amparo colectiva fue promovida por un consumidor de combustibles líquidos, en ejercicio de la legitimación grupal reconocida por el art. 43 de la Constitución nacional, con el objeto de solicitar la cesación por parte de las empresas demandadas del cobro del adicional por "servicio de playa" de quince centavos (\$ 0,15) por litro vendido.

La causa de la pretensión (elementos conducentes de hecho alegados y encuadre de la ratio petendi) instaurada puede sintetizarse en dos fundamentos principales:

1.1) la pretendida violación de la ley de abastecimiento 20.680 y de defensa de la competencia 25.156, bajo la afirmación de que "los combustibles tienen precio máximo en la Argentina".

Se recordó en este sentido que el art. 4 inc. a) de la ley de abastecimiento pena a quienes elevaren artificial o injustificadamente los precios en forma que no responde proporcionalmente a los aumentos de los costos u obtuvieren ganancias abusivas, entendiéndose que las accionadas habían incurrido en dicha conducta ilícita al llevar adelante un aumento encubierto del valor de venta de los combustibles.

1.2) Aunque sin la claridad que quizás hubiera sido adecuada a la calidad de acción deducida, cabe agregar que no es ajena al escrito de inicio la presentación de una situación de engaño en torno a la publicidad del precio final por parte de las empresas.

En tal sentido, a fs. 31 alegó el consumidor que las empresas no aumentaron el precio del combustible directamente en el surtidor sino que apelaron "al cartelito sobre el surtidor", como -agregó- se muestra en la tapa del diario "La Verdad" que acompañó (v. fs. 16).

2) Esta última precisión resulta relevante para determinar el encuadre del debate y las posibilidades sentenciales a la luz del principio de congruencia (arts. 34 inc. 4 y 163 inc. 6, C.P.C.C.; 18, Const. nac.), que las legitimadas pasivas han denunciado como violado tanto al recurrir la sentencia de primera instancia (fs. 311), como en la pieza ahora abordada (fs. 342 vta.).

La tesis de las accionadas parte de sostener que la presente acción sólo está destinada a impedir el aumento de precios y no a hacer cesar la falta de transparencia en la publicidad de aquéllos.

Como lo adelanté, dicha postura carece de asidero ya que, pese a que el escrito inicial no cuenta con un desarrollo adecuado a la calidad de los intereses tutelados, ha permitido a los demandados conocer la causa de la pretensión incoada y defenderse de los planteos dirigidos en su contra.

3) Formulada esta necesaria observación preliminar, cabe ingresar en el fondo del debate traído a esta sede, que puede sintetizarse con estos dos interrogantes: a) ¿resulta una conducta manifiestamente ilegítima o arbitraria la concretada por los estacioneros al aumentar el precio de los combustibles que venden al público? y b) en caso negativo, ¿se han infringido de dicho modo ostensible las reglas que protegen al consumidor respecto de la publicidad y transparencia en el trato comercial?

Analizaré estos temas separadamente.

3.1) Ninguna duda cabe que la utilización del recurso denominado "servicio de playa" por parte de las empresas expendedoras de combustible, no es ni más ni menos que un aumento del precio del producto que venden.

a) Cualquier esfuerzo en demostrar tan obvia afirmación se tornaría innecesario, ya que incluso las mismas accionadas lo han reconocido abiertamente en reiteradas oportunidades en el sub lite (v. fs. 307 vta., 311 vta. y 373). Se trata, en definitiva, de un hecho no controvertido (arts. 354 inc. 1 y 358, C.P.C.C.): el rubro "servicio de playa" es parte de lo que las legitimadas pasivas cobran por vender combustible y no tiene necesaria e inmediata relación con los costos de la prestación efectivamente desarrollada por sus empleados al costado de los surtidores. Al igual que los distintos componentes del precio final de cualquier prestación onerosa, el rubro aquí cuestionado tiende -junto con los restantes que percibe la empresa- a cubrir los costes generales del emprendimiento y asegurarle un margen de rentabilidad.

La postura defensiva no se basa, por ende, en desconocer que lo que se hace con el "plus" cuestionado es aumentar la contraprestación dineraria requerida por su producto. El centro de su estrategia recae en afirmar que nada ilícito hay en dicha actitud.

En síntesis, el argumento se basa en la cláusula del libre comercio (art. 14, Const. nac.) que -entre otras prerrogativas- permite a quienes ofrecen productos o prestan servicios en el mercado determinar el precio de los mismos, respetando la tutela igualmente reconocida por la Carta Magna a sus consumidores (art. 42).

b) Debo señalar que en este punto la tesitura del quejoso tiene asidero, dado que no ha quedado demostrado en el sub lite que un aumento de precios en los combustibles por parte de empresas privadas que explotan independientemente estaciones de servicio, importe de por sí un obrar que con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta conculque un derecho reconocido en la ley o en la Constitución (arts. 43, Const. nac.; 20, Const. prov.), única hipótesis en la que la acción incoada podría tener andamiaje.

He tenido oportunidad de expresar que para que la vía del amparo tenga andamio el comportamiento arbitrario o ilegítimo debe presentarse de manera visible, manifiesta; es decir, en forma clara, patente, indudable, inequívoca, notoria, ostensible, para no hacer de este sendero un vademécum que solucione todos los problemas, subsumiendo las vías procesales en sólo una, cuando la Constitución y las leyes marcan distintos derroteros. El amparo es una herramienta útil, pero no para cualquier situación (conf. B. 64.981, sent. del 23-II-2005; B. 64.866, sent. del 15-VIII-2007).

No basta, por consiguiente, que el proceder o la inactividad denunciada entrañe la restricción de alguna libertad constitucional. Se requiere, además, que carezca del mínimo respaldo normativo tolerable (B. 65.096, sent. del 23-II-2005; B. 64.866, sent. del 15-VIII-2007), ya que la exteriorización que no revista esa indiscutible patencia y que en todo caso pueda resultar meramente opinable excluye el carácter manifiesto de la arbitrariedad o ilegalidad y por ende la viabilidad del amparo lo cual implica que aquellos vicios tienen que aparecer visibles al examen jurídico más superficial. De modo que la nota fundamental de este instituto no está dada propiamente por la inexistencia de discusión en torno al derecho invocado por el impetrante, sino

por la indiscutibilidad de la pretensión enjuiciada (conf. Ac. 75.817, sent. del 11-IX-2002; Ac. 75.631, sent. del 21-V-2003; Ac. 86.720, sent. del 22-IX-2004).

El marco normativo pertinente no permite afirmar que un aumento de precios por parte de las demandadas implique ipso facto una infracción legal de semejante entidad como para tornar procedente esta garantía procesal constitucional de excepción.

El art. 9 del decreto 1212/1989 dispone, en lo que aquí interesa: "Libertad de precios. Finalizado el período de transición los precios del petróleo serán libremente pactados. También quedarán liberados los precios de todos los productos derivados del petróleo en todas sus etapas".

Cabe poner de relieve que no ha sido incorporado a esta litis el análisis de aspectos económicos y regulatorios del sector, ajenos a dicha regla general.

c) Tampoco ha sido materia de alegación concreta ni prueba en el sub lite (más allá de alguna aislada cita normativa colocada en la demanda), la problemática vinculada con las normas destinadas a proteger la libre competencia y evitar la cartelización, los abusos de posición dominante, etc. (ley 25.156 y concs.), por lo que resulta ajeno al abordaje del caso verificar si en la decisión de aplicar el aumento cuestionado se presenta una hipótesis de alteración de dichas reglas de transparencia en el mercado.

d) Igualmente, en lo atinente a la aplicación de la ley 20.680 (de desabastecimiento), cabe recordar que la acción deducida pretendió en este punto demostrar que el incremento "encubierto" bajo el rótulo "servicio de playa" "no responde a los aumentos de costos y genera ganancias extraordinarias" a las estaciones de servicio (fs. 28).

La demostración de los presupuestos de hecho aludidos no ha sido concretada en el sub discussio, resultando -por otra parte- materia que requiere mayor debate y prueba que la que autoriza el limitado marco cognoscitivo del proceso en trámite, como expuse anteriormente (arts. 43, Const. nac.; 20, Const. prov.; 321 inc. 1, C.P.C.C.).

3.2) Lo dicho, sin embargo, no conlleva al acogimiento del embate, ni por ende a la revocación del decisorio atacado, sino que -por el contrario- he de postular su confirmación, por los fundamentos que siguen.

Como fuera anticipado, la adecuada solución de la litis demanda analizar el punto relativo a la infracción de las normas protectorias del consumidor, aspecto sobre el cual considero que la crítica del quejoso carece de asidero.

a) Sabido es que una de las prerrogativas fundamentales reconocidas a los particulares en el ámbito de las relaciones de consumo (contracara del deber que paralelamente se coloca en cabeza de los empresarios), es el derecho a una información adecuada y veraz (arts. 42 de la Constitución nacional; 38, Const. prov.) es decir, a ser nutrido de elementos ciertos y objetivos, detallados, eficaces y suficientes sobre las características esenciales del producto respectivo (art. 4 de la ley 24.240). Se trata de una herramienta basilar del sistema protectorio de marras, justificada en la desigualdad material que caracteriza a los partícipes de las relaciones de consumo (doct. C.S.N., "Fallos" 321:3345).

Ha señalado esta Corte que la información exigida por ese marco normativo debe tener aptitud para colocar al cocontratante en una situación de discernimiento en el aspecto técnico ventilado en el negocio. En tal sentido, la información debe cubrir la etapa genética y funcional ya que es cumplimiento del deber de buena fe la prestación de servicios informativos permanentes y actualizados. Además, debe estar relacionada con la complejidad del negocio y la educación del receptor, en cuanto a su extensión y exhaustividad (conf. causa B. 65.834, res. del 7-III-2007).

La adecuación y suficiencia de los medios de información -cabe agregar, en línea con lo resuelto en el precedente recién citado- se vinculan inexorablemente con su instrumentación en tiempo oportuno y mediante mecanismos comprobables y efectivos.

b) No caben dudas de que uno de los elementos esenciales sobre los que debe recaer dicha información, es el precio, aspecto fundamental de cualquier transacción mercantil y que goza de una tutela específica relativa al modo en que debe ser publicitado.

Así, el art. 2 de la resolución 7/2002, dictada por la ex Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor (reformada por Res. 2/2005 de la Secretaría de Coordinación Técnica) dispone con carácter general que quienes ofrezcan bienes muebles o servicios a consumidores finales deberán indicar su precio expresado en moneda de curso legal y forzoso en la República Argentina. El mismo deberá ser el de contado en dinero efectivo y corresponderá al importe total que deba abonar el consumidor final" (el subrayado me pertenece)().

Especialmente, en lo que hace a la comercialización de hidrocarburos, el art. 18 de la resolución 7/2002 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor (incorporando el texto de la derogada Res. de la Secretaría de Industria y Comercio 149/1998) dispone que: "Quienes comercialicen directamente a consumidores finales combustibles para vehículos autopropulsados, deberán exhibir sus precios por litro [...]. La información mencionada deberá ser exhibida durante la totalidad del horario de atención en forma tal que desde las calzadas de cada uno de sus accesos resulte claramente visible, de modo que permita al consumidor ejercer la opción de ingreso al lugar de expendio" (énfasis agregado).

Y, con más detenimiento, la resolución conjunta de la Secretaría de Energía y Secretaría de Industria, Comercio y Minería 90/1999 y 191/1999, reglamentó dicho modo de exhibición y publicidad de precios, precisando diversos elementos de visualización (ubicación, dimensión y luminosidad de los carteles en los que se expone el importe por litro) que favorecen la eficaz aprehensión por parte del cliente de las sumas que abonará por el combustible. Incluso impone un tamaño mínimo para los números referidos al tipo de producto y al precio por litro y exige una razonable relación de tamaño en la tipografía aplicada a uno u otro rubro.

Nótese entonces que la claridad y transparencia en la determinación del monto final a abonar por litro de combustible resulta un valor primordial en nuestro ordenamiento, destinado a garantizar la adecuada información del cliente al momento de ingresar en una estación de servicio, sobre un aspecto primordial del negocio a celebrarse (arts. 42, Constitución nacional; 38, Const. prov.; 4, ley 24.240).

c) Es aquí donde puede advertirse patentemente (arts. 43, Const. nac.; 20, Const. prov.) la infracción normativa que conlleva la conducta de las demandadas: colocar un "plus" al precio por unidad del combustible expendido sin cumplimentar las exigencias apuntadas. Recaudos que, en definitiva, imponen simplemente el deber de indicar de modo claro y dando cumplimiento a precisas normas de estilo, cuánto es el monto final a abonar por litro.

Los elementos aportados por el accionante (v. fs. 16), de los que surge el modo en que se avisa al cliente que ya ha ingresado al área de surtidores que se la ha de cobrar un extra por servicio de playa (un pequeño cartel sobre dicho dispositivo mecánico), no han sido desvirtuados por el quejoso.

Es de recordar en este sentido que nos hallamos en un ámbito al que resulta razonable aplicar los principios que permiten flexibilizar las reglas de las cargas probatorias (art. 375, C.P.C.C.), tornándolas dinámicas, permitiendo así a la judicatura adjudicar el peso de la ausencia de colaboración contra la parte que poseyendo los medios para formar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos, se conforma con una pasiva negativa en los términos del art. 354 del Código Procesal Civil y Comercial (arg. Ac. 76.417, sent. del 30-IV-2003; Morello, A. M., "*La prueba. Tendencias modernas*", Platense, págs. 58-59; Stiglitz, G. - Solsona, G., "Un caso de aplicación de la ley 24.240 en la defensa de los usuarios de servicios públicos domiciliarios", en "*La Ley Buenos Aires*", 1998-445, esp. ap. II.1; Peyrano, Jorge W., "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas", en "*La Ley*", 1991-1034; *íd.* "Apostillas procesales sobre la ley de defensa del consumidor", "Jurisprudencia Argentina", 1994-IV-765), actitud que en el sub iudice puede imputarse a las accionadas respecto de los hechos referidos.

En definitiva, se advierte por parte de las accionadas una infracción de la citada normativa sustancial, destinada a la salvaguarda del derecho a la información al consumidor. Dicha vulneración se concreta con la colocación artificial de este "plus" por un servicio inescindible del producto adquirido(), como un capítulo independiente y no adicionado al precio final por litro publicado y exhibido de conformidad con las exigencias legales referidas en este apartado.

4) Sintetizando lo hasta aquí expuesto, cabe señalar que: a) si bien del proceso de amparo tramitado no surge en modo manifiesto que las empresas demandadas estén inhibidas de aumentar el precio del combustible; b) sí aparece ostensible la vulneración de las normas protectorias del consumidor, en lo que hace a la información, publicidad y exhibición de los precios por unidad de venta (arts. 42, Const. nac.; 28, Const. prov.; 4, ley 24.240; 2 y 18, Res. 7/2002 de la Sec. de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor; 1, Res. conj. Secretaría de Energía y Secretaría de Industria, Comercio y Minería 90/1999 y 191/1999).

V. Por lo que se impone confirmar sustancialmente, por estos fundamentos, la sentencia que hizo lugar a la pretensión deducida, condenando a las accionadas a hacer cesar el cobro del plus por "servicio de playa" en los términos en que ha sido aplicado por aquéllas en su tracto comercial, de acuerdo con lo expuesto en este sufragio.

Costas a los recurrentes, sustancialmente vencidos en esta instancia (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Así lo voto.

Los señores jueces doctores Negri, Kogan y Genoud, por mismos los fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votaron en el mismo sentido.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto; con costas (art. 289, C.P.C.C.).

El depósito previo de \$ 2500, efectuado a fs. 351, queda perdido para el recurrente (art. 294, C.P.C.C.), debiendo el tribunal dar cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la Resolución 425/2002 (texto Resol. 870/2002).

Notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HÉCTOR NEGRI

HILDA KOHAN

ADOLFO BRAVO ALMONACID –Secretario-

D) TRATO DIGNO. NO DISCRIMINACIÓN.

Causa “Machinandiarena Hernández, Nicolás c/Telefónica de Argentina S.A. s/ Reclamo de actos de particulares”

C. 109.005, sent. del 6-XI-2012

CUESTIÓN PLANTEADA:

En este pronunciamiento se desarrollan conceptos vinculados a las condiciones de atención y trato digno que merece todo consumidor en su carácter de persona, exigencia

que debe estar presente tanto en las tratativas previas como en la etapa post negociada, es decir, durante toda la vida del contrato.

RESEÑA DEL CASO:

El accionante –en su carácter de titular de una línea de telefonía móvil- demandó a la empresa “Telefónica Argentina” por no haber podido ingresar al local comercial de “Movistar” dada la ausencia de rampa para discapacitados y haber sido atendido en la entrada del inmueble.

El magistrado de origen hizo lugar a la demanda, condenando a la accionada a resarcir el daño moral reclamado, con más la multa civil. La Cámara falló en igual sentido.

El Supremo Tribunal provincial, destacando los deberes impuestos por el art. 42 de la Constitución nacional y el art. 8 bis de la ley 24.240, confirmó la decisión.

DOCTRINA:

- La violación de los deberes impuestos por los arts. 42 de la Constitución nacional y 8 bis de la ley de defensa del consumidor, se refieren a comportamientos vinculados a la relación de consumo, esto es, a las tratativas previas a la constitución del vínculo, a los comportamientos que la oferente desarrolla para crear la situación en la que realiza la prestación, y a las conductas poscontractuales; y toda vez que la exigencia de condiciones de atención y trato digno apunta a la situación subjetiva, al respeto del consumidor como persona que no puede ser sometida a menosprecio o desconsideraciones, resulta lógico que frente a su violación se originen no sólo la infracción de la ley 24.240, sino también la de otras normas previstas en leyes especiales: tal el caso del trato discriminatorio y lo regulado por la ley 23.592 [del voto del Juez Genoud].

- De la comisión de un hecho ilícito, en el caso el acto discriminatorio, pueden originarse diferentes consecuencias o efectos jurídicos, más aún cuando los reclamos no son incompatibles entre sí (doct. arts. 499, 896, 1066 y cons., Código Civil; 1, 3, 8 bis, 52 bis, ley 24.240) [del voto del Juez Genoud].

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 6 de noviembre de 2012, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Genoud, Soria, Hitters, Negri, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 109.005, "Machinandiarena Hernández, Nicolás contra Telefónica de Argentina S.A. Reclamo contra actos de particulares".

ANTECEDENTES

La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata confirmó el fallo de primera instancia que hiciera lugar a la demanda de daños y perjuicios (fs. 221/242).

Se interpuso, por la parte demandada, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 248/273).

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. El señor Nicolás Machinandiarena Hernández promovió demanda de daños y perjuicios contra Telefónica Móviles Argentina S.A., en los términos de la ley de defensa del consumidor (arts. 52, 53 y concs., ley 24.240, modif. ley 26.361; fs. 18/37).

En el escrito de inicio el actor expuso que es titular de una línea de teléfono móvil de la empresa demandada y que usa una silla de ruedas para desplazarse a causa de la incapacidad física que padece.

También relató que el viernes 17 de mayo de 2008, en horas del mediodía, concurrió al local de Movistar ubicado en la esquina de la calle La Rioja y la avenida Colón de la ciudad de Mar del Plata, con el

objeto de efectuar reclamos varios por el servicio prestado por la demandada y que al arribar a la entrada del comercio constató que para poder acceder al lugar de atención al cliente, solamente había una escalera de seis escalones, sin rampa para discapacitados, por lo que se vio en la necesidad de solicitar ayuda al personal de seguridad de la empresa. Luego de esperar quince minutos en un día de muy baja temperatura, fue atendido por una empleada quien le manifestó que no podían brindarle la asistencia requerida porque "el seguro no los cubría si les pasaba algo" subiéndolo por la escalera. Ante tal estado de cosas, la misma le dijo que podían recibirle el reclamo en la vereda, a lo cual el actor se negó y pidió ser atendido como cualquier persona dentro de la oficina, solicitando que se hablara con algún supervisor a fin de resolver el problema. Al cabo de otros quince minutos volvió la misma empleada respondiéndole que tampoco el personal directo podía colaborar a que accediera al edificio, por lo cual, finalmente, fue atendido en la entrada del local.

Con base en tales hechos, especialmente por la atención recibida a la intemperie, la ausencia de rampa y la negativa a ayudarlo (v. fs. 18 vta.), configurando ello -a su entender- un trato indigno (fs. 27), solicitó la aplicación de la multa civil contemplada en el art. 52 bis de la ley 24.240 (modif. ley 26.361) y la reparación del daño moral sufrido con fundamento en el estatuto normativo de defensa del consumidor y de los discapacitados (fs. 20 vta./35 vta.).

II. En primera instancia, la acción fue admitida condenándose a la accionada a resarcir el daño moral reclamado con más la multa civil (fs. 130/140).

Apelada esta decisión por la demandada, la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata confirmó el fallo (fs. 221/242).

Para así resolver, en lo que atañe a la valoración de la prueba respecto de la existencia del hecho denunciado en la demanda, la alzada juzgó que si bien ninguno de los testigos afirmaron haber estado presente en el momento en que se le negó el acceso al actor al local comercial de la demandada, lo cierto es que fueron todos contestes en manifestar que determinado día del mes de mayo del 2008 vieron al señor Nicolás Machinandiarena Hernández en frente o en la entrada del local de Movistar (fs. 223 vta.).

A partir de ello, teniendo en cuenta que el accionante era cliente de la demandada y que a los pocos días efectuó un reclamo administrativo ante la oficina de Defensa del Consumidor, el tribunal concluyó que el hecho había sucedido (fs. 224/vta.).

Luego, con relación a la falta de rampa de acceso -circunstancia reconocida por la accionada- entendió que la situación de no poder acceder al local constituía por sí misma no sólo una clara omisión de cumplimiento de la normativa vigente sino que también implicaba un acto discriminatorio capaz de provocar una dolencia íntima en la persona que debía ser reparada (fs. 225 y ss.).

De este modo, en cuanto a la reparación del daño moral peticionado, señaló que si bien existía una relación contractual entre las partes de telefonía celular y que se la podría encuadrar en la llamada "relación de consumo", el acto discriminatorio era ajeno a ella, siendo la indemnización del menoscabo ocasionado de "corte legal", en razón de lo establecido por el art. 1 de la ley 23.592 (fs. 237). Además, ponderando las

pautas analizadas por el juez de primera instancia, estimó justo y equitativo el monto por él determinado (fs. 238 vta.).

En cuanto a la multa civil, valoró tanto su finalidad de prevenir ciertos daños y punir graves inconductas, como el único requisito exigido por la ley (art. 52 bis, ley 24.240, modif. ley 26.361), es decir, el incumplimiento de una obligación legal o contractual por parte del proveedor, por lo que recogiendo el criterio sentado por la doctrina de los autores según el cual el daño punitivo sólo procede en supuestos de particular gravedad como puede ser el de abuso de la posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave de derechos individuales o de incidencia colectiva, consideró aplicable la multa civil fijada por el juez de origen por no haberle proporcionado al actor el trato digno que exige el art. 8 bis de la ley 24.240 (modif. ley 26.361; fs. 238 vta./240 vta.).

III. La apoderada de la demandada Telefónica Móviles Argentina S.A. se alza contra este pronunciamiento mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido a fs. 248/273, en el que denuncia violación de los arts. 34 inc. 4, 163 incs. 5 y 6, 272, 375 y 384 del Código Procesal Civil y Comercial; 16, 17, 18, 28 y 33 de la Constitución nacional; de la doctrina legal de esta Corte que invoca, así como los supuestos de absurdo y arbitrariedad. Hace reserva de caso federal.

En síntesis, alega la vulneración del principio de congruencia y la errónea valoración de la prueba en lo que concierne a la existencia del hecho -el acto discriminatorio- sobre el que fue planteada la pretensión entablada en autos (fs. 254/268).

Al respecto sostiene que el fallo atacado ha alterado los términos de la litis, afectando la garantía del debido proceso, pues, a su modo de ver, no se tuvo en cuenta los graves hechos expuestos en el escrito liminar ni el principio establecido por el art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial en cuanto a la carga probatoria (fs. 254/255).

Afirma que la sentencia misma reconoce que el actor no probó el haber intentado ingresar al local. Tampoco se acreditó que el personal de seguridad se lo hubiera impedido y que una empleada lo haya atendido en la vereda, por lo que alega que el hecho discriminatorio denunciado en la demanda no existió (fs. 255 vta.). Destaca -más adelante- que el único extremo demostrado fue la presencia del actor en la esquina del local de Movistar, aunque no se acreditó en qué día sucedió el hecho (fs. 257/258). Al respecto, controvierte la valoración de la prueba de presunciones ante la inexistencia de indicios (fs. 258/263).

Arguye, por otra parte, que la falta de rampa puede dar lugar a verificaciones o sanciones administrativas pero en sí no configura un acto discriminatorio que tenga que ser indemnizado (fs. 255).

Dice que la sentencia escinde la discriminación alegada en la demanda, considerando discriminatorio un hecho abstracto: la ausencia de rampa (fs. 263 vta./265).

Observa que en la sentencia se ha omitido verificar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil: el requisito de daño y la relación de causalidad, por lo que el fallo constituye una decisión dogmática por carecer de una fundamentación razonable (fs. 265/268).

Finalmente cuestiona la procedencia del daño moral y la multa civil. En cuanto al primero alega que el actor no ha demostrado menoscabo alguno sufrido en su persona o patrimonio y que la suma fijada por este concepto resulta arbitraria e injustificada. Respecto del daño punitivo refiere que no se ha acreditado que el señor Machinandiarena hubiese pretendido ingresar al local, por lo que no existe acto discriminatorio. También aduce que la alzada al considerar el otro perjuicio -el moral- entendió que el mismo no tiene su fuente en la relación contractual, pero al discurrir sobre este daño lo hace con basamento en la relación de consumo de índole convencional (fs. 268/272 vta.).

IV. El recurso no prospera.

a) He considerado antes que el principio de congruencia constituye un principio derivado del sistema dispositivo y consiste en la exigencia de que medie identidad entre los sujetos, objeto y hechos de una pretensión principal o incidental y la decisión judicial que la dirime (conf. causa C. 95.843, sent. del 18-XI-2008). De ahí entonces que los órganos jurisdiccionales deban resolver las causas teniendo en cuenta los términos en que quedó articulada la relación procesal. Se trata del análisis y juzgamiento de aquellos puntos que constituyen la estructura de la traba de la litis, la plataforma misma del caso, conformando el esquema fáctico y jurídico (en relación a este último sin perjuicio del iuria novit curia) al que se debe atender para la solución del litigio (conf. causas C. 94.841, sent. del 20-VIII-2008; C. 99.766, sent. del 28-X-2009).

Ahora bien, como es sabido, los agravios relativos a la infracción del mentado principio, por estar vinculados con la interpretación de los escritos presentados en el proceso, deben ser planteados por vía del absurdo (conf. causas C. 94.841, sent. del 20-VIII-2008; C. 99.766, sent. del 28-X-2009; C. 95.723, sent. del 15-IX-2010).

En el sub lite no advierto la presencia del mentado vicio lógico, pese a la denuncia formulada por el recurrente con relación a la interpretación del escrito de demanda y en cuanto a las pruebas producidas en la causa (fs. 254 vta./263), ya que el mismo no se configura sino ante la presencia de un error grave y manifiesto que conduzca a conclusiones contradictorias o incongruentes, o incompatibles con las circunstancias objetivas de la causa (art. 384, C.P.C.C.; C. 95.848, sent. del 25-III-2009), pues, no cualquier disentiendo autoriza a tener por acreditado el absurdo, ni tampoco puede este Tribunal sustituir con su propio criterio al de los jueces de mérito, aún cuando la postura del sentenciante pueda ser calificada de objetable, discutible o poco convincente (conf. causas C. 99.979, sent. del 19-V-2010; C. 95.718, sent. del 9-VI-2010).

En virtud de ello, evidenciándose en la sentencia atacada una conformidad entre la pretensión formulada por el accionante -con fundamento en la discriminación padecida por el trato desigual a raíz de su discapacidad- y lo resuelto por el a quo (v. fs. 18 vta./19, 20 vta./35 vta., 223 vta./225 y 236 vta./237), no se avizora la violación al principio contenido en los arts. 163 inc. 6 y 272 del Código procesal (conf. causa C. 98.596, sent. del 8-VII-2009; art. 279, C.P.C.C.).

b) En lo que concierne a la existencia misma del hecho discriminatorio y la configuración de los presupuestos de la responsabilidad atribuida en autos (daño resarcible y relación de causalidad), entiendo que

tampoco se verifican las hipótesis de absurdo y arbitrariedad de sentencia, tal como fueran alegadas por la recurrente en su presentación (fs. 263 vta./268; arts. 279 y 384, C.P.C.C.).

Por un lado, cabe reparar en que la Cámara hizo un examen razonable de las declaraciones prestadas por los testigos junto con el resto de elementos probatorios incorporados a la causa (el contrato de telefonía reconocida por la demandada y la denuncia ante el organismo de defensa del consumidor; v. fs. 223 vta./224 vta.), por lo que no se observa una burda vulneración de las reglas de la sana crítica (conf. arts. 165 inc. 5, 354 inc. 1, 384, 385 y 456, C.P.C.C.).

En efecto, se ha resuelto que la valoración de las probanzas en su conjunto, vinculando los distintos elementos de juicio entre sí constituye un método de razonamiento que aleja la posibilidad de incurrir en absurdo (conf. causa Ac. 66.872, sent. del 2-IX-1997; v. también Ac. 73.932, sent. del 25-X-2000).

Por otro lado, en lo que se refiere a la ausencia de rampa de acceso al local y la consecuente discriminación sufrida por la discapacidad del demandante, la alzada ha fundado el fallo en los conceptos y normativa supranacional, constitucional y legal que explica extensamente en su sentencia (fs. 225/236).

Sin embargo, la empresa accionada no ha impugnado debidamente este capítulo del decisorio, especialmente en lo que atañe al contenido de las normas previstas en los arts. 8 bis de la ley 24.240 (modif. ley 26.361); 1 de la ley 23.592 y 24 de la ley 10.592 (texto modif. por la ley 13.110), así como tampoco respecto de la doctrina legal de esta Corte de la causa "Falocco" (v. fs. 235 y 236/237), por lo que estimo que el recurso resulta insuficiente (art. 279 y su doctrina, C.P.C.C.).

En efecto, el tribunal a quo conceptualizó la discriminación como todo acto u omisión por el cual, sin un motivo o causa que sea racionalmente justificable, una persona recibe un trato desigual que le produce un perjuicio en la esfera de sus derechos o forma de vida (fs. 225).

Apuntó, asimismo, que de acuerdo con el art. 1 de la ley 23.592, quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado a pedido del damnificado a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados; y que los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios (conf. art. 42 de la Carta Magna y el nuevo art. 8 bis de la ley de defensa del consumidor; fs. 235). Más concretamente, citó la ley provincial 10.592 (t.o. ley 13.110) expresando "que todo edificio de uso público, sea su propiedad pública o privada, existente o a proyectarse en el futuro, deberá ser completa y fácilmente accesible a personas con movilidad reducida, contemplando no sólo el ingreso al mismo, sino también el uso de los espacios comunes y de circulación interna e instalación de servicios sanitarios que posibiliten la vida de relación de dichas personas (art. 24)" (fs. 236 vta.).

Pues bien, tales fundamentos no fueron rebatidos, por lo que el recurso no cumple debidamente con la carga de bastarse a sí mismo, esto es el poder evidenciar con su lectura el error en la aplicación de la ley o en las motivaciones esenciales que contiene el pronunciamiento, cuyas conclusiones definitivas y argumentos

deben ser objeto de una crítica concreta, directa y eficaz (doct. art. 279, C.P.C.C.; conf. causas L. 90.567, sent. del 9-VIII-2006; C. 98.859, sent. del 22-X-2008).

c) Respecto de los agravios vinculados con el daño moral, la impugnante tampoco rebatía debidamente las razones en que se apoya el fallo (art. 279 cit.).

Tal como señalara antes (punto III), la alzada fundó el resarcimiento de este perjuicio en el art. 1 de la Ley de Actos Discriminatorios (ley 23.592), ello sin importar la relación contractual y de consumo habida entre las partes por la celebración del contrato de telefonía celular (fs. 237).

Sobre tal base, indicó que no era necesario producir prueba particular sobre la afección espiritual que ha causado el acto de discriminación sufrido por el actor, toda vez que no quedan dudas que al acudir al local comercial de la demandada y encontrarse con que no podía acceder por la ausencia de rampa, se le ha afectado un interés no patrimonial consagrado por la ley, que atañe al reconocimiento de su persona, dignidad e igualdad (fs. 237 vta.).

Pues bien, el embate intentado por el quejoso no resulta suficiente, dado que solo se basa en una mera discrepancia de criterio, sin que se pueda vislumbrar una errónea aplicación de la ley ni de la doctrina que invoca (fs. 268/270 vta.; conf. C. 98.642, sent. del 25-III-2009; C. 94.134, sent. del 3-III-2010), porque esta última se refiere a hechos diferentes a los analizados en este expediente (materia contractual; v. fs. 269, último párrafo; conf. Ac. 69.113, sent. del 21-XI-2001 y C. 97.157, sent. del 11-II-2009).

A ello se añaden las particularidades del caso, que la misma sentencia se encarga de exponer para admitir la procedencia del daño y determinar su cuantificación (fs. 238/vta.), por lo que no observo la presencia del vicio de absurdo, extremo que habría habilitado a esta Corte la revisión del tópico planteado (conf. causa C. 96.510, sent. del 19-IX-2007).

d) Por último, en lo atinente a la multa civil, entiendo que la demandada se ha desentendido de los argumentos del sentenciante, no logrando comprender el significado de las distintas fuentes de la responsabilidad reprochada en el caso (art. 279 y su doctrina, C.P.C.C.).

El factor de atribución relativo a la obligación de reparar el daño moral fue basado -como quedara expuesto antes- en el art. 1 de la ley 23.592, mientras que el daño punitivo fue fundado en la relación de consumo, conforme a lo normado por el art. 52 bis de la ley 24.240 (modif. ley 26.361).

Efectivamente, al evaluar la procedencia del daño moral la Cámara señaló que "... si bien existe una relación contractual entre las partes (telefonía celular), y que se la podría encuadrar dentro de lo que se ha dado en llamar 'relaciones de consumo', lo cierto es que el acto discriminatorio individualizado y acreditado en autos es ajeno a ella, es decir, escapa a las previsiones del contrato" (fs. 237). Y más adelante aclaró que "... la reparación del daño moral es de corte legal, en la medida que se impone a partir de lo establecido por el art. 1 de la ya citada ley 23.592".

Estas consideraciones no obstan a que al examinar luego la admisibilidad de la multa civil pueda repararse en la relación de consumo, puesto que de la comisión de un hecho ilícito -el acto discriminatorio-

pueden originarse diferentes consecuencias o efectos jurídicos, más aún cuando los reclamos no son incompatible entre sí (doct. arts. 499, 896, 1066 y conscs., Código Civil; 1, 3, 8 bis, 52 bis, ley 24.240).

Además, en el sub examine la violación de los deberes impuestos por los arts. 42 de la Constitución nacional y 8 bis de la ley de defensa del consumidor, se refieren a comportamientos vinculados a la relación de consumo, esto es, a las tratativas previas a la constitución del vínculo, a los comportamientos que la oferente desarrolla para crear la situación en la que realiza la prestación, y a las conductas poscontractuales; y como la exigencia de condiciones de atención y trato digno apunta a la situación subjetiva, al respeto del consumidor como persona que no puede ser sometida a menosprecio o desconsideraciones, resulta lógico que frente a su violación se originen no sólo la infracción de la ley 24.240, sino también la de otras normas previstas en leyes especiales: tal el caso del trato discriminatorio y lo regulado por la ley 23.592.

Por otra parte, el mismo art. 8 bis de la ley 24.240 determina que: "*Tales conductas* (los comportamientos que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias), *además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor...*" (el resaltado me pertenece).

A partir de tales premisas, no habiéndose acreditado la inexistencia del acto discriminatorio ni el error en lo que respecta a la aplicación del daño punitivo (fs. 371/372 vta.), el agravio en tratamiento tampoco puede ser acogido (art. 279, cit.).

V. Por todo ello, corresponde rechazar el recurso deducido, con costas a la parte vencida (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Voto por la negativa.

Los señores jueces doctores Soria, Hitters y Negri, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votaron también por la negativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto, con costas (art. 289, C.P.C.C.).

El depósito de \$ 6.000 efectuado a fs. 280 y 286, queda perdido (art. 294, C.P.C.C.). El tribunal a quo deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la Resolución 425/2002 (texto resol. 870/2002).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

HECTOR NEGRI
DANIEL FERNANDO SORIA
JUAN CARLOS HITTERS
LUIS ESTEBAN GENOUD
CARLOS ENRIQUE CAMPS – Secretario-

CONTRATOS

A) COMPRAVENTA AUTOMOTOR. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN. DERECHOS DEL CONSUMIDOR.

1. REPARACIÓN NO SATISFACTORIA. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. DAÑO MORAL.

Causa “Calarco, Marcelo J. c/ M y M Multimar S.A. y otro s/ Resolución de contrato y daños y perjuicios”

C. 114.255, sent. del 29-IV-2015

CUESTIÓN PLANTEADA:

En una compraventa de automotor se analizó el derecho del consumidor a solicitar la resolución del contrato ante la “reparación no satisfactoria” de la cosa vendida (art. 17 inc. b, ley 24.240) así como la procedencia y cuantía de la reparación del daño moral.

RESEÑA DEL CASO:

El actor promovió demanda contra la concesionaria vendedora “M. y M. Multimar S.A.” y “Fiat Auto Argentina S.A.” por resolución de contrato de compraventa de un automóvil marca Fiat, solicitando la restitución del precio abonado con más intereses e indemnización de daños y perjuicios.

La causa se originó por el incumplimiento del vendedor (fabricante-concesionaria) respecto a la calidad de la cosa vendida y a la [posterior] reparación insatisfactoria del automotor. El actor demandó la resolución del contrato y la reparación de los daños ocasionados, con fundamento en los arts. 10 bis y 17 de la ley 24.240.

Las partes controvirtieron el sentido y alcance de las pautas exigidas para la restitución de lo recibido con motivo del contrato. En especial, lo dispuesto en la

reglamentación de la última norma citada por el decreto 1.798/1994 y la extensión de la reparación.

En primera instancia la pretensión resolutoria fue rechazada, admitiéndose solamente la indemnización del daño moral. La Cámara revocó este fallo, haciendo lugar a la resolución y disponiendo la recíproca restitución del automotor objeto de la compraventa y del precio respectivo. También redujo el importe reconocido por el rubro daño moral.

La Corte confirmó el pronunciamiento de la Cámara por mayoría. En lo que interesa destacar, resolvió que el consumidor se encontraba facultado para devolver la cosa insatisfactoriamente reparada y recibir a cambio el precio por ella pagado, aunque actualizado. Asimismo, definió que en la devolución del precio debía contemplarse el período de uso y el estado general de la cosa que se restituía, así como también la cantidad y calidad de las reparaciones amparadas por la garantía que debieron efectuársele.

Con relación a la indemnización, entendió que para la cuantificación del daño debía computarse la particular situación del caso, en aras de proceder a una real reparación del perjuicio (justipreciar el daño al interés negativo y positivo del caso). En este sentido, correspondía realizar una evaluación integral de la situación del rodado para cumplir adecuadamente con el art. 17 de la ley 24.240.

Por otra parte, indicó que la reglamentación de la ley debía siempre asegurar la finalidad perseguida por esta ley, la cual -como el *nomen iuris* de la norma lo indica- es “la defensa del consumidor”, cuyo principio de interpretación se impone por el art. 3, primer párrafo, de la ley 24.240 y por los precedentes de la Corte nacional que han dicho que la tésis del referido cuerpo normativo consiste precisamente en la debida tutela y protección del consumidor y el usuario.

DOCTRINA:

- Las pautas reglamentarias fijadas en el decreto n° 1798/94 para la restitución de precio prevista en el art. 17 inc. "b" de la ley 24.240 deben interpretarse de modo de

asegurar la finalidad perseguida por la ley, como es -en el caso- la defensa del consumidor [del voto del Juez de Lázzari].

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 29 de abril de 2015, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Genoud, Kogan, de Lázzari, Hitters, Soria, Pettigiani, Negri, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 114.255, "Calarco, Marcelo J. contra M y M Multimar S.A. y ot. Resolución de contrato y daños y perjuicios".

ANTECEDENTES

La Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata revocó parcialmente el pronunciamiento anterior. Consecuentemente, hizo lugar a las pretensiones resolutoria e indemnizatoria incoadas por el actor (fs. 588/607 vta.).

Se interpuso, por la codemandada "Fiat Auto Argentina S.A.", recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 616/622).

Oído el señor Subprocurador General (fs. 650/656), dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ª. ¿Ha sido bien concedido el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

Caso afirmativo:

2ª. ¿Es fundado el mismo?

VOTACIÓN

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. Liminarmente, cabe acotar que el dictado de la providencia de autos (art. 283 del C.P.C.C.) no impide que esta Corte, abocada a decidir la causa, reexamine los requisitos de admisibilidad del pedido de impugnación sometido a su conocimiento (conf. doct. C. 90.456, sent. del 17-IX-2008; C. 111.495, sent. del 24-IV-2013).

Sentado ello, es menester formular algunas precisiones. Veamos.

En opinión del señor Subprocurador General, debería declararse inadmisibile el recurso interpuesto por no superar el mismo el valladar económico establecido en el art. 278 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 650/656).

Respetuosamente discrepo con tal apreciación pues, a mi criterio, corresponde considerar que la vía es de monto indeterminado.

En efecto, nótese que el decisorio cuestionado dispuso expresamente que el cálculo de la condena habría de efectuarse en la etapa de ejecución de sentencia y no en esta fase (fs. 606 vta./607).

Si bien el agravio traído a conocimiento de esta Corte reside sólo en la diferencia que surgiría entre los valores a tener en cuenta para la indemnización fijados por la Cámara y lo pretendido por el recurrente - aplicación del art. 17 de la ley 24.240 y su decreto reglamentario-, no existe forma -en esta etapa y a tenor del referido aplazamiento- de cuantificar dicha diferencia.

Para más, los valores que toma la Procuración siguiendo en ello lo efectuado de oficio por la Cámara en fs. 623- surgen de valuaciones fiscales de automotores similares, cifras que en nada se vinculan con el objeto de litigio, referido -en todo caso- a valores venales o de plaza del rodado en cuestión.

II. Por lo expuesto, forzoso resulta concluir en que el remedio extraordinario deducido en autos ha sido bien concedido por la alzada (arts. 281 y 289, C.P.C.C.).

Voto por la afirmativa.

Los señores jueces doctores Kogan, de Lázari, Hitters, Soria, Pettigiani y Negri, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votaron la primera cuestión también por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. El señor Marcelo Jorge Calarco promovió demanda por resolución de contrato de compraventa de un automóvil (marca FIAT UNO SD 3P 1.7D, año 2000), solicitando la restitución del precio abonado con más intereses y daños y perjuicios, contra la concesionaria vendedora M y M Multimar S.A. y Fiat Auto Argentina S.A. (fs. 37/49).

El señor juez de primera instancia rechazó la pretensión resolutoria incoada, no obstante lo cual reconoció al accionante una suma indemnizatoria en concepto de daño moral (fs. 501/509).

II. Apelado el pronunciamiento por todas las partes, la Cámara lo revocó en cuanto al rechazo del planteo resolutorio, al que hizo lugar, disponiendo en consecuencia la recíproca restitución del automotor objeto de la compraventa y del precio respectivo. Asimismo, redujo el importe reconocido por el rubro daño moral (fs. 588/607 vta.).

Respecto de tales restituciones, a tenor del art. 17 de la citada ley 24.240, dispuso el sentenciante que debía recomponerse el monto de condena en la etapa de ejecución de sentencia, acudiéndose a los medios probatorios pertinentes a los fines de comprobar el monto actual en plaza del vehículo devuelto o uno similar para el caso de que se hubiere dejado de fabricar, siendo ésa la suma acordada al actor como "incumplimiento resolutorio", sin intereses, por purgar la mora el valor en plaza del rodado, a cambio de su restitución (fs. 598 vta.).

En la faz resarcitoria, ponderó los daños y perjuicios reclamados por el actor bajo los rótulos de daños al interés "positivo" y "negativo". En tal sentido, explicó que "... El daño al interés negativo consiste en el resarcimiento de los daños y perjuicios que no habría sufrido si no se hubiera constituido la obligación. Si el acreedor no es culpable de la invalidez del contrato no es justo que sufra las derivaciones de esa contingencia. En la consideración del interés negativo del acreedor se mira hacía el pasado, tratando de restablecer el statu-quo patrimonial anterior a la constitución de la obligación que ha resultado desvanecida. ¿En qué consiste la situación patrimonial negativa? En la comparación entre la situación actual y la situación patrimonial anterior a la constitución de la obligación que ha quedado desvanecida..." (fs. 600 vta./601).

Concluyó, al respecto, que "... el acreedor debe quedar en la misma situación que estaría de no haberse celebrado el contrato (Venini, ob. Cit. ed. Juris, pág. 137); traspolando tal apreciación al presente caso, el actor deberá quedar en condiciones de adquirir un rodado 0 km. de iguales características de aquél que fuera objeto del contrato frustrado; sin perjuicio del agravio moral provocado por el incumplimiento, en caso de resultar procedente..." (fs. 601 vta./602).

Consideró finalmente que "... Un daño actual requiere ser indemnizado con un valor también actual y así se satisface la finalidad de la indemnización. La condena al mayor valor del vehículo (precio actual en plaza), absorbe el reclamo del valor de desguace y el IVA oportunamente abonado..." (fs. 602).

III. Contra esta decisión, "Fiat Auto Argentina S.A." interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia la errónea aplicación de los arts. 10 bis, 11 y 17 de la referida ley 24.240, al no haberse tenido en cuenta el decreto 1798/1994 reglamentario de la misma, circunstancia que a su entender ha hecho incurrir al juzgador en absurdo jurídico.

Alega, asimismo, que la sentencia en crisis consagra un enriquecimiento indebido del actor en infracción de los arts. 499, 728, 2302, 2567 a 2570, 2582 y concordantes del Código Civil (fs. 616/622).

Aduce -en suma- que al decidir como lo hizo, la alzada omitió aplicar las pautas reglamentarias fijadas en el citado decreto 1798/1994, en orden a la restitución del precio prevista en el art. 17 inc. "b" de la ley 24.240 (fs. 619 vta./621).

IV. La impugnación debe prosperar.

1. Para una mejor comprensión de la temática en debate, conviene transcribir las referidas normas en cuestión:

"... Art. 17. Reparación no satisfactoria. En los supuestos en que la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir la cosa reparada, las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada, el consumidor puede:

a) Pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características. En tal caso el plazo de la garantía legal se computa a partir de la fecha de la entrega de la nueva cosa;

b) Devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales;

c) Obtener una quita proporcional de precio.

En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder..." (art. 17, ley 24.240).

Por otro lado, la respectiva reglamentación edicta que:

"... Se entenderá por 'condiciones óptimas' aquellas necesarias para un uso normal, mediando un trato adecuado y siguiendo las normas de uso y mantenimiento impartidas por el fabricante.

La sustitución de la cosa por otra de 'idénticas características' deberá realizarse considerando el período de uso y el estado general de la que se reemplaza, como así también la cantidad y calidad de las reparaciones amparadas por la garantía que debieron efectuársele.

Igual criterio se seguirá para evaluar el precio actual en plaza de la cosa, cuando el consumidor optare por el derecho que le otorga el inc. b) del art. 17 de la ley.

Con carácter previo a la sustitución de la cosa, si ésta estuviera compuesta por conjuntos, subconjuntos y/o diversas piezas, el responsable de la garantía podrá reemplazar los que fueren defectuosos. La sustitución de partes de la cosa podrá ser viable siempre que no se alteren las cualidades generales de la misma y ésta vuelva a ser idónea para el uso al cual está destinada..." (decreto 1798/1994).

Adicionalmente, podrá el consumidor reclamar los daños y perjuicios sufridos, según lo prevé el segundo párrafo del art. 17 del citado cuerpo normativo, cualquiera fuese la opción escogida por el consumidor frente a la reparación insatisfactoria.

2. Ahora bien, según se adelantara, el embate plantea la discusión en torno a las pautas de determinación de la cuantía del precio a restituir al actor establecida por el a quo como correlato de la devolución del automotor "en el estado en que se encuentre", en función de los apuntados parámetros normativos.

i] Es claro que en la hipótesis del inc. "b" que es la que aquí nos convoca-, estamos ante un caso de resolución contractual con efectos ex tunc, en el que el consumidor se encuentra facultado para devolver la cosa insatisfactoriamente reparada y recibir a cambio el precio por ella pagado, aunque actualizado. Asimismo, en la devolución del precio se debe contemplar el período de uso y el estado general de la cosa que se restituye, así como también la cantidad y calidad de las reparaciones amparadas por la garantía que debieron efectuársele.

ii] Con relación a esto último ("... cantidad y calidad de las reparaciones amparadas por la garantía..."), si bien el recurrente esboza la pretensión de presentar una queja al respecto, lo expuesto en la pieza recursiva no pasa de ser más que un simple enunciado (ver fs. 621 y 622), sin desarrollo argumental que lo funde. Sin perjuicio de ello, estimo que aún atendiendo al expreso pedido del recurrente en tal sentido, la suerte le resulta adversa, pues si alguna refacción le fue hecha a la cosa (confirmado por las probanzas rendidas y propios reconocimientos de parte) es de hacer notar que las mismas se debieron, obviamente, al irregular estado del rodado, circunstancia absolutamente ajena a la voluntad o acción propia del comprador. "... Estas reparaciones protegidas por la garantía no se deben a ningún hecho del consumidor, sino a vicios de la cosa, por lo que si se devuelve un menor precio se estaría indirectamente responsabilizando al consumidor por sus defectos..." (Fernando Alfredo Sagarna en "Ley de defensa del consumidor" -Comentada y anotada-, Picasso - Vázquez Ferreyra Directores, Ed. La Ley, 2009, Tomo 1, Parte General, pág. 210).

iii] Sobre el resto (la utilización del rodado durante todo el lapso usufructuado por el comprador, factor al que no atiende la alzada y genera en el recurrente el agravio que se trae), una atenta lectura del fallo puesto en entredicho me convence de que el decisorio que pone en cabeza de las accionadas la obligación de restituir al actor una suma dineraria equivalente al valor actual de plaza de un automóvil 0 km igual o similar al que fuera objeto de la compraventa que se declaró resuelta, es el resultado de una indebida interpretación o errónea aplicación de la ley.

Si bien la continuidad en la utilización del rodado, fuera de los días en que éste debió permanecer para su refacción en el taller, fue causa suficiente para que el a quo redujera la indemnización tarifada en miras a resarcir el daño moral infligido al actor (fs. 606), dicho factor no fue sin embargo atendido a la hora de mandar a pagar la suma acordada por el incumplimiento resolutorio (fs. 598 vta.); esto es "el valor actual en plaza del vehículo devuelto o uno similar para el caso de que aquel se hubiere dejado de fabricar" se manda a pagar sin advertir que su uso debió ser también medida necesaria a tener en cuenta a la hora de mandar a cuantificar el monto indemnizatorio. De ello se queja precisamente la condenada "Fiat Auto Argentina S.A.". Y la razón de su queja halla válido fundamento legal en el art. 17 del decreto reglamentario 1798/1994 que más arriba transcribiera.

Si al momento de efectuarse la prueba anticipada, esto es a los 18 meses de adquirido el vehículo, el ingeniero mecánico determinó que el odómetro del rodado marcaba poco más de 39.000 km (fs. 62, único dato en la causa que permite objetivar su continuo uso), mandar a cubrir el importe del valor actual de idéntico rodado (o similar en su caso de abandono en la fabricación) sin atender a dicho dato de la realidad supondría generar una irrazonable transferencia del patrimonio del deudor al del acreedor. Pues lo justo, y reconocido por la norma es que al tiempo de devolverse los montos a valores actuales se atienda a esa continuidad en el uso del rodado. Advertencia que permite, a su vez, descartar un eventual enriquecimiento indebido del acreedor, sea cual fuere su medida.

Si se manda a componer la litis por todos los daños sufridos por el actor a causa de haber confiado en la vigencia de un contrato que finalmente se resolvió; los daños en relación de causalidad adecuada que

generó la frustración del contrato; o, en igual sentido, se reconoce al acreedor todo aquello de lo cual hubiera gozado de no haber mediado la resolución definida (fs. 601 vta.), no puede en el caso dejar de atenderse al dato efectivo de la utilización, por parte del acreedor y durante un tiempo prolongado, de la cosa que se manda a restituir, tal como lo pide la demandada. La ausencia de oposición de la actora a la extensión de la condena en tales términos (art. 17, dec. 1798/1994), y la congruencia debida entre lo pedido en la litis y lo que se condena, impide dejar de lado lo dispuesto por ese decreto reglamentario, pues no se puede, ni aún de oficio, suplir la actividad de las partes e ingresar sin más a juzgar sobre la razonabilidad de una reglamentación que no se encuentra discutida en autos.

Por otra parte, si justo es reconocer que esa continuidad en el uso se dio en relación a un rodado que jamás logró reunir (ni aún a expensas de las refacciones atendidas) muchas de las cualidades ínsitas de un cero kilómetro, también lo es advertir que el rodado no dejó por ello de ser un automotor sin rodaje que, de seguro, conservó muchas de sus prestaciones y bondades.

Factores todos que habrán de evaluarse al tiempo de que, tal como fuera dispuesto por el a quo, se determine el monto debido en la respectiva etapa de ejecución de sentencia.

V. Por lo expuesto, si mi opinión resulta compartida, habiéndose acreditado las infracciones normativas denunciadas (art. 279, C.P.C.C.), la impugnación extraordinaria deducida deberá ser acogida, debiendo en la instancia de origen adecuarse, en la etapa respectiva, los montos reconocidos según las nociones y definiciones incorporadas al presente. Con costas (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Voto por la afirmativa.

La señora Jueza doctora Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votó la segunda cuestión también por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázari dijo:

I. Discrepo con la opinión de los distinguidos colegas que me han precedido en el orden de votación.

En tal sentido y, a diferencia de lo que postula la firma recurrente, estimo que la Cámara no omitió aplicar -ni desinterpretó- las pautas reglamentarias fijadas en el decreto 1798/94 para la restitución de precio prevista en el art. 17 inc. "b" de la ley 24.240 (fs. 619 vta./621). Veamos:

1) De un lado, resulta claro que en esta hipótesis que nos convoca, esto es, la prevista en el inc. "b" del art. 17 de la ley 24.240 de defensa de usuarios y consumidores, "... Estamos ante un caso de resolución contractual con efectos ex tunc, en el que el consumidor se encuentra facultado para devolver la cosa insatisfactoriamente reparada y recibir a cambio el precio por ella pagado, aunque actualizado..." (Fernando Alfredo Sagarna en "Ley de defensa del consumidor" -Comentada y anotada-, Picasso-Vázquez Ferreyra Directores, Ed. La Ley, 2009, Tomo I, Parte General, pág. 210). Asimismo, "... en la devolución del precio se debe contemplar el período de uso y el estado general de la cosa que se restituye, así como también la cantidad y calidad de las reparaciones amparadas por la garantía que debieron efectuársele. Creemos que esto resulta injusto, toda vez que para disminuir el precio a devolver, se tiene en cuenta el estado general de la cosa, la cantidad y calidad de las reparaciones amparadas por la garantía. Estas reparaciones protegidas por la

garantía no se deben a ningún hecho del consumidor, sino a vicios de la cosa, por lo que si se devuelve un menor precio se estaría indirectamente responsabilizando al consumidor por sus defectos..." (íd. op. cit.).

Adicionalmente, podrá el consumidor reclamar los daños y perjuicios sufridos, según lo prevé el segundo párrafo del art. 17 del citado cuerpo normativo, cualquiera sea la opción escogida por el consumidor frente a la reparación insatisfactoria.

2) Una atenta lectura del fallo puesto en entredicho me convence de que el decisorio que pone en cabeza de las accionadas la obligación de restituir al actor una suma dineraria equivalente al valor actual de plaza de un automóvil 0 km igual o similar al que fuera objeto de la compraventa que se declaró resuelta, no es el resultado de una indebida interpretación o errónea aplicación de la ley, menos aún de que pueda calificársele como un "absurdo jurídico". Antes bien, estimo que constituye el fruto de una razonada ponderación del valor de la cosa, fijado en base a los estándares normativos de evaluación del caso, con más una indemnización reconocida al actor en concepto de daño al interés negativo, capítulo resarcitorio que fuera -por cierto- objeto de un detallado análisis y fundamentación por parte del a quo (fs. 599 vta./602).

Mediante una escueta argumentación, pretende el impugnante que dentro de la indemnización debida se tenga en cuenta el uso efectuado del automóvil sobre el que se han comprobado todas las deficiencias mecánicas acreditadas en autos (fs. 592 y vta.).

Ahora bien, la detenida lectura de la sentencia reitero- claramente nos indica que ha habido una mensuración de la suma indemnizatoria en la que se ha computado la particular situación del caso, en aras de proceder a una real reparación del daño. No ha habido inobservancia de la reglamentación de la ley sino, por el contrario, una evaluación integral de la situación del rodado para cumplir adecuadamente con el art. 17 de la ley 24.240.

Es del caso recordar que la reglamentación de la ley debe siempre asegurar la finalidad perseguida por esta ley, la cual -como el nomen iuris de la norma lo indica- es "la defensa del consumidor".

Ello se imbrica con el claro precepto de la Ley de defensa al consumidor, que impone el principio de la interpretación más favorable para éste (art. 3, 1er. párr., ley 24.240) y con los precedentes de la Corte nacional que han dicho que la finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución nacional (C.S.J.N., causa C.745.XXXVII., in re "Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.C.V.", sent. del 21-III-2006, Fallos: 329:695, voto del doctor Zaffaroni; causa F.331.XLII; REX, "Federación Médica Gremial de la Cap. Fed. -FEMEDICA- c DNCI - DISP 1270/03", sent. del 18-XI-2008, Fallos: 331:2614, disidencia del doctor Maqueda).

En fundado pronunciamiento ha procedido el sentenciante a justipreciar el daño al interés negativo y positivo del caso y es en tal contexto que debe ser analizada la valuación del vehículo establecida a fs. 602 por la Cámara. Y es en ese mismo contexto donde no veo vulnerada la ley ni su reglamentación al respecto.

Abona esta inteligencia la clara distinción formulada por el sentenciante entre el reseñado carácter de suma a acordarse como "incumplimiento resolutorio" en relación al monto actual en plaza del vehículo a devolver (fs. 598 vta.) y el derecho a una reparación indemnizatoria reconocida en favor del actor, atendiendo a la acreditada lesión al interés negativo del mismo, cuya cuantificación mayor valor del vehículo- habría de absorber -por lo demás- el valor de desguace y el I.V.A. oportunamente abonados (fs. 602).

Sobre este último capítulo del fallo que, reitero, fue objeto de una meticolosa fundamentación brindada por el a quo (fs. 599 vta./602), la recurrente ha guardado absoluto silencio, omisión que deja incólume tan medular aspecto del decisorio.

3) Resumiendo, la firma recurrente parte de una lectura parcial del pronunciamiento que la conduce a articular una crítica incompleta de las motivaciones sentenciales que -por ello- resulta insuficiente a los fines recursivos, al no erigirse en la crítica concreta y motivada de todos los fundamentos del fallo que la norma ritual de aplicación impone como pauta de idoneidad técnica necesaria para transitar la etapa casatoria (conf. doct. art. 279, C.P.C.C.).

En tal sentido, esta Corte ha expresado que resulta insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que se basa en la consideración parcial de lo expuesto por el juzgador y deja sin réplica motivaciones y citas legales sobre las que se asientan el sentido y la coherencia de la decisión (conf. doct. Ac. 57.046, sent. del 17-XI-1998), así como también que resulta insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que se desentiende de la estructura jurídica del fallo, apartándose de la idea rectora del mismo y de sus fundamentos esenciales, parcializando con ello su ataque, el que por ende resulta ineficaz a los fines de rever la suerte de lo decidido (conf. doct. Ac. 90.575, sent. del 11-X-2006; C. 95.718, sent. del 9-VI-2010; C. 103.421, sent. del 11-VIII-2010).

4) Lo que se lleva dicho abastece -sin más- la respuesta negativa a la cuestión planteada, sellándose en consecuencia la suerte adversa del reproche extraordinario interpuesto.

II. Por lo expuesto, no habiéndose acreditado las infracciones normativas denunciadas (art. 279, C.P.C.C.) ni el absurdo valorativo, la impugnación extraordinaria deducida deberá ser rechazada. Con costas a la recurrente vencida (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Voto por la negativa.

El señor Juez doctor Hitters, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lazzari, votó la segunda cuestión también por la negativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

1. El recurso no puede prosperar.

a. En su pieza recursiva, la codemandada Fiat Auto Argentina S.A. cuestiona las pautas fijadas por el fallo de Cámara a efectos de establecer el valor que su parte habrá de restituir al actor.

Concretamente, reputa absurda y violatoria de las reglas establecidas en el decreto 1798/1994, reglamentario de la ley 24.240, la conclusión del a quo que dispone que dicho valor deberá determinarse "en la etapa de ejecución de sentencia y por los medios que el Juzgado estime procedentes, el valor corresponde al

precio en plaza de una unidad igual o similar (en caso de no seguir fabricándose) para ser entregado al actor quien, deberá a su vez, devolver el vehículo oportunamente adquirido (art. 17 ley 24.240)" (v. fs. 619). Precisa, en este sentido, que en tal quehacer no se ha ponderado que tal rodado será devuelto "después de haberlo usado durante diez años" pese a lo cual se condena a su parte a la restitución del valor de un rodado 0 km, desoyendo de tal modo el mentado decreto que exige considerar el período de uso, el estado general (v. fs. 619 vta.) y "la cantidad y calidad de las reparaciones acaparadas por la garantía que debieron efectuársele" (v. fs. 621).

b. Pues bien, las quejas ensayadas en tales términos son insuficientes a los fines de conmover el pronunciamiento atacado.

i] De un lado, en lo que atañe a la pretensión de que al momento de justipreciar el rubro se tenga en cuenta "la cantidad y calidad de las reparaciones amparadas por la garantía que debieron efectuárseles" coincido con lo expuesto por el doctor Genoud, quien destaca la ausencia de todo desarrollo argumental que funde tal segmento de la queja (v. pto. IV, ap. 2.ii)].

ii] Del otro, comparto lo expresado por el doctor de Lázzari en el punto I ap. 3 de su sufragio, en cuanto señala que el recurrente efectúa una crítica parcial de las motivaciones del fallo, soslayando que la determinación del ítem controvertido se encuentra inserta dentro de una valoración integral de la situación del rodado y de la ponderación que el a quo llevara a cabo en correlación con los reclamos articulados a título de daño al interés negativo y positivo. Por consiguiente, más allá del acierto o error de lo decidido, la falta de advertencia de tal extremo y omisión de refutación cabal del razonamiento del tribunal, sella la suerte adversa de este tramo del recurso (art. 279 su doc. del C.P.C.C.).

2. Con el alcance y por las razones expuestas, voto por la negativa.

El señor Juez doctor Pettigiani, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votó la segunda cuestión también por la afirmativa.

El señor Juez doctor Negri, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó la segunda cuestión también por la negativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General (fs. 650/656), se declara bien concedido el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la codemandada "Fiat Auto Argentina S.A." a fs. 616/622.

Asimismo, por mayoría, se lo rechaza. Con costas de esta instancia a la recurrente vencida (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

El depósito previo de \$ 4.250, efectuado a fs. 632, queda perdido (art. 294, C.P.C.C.), debiendo el tribunal dar cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la Resolución 425/2002 (texto Resol. 870/2002).

Notifíquese y devuélvase.

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

HECTOR NEGRI

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

CARLOS ENRIQUE CAMPS – Secretario-

2. REPARACIÓN NO SATISFACTORIA. SUSTITUCIÓN DE LA COSA VENDIDA. DAÑO MORAL.

Causa "Capaccioni, Roberto Luis c/ Patagonia Motor S.A. y BMW de Argentina S.A s/ Infracción a la Ley del Consumidor".

C. 115.486, sent. del 30-IX-2014

CUESTIÓN PLANTEADA:

En una compraventa de automotor se determinó el alcance del derecho del consumidor a solicitar la sustitución de la cosa adquirida por otra idéntica ante la

“reparación no satisfactoria”, así como la procedencia y cuantía de la reparación del daño moral.

RESEÑA DEL CASO:

El actor promovió demanda contra “Patagonia Motor S.A.” y “BMW de Argentina S.A.” reclamando la sustitución del vehículo adquirido por otro cero kilómetro de idénticas características, a raíz de la “reparación no satisfactoria”, más daños y perjuicios.

Con motivo de los múltiples reclamos y la “reparación no satisfactoria” del automóvil adquirido por el actor, se suscitó el conflicto en torno a si el nuevo ofrecimiento de la concesionaria resultaba razonable o si, por el contrario, habilitaba a pedir la sustitución del vehículo por otro de idénticas características al configurarse el supuesto previsto en el art. 17 inc. a) de la ley 24.240.

En primera instancia se hizo lugar a la sustitución del automóvil por otro del mismo modelo y año 2006, en perfectas condiciones de mantenimiento y uso, con un kilometraje no menor a 21.300 km. ni mayor al que poseía al momento de notificar la sentencia. Asimismo, se condenó a las demandadas a pagar una indemnización en concepto de daño moral.

La Cámara revocó lo decidido y rechazó la demanda promovida por entender que no se había configurado el presupuesto de hecho previsto para la aplicación de los remedios contemplados en el art. 17 de la ley 24.240.

La Corte hizo lugar al recurso extraordinario, dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia y declaró procedente la acción, ordenando sustituir el vehículo vendido por otro de las mismas características, cero kilómetro, e indemnizar el daño moral reclamado, con más intereses.

Al respecto, consideró que se tornaría vacua e inoperante la protección brindada a los consumidores por el art. 42 de la Constitución nacional si el responsable de reparar la cosa vendida pudiera ofrecer ilimitados intentos de sustituir las piezas dañadas, ya que nunca se llegaría a configurar la “reparación no satisfactoria” que la norma intenta evitar

mediante el derecho a sustituir la cosa vendida, en aras de velar por los intereses económicos de los consumidores (la calidad de productos y servicios, la justicia contractual y la reparación de daños), parte débil en el contrato.

En este sentido, señaló que la finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, y que a modo de purificador legal integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que consagra el artículo 42 de la Constitución nacional.

De ahí que denunciada la “reparación no satisfactoria” (art. 17, ley 24.240) y hallándose ante un sexto intento de reparación de un vehículo de alta gama, es la propia garante conocedora del deber genérico de garantía quien se muestra desleal con su proceder frente al consumidor (doct. art. 1198, Cód. Civil; arts. 3, 10 bis, 11, 17 y cons., ley 24.240).

Configurado entonces el supuesto previsto en el inc. a) del art. 17, la opción solicitada por el adquirente de sustituir la cosa adquirida por otra nueva de idénticas características es la que corresponde. No obsta a lo expuesto que el decreto reglamentario disponga que debe tomarse en consideración el período de uso, el estado general de lo reemplazado, así como la cantidad y calidad de reparaciones efectuadas, puesto que el decreto 1.789/1994 contraría y altera la sustancia del ejercicio de la mencionada opción porque impone una restricción que posiciona al proveedor de la garantía desde un lugar ajeno a su competencia, sin que haya tenido algo que ver con la aparición de algún desperfecto en el producto vendido, cuando tal interpretación no es razonable ya que las empresas deberían tener un mayor conocimiento que los consumidores del producto que venden (art. 42, Const. nacional) y, en base a ese conocimiento, asegurar al consumidor un nivel de calidad del producto para que este no tenga que transitar por las vías legales a fin de obtener una cosa en óptimas condiciones. De otro modo, el consumidor quedaría atrapado por la conducta dilatoria del empresario para llegar a esta instancia, con el agravante de que ejercida la opción legal prevista en el art. 17 se tendría que resignar a recibir un auto usado.

Finalmente, consideró procedente la indemnización del daño moral por haber quedado demostrado tanto que fue adquirido un auto de alta gama y este no reunía las características ofrecidas por el instructivo del vehículo como las vicisitudes y penurias que el consumidor tuvo que transitar para hacer valer la garantía.

DOCTRINA:

- El decreto 1789/1994 contraría y altera la sustancia del ejercicio de la opción dispuesta a favor del consumidor prevista en el artículo 17 de la ley 24.240 de defensa del consumidor, porque impone una restricción que posiciona al proveedor de la garantía desde un lugar ajeno a su competencia, sin que haya tenido algo que ver con la aparición de algún desperfecto en el producto vendido, cuando tal interpretación no es razonable ya que las empresas deberían tener un mayor conocimiento que los consumidores del producto que venden (art. 42, Const. nacional; por ejemplo detectar a priori el origen de la fallas) y, en base a ese conocimiento y calidad de lo que ofrecen, asegurar al consumidor un nivel de calidad del producto para que no tenga que transitar un recorrido sesgado de obstáculos (acudir a la concesionaria varias veces, privarse de tener el auto cuando se repara, acudir a un abogado para la defensa) para obtener una cosa en óptimas condiciones. De otro modo, el consumidor quedaría atrapado por la conducta dilatoria del empresario cuando ha tenido algo que ver para llegar a esta instancia, con el agravante de que ejercida la opción legal prevista en el art. 17 de la Ley de Defensa al Consumidor se tendría que resignar a recibir un auto usado [del voto del Juez de Lázzari].

- Configurado el supuesto previsto en el primer apartado del artículo 17, la opción solicitada por el adquirente de sustituir la cosa adquirida por otra nueva de idénticas características es la que corresponde. No obsta a lo expuesto que el decreto reglamentario dispusiera que deba tomarse en consideración el período de uso, el estado general de lo reemplazado, así como la cantidad y calidad de reparaciones efectuadas [del voto del Juez de Lázzari].

- La finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de

todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el artículo 42 de la Constitución Nacional [del voto del Juez de Lázari].

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 30 de septiembre de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores de Lázari, Kogan, Negri, Genoud, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 115.486, "Capaccioni, Roberto Luis contra Patagonia Motor S.A. y BMW de Argentina S.A. Infracción a la Ley del Consumidor".

ANTECEDENTES

La Sala I de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca revocó el fallo de primera instancia que, a su turno, había hecho lugar a la demanda entablada por Roberto Luis Capaccioni contra Patagonia Motor S.A. y BMW de Argentina S.A. (fs. 345/349 vta. y 392/396).

Se interpuso, por el actor, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 402/423).

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lazzari dijo:

1. Roberto Luis Capaccioni promovió demanda contra "Patagonia Motor S.A." y "BMW de Argentina S.A." reclamando la sustitución del vehículo marca BMW, modelo 320i, que adquiriera el 21 de febrero de 2006, por otro cero kilómetro de idénticas características con motivo de la "reparación no satisfactoria" de las fallas de fábrica detectadas en el automóvil que compró a la demandada "Patagonia Motor S.A.". Fundó su pretensión en lo dispuesto por el art. 17 inc. a) de la Ley de Defensa del Consumidor (fs. 56 y ss.).

2. En primera instancia, el Juez hizo lugar a la acción ordenando la sustitución del automóvil por otro del mismo modelo y año 2006, en perfectas condiciones de mantenimiento y uso, con un kilometraje no menor a 21.300 km ni mayor al que posea al momento de notificar la sentencia. Asimismo, condenó a las demandadas a pagar una indemnización en concepto de daño moral (fs. 345/349 vta.).

Apelado este fallo por ambas partes, la Sala I de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca revocó lo decidido y, en consecuencia, rechazó la demanda promovida por Capaccioni por entender que no se había configurado el presupuesto de hecho previsto para la aplicación de los remedios contemplados en el art. 17 de la ley 24.240 (fs. 392/396).

3. Contra este pronunciamiento, se alza el accionante mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia la infracción de los arts. 1, 3, 17 inc. a) y 40 de la ley 24.240; 375, 384 y 474 del Código Procesal Civil y Comercial; 505 y 1071 del Código Civil; 17 y 18 de la Constitución nacional, así como el vicio de absurdo (fs. 402/423).

En síntesis, sostiene que el ejercicio del derecho contemplado en el art. 17 inc. a) de la Ley de Defensa del Consumidor -la sustitución de la cosa adquirida- sólo exige la "reparación no satisfactoria", por lo que el consumidor puede hacer uso de tal opción cuando la misma no reúne las condiciones óptimas para su funcionamiento, es decir, cuando no puede ser empleada para el fin para el cual fue adquirida. Además, señala que en caso de duda debe estarse por la solución más favorable para el consumidor, razón por la que estima que la decisión adoptada por la Cámara vulnera la disposición legal citada así como el principio in dubio pro consumidor (fs. 409).

Expone que en el caso el tribunal a quo aplicó tácitamente la reglamentación (dec. 1798/1994) del citado art. 17 de la ley 24.240, que prevé la posibilidad de que -con carácter previo a la sustitución- el responsable de la garantía reemplace las piezas defectuosas. Al respecto cuestiona que haya considerado insuficiente la concesión de cinco oportunidades para que el rodado fuera reparado -por el espacio de veintidós días- y que, frente a la sexta revisión ofrecida por la importadora, se entendiera improcedente la imposición de ciertas condiciones, pese a que la promesa no se ajustaba a los recaudos del art. 11 de la ley 24.240. Apunta, por otra parte, que este último ofrecimiento consistente en la sustitución de piezas era tardío y que todavía no existía diagnóstico certero para la solución de la falla que presentaba el rodado (fs. 409/410).

También se queja respecto de la apreciación del a quo relativa a que la procedencia de la sustitución se encuentre supeditada a la mayor o menor dificultad que revista la detección de los desperfectos. Aduce que

esta circunstancia no puede perjudicar la situación del consumidor, pues, sería ilógico que la complejidad de la cosa o el deficitario servicio técnico sea soportado por su parte, dado que ello implicaría desnaturalizar o privar de operatividad los derechos previstos por el art. 17 de la ley 24.240 (fs. 411/vta.).

Asimismo, considera impropia la asimilación que se hace en cuanto al requisito de la "reparación no satisfactoria" con el denominado "iter de evaluación y diagnóstico", ya que en los hechos este último consistió en una sucesión de intentos fallidos de arreglos, un ofrecimiento tardío de revisión y diagnóstico por el importador, y un eventual ofrecimiento de sustitución de pieza -la tercera que se habría llevado a cabo- sin haber arribado a una determinación cierta del defecto (fs. cit.).

Por último se agravia por la errónea aplicación de las reglas de la carga de la prueba y por la absurda y arbitraria valoración de la pericia mecánica (fs. 414/417). Arguye la inobservancia del principio del abuso del derecho en lo que hace a la reparación del vehículo defectuoso (art. 1071 del Código Civil; fs. 417/418 vta.) y controvierte la regulación de honorarios practicada en autos (fs. 419/422).

4. El recurso, tal como lo aconseja el señor Subprocurador General, es fundado, pues, en mi opinión, se ha demostrado el absurdo denunciado en forma suficiente (art. 289, C.P.C.C.).

a) Una y otra vez se ha dicho que el concepto de absurdo, tal como ha ido elaborándose por esta Suprema Corte, 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 interpretación groseramente errada de la prueba producida, que autoriza a dejarla sin efecto. Inversamente, no cualquier error, ni la apreciación opinable, ni la posibilidad de otras interpretaciones, etc., alcanzan para configurar tal absurdo, siendo necesario que se demuestre un importante desarreglo en las bases mismas del pensamiento, una anomalía extrema o una falla palmaria del proceso mental del juzgador de modo que haga evidente la irracionalidad de las conclusiones a las que ha arribado (conf. causas C. 107.046, sent. del 5-V-2010; C. 107.394, sent. del 9-VI-2010; C. 107.867, sent. del 16-III-2011; C. 104.610, sent. del 30-III-2011; C. 99.066, sent. del 11-V-2011; C. 105.530, sent. del 15-VI-2011; entre otras).

En otras palabras: al impugnante no le alcanza con argumentar que el hecho pudo ocurrir de otra manera, o que la asignación de significado al mismo pudo ser diferente, o que la prueba debió interpretarse y valorarse de otra manera (tanto o más aceptable que la de la sentencia); en cambio, le es indispensable demostrar que, de la manera en que se lo afirma en el fallo, el hecho no pudo ocurrir o la valoración no puede hacerse (doct. art. 384, C.P.C.C.).

Veamos qué es lo que ocurre en autos.

b) Me remonto a algunos pasajes del pronunciamiento de la Cámara. Dice, en lo que importa, que: "Es cierto que las fallas que se manifestaron en el automotor inmediatamente después de adquirido, y que persistieron irresueltas no obstante los sucesivos ingresos que tuvo el rodado en la concesionaria demandada, suponen una afectación funcional que lo colocan muy lejos de las 'condiciones óptimas' requeridas para cumplir el uso al que está destinado" (fs. 394).

Al respecto precisó que: "... es inconcebible que satisfaga ese estándar un automóvil que emite variadas alarmas lumínicas y sonoras acusando falsamente la ocurrencia de distintos desperfectos mecánicos inexistentes. La incertidumbre generada por un funcionamiento poco confiable de las luces testigo, y la molestia inherente a esa gratuita activación de alarmas sonoras -a lo que se aduna la eventual apertura espontánea de alguna ventanilla- son contingencias inaceptables en cualquier automóvil cero kilómetro. Con mayor razón aún si el involucrado es un vehículo de alto precio, caracterizado por la seguridad y confort de marcha asociados al prestigio de su marca" (fs. 394).

A ello añadió que: "También es exacto que hubo cinco intentos frustráneos de corrección de esos desperfectos, en otros tantos ingresos del automotor en la concesionaria de la demandada a los efectos de diagnosticar la falla y proceder a su reparación" (fs. cit.).

El hilo del razonamiento del juzgador expuesto hasta aquí parecería llevar, necesariamente a la conclusión de que el accionante había logrado acreditar el presupuesto de aplicación de la norma invocada: el art. 17 inc. a) de la Ley de Defensa del Consumidor. Sin embargo, a pesar de la consideración de tales circunstancias, que surgen prístinas del análisis de la causa, la Cámara reparó luego en la conducta de la actora frente al ofrecimiento formulado por BMW S.A. -empresa importadora-, sin tomar en cuenta el lugar en que estaba posicionada conforme la prerrogativa legal, dando un giro ilógico en su argumentación, arribando a una solución no razonable del caso dentro del paradigma protectorio que rige en el ámbito del consumo (art. 42, Const. nacional).

La nueva propuesta de BMW consistió en trasladar sin cargo el vehículo adquirido por Capaccioni a otra concesionaria que eligiera -incluida en el listado a él suministrado- a efectos de proceder a la evaluación y diagnóstico integral de las fallas evidenciadas en el vehículo, con miras a su reparación, todo ello mediante la supervisión de un delegado del área de servicios de la propia importadora.

El a quo entendió que el accionante frustró esa alternativa, en la medida en que condicionó su aceptación a que la importadora se comprometiera por instrumento público a sustituir el rodado por otro cero kilómetro dentro del plazo de cinco días de ser intimado (fs. 394/vta.), ello pese a que la propia Cámara había señalado antes que no existía "... certeza acerca de que el reemplazo de esa pieza -la mencionada en la carta documento- fuera a solucionar el problema" en el marco de la sexta oportunidad que se brindaba a la accionada para subsanar los defectos de la cosa.

No obstante ello, posteriormente, en contra del principio de la interpretación más favorable para el consumidor (art. 3, 1° párr., ley 24.240), infirió que "... no puede reprocharse a BMW la falta de certeza que acompañaba al envío de esa pieza, cuando el actor acababa de rehusar el ofrecimiento de efectivizar un nuevo análisis diagnóstico en alguna otra concesionaria, bajo la supervisión de un delegado del área de servicios de la propia importadora" (fs. 394 vta./395).

Con base en ello, coligió que el presupuesto de la "reparación no satisfactoria del art. 17 de la ley del consumidor no se encuentra comprobado en autos, dado que el íter de evaluación y detección del origen de las fallas no había terminado" (fs. 395).

c) Tal inferencia no resulta razonable. La lógica de lo razonable -como enseña Recaséns Siches- es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas en la interpretación de las normas y en la elaboración de las sentencias judiciales (conf. "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho", ed. Porrúa, México, p. 219 y ss.).

En el sub lite, la circunstancia de que haya mediado un nuevo ofrecimiento de diagnóstico y reparación por parte de la accionada no es un argumento válido para no tener por cumplido el recaudo antes señalado, pues, habiéndose constatado los vicios en la cosa y la reparación insuficiente por las demandadas en reiteradas ocasiones -que la misma alzada indicó en su pronunciamiento tal como fuera reseñado ut supra: "... hubo cinco intentos frustráneos de corrección de esos desperfectos, en otros tantos ingresos del automotor en la concesionaria demandada a los efectos de diagnosticar la falla y proceder a su reparación" (fs. 394)-, la interpretación seguida por la Cámara no constituye una derivación razonable del derecho vigente aplicada a las circunstancias del caso. En este sentido, "no debemos olvidar que la facultad que otorga la ley al adquirente se activa con posterioridad al incumplimiento por parte del proveedor de la garantía a su cargo" (Mosset Iturraspe, Jorge-Wajntraub, Javier, "La Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24.240", 2008, Rubinzal-Culzoni, p. 143).

El hecho de que el actor haya condicionado el sexto intento de reparación del vehículo con algunas previsiones para el supuesto de otro posible incumplimiento -más aún cuando se trata de uno de "alta gama" y de la calidad que distingue la marca demandada- no se exhibe desproporcionado, sino al contrario, es la propia demandada conocedora del deber genérico de garantía que le atañe al lanzar al mercado su producto quien se muestra desleal con su proceder frente al consumidor (doct. arts. 1198, Cód. Civil; 3, 10 bis, 11, 17 y concs., ley 24.240).

Al respecto, es dable reparar en que en distintos precedentes la Corte nacional ha dicho que la finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución nacional (C.S.J.N., causas C.745.XXXVII., in re "Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.C.V.", sent. del 21-III-2006, "Fallos" 329:695, voto del doctor Zaffaroni; F.331.XLII; REX, "Federación Médica Gremial de la Cap. Fed. -FEMEDICA- c/ DNCI -DISP 1270/03", sent. del 18-XI-2008, "Fallos" 331:2614, disidencia del doctor Maqueda).

De seguirse entonces el criterio sustentado por el a quo -que adopta la postura de BMW-, se tornaría vacua e inoperante la protección brindada por el art. 42 de la Constitución nacional a los consumidores, dado que el responsable en reparar la cosa vendida -como dice el recurrente- podría ofrecer ilimitados intentos de sustituir las piezas del rodado sin que nunca se configure la "reparación no satisfactoria" que la norma intenta evitar mediante el derecho de sustituir la cosa vendida (fs. 410/vta.), todo ello en aras de velar por los intereses económicos de los consumidores (la calidad de productos y servicios, la justicia contractual y la reparación de daños), parte débil en el contrato (doct. C.S.J.N., "Fallos" 329:4403, 331:748; conf. Stiglitz,

Rubén L. y Stiglitz, Gabriel, "Derechos y defensa del consumidor", ed. La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 40; Gelli, María A., "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", 3ª ed., La Ley, p. 465).

d) La absurdidad de la decisión del fallo se presenta más clara si se pondera además la circunstancia, también tenida en cuenta por la Cámara (fs. 394 vta.), de que no existe certeza de que el reemplazo de la pieza ofrecida por la importadora pueda solucionar el problema.

En efecto, conforme señala el perito mecánico en su informe: "... las causas pueden ser las más variadas -como se podrá desprender de las diversas oportunidades que [e]l automóvil entró a reparación, entre ellas pueden deberse a fallas en los módulos, fallas en los sensores, falla en los ramales de los cableados y conexiones de los mismos, falla de la unidad de interruptores del árbol de dirección, etc."; "Concretamente la falla puede deberse a solamente a uno de los elementos señalados como también puede deberse a una combinación de fallas de los citados elementos ... es por esta razón que ... el reemplazo de la unidad de interruptores del árbol de dirección podría ser -como se ha indicado- una de las posibilidades para efectuar una reparación, aún en forma parcial" (fs. 271 vta. y 284; v. también 296/vta.; arts. 384, 457 y 474, C.P.C.C.).

En consecuencia, el razonamiento de la alzada para determinar que existe una evidente mala fe de parte de la actora y justificar que la demandada daba garantías suficientes para dar una respuesta satisfactoria con el ofrecimiento de la disposición de la pieza a sustituir no se condice con la prueba aludida, en tanto deja abiertas otras posibilidades de origen del desperfecto, y por lo tanto, deja también sin sustento la mentada descalificación.

Sin perjuicio de lo expresado, pueden señalarse otras inconsistencias: la premisa de la Cámara de que "el iter de evaluación y detección del origen de las fallas no había concluido y se le estaban ofreciendo al actor vías alternativas para poder establecerlo y arribar así a la solución de los desperfectos" (fs. 395), está contradicha por la posición que sustenta el propio demandado en la contestación de fs. 83, donde sostuvo que "la falla fue definitiva con diagnóstico definitivo".

5. Luego de verificar el yerro sentencial recién explicitado, en esta tarea de recomposición positiva corresponde resolver la causa en los términos del art. 289 inc. 2 del Código Procesal Civil y Comercial.

6. Anticipo el norte de este itinerario, consistente en respetar el alcance global de lo acreditado en la causa, que da cuenta de que la reparación llevada a cabo por el responsable de la garantía no resultó satisfactoria por no reunir la cosa reparada las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada. En particular, hubo cinco intentos frustráneos de corrección, además de estarse todavía en la incertidumbre de conocer cuál es el origen de los desperfectos del auto.

En este sentido, revocada la sentencia, corresponde posicionarse en el lugar de la Cámara, a fin de considerar el resto de los agravios deducidos por la accionada en la presentación de fs. 381.

Configurado el supuesto previsto en el primer apartado del art. 17, la opción solicitada por el actor de sustituir la cosa adquirida por otra nueva de idénticas características es la que corresponde. No obsta a lo expuesto que el decreto reglamentario dispusiera que deba tomarse en consideración el período de uso, el estado general de lo reemplazado, así como la cantidad y calidad de reparaciones efectuadas.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, cuando una disposición reglamentaria desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu y finalidad, ello contraría el principio de jerarquía normativa y configura un exceso en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución nacional concede al Poder Ejecutivo (Fallos 327:4932 y 4937 y sus citas de Fallos 322:1318; art. 31, Const. nacional), supuesto que está presente toda vez que lo dispuesto en el decreto 1789/1994 contraría y altera la sustancia del ejercicio de la opción dispuesta a favor del consumidor prevista en el art. 17 de la Ley de Defensa del Consumidor. Esta restricción se evidencia porque posiciona al proveedor de la garantía desde un lugar ajeno a su competencia, sin que haya tenido algo que ver con la aparición de algún desperfecto en el producto vendido.

Una interpretación en este sentido no es razonable en el marco jerárquico de las disposiciones constitucionales, ya que las empresas deberían tener un mayor conocimiento que los consumidores del producto que venden (art. 42, Const. nacional; por ejemplo detectar a priori el origen de la fallas) y, en base a ese conocimiento y calidad de lo que ofrecen, asegurar al consumidor un nivel de calidad del producto para que no tenga que transitar un recorrido sesgado de obstáculos (acudir a la concesionaria varias veces, privarse de tener el auto cuando se repara, acudir a un abogado para la defensa) para obtener una cosa en óptimas condiciones. Vale decir, el ofrecimiento de una determinada marca en un auto 0 kilómetro lleva ínsito una promesa de calidad, en relación al alto costo del producto. Es por ello que las restricciones previstas en el decreto -sustituir el auto comprado por un auto usado- distorsionan el sentido de la norma que no es otro sino que el consumidor reciba un nuevo producto en reemplazo del defectuoso; por lo tanto, es dable abstenerse de aplicar dicho decreto reglamentario para que cobre plena virtualidad la opción legal (ver similar criterio, Cám. Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, "Giorgi, Carlos G. v. Ford Argentina", sent. 123-2009, publicado SJA, 10-VI-2009; ver también Sola, Juan Vicente, en el Tratado de Derecho Constitucional, t. III, ed. La Ley, 2009, p. 567 y ss.).

De otro modo, el consumidor quedaría atrapado por la conducta dilatoria del empresario cuando ha tenido algo que ver para llegar a esta instancia, con el agravante de que ejercida la opción legal prevista en el art. 17 de la Ley de Defensa al Consumidor se tendría que resignar a recibir un auto usado.

En estas condiciones tampoco tiene entidad el enriquecimiento sin causa endilgado a la actora, en el supuesto de que reciba un 0 kilómetro, toda vez que el consumidor pagó un alto precio de compra en parte destinado a absorber esta garantía a fin de no verse conculcados sus intereses legítimos en la elección que le diera seguridad de alcanzar la identidad del producto ofrecido por la marca (arts. 953, 1197, 1198, 1071, 954, 907 del Cód. Civ.). Por todo lo expuesto, propongo que la demanda sea admitida, debiendo las demandadas sustituir el vehículo adquirido por el actor Capaccioni con otro de las mismas características, cero kilómetro.

7. En lo que respecta al daño moral, habiéndose demostrado que con la adquisición de un auto BMW de alta gama no se reunieron las características ofrecidas en el propio instructivo del vehículo, además de todas las vicisitudes que el consumidor tuvo que transitar para hacer valer la garantía, es que considero que se encuentra acreditado el agravio como resultado existencial negativo diferente de aquél al que se encontraba

antes de la compra del auto, siendo procedente la indemnización que en concepto de daño moral fuera reclamada, estimada en el 5% del valor del automóvil a la fecha de compra (\$ 6.350), con más los intereses fijados en la instancia de origen (tasa pasiva del Banco Provincia), desde la mora, ocurrida el día 3 de agosto de 2007, hasta el efectivo cumplimiento (fs. 40/41, 67 y 349/vta.; arts. 505, 509, 522, 622 y concs., Cód. Civil; 3 y 17, ley 24.240; 42, Const. nacional). Costas a la demandada vencida (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Voto por la afirmativa.

Los señores jueces doctores Kogan, Negri y Genoud, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázzari, votaron la cuestión planteada también por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia impugnada y, en consecuencia, se declara procedente la demanda entablada en autos, debiendo las accionadas sustituir el vehículo adquirido por el actor Capaccioni por otro de las mismas características, cero kilómetro, e indemnizar el daño moral reclamado, estimado en el 5% del valor del automóvil 0 kilómetro a la fecha de la compra (\$ 6.350), monto al que deberán agregarse los intereses fijados en la instancia de origen (tasa pasiva del Banco Provincia), desde la mora (3-VIII-2007) hasta el efectivo cumplimiento. Las costas se imponen a las demandadas vencidas (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

HECTOR NEGRI
LUIS ESTEBAN GENOUD
HILDA KOGAN
EDUARDO NESTOR DE LAZZARI
CARLOS ENRIQUE CAMPS – Secretario-

B) COMPRAVENTA INMOBILIARIA. INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL A FAVOR DEL CONSUMIDOR. CLÁUSULA DE PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA.

Causa “Vivas, Nelson David c/ Grupo Farallón Desarrollos Inmobiliarios S.R.L. s/ vicios redhibitorios”

C. 100.854, sent. del 21-IX-2011

CUESTIÓN PLANTEADA:

En esta compraventa inmobiliaria celebrada las partes controvierten la interpretación de la cláusula que dispone la prórroga de la competencia territorial para las cuestiones que se susciten con motivo de la ejecución del boleto de compraventa.

RESEÑA DEL CASO:

El actor promovió demanda de cumplimiento de contrato contra el “Grupo Farallón Desarrollos Inmobiliarios S.R.L.” y otros, con motivo de la compraventa de un lote de terreno en un club de campo.

El juzgado de primera instancia desestimó la excepción de incompetencia opuesta por la parte demandada. Apelada tal decisión, la Cámara la revocó y declaró la incompetencia del juez de origen ordenando el archivo de las actuaciones.

La Corte, por mayoría, dejó sin efecto el pronunciamiento del **a quo** y, por ende, desestimó la excepción de incompetencia por considerar que la cláusula que estipulaba prórroga había perdido vigencia con la posterior celebración de la escritura pública traslativa de dominio, ello en razón de lo dispuesto por los arts. 1 y 2 del Código Procesal Civil y Comercial y el principio protectorio consagrado en los arts. 3 y 37 de la ley 24.240.

DOCTRINA:

- Al autorizar el art. 1 del Código Procesal Civil y Comercial la prórroga de competencia territorial, en los asuntos exclusivamente patrimoniales, requiere la “conformidad de partes”. Asimismo, el art. 2 del citado ordenamiento establece que la prórroga se operará si surgiere de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiesten explícitamente su decisión de someterse a la competencia del juez a quien acuden [del voto del Juez Soria].

- Al no reiterarse en la escritura la cláusula sobre prórroga de la competencia que contemplara el boleto de compraventa anterior, surge un estado de duda sobre si los contratantes consideraron que dicha prórroga había sólo de regir la relación jurídica durante el tramo previo al otorgamiento del instrumento público o si -por el contrario- las partes mantuvieron su voluntad de someter sus conflictos a la decisión en extraña jurisdicción. En este contexto, cabe inclinarse por la no subsistencia de tal prórroga, en razón de lo dispuesto por los arts. 1 y 2 del Código Procesal, así como lo normado por los arts. 3 y 37 de la ley 24.240 orientando la interpretación del contrato en el sentido más favorable al consumidor [del voto del Juez Soria].

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 21 de septiembre de 2011, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Genoud, Pettigiani, de Lazzari, Soria, Negri, Hitters, Kogan, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 100.854, "Vivas, Nelson David contra 'Grupo Farallón Desarrollos Inmobiliarios S.R.L.' Vicios redhibitorios".

ANTECEDENTES

La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Quilmes revocó la sentencia de primera instancia, declarando la incompetencia del juez de origen y ordenando el archivo de las actuaciones.

Se interpuso, por el apoderado de la parte actora, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. El juzgado de primera instancia desestimó la excepción de incompetencia incoada por la parte demandada (fs. 594/595 vta.).

Apelada la decisión, la Cámara departamental la revocó y declaró la incompetencia del juez de origen ordenando el archivo de las actuaciones (fs. 672/677).

Para fundar lo resuelto, señaló que la competencia territorial surge de la copia del boleto de compraventa celebrado entre las partes (anexo a fs. 645/662), en el cual someten la dilucidación de eventuales controversias a la órbita de la justicia ordinaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En tal virtud, entendió que la prórroga de jurisdicción allí pactada debe cobrar operatividad en el sub examine. Se valió para decidir de tal modo de un argumento central: se trata de una materia objeto de acuerdo, por no exceder el interés de las partes en tanto involucra cuestiones de índole exclusivamente patrimonial.

Se ocupó de analizar los efectos del contrato de compraventa desestimando los argumentos vertidos por la actora que, en su conteste de fs. 621/629, alegó que "... habiéndose suscripto la escritura traslativa de dominio, no existen cuestiones relacionadas con el boleto, pues éste agotó su vida útil..." (v. fs. 627). En relación a ello, afirmó el a quo que la compraventa es un contrato consensual y no formal, aún cuando tenga por objeto la transmisión de inmuebles, porque la escritura pública es un requisito de transferencia del dominio pero no del contrato en sí.

Desde esa perspectiva, destacó que las obligaciones que motivan el reclamo del actor surgen del citado boleto, cuya referencia y remisión en la escritura pública llevan a inferir que integra inescindiblemente

la misma. Aún más -indicó- es el propio actor quien impetra que se oficie al escribano interviniente para la remisión del boleto de compraventa adjunto en la escritura traslativa de dominio.

En el recorrido de la interpretación que debe prevalecer en el régimen contractual, recordó que las partes se deben no sólo aquello que han estipulado sino todo aquello que en cada situación "... impone la buena fe..." (fs. 675 vta.). El respeto de dicha regla, erigida en un principio general de inalterable valor ético, es fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles de acuerdo con la naturaleza de la función jurídica y la finalidad perseguida por los contratantes a través de ella.

Finalmente, destacó la importancia de la búsqueda de la verdad jurídica objetiva en la resolución de las controversias y, bajo ese prisma, juzgó ajustada a derecho la medida para mejor proveer ordenada por la alzada (v. fs. 638). Sin perjuicio de lo cual no soslayó que el requerimiento se vincula a una probanza no producida en autos pero ofrecida por ambas partes.

II. Contra lo decidido, interpone recurso de inaplicabilidad de ley el apoderado de la actora (fs. 681/702) en el que denuncia la violación de los arts. 5, 16, 17, 18, 19, 31 y 33 de la Constitución nacional; 10, 11, 15, 25, 31 y 171 de la Constitución provincial; 10, 1184 inc. 1, 9 y 19, 1185, 1198, 1323, 1326, 2505, 2524, 2602, 2609, 2164, 2167 del Código Civil; 34 incs. 4 y 5, ap. c, 36 inc. 2, 68, 272 y 347 inc. 1 del Código Procesal Civil y Comercial. Alega asimismo la vulneración de la doctrina de esta Corte provincial. Plantea la cuestión federal.

Los agravios del recurrente se vinculan con diferentes parcelas del pronunciamiento, a saber:

a) El dictado de la medida de mejor proveer por el a quo, por entender que excede el ámbito de sus facultades. Califica a la misma de violatoria de su derecho de defensa, del derecho de igualdad de las partes y de los principios de preclusión e indisponibilidad de las formas.

b) La aplicación de los arts. 1184 y 1185 del Código Civil resulta arbitraria e ilegal y no se ajusta a la opinión autoral que se cita como mayoritaria. Por el contrario, la temática ha suscitado las más arduas discusiones en el ámbito doctrinal. Se aparta igualmente de la doctrina legal de esta Corte.

c) La absurda apreciación de la prueba que lleva a concluir al tribunal de apelación que la escritura refiere y remite al boleto de compraventa, cuando en realidad esa circunstancia no surge de tal elemento de convicción.

d) La imposición de costas de ambas instancias a su cargo, no obstante que la Cámara procedió a revocar el decisorio del juez de grado

III. El recurso debe prosperar.

a) El tribunal a quo declara la incompetencia del juzgador de origen sustentándose en la cláusula de prórroga de jurisdicción convenida por las partes en el ya citado boleto de compraventa. Conforme a la misma, las controversias que eventualmente se suscitaran entre los contratantes "... serán dirimidas en los Tribunales ordinarios de la ciudad de Buenos Aires, renunciando a cualquier jurisdicción que pudiere corresponderles..." (v. fs. 674).

Como basamento de su decisión, rechazando el planteo del apelante tendiente a cuestionar la validez de aquel instrumento, sentencia que la escritura pública celebrada a posteriori refiere y remite reiteradamente al complejo núcleo obligacional plasmado en el boleto de compraventa. A partir de tal entendimiento, concluye que este instrumento privado "... integra inescindiblemente la misma..." (v. fs. 675). Aduna a ello que es el propio actor quien solicita que se oficie al notario actuante a fin de que "... remita fotocopia certificada del boleto de compraventa agregado en la escritura..." (fs. 675 y vta.).

b) Considero conveniente tratar, en primer lugar, la cuestión referida a la naturaleza jurídica del boleto de compraventa, materia que ha sido aprehendida por el juzgador de grado como dato esencial a la hora de resolver la situación expuesta.

Y ello por cuanto lo que a su respecto se decida podrá, eventualmente, tornar abstractos los demás agravios que trae la recurrente en orden, principalmente, a la manera en que la documental que sirve para fundar lo decidido (boleto de compraventa) fuera incorporada a la litis a partir de la disposición, por parte de la alzada, de una medida para mejor proveer.

c) En tal sentido considero, como lo adelantara, que asiste razón a la recurrente en cuanto a que lo resuelto por el a quo no se ajusta a derecho.

Tiene dicho esta Corte que "los arts. 1185 y 1187 del Código Civil, acuerdan al boleto de compraventa los efectos propios de un contrato preliminar por el que las partes se han obligado recíprocamente a hacer escritura pública y la escrituración ulterior al boleto opera con eficacia traslativa, en tanto integra las formas exigidas y se erige en un 'título suficiente' para transferir el dominio" (Ac. 42.565, sent. del 19-VI-1990; Ac. 69.336, sent. del 17-V-2000).

Comparto tal noción de que el boleto de compraventa inmobiliaria es un contrato preliminar o precontrato, válido como tal, en el cual las partes se obligan a celebrar el contrato definitivo de compra y venta, mediante el otorgamiento de la escritura pública prescripta en el art. 1184 inc. 1º del Código Civil (conf. Lafaille, "Contratos", p. 242; Salvat-Acuña Anzorena, I, nº 149, p. 130; Gatti-Alterini, "Régimen jurídico del boleto de compraventa", "La Ley", 143-1149).

El art. 1185 del Código Civil, al establecer que los contratos no quedan concluidos como tales mientras la escritura pública no se haya firmado, se erige como argumento decisivo para adoptar tal solución definitiva.

Por ello entiendo que asiste razón a la recurrente en cuanto afirma que "no existe ultraactividad del boleto más allá de la firma de la escritura" (fs. 697 vta.).

También asiste razón a la recurrente en cuanto alega que el a quo incurrió en absurdo al evaluar la escritura traslativa de dominio (fs. 699/700), tiempo en que la alzada hubo de concluir que en diversos pasajes de dicha escritura se hacía mención al mismo boleto de compraventa suscripto por las partes (fs. 675) cuando, en realidad, lo que menciona reiteradamente el escribano autorizante es un antecedente (boleto) dado entre dos partes que no son las involucradas en la litis (Pulte S.R.L. y Abril S.A.).

d) Tal como lo adelantara al estructurar mi voto, el modo de resolución que propongo torna abstractos los demás agravios que trajera a esta instancia extraordinaria la recurrente.

e) Es en virtud de todo lo expuesto que debe revocarse la sentencia recurrida, manteniéndose en consecuencia la competencia atribuida al juzgador de grado inferior (art. 5, C.P.C.C.).

Con costas a la vencida (art. 69, C.P.C.C.).

Voto por la afirmativa.

El señor Juez doctor Pettigiani, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votó también por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázari dijo:

Debo distanciarme de los votos precedentes.

Parto de una idea diversa en relación a la naturaleza del boleto de compraventa y por tanto las consecuencias que de tal concepción se extraen difieren de lo sostenido por mis colegas.

1. Tal como lo expresa Morello, el boleto de compraventa privado no constituye un contrato preliminar en el sentido que la doctrina citada por mis colegas lo indica. Así, los arts. 1185, 1186 y 1187 del Código Civil no son óbice para considerarlo como un verdadero contrato de compraventa en firme, serio y definitivo, perfecto en sí mismo, esto es como contrato de compraventa, y que la exigencia de la escritura pública (art. 1184, inc. 1), es un requisito formal que hace al modo de adquisición del dominio, con independencia de la compraventa en sí. Por tanto no existen dos actos o negocios jurídicos sucesivos, el uno presupuesto o antecedente del otro, pues ya con el boleto las partes han quedado enlazadas como verdaderos comprador y vendedor, en razón de haberse dado expresa y recíproca conformidad respecto de la cosa y del precio. El otorgamiento de la escritura no hace sino ejecutar el contrato de compraventa ya concluido el que, para nuestro sistema positivo, aún tratándose de inmuebles no deja de ser consensual (art. 1323, Cód. Civ.; Morello, Augusto M., "El Boleto de compraventa inmobiliaria", t. 1, Abeledo-Perrot, 3ra. ed., 1981, p. 43).

De allí que pueda considerarse que la escritura pública no es otra cosa que la forma de cumplimiento de una de las obligaciones que nacen con el boleto de compraventa. (art. 1323 del Cód. Civil).

2. Lo dicho brevemente hasta aquí me lleva a coincidir con el a quo.

Si dentro de las obligaciones asumidas al momento de suscribir el boleto se encontraba la de prorrogar la jurisdicción para el caso de que existiera algún litigio proveniente de dicha compraventa (fs. 645/662), ella permanece incólume por más que la escritura traslativa de dominio se haya concretado. La ausencia de referencia en tal escritura de una voluntad contraria de las partes a dicha prórroga hace subsistir el acuerdo. De este modo, las obligaciones asumidas en el boleto no se evaporan o desaparecen por el mero hecho de que una de ellas se haya concretado (la de efectuar escritura traslativa del dominio).

En este sentido, resultaría impropio obligar a las partes a reiterar permanentemente y en todo momento lo que ya fuera acordado oportunamente, esto es, que aceptaron prorrogar la jurisdicción sobre lo concerniente al negocio. Ninguna "ultraactividad" se pretende en el caso, solo la "actividad" de un acuerdo que continúa vigente (fs. 697 vta.).

Lo dicho me inclina por sostener que la convención relativa a la prórroga de jurisdicción se mantiene vigente en el caso por lo cual debe confirmarse la sentencia de Cámara.

3. En cuanto a los diversos agravios referidos a la medida para mejor proveer (que posibilitó la incorporación de una copia certificada del boleto de compraventa en el que surge expresamente la prórroga), debe tenerse en cuenta que exceden el límite del recurso en examen, ya que los mismos se vinculan con una cuestión procesal previa a la sentencia (conf. causa L. 49.370, sent. del 16-XI-1993).

Por otra parte, la disconformidad con la medida para mejor proveer dispuesta por el a quo fue oportunamente tratada en la sentencia, sin que lo expresado en el recurso altere el sólido fundamento ofrecido por la Cámara en el sentido de que el instrumento en cuestión fue ofrecido como prueba por ambas partes y resulta un elemento indispensable en la búsqueda jurídica objetiva a la cual está compelido todo tribunal.

Por lo expuesto voto por la negativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

1. El recurso habrá de prosperar.

a. En el sub lite, se debate la operatividad del art. 25 del boleto en la cual las partes expresaron que "se someten, para cualquier controversia relacionada con el presente, a la jurisdicción y competencia de los Tribunales Ordinarios de la Ciudad de Buenos Aires, renunciando expresamente a cualquier jurisdicción que pudiere corresponderles" (v. fs. 662).

b. Ahora bien, a fin de dilucidar la cuestión planteada -en mi opinión- no resulta menester ingresar al análisis de la naturaleza jurídica del boleto. Veamos.

Aun cuando se interprete, como entiende el tribunal a quo, que el boleto de compraventa no pierde virtualidad y comporta, en sí mismo, un contrato de compraventa perfecto, siendo la escritura una simple exigencia a los fines de la adquisición del derecho real de dominio, no es dable soslayar que en la especie la operación celebrada fue posteriormente plasmada en la escritura pública en la que no se reiteró la prórroga en debate.

Siendo ello así, en rigor, lo que cabe aquí determinar es si dicha cláusula -que, vale aclarar, al ser autónoma e independiente con respecto al objeto del negocio jurídico no constituye un elemento esencial del contrato de compraventa (art. 1323, 1326 su doct. del Cód. Civ.)- debe reputarse subsistente o no cuando, como en el caso, tal pacto no fue contemplado en la posterior escritura otorgada en cumplimiento de las obligaciones contraídas en el boleto originario.

Al no reiterarse en la mentada escritura surge, cuanto menos, un estado de duda sobre si los contratantes consideraron que dicha prórroga había de sólo de regir la relación jurídica durante el tramo previo al otorgamiento del instrumento público o si -por el contrario- las partes mantuvieron su voluntad de someter sus conflictos a la decisión en extraña jurisdicción. En este contexto, cabe inclinarse por la no subsistencia de tal prórroga.

Dos órdenes de consideraciones me llevan a tal solución.

De un lado, vale recordar que el art. 1 del Código Procesal Civil y Comercial al autorizar la prórroga de competencia territorial, en los asuntos exclusivamente patrimoniales, requiere la "conformidad de partes". A su turno, el art. 2 del citado ordenamiento establece, en lo que aquí interesa, que la prórroga se operará si surgiere de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiesten explícitamente su decisión de someterse a la competencia del juez a quien acuden.

Resulta evidente que al efecto se requiere la concurrencia de voluntad bilateral.

En la especie, no media coincidencia en torno a la subsistencia o no de tal prórroga y siendo que debe primar un criterio restrictivo debido al carácter excepcional que reviste el pacto en cuestión, ante la situación planteada en el caso debe aplicarse en plenitud las reglas establecidas en el Código Procesal Civil y Comercial.

Del otro, refuerza tal parecer la índole del vínculo que ligara a las partes el cual, al decir de la propia Cámara resulta un contrato complejo al haber adquirido la actora un lote en un club de campo con una serie de obligaciones y restricciones al dominio (v. fs. 675), relación entablada entre un particular consumidor -el aquí actor- y una empresa constructora -Grupo Farallón Desarrollos Inmobiliarios S.R.L.- instrumentada en un contrato con cláusulas predisuestas.

Pues bien, tal como expresara al votar la causa C. 91.452, "Choqui", fallada el 17 de noviembre de 2008, en estos supuestos la interpretación ha orientarse en el sentido más favorable al consumidor, de conformidad con lo normado por los arts. 3 y 37 de la ley 24.240 (conf. Dictamen del Procurador nacional, al que adhiriera la Corte federal, in re, "Plan Ovalo S.A. de Ahorro para Fines Determinados c/ Giménez, Carmen E. s/ ejec. hipotecaria", sent. de 18-X-2006).

2. Por las razones expuestas, que estimo suficientes a fin de resolver la cuestión debatida, voto por la afirmativa.

Los señores jueces doctores Negri, Hitters y Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron también por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, por mayoría de fundamentos, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia impugnada y, en consecuencia, se rechaza la excepción de incompetencia, con costas (arts. 68, 69 y 289, C.P.C.C.).

El depósito previo efectuado (fs. 680 y 716), deberá restituirse al interesado.

Notifíquese y devuélvase.

EDUARDO JULIO PETTIGIANI
EDUARDO NESTOR DE LAZZARI
HECTOR NEGRI
DANIEL FERNANDO SORIA
JUAN CARLOS HITTERS
LUIS ESTEBAN GENOUD
HILDA KOGAN
CARLOS ENRIQUE CAMPS – Secretario-

C) CONCESIÓN DE SERVICIO VIAL. AUTOPISTAS Y RUTAS CONCESIONADAS. NATURALEZA JURÍDICA. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. DEBER DE SEGURIDAD. ACCIDENTES PRODUCIDOS POR ANIMALES SUELTOS. PRINCIPIO *IN DUBIO PRO CONSUMIDOR*.

Causa “Castro, Luis y otra contra Camino del Atlántico. Daños y perjuicios”

C. 79.549, sent. del 22-XII-2008

CUESTIÓN PLANTEADA:

En el pronunciamiento que se exhibe a continuación la Corte analizó la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por un accidente de tránsito provocado por animales que se encontraban sueltos en una ruta concesionada, enmarcando la relación jurídica que une al usuario de una autopista y al concesionario vial en la órbita del derecho del consumo.

RESEÑA DEL CASO:

Los damnificados y sucesores de las víctimas reclamaron contra la empresa concesionaria los daños derivados de un accidente de tránsito provocado por un animal suelto en una ruta.

El magistrado de origen estimó procedente la demanda, atribuyendo el 80% de responsabilidad a la accionada y el restante 20% al conductor del vehículo.

La Cámara departamental interviniente confirmó en lo principal la decisión, modificando el pronunciamiento en lo concerniente a la responsabilidad, la que atribuyó totalmente a la demandada “Camino del Atlántico”.

El Supremo Tribunal provincial, por mayoría, hizo lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley modificando el grado de responsabilidad de los partícipes del evento dañoso, manteniendo en este aspecto la sentencia de primera instancia.

En lo que aquí interesa destacar, siguiendo los lineamientos esbozados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación **in re** “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra c/ Buenos Aires, Provincia y otros s/ Daños y perjuicios” (sent. del 7-XI-2006), la Corte destacó la calificación de la relación que une al usuario de la ruta con la empresa concesionaria como contractual y de consumo, señalando que de allí deriva la existencia de un deber tácito de seguridad por parte de la concesionaria, constituido por la exigencia de adoptar medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes, siempre que sean previsibles.

DOCTRINA:

- La relación jurídica que une a los usuarios de la ruta con la concesionaria es contractual y de consumo (arts. 512, 902, 1197, 1198 y ccs., Código Civil; ley 24.240; 42, Const. nacional) [del voto del Juez Hitters].

- Además de la obligación principal de la prestadora del servicio de concesión vial (construcción, mantenimiento y explotación del camino concesionado) existen otros deberes que integran lo que se conoce como "obligación de seguridad" (art. 1198, Cód. Civ.; 5 ley 24.240), cuyo contenido varía de conformidad con las características del emprendimiento licitado. Integra esta serie de prestaciones implícitas la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles [del voto del Juez Hitters].

- La ocurrencia de accidentes de tránsito ocasionados por el paso de animales sueltos en la ruta, constituye una eventualidad previsible por lo general para la concesionaria, por lo que corresponde que la misma, en ejercicio de su deber de información -arts. 42, Const. Nac.; 4, ley 24.240- (lo que implica una necesaria auto-información previa), adopte las medidas concretas derivadas del marco reglamentario, tales como: i) comunicar a los usuarios sobre estas vicisitudes del tránsito (circulación de animales y sus riesgos); y ii) ejercer el poder de policía que le cabe en ausencia de la autoridad estatal, como por ejemplo suspender total o parcialmente la circulación. El incumplimiento de estas prestaciones pone en juego -por regla- la responsabilidad contractual de la concesionaria frente al usuario, sin que pueda eximirse invocando la imprudencia del dueño del animal (arts. 513, 514, 901 a

904 y 1124, Cód. Civil) que en todo caso quedará concurrentemente obligado al pago de los perjuicios ocasionados [del voto del Juez Hitters].

- El supuesto particular de accidentes ocurridos con ocasión del paso de animales por las rutas concesionadas, es claramente previsible para el prestador de servicios concesionados. La existencia de animales en la zona y la ocurrencia de accidentes anteriores del mismo tipo, constituyen datos que un prestador racional y razonable no puede ignorar. La carga de autoinformación -sobre tales eventos- y el deber de transmitirla al usuario de modo oportuno y eficaz, pesa sobre el prestador del servicio; deber que no se cumple con un cartel fijo, cuyos avisos son independientes de la ocurrencia del hecho, sino que requiere una notificación ante casos concretos, así como la implementación de eficientes medidas preventivas para la detección de tales riesgos en la autovía [del voto del Juez Pettigiani].

TEXTO IN EXTENSO:

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 22 de diciembre de 2008, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Pettigiani, Negri, Hitters, de Lázari, Kogan, Genoud, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 79.549, "Castro, Luis y otra contra Camino del Atlántico. Daños y perjuicios".

A N T E C E D E N T E S

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Dolores -por mayoría- confirmó el fallo de origen en lo principal decidido, modificándolo en cuanto a la responsabilidad, la que atribuyó totalmente a la demandada Camino del Atlántico.

Se interpusieron, por ésta, recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley.

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ª) ¿Es fundado el recurso extraordinario de nulidad?

Caso negativo

2ª) ¿Lo es el de inaplicabilidad de ley?

VOTACION

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

Coincido con el señor Subprocurador General en que el recurso impetrado es manifiestamente improcedente.

La recurrente sostiene que, en violación al art. 168 de la Constitución provincial, el tribunal ha omitido tratar el agravio vinculado a la imposición de costas a su parte por el rechazo de la citación en garantía de la aseguradora Visión S.A. (fs. 858 vta.), el que queda desvirtuado con la simple lectura de la foja 802, último párrafo en donde expresamente el fallo se ocupa de resolver el tema cuya preterición se denuncia, bien que en contra del interés de la peticionante.

Tiene dicho esta Corte que cumple con lo dispuesto por el art. 168 de la Constitución provincial la sentencia que ha dado respuesta a las cuestiones planteadas (conf. Ac. 51.086, sent. del 30-IX-1997 en "D.J.B.A.", t. 154, p. 55), cualquiera sea el acierto con que se haya hecho (conf. Ac. 33.865, sent. del 18-VI-1985; Ac. 73.293, sent. del 24-VIII-1999; Ac. 74.335, sent. del 25-X-2000 en "D.J.B.A.", t. 159, p. 261), siendo los supuestos errores de juzgamiento tema ajeno al recurso extraordinario de nulidad, debiendo buscarse su reparación por vía del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (conf. Ac. 32.688, sent. del 27-IV-1984 en "D.J.B.A.", t. 127, p. 281; Ac. 42.419, sent. del 21-V-1991 en "Acuerdos y Sentencias", 1991-I-754; Ac. 70.656, sent. del 10-XI-1998).

Voto por la negativa.

Los señores jueces doctores Negri, Hitters, de Lázzari, Kogan y Genoud, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Pettigiani, votaron la primera cuestión también por la negativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I. Luego de reseñar los criterios tradicional y moderno acerca de la naturaleza jurídica de la relación entre el concesionario de un corredor vial y los usuarios de dicha vía, el tribunal modificó su anterior postura adhiriendo no sólo a la que sostenía que la responsabilidad de la empresa concesionaria, respecto de hechos como el de autos, surgía de una vinculación contractual derivada de un contrato atípico que se generaba a través del pago del peaje y la contraprestación del servicio y que implicaba un deber de seguridad; sino también a la que ubicaba el vínculo en la relación de consumo conforme los términos de la ley 24.240 (Defensa del Consumidor; fs. 792/793).

También reconoció su origen en el contrato de concesión celebrado entre la empresa y el Estado y en la normativa legal regulatoria del tránsito provincial (art. 102, ley 11.430 y dec. 2719/1994), señalando la consagración de los derechos de usuarios y consumidores por la reforma constitucional de 1994, que los incorpora en el art. 42 de la Carta Magna nacional (fs. 793 y vta.).

Expresó que en los casos de accidentes de tránsito con animales sueltos en corredores viales concesionados por el sistema de peaje, el bien jurídico tutelado era la integridad física del automovilista; siendo protegido también, en punto a la responsabilidad civil de los concesionarios viales, a través de la obligación de seguridad consagrada por el art. 5 de la ley 24.240 y del principio general de la adecuada valoración del reproche de las conductas en orden a la previsibilidad de sus consecuencias (fs. 794).

Fundada, entonces, en la naturaleza contractual de la relación concesionario-usuario, analizó el Pliego de Especificaciones Legales, Contrato de Concesión y Reglamento de Explotación obrantes a fs. 36/86 concluyendo que el concesionario se encontraba obligado a prestar el servicio asegurando el tránsito de los usuarios en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo cualquier causa que originara molestias al tránsito o que representara peligrosidad para aquéllos; siendo la responsabilidad por la explotación, ininterrumpida durante las 24 horas; así como al contralor de la ruta por medio de sus dependientes que, en ausencia de personal policial tenían el carácter de autoridad y que debían adoptar las medidas necesarias para la regulación del tránsito, retirando de la calzada los objetos que impidieran la libre circulación o afectaren a la seguridad (fs. 794 vta./795).

Pero además la obligación de las autoridades competentes -en este caso los funcionarios del ente concesionario- de garantizar el tránsito vehicular cuando situaciones u obstáculos anormales comprometieran la seguridad, se encontraba alcanzada por el art. 102 de la ley 11.430 y el dec. 2719/1994; entendiéndose comprendidos en la previsión legal a los animales sueltos. De manera que -añadió- "... la responsabilidad de la concesionaria surge de un factor de atribución de carácter objetivo, cuyo fundamento es la obligación que asume de garantía y seguridad de la circulación..." (fs. 796 vta.), pudiendo liberarse si demostrara las eximentes previstas en el art. 1113 del Código Civil (últ. fs. cit.).

Con este piso de marcha entendió que la existencia de un dueño o guardián -no probada en autos ni producida su integración en la litis- no excluía la responsabilidad de la empresa concesionaria (fs. 797).

Así consideró que la apelante no había logrado destruir la prueba testimonial demostrativa de la presencia de animales sueltos en la ruta desde tiempo antes de la ocurrencia del hecho pues no obstante las contradicciones alegadas no aportó prueba en contrario para demostrar que ello no fuera así (fs. 797 vta.).

Tampoco fueron desvirtuados los testimonios que mencionaban el paso de un móvil de Camino del Atlántico que no cumplió con su obligación de denunciar la existencia de animales ni tomó las precauciones en la emergencia como era su obligación contribuyendo con su omisión al acaecimiento del hecho (fs. 798).

Agregó que la habitualidad de la presencia de animales sueltos y la cercanía a la zona de acceso a la localidad de Mar de Ajó aumentaban la obligación de contralor y vigilancia de la empresa y su previsibilidad confirmaba la negligencia sostenida por el actor (fs. 798 y vta.).

En cuanto a la responsabilidad atribuida por el fallo de origen a la víctima, estimó que debía dejarse sin efecto pues en el hecho acaecido no tenía incidencia la velocidad desarrollada por su automóvil (130 km/h según pericia de fs. 588/595) pues si bien superaba la permitida no había resultado determinante en la ocurrencia del hecho, ni constituía una circunstancia atendible para disminuir o atenuar la responsabilidad de la empresa, en tanto una menor velocidad no hubiera evitado el accidente (fs. 798 vta./799).

Por último, atribuyó las costas a la demandada, en virtud del principio objetivo de la derrota (fs. 802).

II. Contra este pronunciamiento interpone la demandada recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por el que denuncia violación de los arts. 511, 512, 519, 529, 1113 y 1198; errónea aplicación de la ley 24.240, modif. por ley 24.999, y de doctrina legal que cita así como absurda valoración de la prueba.

Aduce, inicialmente, que "... deviene contradictorio y absurdo concluir como lo hace la sentencia que existe una responsabilidad contractual de la que es posible eximirse por las causales del art. 1113 del C. Civil" (fs. 846 vta.), violando con ello la doctrina de este Tribunal que considera incongruente exigir la prueba de la culpa de la víctima o de un tercero, en los términos del art. 1113 del Código Civil para eximir de la responsabilidad contractual, pues implica la confusión de distintos sistemas previstos en aquel ordenamiento (Ac. 41.826, sent. del 28-XI-1989 en "Acuerdos y Sentencias", 1989-IV-302). De atenderse a la hipótesis contractual, se ha invertido erróneamente la carga de la prueba dado que en dicho supuesto es la actora la que debe acreditar el nexo causal entre el hecho (supuesto incumplimiento contractual) y el daño (fs. 486 vta.).

En el caso de los hechos ilícitos -agrega fundado en doctrina de esta Corte- también debe acreditarse por la legitimada activa la existencia del correspondiente nexo causal, no bastando la prueba de que existió culpa o imprudencia por omisión de deberes legales y daño a un tercero (fs. 847 vta.).

Añade que, a contrario de lo que absurdamente sostiene el tribunal, la actora no ha demostrado - como era su carga atendiendo a la responsabilidad contractual decidida- que el equino interviniente en el accidente fuera uno de los visualizados alrededor de entre tres y cinco horas antes, circunstancia que tampoco pudo ser corroborada por la prueba testimonial pues ninguno de los testigos presencié el hecho, siendo desvalorizada la única declaración que, tomada en sede penal (María Luisa Galván, fs. 60), diera cuenta de la real forma en que el equino huyó de una fracción aladaña al camino perpendicular a la ruta, identificando al propietario del predio y presunto dueño del animal que por deficiente integración de la litis, no fue traído a juicio (fs. 848 vta./849 vta.).

Ni del expediente penal ni de ninguna de las pruebas aportadas surge la veracidad de los hechos narrados por la actora, los que erróneamente se los tiene por acreditados.

Desde el aspecto extracontractual tampoco se ha apreciado debidamente la prueba ya que el tribunal, valorando absurdamente la pericia del ingeniero mecánico, resta importancia a la velocidad de 130 km/h alcanzada por el siniestrado en el momento de la colisión, por considerarla no determinante de la ocurrencia del hecho, pues aun de haber circulado a menor velocidad no se hubiera podido evitar la colisión frente a la aparición sorpresiva del equino en la ruta, circunstancia que para la Corte Suprema (caso "Colavita")

constituye la interrupción del nexo causal entre el hecho y el daño respecto de la concesionaria de una obra pública por peaje (fs. 850).

También considera viciada la apreciación de la documental aportada, consistente en el Contrato de la Concesión acompañado por la Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires (fs. 278 y sgtes.) y en el Reglamento de Explotación de la Ruta (fs. 36/86). En cuanto al primero porque surge claro que no implica un contrato entre el concesionario y el usuario, ni impone un precio para el uso de la ruta, sino que consiste en la realización de una obra pública a cargo de la empresa concesionaria, la cual es pagada mediante el peaje que se cobra a los usuarios del camino (dec. ley 9254/1979, mod. por ley 10.867 y ley 11.184); en cuanto al segundo porque no existe en el mismo nada que atribuya la responsabilidad :por animales sueltos al concesionario (fs. 850 vta./851 vta.).

Considera, por otra parte, que al indicar el tribunal que existe un contrato atípico entre la Concesionaria y los usuarios que genera una relación de consumo, ha violado la doctrina legal que sostiene que si bien éstos son considerados terceros en relación al contrato celebrado entre el concesionario de obra pública y el Estado, al estar a su cargo la financiación de la obra, quedan sujetos a normas de derecho administrativo, no existiendo entre el usuario y el concesionario ninguna relación contractual ya que la tarifa posee naturaleza tributaria (fs. 851 vta./852).

Sostiene, además, que en virtud de lo dispuesto por el art. 3 del Código Civil, no resulta de aplicación el art. 40 de la ley 24.240 (que establece la responsabilidad solidaria y objetiva del prestador del servicio), toda vez que al ser vetado por el Poder Ejecutivo recién comenzó a regir a partir de la ley 24.999 publicada el 30 de julio de 1998, es decir con posterioridad a los hechos de esta causa, los que tampoco resultan alcanzados por la primera ley citada no sólo porque el usuario de la vía concesionada no es el "consumidor" o "usuario" que contrata para su consumo final sino por cuanto no fue oportunamente introducido el planteo por alguna de las partes, lo que convierte a la decisión en crisis en arbitraria, incurriendo así el juzgador en demasía decisoria y en la violación de la garantía constitucional de la defensa en juicio (fs. 852 vta./853).

Tampoco debe aplicarse el art. 102 de la ley 11.430 (dec. 2719/94) pues el poder de policía pesa sobre el Estado que no puede delegarlo en los particulares y si -agrega con cita del caso "Colavita" de la Corte Suprema nacional- la Concesionaria está obligada a mantener libre de molestias el tránsito vehicular, ello debe interpretarse en el sentido de garantizar la remodelación, conservación y explotación del corredor vial y no exigirle el control de alambrados linderos a la traza.

Reprocha al tribunal el haber cambiado intempestivamente el criterio sostenido por una doctrina pacífica sin que se hubieran producido situaciones de hecho o de derecho que lo justifiquen (fs. 856 y vta.).

Por último, a fs. 857 el impugnante se queja de la violación de la doctrina sustentada por la Corte Suprema de Justicia nacional en los casos "Estado nacional c/ Arenera el Libertador S.R.L." (sent. del 18-VI-1991, publicado en "La Ley", 1991-D-40) y "Colavita, Salvador y otro c/Provincia de Buenos Aires" (sent. del 7-III-2000, publicado en "La Ley", 2000-B-754).

III. El recurso prospera parcialmente.

1. Se ha traído a debate un tema que en los últimos tiempos ha provocado no pocas discusiones doctrinarias, a punto tal que en el caso que nos ocupa no sólo motivó una disidencia en la alzada sino que determinó el cambio de criterio de quienes obtuvieran la mayoría.

Ello obliga a establecer, liminarmente, el encuadre jurídico de la cuestión, el que -anticipo- advierto erróneo en la decisión bajo análisis.

Siguiendo a Martín Diego Pirota ("Responsabilidad por daños derivados del peaje", Ed. de Belgrano, 1999, pág. 55 y sigtes.), respecto del tema en tratamiento existen dos posiciones antagónicas:

a) Posición civilista: considera que la vinculación entre el concesionario y el usuario de un corredor vial es de índole contractual en virtud de la cual el segundo paga un precio por el uso (VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil y Comercial y Procesal, Junín, set. de 1996, en "Jurisprudencia Argentina", 1996-IV-1027, Despacho A, suscripto por Bueres, Goldemberg, Agoglia, Boragina, Meza, Sosa, Cavallero, Lloveras de Resk, Cirelli, Burgos, Marchand, Sagarna, Caramanico, Picasso, Wajtraub, Ameal, Casiello, Gesualdi, Parellada. Ghersi opina que es un contrato de adhesión in totum y Padilla y Arias Cau que es un precio que ha dejado de ser contribución especial en virtud de la incorporación del art. 58 de la Ley de Reforma del Estado, como párrafo segundo del art. 1 de la ley 17.520/1963).

El usuario de un corredor vial es un consumidor final por lo que las relaciones usuario-concesionario están regidas por la ley 24.240/1993 (Defensa del Consumidor y del Usuario) que se aplica tanto a los contratos que tienen por objeto adquirir bienes, como a los que tienen por finalidad una prestación de servicios que pueden ser públicos y está destinada a regir las relaciones jurídicas emergentes de los contratos comerciales entre una empresa (en este caso el concesionario) que impone sus condiciones generales de contratación (parte dominante) y el cliente (usuario; parte débil) que se ve sometido a las cláusulas predisuestas por el primero; con lo que se advierte una notable desproporción en las condiciones de contratación que la ley trata de atemperar protegiendo al más débil.

Según Rinesi el usuario de carreteras concesionadas es, en definitiva, un verdadero usuario, así como el concesionario es un proveedor de servicios (conf. arts. 1 y 2 de la ley 24.240/1993); la relación es contractual y de carácter oneroso por lo que queda subsumida dentro de esta norma.

Farina habla de "relación de consumo", concepto más amplio que "contrato para consumo" pues abarca todas las etapas y actividades destinadas a colocar en el mercado bienes y servicios para ser adquiridos por consumidores y usuarios ("Defensa del Consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del dec. regl. 1798/94", Ed. Astrea, Bs.As., 1995, pág. 337).

En el sentido expuesto también se pronuncia Sagarna (v. comentario adverso a fallo en "La Ley", n° 90, año 2000, págs. 4/5).

b) Posición publicista: a la que adhiere la mayoría de los administrativistas, entiende que es de índole extracontractual: se afirma la esencia tributaria del instituto. Algunos autores dicen que el peaje es una tasa

(Cincunegui, Guijarro, Bidart Campos, Ahumada, De Juano, Bielsa, Jéze, Maffia) que se paga como contraprestación del servicio prestado por una obra pública.

Otros autores (Villegas, Giuliani Fonrouge, Bidart Campos, Damarco, Marienhoff, Bezzi, Proclava Lafuente, Venegas, Compiani, Lovece) lo consideran una contribución especial dada la afectación especial de los fondos recaudados en concepto de peaje, destinados a solventar la construcción y mantenimiento de la obra pública.

Para Pirota el peaje es un tributo, del tipo de contribución especial pues de la interpretación del art. 1 de la ley 17.520 (modificado por el 58 de la ley 23.696) surge que las concesiones de obra se otorgan "para" la explotación, administración, reparación, etc., de obras ya existentes o nuevas siempre que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras, es decir, que los fondos recaudados en concepto de peaje tienen un destino determinado por las obras públicas; está fijado coactivamente por el Estado (op. cit., págs. 62/63).

En mi opinión, el caso en examen debe ubicarse en la órbita de la responsabilidad extra contractual pues, si bien la relación entre el concesionario y el concedente es de carácter contractual de derecho administrativo, el peaje es una contribución de naturaleza tributaria que tiene por fin costear la construcción y mantenimiento de una determinada obra pública, fijado unilateralmente por el poder administrador y no el pago del precio por la utilización de una ruta (C.N.Civ., Sala A., 5-VI-1999, con cita de copiosa jurisprudencia y doctrina; Pirota, op. cit.; v. además, en similar sentido el fallo la Corte Suprema, "Estado nacional c/Arenera El Libertador S.A. y otro. Cobro de pesos", en "La Ley", 1991-D-404).

Se ha dicho otrora que la mera circunstancia de que haya mediado una relación contractual entre algunas de las partes del juicio, no supone que necesariamente la responsabilidad sea siempre de naturaleza contractual porque entre personas convencionalmente relacionadas pueden acontecer sucesos extraños al contrato que, aunque ocurran en ocasión o durante el despliegue de las consecuencias del vínculo, quedan marginadas del mismo y de las eventuales vicisitudes de un incumplimiento contractual (conf. Ac. 34.147, sent. del 17-IX-1985 en "Acuerdos y Sentencias", 1985-II-684).

2. Ahora bien, recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su actual composición, ha modificado su postura sobre la cuestión (en relación con su precedente "Colavita, Salvador y otro c/Provincia de Buenos Aires", sent. del 7-V-2000, "La Ley", 2000-B-755; entre otros).

En efecto, ha dicho el Tribunal cimero que el vínculo que se establece entre el concesionario de las rutas y los usuarios de las mismas debe ser calificado como una relación de consumo en el derecho vigente, a la luz de lo prescripto por la ley 24.240 y modificatorias; mientras que en los casos en los que el siniestro hubiera ocurrido con anterioridad a la vigencia de dicha norma y sin perjuicio de que la protección de la relación de consumo tiene sustento asimismo en el art. 33 de la Constitución nacional, el vínculo debe entenderse como contractual, regulado por el Código Civil, ya que la relación entre el concesionario y el usuario debe entenderse como diversa a la que el primero tiene con el Estado (C.S.J.N. in re "Bianchi, Isabel

del Carmen Pereyra c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y perjuicios", sent. del 7-XI-2006, consid. 3°).

En autos, habiendo ocurrido el siniestro, conforme las constancias obrantes en la causa, el 24 de julio de 1994 (ver fs. 91 vta.), se impone reconocer al vínculo jurídico habido entre el automovilista y el concesionario vial como una relación de consumo. Ubicados desde ese mirador, cabe concluir que "*el servicio debe ser suministrado en forma que, utilizado en condiciones normales y previsibles, no presente peligro para la salud e integridad de consumidores y usuarios, lo que comprende supuestos de responsabilidad objetiva por riesgo o vicio del servicio (arts. 5, 6, 40 y concs., ley 24.240) pero no descarta, incluso, supuestos de responsabilidad fundados en la culpa subjetiva (arts. 512, 1109, 1074 y concs., Cód. Civil). Calificados doctrinarios han adherido, con matices, a esta interpretación (Cf. LORENZETTI, Ricardo L., 'Concesionarios viales. ¿En qué casos hay responsabilidad', -Revista de Derecho de Daños N° 3, p. 157, cit. y 'La Corte Federal fija su posición en la responsabilidad por accidentes de tránsito ocurridos por la colisión en rutas con animales', RCyS, 2000-39 y LORENZETTI, Ricardo L., 'Consumidores', p. 114, N° 6 y 487 N° XIII, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003; MOSSET ITURRASPE, Jorge, 'Defensa del Consumidor', p. 20, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003; GORDILLO, Agustín, 'Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado' cit. t. 2, 48 ed, p. XX-14; IRMAHORN, Analía, 'Responsabilidad de los concesionarios de un corredor vial ante los accidentes sufridos por los usuarios...', LLC, 1999-1105; HISE, Mónica y ROSSELLO, Gabriela, 'Peaje', 'Jurisprudencia Argentina', 2000-IV-1110; RINESSI, Antonio J., 'La desprotección de los usuarios viales' en Revista de Derecho de Daños N° 3, p. 111; aut. cit. 'El servicio público y la defensa del usuario', LA LEY, 1995-E-1148; aut. cit. 'Contrato de peaje', DJ, 1998-3-437)"; Galdós, Jorge Mario; "Peaje relación de consumo y animales sueltos. Otro trascendente fallo", "La Ley", 2004-C-919).*

Si bien asiste razón al recurrente (fs. 852 vta.) cuando objeta la aplicación al caso de autos del art. 40 de la ley 24.240 -disposición legal que recepta la responsabilidad objetiva y solidaria de todo aquél que haya participado en la producción del producto o dación del servicio- ya que el precepto de marras entró en vigor a los 8 días de la publicación de la ley 24.999, que se efectivizó en el Boletín Oficial del 30 de julio de 1997, pues dicha norma había sido vetada por el Poder Ejecutivo nacional mediante el dictado del decreto 2089/1993 (el 13-X-1993) luego de sancionada la Ley de Defensa del Consumidor (22-IX-1993) por lo que su aplicación en la especie implica lisa y llanamente la trasgresión del art. 3 del Código Civil, afectando de ese modo derechos adquiridos; sin embargo, cabe sostener que el concesionario no asume una obligación de dar el uso y goce de una cosa, sino de prestar un servicio (C.S.J.N., in re "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/Daños y Perjuicios", sent. del 7-XI-2006, consid. 4°), en forma tal que utilizado por el consumidor en condiciones previsibles o normales no presente peligro alguno para su salud o integridad física (art. 5, ley 24.240), en tanto que cuando la utilización de dicho servicio pueda suponer un riesgo para la salud o integridad física del mismo, debe prestarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar su seguridad (art. 6, ley 24.240).

Véase aquí la concretización de un deber de seguridad, de origen legal e integrado a la relación de consumo, que obliga al concesionario a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles.

Justamente, el supuesto particular de accidentes ocurridos con ocasión del paso de animales por las rutas concesionadas, es claramente previsible para el prestador de servicios concesionados. La existencia de animales en la zona y la ocurrencia de accidentes anteriores del mismo tipo, constituyen datos que un prestador racional y razonable no puede ignorar. La carga de autoinformación -sobre tales eventos- y el deber de transmitirla al usuario de modo oportuno y eficaz, pesa sobre el prestador del servicio; deber que no se cumple con un cartel fijo, cuyos avisos son independientes de la ocurrencia del hecho, sino que requiere una notificación ante casos concretos, así como la implementación de eficientes medidas preventivas para la detección de tales riesgos en la autovía (C.S.J.N. in re "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/Daños y Perjuicios", sent. del 7-XI-2006, consid. 5°) debiéndose analizar en cada caso el efectivo incumplimiento de los deberes señalados, con fundamento en lo previsto por los arts. 512 y 902 del Código Civil, así como debiéndose atender a los deberes expresamente impuestos al concesionario por los respectivos pliegos y reglamentos de explotación (consider. 6°).

Luego, más allá de la opinión del suscripto expresada anteriormente, que dejo a salvo, teniendo en cuenta lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la innegable gravitación que -más allá de lo que pueda sostenerse sobre la eventual aptitud vinculatoria- cabe reconocerle en todo caso atento su ubicación en la cúspide del ordenamiento judicial (arts. 5, 108, 123, 127, Const. nacional), razones de celeridad y economía procesal me llevan a adoptar el criterio allí abrazado y, en consecuencia, a procurar llevar adelante el encuadre jurídico del caso en la forma propuesta por el Alto Tribunal.

3. De ello liminarmente se desprende que no pueden resultar de recibo las infracciones legales alegadas por el recurrente, relacionadas con la naturaleza del vínculo jurídico que unió al usuario con el concesionario demandado.

Conclusión que no obsta, sin embargo, para efectuar el adecuado encuadre del factor de imputación o atribución de responsabilidad a la luz del cual ha de analizarse la antijuridicidad endilgada al concesionario vial en autos.

En efecto, el tribunal a quo atribuyó responsabilidad objetiva al concesionario vial fundada -por un lado- en el art. 40 de la ley 24.240, cuya inaplicabilidad al caso ya ha sido receptada; así como -por el otro- en el art. 102 de la ley 11.430 y su dec. reglamentario 2719/1994, que extiende la responsabilidad a los concesionarios de rutas viales; sin embargo, la discusión de si los animales sueltos en la ruta se encuentran o no dentro de las llamadas por la norma "situaciones u obstáculos anormales" no puede ni siquiera abordarse toda vez que el citado decreto tampoco se encontraba vigente a la fecha del acaecimiento del hecho de autos (publ. B.O.P. el 1-XI-1994).

Tampoco coincide con las conclusiones que el tribunal a quo extrae del análisis de las estipulaciones obrantes en el Pliego de Especificaciones Legales, Contrato de Concesión y Reglamento de Explotación. Ello

así pues considero que no surge de ninguna de ellas que la demandada (concesionaria de peaje) hubiese asumido expresas obligaciones vinculadas con el hecho que motiva la presente acción. Si bien es cierto que la accionada se encontraba obligada en términos genéricos a "... prestar el servicio de utilización de la ruta por los usuarios en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo cualquier causa que origine molestias al tránsito, inconvenientes al mismo o que represente peligrosidad para los usuarios... " (fs. 56, "Especificaciones Legales -Capítulo IV- De la Explotación de la Ruta Organización de la Explotación", IV.2.1.), dicha estipulación debe ser interpretada en el contexto de las obligaciones propias del ente concesionario en orden a la remodelación, conservación y explotación del corredor vial conferido, enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquetas, y a la oferta de servicios auxiliares al usuario, como también debe interpretarse la responsabilidad por la falta de vigilancia y control que le compete al personal encargado, con carácter de autoridad en ausencia de otra superior, dentro del contexto del incumplimiento de las disposiciones de tránsito (IV.2.4., fs. cit.).

4. Sin embargo, el genérico deber de seguridad, de origen legal (arts. 5 y 6, ley 24.240) obligaba al concesionario a la adopción de medidas de seguridad y prevención adecuadas frente a los riesgos previsibles de la ruta (doctr. art. 1198, Cód. Civil; conf. C.S.J.N. in re "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y Perjuicios", sent. del 7-XI-2006, consid. 5°).

En autos, el tribunal a quo concluyó que la accionante había podido acreditar la presencia de animales sueltos en la ruta desde tiempo antes de la ocurrencia del hecho (fs. 797 vta.), así como que un móvil de Camino del Atlántico había circulado por el lugar en que se hallaban los equinos sueltos sin cumplir con su obligación de denunciar la existencia de los mismos, ni tomar las precauciones del caso (fs. 798 vta./799). Consecuentemente, los animales sueltos presagiaban un accidente y la accionada no demostró haber tomado medidas preventivas, por lo que su negligencia resultó comprobada para el sentenciante (fs. 798 y vta.).

El recurrente -más allá de poner en tela de juicio que el animal partícipe del siniestro fuera uno de los que se hallaban sueltos horas antes- no logra conmovir la principal conclusión del sentenciante sobre la cual basó su reproche, esto es que el concesionario demandado conocía o debía conocer, con suficiente y prudencial anterior tiempo a la ocurrencia del siniestro, que en la zona en la que finalmente se produjo (ese mismo día), se hallaban animales sueltos, y ninguna acción preventiva o asegurativa tomó a los fines de impedir el acaecimiento del suceso dañoso (fs. 797/799).

Así, deviene insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que denota un palmario desvío de los fundamentos brindados por el sentenciante y deja subsistente la motivación principal del fallo (art. 279 C.P.C.C. y su doctrina).

Cabe finalmente afirmar que la responsabilidad que el art. 1124 del Código Civil pone en cabeza del dueño o guardador de un animal por los daños que cause, no es exclusiva ni excluyente de La responsabilidad de distinta índole y causa que puede caberle a las concesionarias viales por el incumplimiento de deberes propios (C.S.J.N., in re "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y

Perjuicios", sent. del 7-XI-2006, consid. 8°), por lo que tampoco puede resultar de recibo el agravio que en similar sentido vertiera el recurrente.

5. Por el contrario, entiendo que el impugnante (fs. 850/vta.) logra acreditar el grave vicio lógico en el razonamiento del sentenciante cuando éste atribuye carácter indiferente a la propia conducta de la víctima en la producción del siniestro, en relación con la comprobada alta velocidad -130 km/h (conf. fs. 588/95)- a la que comandaba su vehículo la noche del accidente (fs. 798/99).

Si bien no es posible controvertir certeramente que el accidente se habría producido igualmente si el rodado hubiera transitado a una velocidad inferior, acorde con la permitida en dicha autovía, atento la imprevista aparición del equino; es imposible no obstante soslayar que la excesiva velocidad a la que circulaba la víctima alcanzó algún grado apreciable de influencia en la producción, mecánica y desenlace del siniestro, sin que pueda pregonarse su carácter inocuo, sustentado en conclusiones dogmáticas, alejadas de la simple experiencia vivencial de quien de ordinario conduce un vehículo (arg. art. 384, C.P.C.C.).

Deviene trascendente el denominado "tiempo de reacción" del conductor frente a la imprevista -para él- aparición del equino sobre la autovía. Así, Mehesz dice respecto de éste que "es uno de los factores más importantes en la prevención de accidentes viales..." y que es la sumatoria de cinco diferentes microprocesos (la simple advertencia, el reconocimiento de la clase de impedimento, el tiempo que demanda la llegada de lo advertido al cerebro y la decisión), todo lo cual promedia 0,61 segundos, "algo más de medio segundo, intervalo que existe entre la advertencia y el inicio de la actuación" (conf. Mehesz, Kornel Zoltan, "Accidentes de tránsito", Ed. Lyra, Buenos Aires, pág. 55).

Luego, si el rodado circulaba a 130 km/h, significa que completaba 36,11 metros en un segundo, o sea más de la mitad de dicha distancia en condiciones anormales para una reacción exitosa. Si agregamos a ello que el accidente se produjo de noche, cuando la capacidad reactiva se ve notablemente afectada por la disminución de la visibilidad (conf. Mehesz, op. cit., pág. 57), resulta absurdo concluir, como lo hace la Cámara, que la conducta de la víctima resultó indiferente en la producción del resultado dañoso.

IV. Por lo expuesto deberá revocarse el fallo del a quo manteniéndose el de primera instancia en cuanto a la distribución de responsabilidad.

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

Fundamentalmente, el recurrente se disconforma con el cambio de criterio jurisprudencial realizado por la Cámara, en cuanto a la responsabilidad de los concesionarios de rutas con peaje, por los daños sufridos por los usuarios, derivados de la existencia de animales sueltos en la ruta.

Consecuente con ello, plantea violación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Arenera El Libertador" y "Colavita", como así también de la doctrina de esta Corte relativa a la naturaleza jurídica de la relación que se configura a raíz del contrato de concesión de obra pública.

Denuncia inaplicabilidad del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, como así también del art. 102 del reglamento de la ley 11.430.

A su vez, alega que el Tribunal ha confundido los sistemas previstos en la normativa civil para la imputación de responsabilidad contractual o extracontractual y ha valorado absurdamente la prueba.

En primer lugar, debo decir que la doctrina legal que hace viable el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley es la producida por esta Suprema Corte mediante la interpretación de las normas legales que han regido la relación sustancial debatida en la controversia y no la que deriva de la jurisprudencia de otro tribunal, aún de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o la doctrina de los autores (conf. L. 40.820 sent. del 12-IV-1989, Ac. 62.778, sent. del 20-VIII-1996, Ac. 65.799, sent. del 13-V-1997, entre otras).

La Cámara de Apelaciones, rechazando los argumentos tradicionales respecto a la naturaleza extracontractual de la responsabilidad de los concesionarios de rutas con peaje, resolvió sobre la propuesta de la posición civilista, fundada en razones de adecuación doctrinaria y ponderación axiológica de la cuestión, habida cuenta del bien jurídico tutelado, cual es la integridad física de los automovilistas.

Esta Corte ha afirmado, que la teoría de la concesión de servicio público se asienta sobre el presupuesto de la existencia de tres sujetos diferenciados: a) el Estado, al que supone titular del mismo y tutor del bien común, b) el usuario, a quien por su carácter general y con frecuencia débil, el Estado debe proteger y c) el concesionario a quien el Estado autoriza a prestar el servicio con arreglo a determinadas condiciones que eviten el abuso en detrimento del usuario.

De ello se infiere que el vínculo que une al Estado concedente y a la empresa concesionaria es de carácter contractual y propio del derecho público, y que el contrato que los liga prevé estipulaciones a favor de terceras personas, los usuarios.

En el caso particular de las concesiones viales, estos terceros usuarios aceptan facultativamente los beneficios de la concesión, eligen la utilización del servicio y asumen la obligación de abonar el peaje establecido por contrato.

Así entonces, surge que la participación activa de los usuarios como terceros favorecidos de la relación contractual, permite decidir que éstos deben considerarse partes legitimadas para reclamar el resarcimiento de los daños que hubieren sufrido en los caminos concesionados y que guarden relación adecuada de causalidad con el incumplimiento del contrato a cargo de la concesionaria, ello conforme lo normado en el art. 504 del Código Civil, que reconoce a los terceros beneficiarios como titulares de un derecho de crédito propio para exigir las prestaciones convenidas a su favor.

En mi opinión y como dijera en causas L. 35.562, (sent. del 22-III-1998) y L. 42.689 (sent. del 22-VIII-1989), el carácter público de la concesión no impide que en ella se inserten cláusulas que remitan al derecho común a los fines de reglar la situación de terceros afectados y que no definen a una relación de índole administrativa.

Por ello no encuentro obstáculo en subsumir la relación entre los usuarios de los caminos concesionados por el sistema de peaje y las empresas concesionarias prestadoras del servicio, en los términos de la ley de defensa al consumidor 24.240 y juzgar que la responsabilidad de las empresas concesionarias surge de un factor de atribución objetivo, cuyo fundamento radica en la obligación contractual de garantizar la

seguridad de la circulación por parte de los usuarios en condiciones normales, suprimiendo cualquier causa que origine molestias o inconvenientes al tránsito o que represente peligrosidad para los usuarios.

La conducta omisiva por parte de la empresa concesionaria en tal sentido, es la que ha sido evaluada por el tribunal a quo, quien ponderó, que aún resultando previsible la situación de animales sueltos en la ruta, la concesionaria no había demostrado haber tomado las pertinentes medidas para evitar su presencia.

La falta de diligencias apropiadas que hacen al objeto de la concesión y que actualmente se encuentran reconocidas por la doctrina como factibles de ser realizadas para ejercer un adecuado control en la seguridad del tránsito, ha generado la responsabilidad atribuida.

Voto por la negativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

Adhiero al voto de mi distinguido colega, el doctor Pettigiani, en cuanto considera: i) que el cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia importa la necesidad de seguir sus nuevos pasos, como expondré infra, respecto del encuadre normativo de la controversia; ii) que la crítica dirigida contra la sentencia en lo vinculado con la base fáctica de la pretensión, no puede prosperar por ser materia -por regla- ajena a la casación, sin que haya quedado demostrada la existencia de absurdo, salvo en lo que hace a la concurrencia causal de la culpa de la víctima en el accidente, punto en el cual procede la revocación parcial de lo decidido.

Me permito formular las siguientes precisiones adicionales sobre la materia en debate.

I. Evolución de la doctrina de la Corte Suprema.

He dicho reiteradamente que -a mi juicio- la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene efectos, tanto en los temas federales como en aquéllos que no lo son, de vinculación hacia los tribunales inferiores. En el primer caso por tratarse del intérprete último y más genuino de nuestra Carta fundamental; en el segundo, vincula moralmente sobre la base de los principios de celeridad y economía procesal (Ac. 85.566, sent. del 25-VII-2002; Ac. 91.478, sent. del 5-V-2004, entre otras).

Es por ello que resulta trascendente analizar las pautas que surgen de la evolución operada en el seno del Máximo Tribunal sobre esta materia.

A. El criterio sentado en la causa "Colavita" (entre otros).

1) Hasta no hace mucho tiempo, poseía -según entiendo, tal cual lo anticipé- efecto atrapante la doctrina que sobre el particular había sentado el cuerpo cimero en las causas "Colavita, S. y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otros" (sent. del 7-V-2000, Fallos 323:318); R.204.XXXII, "Rodríguez, E. c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios" (sent. del 9-XI-2000, Fallos 323:3599); E.48.XXXII, "Expreso Hada S.R.L. c/ Provincia de San Luis y otros s/ cobro de pesos" (sent. del 28-V-2002, Fallos 325:1265); G.462.XXXVI, "Greco c/ Camino del Atlántico S.A. y otro" (sent. del 16-X-2002).

2) En los citados asuntos, una vez descartada la responsabilidad del Estado en los accidentes de tránsito ocurridos a consecuencia de animales sueltos en la ruta, la Corte federal concluyó que "tampoco cabe atribuírsela a la concesionaria de la ruta, quien no puede asumir frente al usuario -por la delegación de

funciones propias de la concesión- derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente concedente, conclusión particularmente válida si se advierte que -de acuerdo con los términos pactados- las funciones de policía de seguridad y policía de tránsito deben ser ejercidas por la autoridad pública (ver Reglamento de Explotación. Título Segundo. Conservación y Policía; art. 28. Vigilancia) [para el sub lite, que involucra una concesión provincial, ver Reglamento de Explotación vigente al momento del hecho, art. IV.2. Vigilancia]".

Por otro lado, ese Tribunal había entendido allí que "no surge del contrato de concesión que la demandada haya asumido obligaciones vinculadas con el hecho que motiva la presente demanda, y cuyo incumplimiento pueda generar su consiguiente responsabilidad" (v. consid. 3º, caso "Colavita"; consid. 4º, "Rodríguez"; consid. 6º, "Expreso Hada", todos ellos cit. supra; para el caso de marras, v. contrato de concesión correspondiente a la ruta provincial 11 y rutas complementarias).

En efecto -continuó ese organismo jurisdiccional- que si bien la empresa concesionaria se encuentra obligada en términos genéricos "a la conservación en condiciones de utilización del camino de acuerdo a lo dispuesto en el punto 11 del Título III del Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales y de Precalificación, debiendo suprimir las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios del camino (Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales y de Precalificación. Título II. art. 6.1 y art. 25 del Reglamento de Explotación) [en el caso, Pliego de Bases y Condiciones, art. IV.2.1, Reglamento de explotación, art. I.6.A.a)] dicha estipulación debe ser interpretada en el contexto de las obligaciones propias del ente concesionario en orden a la remodelación, conservación y explotación del corredor vial conferido (Título III, pliego citado) [para el sub lite, v. Pliego de Bases y Condiciones, capítulos III -especialmente art. III.12 y concs.-, IV y V], enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquetas, y a la oferta de servicios auxiliares al usuario" (considerando 3º, "Colavita", antes citado, afirmaciones reiteradas en los restantes precedentes indicados; las referencias normativas correspondientes al sub lite han sido insertadas entre corchetes).

De este modo -concluyó nuestro Máximo Tribunal- "no resulta admisible extender la responsabilidad del concesionario más allá de tales obligaciones -inherentes al estado de la ruta misma-".

3) Cabe señalar que, con la necesaria coordinación normativa que hemos realizado al transcribir la opinión de la Corte Suprema, resulta extensible la aplicación de dichos principios hermenéuticos a concesiones viales como la de autos (de carácter provincial). De hecho, ese mismo Tribunal hizo entonces extensiva la doctrina de las causas "Colavita" y similares, a la concesión de la ruta 11, celebrada entre la Provincia de Buenos Aires y Camino del Atlántico S.A. (v. C.S.J.N., G.462.XXXVI, "Greco c/ Camino del Atlántico S.A. y otro", sent. del 16-X-2002).

En este precedente, asimismo, había sido descartado el encuadre jurídico en el que para el Tribunal inferior que había fallado el caso cabía subsumir a la relación entre el usuario y la empresa concesionaria. Efectivamente la Corte federal -siguiendo el dictamen de la Procuración General que remitiera a la doctrina sentada en "Colavita"- revocó por arbitraria una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil que había avalado la tesis consistente en la afirmación del carácter contractual y de consumo de la relación

usuario-concesionario y la aplicación del art. 1113, 2º párrafo del Código Civil al evento (responsabilidad objetiva).

Esta tesis, como será expuesto, ha sido revisada por la Corte en su última integración.

B. Influencia de los precedentes "Ferreira" y "Caja de Seguros".

En pronunciamientos más recientes sobre el tópico puede advertirse -en la actual composición del Alto Cuerpo- una modificación parcial del criterio sustentado hasta el momento, que atenúa la fuerza vinculante de los citados precedentes.

En efecto, de lo resuelto en las causas F.1116.XXXIX, "Ferreira" y C.745.XXXVII, "Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.V.C." (ambas sents. del 21-III-2006), es factible colegir -pese a la ausencia de una mayoría clara de opiniones- que la Corte federal tolera -sin tildar de arbitrario el pronunciamiento- que los jueces de inferior grado puedan interpretar la normativa aludida, sobre la base que la concesionaria responde ante los usuarios por los daños ocasionados en la ruta por animales sueltos (en esto se advierte una diferencia con el citado caso "Greco").

Pese a ello, no puede sostenerse que en cuanto al fondo del asunto los precedentes aludidos hayan implicado una sustancial rotación de la anterior postura, por la que pueda decirse que el Máximo Tribunal comparte la hermenéutica recién señalada. Hasta este hito de la evolución, sólo era factible afirmar -reitero- que para dicho órgano, la interpretación resultaba "posible" y por lo tanto no arbitraria.

La ausencia de un hilo conductor mayoritario del Tribunal en cuanto al fondo de la problemática puede advertirse del análisis que vengo haciendo.

En efecto, los doctores Maqueda y Argibay postularon el rechazo de los embates por aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es decir, que -siguiendo la autorización de dicha norma- los declararon inadmisibles sin dar fundamento alguno para la desestimación. La doctora Highton de Nolasco -de su lado- se inclina por considerar que el criterio de los sentenciantes de grado no resultaba arbitrario. Los ministros Lorenzetti y Zaffaroni, con claras variantes relacionadas con la fuente y los alcances de la responsabilidad, confirmaron lo decidido exteriorizando su posición concordante con lo resuelto, es decir que suscriben la doctrina según la cual en estos casos las empresas concesionarias deben resarcir a quienes transitan por las rutas y autopistas explotadas, por infortunios como los que motivan este pronunciamiento. Por su parte, los doctores Petracchi y Fayt, compartiendo lo dictaminado por la Procuración General, se expidieron por la revocación de lo fallado por los tribunales de grado, manteniendo así la posición sustentada en las causas "Colavita", "Greco" y otras.

Cotejando las notas comunes de lo que podría ser considerada la mayoría en las sentencias subanálisis (votos de los jueces Maqueda, Argibay, Highton de Nolasco, Zaffaroni y Lorenzetti), corresponde entender que la Corte Suprema, si bien no se expidió sobre el fondo del asunto, abrió la posibilidad de que los tribunales inferiores analicen la responsabilidad de las concesionarias viales en estos casos, sin verse limitados por la vinculatoriedad de la doctrina anterior.

Reitero entonces que no ha existido una alteración sustancial de la doctrina precedente, salvo -como dije- en lo atinente al razonable margen de apreciación que podría entenderse que poseen ahora los judicantes inferiores para interpretar el marco regulatorio de esta actividad.

Sobre el fondo de la problemática, las pautas sentadas en las causas "Colavita", "Rodríguez" y "Expreso Hada" (citadas supra), no habían sido modificadas por las sentencias dictadas in re "Ferreyra" y "Caja de Seguros".

C. Criterio de la actual integración del Máximo Tribunal en su competencia originaria.

1) Un nuevo análisis de la temática de la responsabilidad de las concesionarias viales derivada de los daños ocasionados por animales sueltos en la ruta, tuvo lugar en el ámbito de la competencia originaria de la Corte, con el dictado de la sentencia en la causa B.606.XXVI, "Bianchi c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A.", (sent. del 7-XI-2006, Fallos 329:4944).

En dicho precedente, se definieron por el Alto cuerpo ciertas premisas relativas a la naturaleza de la relación existente entre los usuarios y las empresas concesionarias, que interesa poner de relieve dado que importan una notable modificación argumental respecto de lo que se había resuelto durante la vigencia de la doctrina "Colavita", "Greco", etc., sobre el encuadre jurídico de este tipo de controversias. Y esta vez, se lo hizo por mayoría.

En efecto, luego de reiterar la aplicación, respecto del Estado, del criterio general que impide responsabilizarlo frente a la genérica afirmación del incumplimiento del poder de policía que le concierne (en esto hubo unanimidad), el aludido órgano judicante se detuvo en la problemática relativa al deber de resarcir de la concesionaria vial codemandada.

2) De las opiniones vertidas por los Ministros que intervinieron en el acuerdo de marras, pueden señalarse las siguientes directrices vinculadas con el tópico subanálisis:

a) Una primera precisión que interesa destacar es la calificación de la relación que une al usuario de la ruta con la empresa concesionaria, como contractual y de consumo (v. consids. 3º del voto de los doctores Maqueda, Fayt y Lorenzetti; 4º del voto de la doctora Highton de Nolasco; 7 a 12º del voto del doctor Zaffaroni).

b) Unido a lo anterior pero con especial incidencia en lo que hace a las obligaciones de la concesionaria, se encuentra la definición -a su respecto- de la presencia de un deber tácito de seguridad, constituido por la exigencia de adoptar "medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes", siempre que sean previsibles (v. consids. 4º del voto de los doctores Maqueda, Fayt y Lorenzetti; 5º del voto de la doctora Highton de Nolasco).

Queda explicitado en tal sentido que *"el concesionario no asume una obligación de dar el uso y goce de una cosa, sino de prestar un servicio. Esta calificación importa que hay una obligación nuclear del contrato, constituida por la prestación encaminada al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos y, también, deberes colaterales con fundamento en la buena fe (art. 1198, Código Civil). Entre estos últimos existe un deber de seguridad, de origen legal e integrado en la relación contractual, que obliga al prestador*

a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles" (v. considerandos citados en el párrafo anterior; énfasis agregado).

c) En esta línea de pensamiento, la mayoría entendió como un hecho "previsible" para la concesionaria la existencia de animales sueltos en la ruta que puedan perjudicar la adecuada circulación vehicular.

Del voto de los doctores Maqueda, Fayt y Lorenzetti puede advertirse que no existen fórmulas genéricas para dar solución a cualquier hipótesis de riesgo en el ámbito de los caminos concesionados, a efectos de analizar si aquel era o no previsible. Expusieron en dicho sentido que "*la apuntada previsibilidad de los riesgos que adjetiva a la obligación de seguridad a cargo del concesionario, puede variar de un supuesto a otro, pues no todas las concesiones viales tienen las mismas características operativas, ni idénticos flujos de tránsito, extensión lineal, condiciones geográficas, grados de peligrosidad o siniestralidad conocidos y ponderados, etc. En muchos casos, podrá establecerse un deber de previsión en atención al art. 902 del Código Civil que no puede ser exigido en otros, lo cual vendrá justificado por las circunstancias propias de cada situación, siendo notorio que no puede ser igual el tratamiento de la responsabilidad del concesionario vial de una autopista urbana, que la del concesionario de una ruta interurbana, ni la del concesionario de una carretera en zona rural, que la del concesionario de una ruta en zona desértica. Como consecuencia de ello, incumbe al juez hacer las discriminaciones correspondientes para evitar fallos que resulten de formulaciones abstractas y genéricas*" (voto cit., consid. 4º in fine; lo resaltado me pertenece).

Sin embargo, en lo que interesa al sub lite, los citados Magistrados sí sentaron una regla de carácter suficientemente general: consideraron que en el caso particular de los accidentes ocurridos con ocasión del paso de animales por rutas concesionadas, su ocurrencia es "claramente previsible" para un prestador de servicios concesionados, quien "*está en mejor posición para recolectar información sobre la circulación de los animales y sus riesgos*" (voto cit., consid. 5º).

d) En cuanto a estos "deberes complementarios de prevención" que surgen de la aludida obligación de seguridad, los Ministros cuya opinión vengo reseñando indicaron dos exigencias de las que deriva la posibilidad de responsabilizar a la empresa que gestiona este servicio público:

En primer lugar, el deber de información, el que -según los doctores Maqueda, Fayt y Lorenzetti-, "*no queda cumplido con un cartel fijo, cuyos avisos son independientes de la ocurrencia del hecho, sino que requiere una notificación frente a casos concretos*" (consid. 5º).

Derivado de lo anterior, consideraron los jueces de mentas que esa "carga de autoinformación", importa también el deber de adoptar medidas concretas frente a riesgos reales de modo preventivo. En tal sentido, recurrieron (entiendo que analógicamente ya que el supuesto de hecho es diverso) a lo establecido en el art. II-6, b, del Reglamento de Explotación correspondiente a la concesionaria demandada, en cuanto dispone que "*... La Concesionaria, en caso de ausencia de la autoridad policial podrá suspender parcial o totalmente la circulación en la zona del camino o en alguno de sus tramos, para todos o algún tipo de*

vehículos cuando las condiciones meteorológicas o exigencias técnicas derivadas del servicio de mantenimiento y conservación, razones de urgente reparación o seguridad cuando (...) caso fortuito o fuerza mayor así lo determinen..." (voto y consid. cits.).

La doctora Highton de Nolasco, en similar sentido, consideró que "el deber de seguridad es lo suficientemente amplio como para abarcar en su contenido prestaciones tales como la vigilancia permanente de las rutas, su señalización, la remoción inmediata de elementos extraños que se depositen, el retiro sin demora de animales que transitan por las rutas y toda otra medida que pueda caber dentro del referido deber, a los efectos de resguardar la seguridad y la fluidez de la circulación, asegurando que la carretera se mantenga libre de peligros y obstáculos" (voto cit., consid. 5°).

e) Respecto de la invocación de la eximente de responsabilidad basada en el hecho del tercero (dueño del animal), tanto los doctores Maqueda, Fayt y Lorenzetti (consid. 8°), como los Ministros Argibay y Petracchi (consid. 7°), entendieron que -sin perjuicio de ciertas particularidades procesales propias de la causa- la responsabilidad que el art. 1124 del Código Civil pone en cabeza del dueño o guardador de un animal por los daños que cause, "no es exclusiva ni excluyente de aquella concurrente -de distinta índole y causa- que corresponde a la citada concesionaria vial" (el destacado en negrita es propio).

3) Hasta aquí las líneas principales que surgen del precedente citado, como directrices generales relevantes respecto del encuadre normativo de la cuestión.

Cabe recordar que en el fallo que vengo glosando, la responsabilidad fue finalmente imputada con sustento en la ausencia de una debida señalización por parte de la concesionaria, lo que fue considerado como un incumplimiento específico de obligaciones precisas del marco regulatorio de la explotación. En efecto, se había probado en el caso que de la mano por la que circulaba el vehículo siniestrado estaba prevista la colocación de un cartel que indicaba la existencia de animales sueltos, y que el mismo nunca había sido instalado.

Es por ello que en el resultado condenatorio coincidieron todos los Ministros del Tribunal. Es decir, que tanto la mayoría (doctores Maqueda, Fayt y Lorenzetti, con el voto concurrente de la doctora Highton de Nolasco), como el doctor Zaffaroni (quien sostiene un sistema de responsabilidad más amplio -régimen objetivo y basado en la consideración de la obligación de seguridad del prestador como "de resultado"-, v. consids. 15, 16 y 19) y la minoría (doctores Petracchi y Argibay, que -como dije- mantuvieran la doctrina sentada en "Colavita"), consideraron que existían en la especie obligaciones específicas del contrato de concesión que se hallaban incumplidas, como es el deber de señalización.

D. Conclusiones sobre la actual doctrina de la Corte Suprema.

Me he detenido en el análisis de los criterios sentados por nuestro Máximo Tribunal para advertir que nos hallamos ante una problemática compleja, en la que dicho cuerpo cimero no ha podido sentar reglas uniformes de interpretación -doctrina legal-, que permitan dar respuesta en abstracto sobre la totalidad de accidentes que acaecen con lamentable asiduidad en nuestras rutas, a consecuencia de animales sueltos que se atraviesan en el camino.

En prieta síntesis, me parece necesario remarcar algunas conclusiones que sirvan de guía hermenéutica respecto del encuadre legal de la problemática, siguiendo las pautas sentadas por el más alto órgano de justicia en su actual integración.

1) La relación jurídica que une a los usuarios de la ruta con la concesionaria es contractual y de consumo (arts. 512, 902, 1197, 1198 y concs., Código Civil; ley 24.240; 42, Const. nacional).

2) Además de la obligación principal de la prestadora del servicio en cuestión (construcción, mantenimiento y explotación del camino concesionado) existen otros deberes que integran lo que se conoce como "obligación de seguridad" (arts. 1198, Cód. Civ.; 5, ley 24.240), cuyo contenido varía de conformidad con las características del emprendimiento licitado.

3) Integra esta serie de prestaciones implícitas la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles.

4) La ocurrencia de accidentes de tránsito ocasionados por el paso de animales sueltos en la ruta, constituye una eventualidad previsible por lo general para la concesionaria, por lo que corresponde que la misma, en ejercicio de su deber de información -arts. 42, Const. Nac.; 4, ley 24.240- (lo que implica una necesaria autoinformación previa), adopte las medidas concretas derivadas del marco reglamentario, tales como: i) comunicar a los usuarios sobre estas vicisitudes del tránsito (circulación de animales y sus riesgos); y ii) ejercer el poder de policía que le cabe en ausencia de la autoridad estatal, como por ejemplo suspender total o parcialmente la circulación (art. II-6, b] del Reglamento de Explotación).

5) Por consiguiente, el incumplimiento de estas prestaciones pone en juego -por regla- la responsabilidad contractual de la concesionaria frente al usuario, sin que pueda eximirse invocando la imprudencia del dueño del animal (arts. 513, 514, 901 a 904 y 1124, Cód. Civil) que en todo caso quedará concurrentemente obligado al pago de los perjuicios ocasionados.

II. El caso sub examine.

Sentado lo que antecede, y siguiendo las nuevas reglas jurisprudenciales ya aludidas, emanadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cabe aplicarlas en el sub lite.

El relato de los antecedentes y aspectos de hecho tenidos en cuenta por el a quo al sentenciar, así como el tratamiento de los agravios vinculados con la base fáctica de la pretensión, han sido adecuadamente abordados por el doctor Pettigiani, a cuyos desarrollos sobre el punto adhiero y hago propios, *brevitatis causae*.

De las circunstancias que se consideraron acreditadas en el sub iudice, surge -como expone el Ministro cuya opinión suscribo en este punto- la presencia de equinos sueltos en la ruta desde tiempo antes de la ocurrencia del hecho, la habitualidad de esta clase de episodios en la zona, así como la circulación de un móvil de Camino del Atlántico por el lugar en que se hallaban los animales, sin que se hayan tomado por la concesionaria las precauciones del caso.

Puede advertirse así que ha quedado suficientemente demostrada (sin que se haya probado que la conclusión en este aspecto sea absurda) la previsibilidad necesaria para que sea imputable a la concesionaria

la ausencia de una actuación adecuada frente a tales riesgos, de conformidad con los parámetros sentados por la Corte nacional, a los que hice referencia supra.

En definitiva, no encuentro que el a quo se haya apartado del marco normativo aplicable en la especie, de conformidad con las directrices surgidas del alto cuerpo federal aludidas, ni veo que se haya incurrido en absurdo en la determinación de los presupuestos fácticos necesarios para aplicar dichos parámetros (la previsibilidad en concreto del riesgo pertinente -cruce de animales en el camino- y el incumplimiento de los deberes de seguridad que recaen sobre la accionada en el marco de la concesión).

III. Conclusión final.

Por lo expuesto, comparto la solución propiciada por el colega que abre el acuerdo, en el sentido de: a) confirmar el fallo atacado en cuanto consideró que la concesionaria vial debe responder por los perjuicios sufridos por la accionante; b) revocarlo parcialmente en lo relativo al grado de responsabilidad imputado, por entender que la culpa de la víctima actuó en la emergencia como un factor de concurrencia causal (arts. 513, 514, 901 a 904, Cód. Civ.), manteniendo en este sentido la distribución indicada en primera instancia (80% a cargo de la accionada-20% culpa de la víctima), haciéndose lugar al recurso con ese alcance.

En cuanto a las costas procesales, entiendo que en atención al resultado parcialmente victorioso del embate (art. 71, C.P.C.C.), así como a los notables vaivenes jurisprudenciales que sobre la materia se han presentado (incluso en el seno de la Corte Suprema de la Nación) -que demuestran que nos hallamos ante especiales dificultades interpretativas que han dado razón suficiente a la quejosa para litigar-, entiendo procedente distribuir las costas de esta instancia por su orden (art. 68, 2º parte, C.P.C.C.).

Con dicho alcance, voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lazzari dijo:

I. En atención al contenido de los votos de los doctores Pettigiani e Hitters que me preceden, doy por reproducidos los antecedentes de hecho así como también las apreciaciones sobre el estado doctrinario y jurisprudencial, en particular de la Corte Suprema de la Nación, de la materia sometida aquí a juzgamiento. El exhaustivo tratamiento que al respecto han efectuado los referidos colegas me exime de ulteriores desarrollos.

Solamente me cabe agregar, por el impacto en la definición de este tema sobre pleitos posteriores, que suscribo la posición en definitiva receptada por el alto Tribunal, conforme a la cual el vínculo que se establece entre el concesionario de las rutas y los usuarios de las mismas constituye una típica relación de consumo (arts. 33 y 42 de la Constitución nacional, ley 24.240; C.S., 7-XI-2006, "Pereyra de Bianchi Isabel c/ Provincia de Buenos Aires y otra", "Jurisprudencia Argentina", 2007-I, fascículo 11, p. 14 y sigtes.).

En función de todo ello, y en lo concordante, adhiero a lo expresado por los jueces que me preceden, sin perjuicio de agregar de mi parte las consideraciones que siguen, con particular atinencia al caso de autos y a la insuficiencia que advierto en el recurso incoado.

II. Entrando al examen de las cargas procesales que deben ser idóneamente abastecidas para transitar con éxito la casación (Ac. 88.916, sent. del 14-IX-2005), juzgo que los extremos que se alegan para invalidar el fallo no han sido demostrados (art. 279, C.P.C.C.).

En los puntos V 1 y 2 de la pieza recursiva (fs. 846 a 851 vta.), el recurrente, aunque reconoce que el criterio sostenido por la Cámara sobre el vínculo jurídico ligante entre concesionaria y usuario es un "contrato atípico" y una "relación de consumo", no se ocupa de rebatir las conclusiones de este enfoque interpretativo; sólo desvía la crítica de la sentencia en dos direcciones a saber:

a. absoluta confusión de los sistemas previstos para la imputación de responsabilidad: ¿Por qué a la responsabilidad contractual cabe endilgarle las reglas de eximición contempladas en el art. 1113 del Código Civil (conf. fs. 847-847 vta.)?;

b. certeza de que el único régimen aplicable es el de la responsabilidad extracontractual por el daño provocado por un animal (art. 1124, C.C., fs. 846 vta.) y que dentro de este ámbito, debió apreciarse la falta de prueba, al no acreditarse el nexo causal entre el hecho y el daño acaecido.

Acerca del primer punto, vale consignar al respecto que la cita del art. 1113 del Código Civil -fs. 796 vta.- lo fue para ponderar la hipótesis de eximente de responsabilidad de la empresa vial, sin embargo ello no transforma la naturaleza de la relación entre el usuario y la concesionaria en extracontractual, por esa sola circunstancia, tan es así que para quienes encuentran responsable al concesionario a través de un fundamento objetivo, sea contractual como extracontractual, coinciden en liberar su responsabilidad acreditando la ruptura de la cadena causal a través de los supuestos previstos en esa norma (conf. voto de la doctora Highton de Nolasco, "Greco", sent. Cam. Civ. Sala F, del 13-III-2000 y cita de Vázquez Ferreira, en "Jurisprudencia Argentina", 2000-IV-201). Incluso, este planteo tampoco quita virtualidad a los restantes fundamentos desarrollados -conf. fs. 792 a 796 vta.- que avalan la presencia de una responsabilidad contractual. En efecto, el quejoso no ha controvertido tramos argumentales del decisorio que radican esencialmente en que el peaje es un precio y que el automovilista, al sufrarlo, celebra un contrato, del mismo modo que de esa tesis contractual surge un deber de conducta secundario de seguridad; únicamente menciona el art. 1198 del Código Civil para indicar el vínculo contractual, mas en el embate no aborda las implicancias que tiene ese encuadre jurídico, entre las cuales, la referida al deber de seguridad cobra importancia -conf. fs. 847 vta.-. En esas condiciones, inatacadas idóneamente estas conclusiones, el recurso es insuficiente (art. 279, C.P.C.C.).

Respecto del segundo punto, el recurrente elude confrontar las distintas relaciones entre los varios sujetos involucrados (fs. 792 vta./800) por considerar que la responsabilidad, cuando se trata de animales sueltos en un corredor vial, es exclusiva del propietario o guardián. Aquí también solo trata la atribución que le cabe al dueño, a la vez que pretende, a través de la falta de acreditación del nexo causal de ese factor de imputación, opacar el distinto alcance efectuado por la alzada respecto de la responsabilidad de la concesionaria como encargada de garantizar la seguridad de los usuarios durante el tránsito por las rutas que explotan (fs. 792/800 y 847/851 vta.).

Sabido es que la responsabilidad de los dueños o guardianes de un animal no es exclusiva ni excluyente de la responsabilidad de distinta índole y causa que puede caberle a la empresa vial por el incumplimiento de deberes propios como son los que nacen del deber de custodia, previsión y evitación de daños. Incluso, aunque nos posicionáramos, tal como lo pretende el recurrente -punto V 3 del recurso, fs. 851-

, en la tesis de inexistencia de relación jurídica entre el usuario y la empresa vial, el débito resarcitorio también puede surgir a raíz de inobservancia de obligaciones y deberes principales y conexos derivados del contrato de concesión y de las normas y disposiciones administrativas que lo complementan (conf. Galdós, Jorge Mario, en "Peaje, relación de consumo y animales sueltos. Otro trascendente fallo", en "La Ley" del 12 de mayo de 2004, quien sintetiza las distintas posiciones asumidas por la doctrina y jurisprudencia sobre este tema; conf. también C.S.J.N., in re "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y Perjuicios", sent. del 7-XI-2006, consid. 8).

En este sentido, la Cámara vincula la responsabilidad de la concesionaria a la inejecución de medidas preventivas de seguridad cuando han permanecido en el lugar animales sueltos un tiempo prolongado (fs. 796/797 vta.). En consecuencia, el embate sobre el absurdo de la prueba y doctrina, desarrollado por el recurrente, en torno a que ninguno de los testigos presencié el accidente -fs. 849- no contribuye a destruir los fundamentos razonados de la sentencia, porque parte de una proposición distinta: ninguna esfera de actuación correspondía al concesionario cuando se trata de la irrupción de animales en la ruta; de ahí que esta falta de crítica es otra muestra de deficiencia en la fundamentación del alzamiento (art. 279, C.P.C.C.).

III. En lo que respecta al punto V 3 del recurso -la caracterización de la relación entre concedente-concesionario-usuario, fs. 851 vta./852- anticipo que igual suerte desestimatoria corresponde propiciar, toda vez que el discurso recursivo quedó circunscripto al contrato de concesión de obra pública de carácter administrativo entre el Estado y la empresa demandada (fs. 851/852 vta.) -dirigido a la construcción, ampliación, mantenimiento y conservación de la ruta-, cuando en la motivación de la sentencia se otorga otra interpretación más amplia, ya que incluye el uso, la explotación de la red vial y la adopción de medidas de previsión concretas para evitar daños -conf. punto IV de la sentencia, fs. 94 vta., 796 vta.-. Estas últimas razones no fueron refutadas por el recurrente lo que demuestra por sí mismo otra insuficiencia (art. 279 C.P.C.C.).

En cuanto a las consideraciones expuestas sobre la inaplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor, que lucen en el punto 4 y 5 de la queja -fs. 852 vta./853-, huelga precisar que la alzada no sólo emplazó la relación entre concesionaria y usuario como de consumo, sino que la tipificó bajo la regulación de un contrato atípico, con el consecuente deber secundario de seguridad sin que, tal como lo hemos anticipado, el recurrente se haya hecho cargo de los basamentos que caracterizan este último encuadre, por lo que entiendo, ante esta deficiencia técnica, innecesario su tratamiento (art. 279, C.P.C.C.).

IV. Resta abordar la indelegabilidad del poder de policía de controlar la seguridad vial esgrimida por el recurrente en el punto 6 del recurso en análisis -fs. 855/856-, la que atribuye en forma exclusiva a la autoridad provincial.

Sobre este tópico, el recurrente no se hace cargo de un tramo de la fundamentación de la sentencia que reviste trascendencia.

En efecto, a partir de fs. 797, el decisorio ha puesto énfasis en señalar que dentro de las obligaciones impuestas por el contrato de concesión, en virtud del cual explota el corredor vial, está la de posibilitar la

utilización del camino por parte de los usuarios en condiciones normales, suprimiendo cualquier causa que origine molestias o inconvenientes al tránsito, o que represente peligrosidad para los usuarios; máxime cuando los animales han permanecido en el lugar un tiempo prolongado.

Con ese pleno conocimiento -concluye el fallo-, aparece previsible tal situación, a más de que la demandada no demostró haber tomado las pertinentes medidas preventivas para evitar un accidente -fs. 798 vta.-.

Total silencio guardó al respecto el recurrente; incluso apreció de modo diverso la irrupción de los animales en la ruta: sorpresiva e intempestiva -fs. 855-.

Tan solo argumentó que las funciones de prevención como de represión policial necesitan de la existencia de un precepto legal -fs. 856- para ser posible la delegación del poder de policía a la empresa vial, mas de la simple lectura del libelo recursivo -fs. 855 vta.- surge la ausencia de embate sobre la obligación de seguridad del contrato -denunciar la existencia de animales y formular advertencias que puedan evitar accidentes, punto IV de la sentencia, fs. 798-, el principio rector de la buena fe y, en definitiva la regla de causalidad adecuada, a raíz de la incidencia de la conducta omisiva que contribuyó al acaecimiento del hecho (conf. cita los arts. 901 al 903 del C.C.), por lo que se aprecia con nitidez que estas conclusiones del fallo no resultaron impugnadas en absoluto (art. 279, C.P.C.C.).

V. Por último, el punto 8 del recurso (fs. 857) encuentra conculcada la doctrina de la Corte nacional, en los precedentes "Arenera el Libertador" (sent. del 18-VI-1991) y "Colavita" (sent. del 7 de marzo de 2000), sin embargo, a partir de la actual composición de la Corte nacional que modifico su doctrina legal, a través de los casos "Ferreira" (sent. del 21-III-2006) y "Bianchi" (sent. del 7-XI-2006), puede señalarse junto con Ramón Pizarro que toda sentencia que resuelva la cuestión de la responsabilidad de las empresas concesionarias de peaje en el caso de colisión del usuario con un animal suelto en la ruta, en la medida en que esté suficientemente fundada, será inatacable en el futuro ante la Corte por la vía del recurso extraordinario (conf. "Responsabilidad de las empresas concesionarias de peaje en un reciente fallo de la Corte Suprema", "La Ley", 2006-B, p. 449).

VI. En síntesis, tal como lo anticipé, no se ha logrado cumplir con el objetivo propuesto en el recurso de conseguir la revisión y consecuente revocación del fallo en crisis en lo que respecta a la responsabilidad de la concesionaria en el accidente de marras (art. 279, C.P.C.C.).

VII. Respecto a la incidencia que ha tenido en el accidente la velocidad desarrollada por el automóvil de la víctima, se aprecia que asiste razón al recurrente en lo que concierne a la absurda apreciación de tal circunstancia y del actuar de su conductor. Coincido, asimismo, en la solución que postula el doctor Hitters en relación a las costas de esta instancia.

Con el alcance indicado, voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

He de adherir al desarrollo argumental expuesto por mi colega doctor Hitters -a partir del punto I, acápite c) de su voto- como así también a la solución propuesta.

Respecto a la responsabilidad de las concesionarias viales por animales sueltos, suscribo la posición receptada por el alto Tribunal –en su actual composición-, conforme a la cual el vínculo que se establece entre el concesionario de las rutas y los usuarios de las mismas constituye una típica relación de consumo (B. 606.XXVI, "Pereyra de Bianchi Isabel c/ Provincia de Buenos Aires y otra", sent. del 7-XI-2006).

Con relación a la incidencia que ha tenido en el accidente la velocidad desarrollada por el automóvil de la víctima, se aprecia que asiste razón al recurrente en lo concerniente a la absurda apreciación de tal circunstancia.

En consecuencia, con el alcance indicado, voto por la afirmativa.

El señor Juez doctor Genoud, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázari, votó la segunda cuestión planteada también por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se rechaza el recurso extraordinario de nulidad interpuesto (art. 298, C.P.C.C.).

Con relación al de inaplicabilidad de ley, por mayoría, se hace lugar parcialmente al mismo. En consecuencia, se confirma el fallo atacado en cuanto consideró que la concesionaria vial debe responder por los perjuicios ocasionados al accionante y se lo revoca en lo relativo al grado de responsabilidad de los participantes, manteniéndose en este aspecto lo decidido en primera instancia (art. 289, C.P.C.C.).

Las costas se imponen por su orden en atención al vencimiento parcial y los cambios jurisprudenciales referenciados (arts. 68, 2do. párr. y 71, C.P.C.C.).

El depósito previo efectuado se restituirá al interesado.

Notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HECTOR NEGRI

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LÁZZARI

CARLOS ENRIQUE CAMPS – Subsecretario-

D) CONTRATO DE CONCESIÓN AUTOMOTRIZ. GARANTÍA LEGAL. VÍNCULO CONCEDENTE-CONCESIONARIO Y SU RESPONSABILIDAD FRENTE AL CONSUMIDOR. OFERTA Y PUBLICIDAD.

Causa “Iarritu, Marcos Gabriel c/ Peugeot Citroën Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios. Incumplimiento contractual”

C. 116.878, sent. del 18-VI-2014

CUESTIÓN PLANTEADA:

En el precedente que se expone a continuación se analiza la responsabilidad de la firma “Peugeot Citroën Argentina S.A.” -en su carácter de concedente y empresa vinculada con “Taxa S.A.” (concesionaria-vendedora de vehículos al público)- ante un supuesto de incumplimiento contractual derivado de la falta de entrega de un automotor.

RESEÑA DEL CASO:

El magistrado de primera instancia estimó procedente la demanda, condenando a “Peugeot Citroën Argentina S.A.” a la entrega de un vehículo similar al adquirido por el actor, en un plazo de 30 días de quedar firme la sentencia o, en su defecto, a abonar el valor de dicho bien con más los intereses moratorios allí establecidos.

El tribunal a quo confirmó la decisión, sosteniendo que correspondía en el caso apartarse del precedente de la Corte “Hyundai” (C. 93.038, sent. del 13-VI-2007) toda vez que -según juzgó- a diferencia de la causa citada, en el presente, la publicidad resultaba demostrativa de la vinculación de la concedente y la concesionaria y, principalmente, de la responsabilidad en la relación de la primera de ellas con el consumidor, siendo que la propia accionada era quien había reconocido a través de la publicidad que contaba con una red de concesionarios oficiales para comercializar sus productos, entre los cuales se encontraba “Taxa S.A.”.

Por otra parte, agregó la alzada que si bien el art. 40 de la ley 24.240 contempla todo tipo de vicios, redhibitorios o no, entre los que se encuentran la falta de información, los defectos de fabricación, de diseño, etc., lo cierto era que tal disposición podía ser extendida -por analogía- al supuesto aquí planteado, en tanto se había conculcado el deber de seguridad y el de no dañar previsto en el Código Civil.

Arribados los autos a la instancia extraordinaria, la Suprema Corte revocó la decisión. En rigor, sostuvo el Tribunal que en el citado precedente C. 93.038 -contrariamente a lo ponderado por la Cámara- se abordó idéntica problemática a la aquí examinada y, por tanto, correspondía aplicar los lineamientos allí esbozados. En tal sentido, precisó que la circunstancia de que los fabricantes de automotores seleccionen a sus concesionarias y la existencia de un vínculo contractual entre ellos no autorizaba a condenar al concedente si no había mediado una conducta antijurídica imputable a ella, destacando que la pretensión resarcitoria fundada en los arts. 11, 12 y 40 de la Ley de Defensa del consumidor no podía ser receptada habida cuenta de que la garantía legal y servicio técnico contemplados en las referidas disposiciones se vinculaban a los daños irrogados por vicios, defectos o riesgos de los bienes comercializados y no al incumplimiento contractual derivado de la falta de entrega del producto adquirido por el consumidor.

DOCTRINA:

- La garantía legal y servicio técnico contemplados en los arts. 11, 12 Y 40 de la ley 24.240 se vincula a los daños irrogados por vicios, defectos o riesgo de los bienes comercializados [del voto del Juez Genoud].
- La circunstancia de que los fabricantes -o, en su caso, los importadores- de automotores seleccionen a sus concesionarias y la existencia de un vínculo contractual entre ellos no autoriza a condenar al concedente si no ha mediado una conducta antijurídica imputable a ella [del voto del Juez Genoud].

- Entre concedente-concesionario la eventual responsabilidad entre las partes es de naturaleza contractual, teniendo por marco referente el contenido de la propia convención. Mas no participa de igual carácter la responsabilidad del concedente frente a los clientes, por cuanto -como ya anticipara- aquel resulta un tercero ajeno a lo convenido con el concesionario (art. 1195 del C.C.), quien, en principio, no puede verse perjudicado por la conducta asumida por este último. En la venta directa, la concesionaria no reviste el carácter de representante del fabricante, sino que se trata de una persona que actúa en nombre y por cuenta propia, lo que por regla exime de responsabilidad al concedente por el incumplimiento de la vendedora [del voto del Juez Genoud].

- El contrato de concesión da origen a dos tipos de vinculaciones: de un lado, una relación entre los otorgantes del contrato -concedente y concesionario-, regida en principio por la autonomía y respeto a la voluntad expresada en el convenio, y del otro, un vínculo entre el concesionario y sus clientes, respecto del cual el concedente -en principio- resulta ajeno, no respondiendo por los incumplimientos en que pudiera haber incurrido el concesionario, ya que no es éste su mandatario [del voto del Juez Genoud].

- No basta a fin de imputar un obrar antijurídico a la concedente la existencia de publicidad en la que se individualice a la vendedora como concesionaria número uno. Ello así pues tal circunstancia no autoriza por sí sola a suponer que medió intención alguna de la primera de colocarse en directa vinculación con los usuarios, ni de que existió un ofrecimiento concreto en relación a la entrega de los rodados adquiridos por los clientes en la concesionaria (art. 9 su doc. de la ley 24.240) [del voto del Juez Genoud].

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 18 de junio de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Genoud, Kogan, Soria, Hitters, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para

pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 116.878, "Iarritu, Marcos Gabriel contra 'Peugeot Citroen Argentina S.A.'. Daños y perjuicios. Incumplimiento contractual".

ANTECEDENTES

La Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata confirmó la sentencia de primera instancia que había estimado procedente la demanda (fs. 682/693).

Se interpuso, por el letrado apoderado de "Peugeot Citroen Argentina S.A.", recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 699/715).

Oída la Procuración General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

1. Versan las presentes actuaciones sobre una acción por incumplimiento contractual incoado por Marcos Gabriel Iarritu contra la firma "Peugeot Citroen Argentina S.A." en virtud de la falta de entrega de un automotor marca Peugeot modelo 206 XT cinco puertas, cuya reserva y pago total del precio fueron efectuados a la concesionaria "Taxa S.A." que giraba como "Vía Francesa, Concesionario Oficial Peugeot" (fs. 93/101).

El magistrado de origen estimó procedente la demanda y, en consecuencia, condenó a la accionada a la entrega de un vehículo similar, en un plazo de treinta días de quedar firme la sentencia o, en su defecto, a abonar el valor de dicho bien, con más los intereses moratorios allí establecidos (fs. 611/618 vta.).

2. Apelado dicho pronunciamiento por ambas partes, la Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata confirmó la decisión con conceptos que -para analizarlos en su literalidad- se habrán de reproducir a continuación (fs. 682/693).

El tribunal a quo, luego de señalar que correspondía "... *apartarse de la doctrina legal citada por el apelante 'Caso Hyundai' Causa c 93.038 SCBA, 13/06/2007...*", puntualizó que a diferencia del citado precedente, en el caso, la publicidad obrante en la causa era demostrativa "... *de la vinculación de la concedente y la concesionaria y principalmente, de la responsabilidad en la relación con el consumidor de la*

primera de ellas, siendo que fue la propia accionada quien reconoce en su publicidad que cuenta con una red de concesionarios oficial para comercializar sus productos y que entre ellos se encontraba Taxa S.A..." (fs. 686 vta./687 vta.).

En dicho trance, sostuvo que "la concesión de venta de automotores es un supuesto de concentración vertical de empresas y que la concedente ejerce sobre los concesionarios, por razón de los vínculos contractuales y los reglamentos internos, un control permanente de su contabilidad, balances, previsiones financieras, contratos realizados, fijando, además, los precios de los vehículos y las cuotas que deben adquirir -y por ende revender- los concesionarios (...)" (fs. 688 vta.).

En este sentido, juzgó que "... quien utiliza una red de distribución fundada en la concesión para comercializar su producto, asume una obligación de resultado frente al futuro consumidor, que consiste en la entrega de un producto para cumplir con una finalidad que constituya la razón comercial que sirve para su promoción y eventual estímulo en el comprador para su adquisición. Y en esta obligación de resultado, la conducta del deudor está implicada como un imperativo ético y práctico, para llegar al resultado esperado por el consumidor, siendo responsable ante él por su incumplimiento deficiente" (v. fs. 688 vta./689).

Asimismo, destacó que "... a través de la publicidad (fs. 246-251) el concedente expone y promete sus productos, creando frente a terceros una 'apariencia' de responsabilidad de la cual su lógica consecuencia es la adquisición por parte de los compradores de automotores en concesionarios oficiales que cuentan con un sólido respaldo por parte de la concedente" (fs. 689 vta.).

Desde otro ángulo, afirmó que "... si bien el art. 40 de la ley 24.240 contempla todo tipo de vicios, redhibitorios o no, entre los que se encuentran la falta de información, los defectos de fabricación, de diseño, etc., lo cierto es que tal disposición puede ser extendida, por analogía, a supuestos como el aquí planteado, en tanto se ha conculcado el deber de seguridad -contenido en el art. 1198- y el de no dañar previsto en el Código Civil, cuya aplicación no queda limitada sólo al campo contractual y donde además, se ha acreditado que la publicidad acompañada a la causa por el actor, es demostrativa de su reconocimiento de responsabilidad en la comercialización de los vehículos producidos, indicando las concesionarias a las que se debe dirigir el público para acceder a sus productos, identificando a las mismas como 'CONCESIONARIOS DE LA RED SEVEL'" (fs. 690 vta./691).

Finalmente, concluyó que "... la cuestión debatida debe ser analizada desde este ángulo y, en tal sentido, la concedente debe responder, obligación ésta que encuentra sustento en el incumplimiento de las obligaciones del concesionario, cuando, como en este caso, existió de su parte una falta de diligencia activa en el ejercicio de las facultades de elección y de control que tenía sobre el concesionario, al no adoptar las medidas suficientes y necesarias para prevenir el daño provocado al consumidor, quien no obstante haber abonado el precio estipulado, haber acudido a la concesionaria que la demandada le indicó para comprar el vehículo elegido, vio frustrada sus expectativas ante la falta de entrega de la unidad adquirida" (fs. 691/vta.).

3. Contra esta decisión se alza el letrado apoderado de "Peugeot Citroen Argentina S.A." mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 699/715, en cuyo marco denuncia la violación y errónea

aplicación del art. 1109 del Código Civil, el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y de la doctrina legal que cita. Hace reserva del caso federal.

Arguye el recurrente que el fallo en crisis vulneró la doctrina legal de esta Suprema Corte, en tanto se apartó del criterio adoptado en el caso "Hyundai" -que entiende similar al aquí analizado-, sin brindar fundamentos atendibles al efecto, en tanto allí se resolvió que el concedente -en principio- resulta ajeno al vínculo entre el concesionario y sus clientes, no respondiendo por los incumplimientos en que pudiera haber incurrido el primero (fs. 706/708).

De igual modo, puntualiza -por un lado- que resulta desacertado aseverar que la publicidad de la concedente por medio de la cual se informan al público los integrantes de la red de concesionarios, crea una "apariencia" de responsabilidad, en tanto induce a los consumidores a adquirir sus automotores en dichas concesionarias, toda vez que -por un lado- desconoce las características propias del contrato de concesión que unía a las partes y -por el otro- que la publicación de los referidos avisos en modo alguno puede ser calificado como una conducta antijurídica, en los términos del art. 1109 del Código Civil, en la medida que importó un obrar prudente y diligente por parte del fabricante (fs. 707/711).

En continuación, destaca que el concesionario desempeña sus funciones con autonomía, en el sentido de que, más allá de una eventual subordinación técnica o económica, es jurídicamente independiente con respecto al concedente, actuando en nombre y por cuenta propia (fs. 711/713).

Desde otro ángulo, esgrime que resulta "... arbitraria y contraria a la doctrina legal del Alto Tribunal la sentencia recurrida, en cuanto pretende forzar la subsunción del caso de marras en las prescripciones del art. 40 de la LDC con la única intención de hacer lugar a la pretensión del actor" (fs. 713/vta.).

En este sentido, expresa que no es posible soslayar que la aludida normativa establece la responsabilidad objetiva y solidaria de todos los integrantes de la cadena de comercialización de productos y servicios, pero únicamente para el supuesto en que los daños al consumidor se produzcan como consecuencia del riesgo o vicio de la cosa; supuesto que no se registra en el caso de autos (fs. 713 vta.). Mas -agrega- si por alguna razón se estimara que dicha interpretación tiene cabida, cuadra apuntar que la decisión de la alzada al aplicar el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor importa una manifiesta autocontradicción, toda vez que la propia Cámara expresó que el concedente habría llevado a cabo un obrar antijurídico en los términos del art. 1109 del Código Civil (fs. 714).

4. El recurso es fundado.

a. En efecto, en el precedente C. 93.038, "García, Manuel Emilio contra Hyundai Motor Argentina S.A. Resolución de contrato y daños y perjuicios" (sent. del 13-VI-2007), en el cual se abordó idéntica problemática -en lo esencial- a la aquí analizada, esta Corte sostuvo que "el contrato de concesión ha sido definido como aquel vínculo en virtud del cual un comerciante, llamado concesionario, pone su empresa de distribución al servicio de un comerciante o industrial llamado concedente para asegurar, exclusivamente, sobre un territorio determinado y bajo la vigilancia del concedente, la distribución de sus productos cuyo monopolio de reventa le es concedido".

En dicha oportunidad, se puntualizó que "esta categoría de contratos se diferencia claramente de la figura del mandato, toda vez que el concesionario no obra por cuenta y nombre del concedente, sino que desempeña sus funciones con autonomía, no obstante existir cierta dependencia económica y técnica".

Asimismo, se puso de resalto que "el contrato de concesión da origen a dos tipos de vinculaciones: de un lado, una relación entre los otorgantes del contrato -concedente y concesionario-, regida en principio por la autonomía y respeto a la voluntad expresada en el convenio, y del otro, un vínculo entre el concesionario y sus clientes, respecto del cual el concedente -en principio- resulta ajeno, no respondiendo por los incumplimientos en que pudiera haber incurrido el concesionario, ya que no es éste su mandatario".

En esta inteligencia, se expresó que "entre concedente-concesionario la eventual responsabilidad entre las partes es de naturaleza contractual, teniendo por marco referente el contenido de la propia convención. Mas no participa de igual carácter la responsabilidad del concedente frente a los clientes, por cuanto aquel resulta un tercero ajeno a lo convenido con el concesionario (art. 1195 del C.C.), quien, en principio, no puede verse perjudicado por la conducta asumida por este último. En la venta directa, la concesionaria no reviste el carácter de representante del fabricante, sino que se trata de una persona que actúa en nombre y por cuenta propia, lo que por regla exime de responsabilidad al concedente por el incumplimiento de la vendedora".

En particular, se sostuvo que la circunstancia de que "los fabricantes -o, en su caso, los importadores- de automotores seleccionen a sus concesionarias y la existencia de un vínculo contractual entre ellos no autoriza a condenar al concedente si no ha mediado una conducta antijurídica imputable a ella"; señalando en tal sentido que la publicidad atribuida a la concedente "no autoriza por sí sola a suponer que medió intención alguna de la demandada de colocarse en directa vinculación con los usuarios, ni de que existió un ofrecimiento concreto en relación a la entrega de los rodados adquiridos por los clientes en la concesionaria (art. 9 su doc. de la ley 24.240)".

A ello se adicionó que la pretensión resarcitoria articulada con basamento en lo normado por los arts. 11, 12 y 40 de la ley 24.240 tampoco podía ser receptada, habida cuenta de que "la garantía legal y servicio técnico contemplados en los citados preceptos se vinculan a los daños irrogados por vicios, defectos o riesgos de los bienes comercializados" y no al incumplimiento contractual derivado de la falta de entrega del producto adquirido por el consumidor.

b. En suma, no corresponde asimilar la pretendida responsabilidad de la empresa concedente por el incumplimiento del concesionario de la entrega de unidades a aquélla que le cabe como fabricante por la calidad de sus productos.

Atribuir responsabilidad a la concedente por la falta de entrega de los vehículos enajenados, por cuenta y a riesgo propio de la concesionaria, sin que se hubiere demostrado en el sub discussio un obrar antijurídico de la primera que habilite su condena en los términos del art. 1109 del Código Civil, ni la concurrencia de los supuestos en que rige la garantía legal prevista por la ley 24.240, como lo ha hecho el tribunal a quo, no es congruente con la correcta interpretación de las normas legales aplicadas.

Por ello, en el presente caso, la decisión impugnada no comporta una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa y pone en evidencia la falta de adecuación del pronunciamiento en crisis con la doctrina legal de este Tribunal (conf. C. 93.038, sent. del 13-VI-2007; art. 289, C.P.C.C.).

5. Si lo que expongo es compartido, deberá hacerse lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, revocarse la sentencia impugnada y, en consecuencia, desestimar la demanda articulada por Marcos Gabriel Iarritu contra la firma "Peugeot Citroen Argentina S.A.". Costas al accionante vencido (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Por ello, doy mi voto por la afirmativa.

La señora Jueza doctora Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votó también por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

I. Por los fundamentos que expresara al votar en la causa C. 93.038 ("García Manuel c/ Hyundai Motor Argentina S.A. s/ Resolución de contrato", sent. de 13-VI-2007, doctrina que fuera reiterada en C. 105.173 "Bonacalza, C. c/ Fiat Auto de Argentina S.A. s/ cobro de pesos", sent. de 2-V-2013), sobre los cuales el ponente desarrolla su voto, entiendo que el recurso es atendible.

II. Voto por la afirmativa.

El señor Juez doctor Hitters, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó también por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oída la Procuración General, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia impugnada y, en consecuencia, se rechaza la demanda promovida por el señor Marcos Gabriel Iarritu contra "Peugeot Citroen Argentina S.A.". Las costas se imponen al accionante vencido (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

El depósito previo efectuado (fs. 720/721), deberá restituirse al interesado.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

CARLOS ENRIQUE CAMPS – Secretario-

E) CONCESIÓN DE SERVICIO ELÉCTRICO. COBRO DE UN PLUS NO PREVISTO EN EL CUADRO TARIFARIO. PROCESO COLECTIVO. CARACTERES. LEGITIMACIÓN ACTIVA. EFECTOS DE LA SENTENCIA.

Causa “López, Rodolfo Osvaldo contra Cooperativa Eléctrica de Pehuajó. Sumarísimo”

C. 91.576, sent. del 26-III-2014

CUESTIÓN PLANTEADA:

El quid de la cuestión aquí debatida giró en torno a dos cuestiones trascendentales: a) la posibilidad de fijar directamente (es decir, sin autorización alguna por parte de los organismos de regulación y contralor de las concesiones de servicios públicos de electricidad) aranceles diferenciales por parte de las entidades cooperativas que prestan dicha actividad y b) la posibilidad de extender los efectos del fallo favorable en beneficio de los restantes usuarios del servicio eléctrico prestado por la entidad accionada.

RESEÑA DEL CASO:

El actor, usuario no asociado, promovió acción de amparo colectiva contra la Cooperativa Eléctrica de Pehuajó reclamando el cese del cobro de un plus no previsto en el cuadro tarifario, tanto en su beneficio personal como en el del resto de los afectados por considerarlo vulneratorio de las tarifas de la concesión pública, que no habilitaban semejante distinción.

Tanto el juez de primera instancia como la alzada hicieron lugar a la acción de amparo, ordenando el cese del cobro del rubro “Res. INAC 110” en la facturación

periódica, disponiendo que los efectos del acogimiento de la pretensión iban a redundar exclusivamente en beneficio del actor a título individual.

La Suprema Corte si bien mantuvo lo resuelto en las instancias inferiores al considerar que la incorporación unilateral de rubros especiales en el esquema tarifario de una concesión de servicio público resultaba una decisión manifiestamente ilegítima de la accionada, dispuso que los efectos de la acción incoada debían extenderse a los restantes usuarios no asociados del servicio eléctrico prestado por la Cooperativa, a quienes no podría facturarse en lo sucesivo el rubro identificado como “Res. INAC 110”.

Para así resolver, el Tribunal efectuó un meduloso análisis de la legitimación activa, concluyendo que en el *sub discussio* se estaba en presencia de un derecho de incidencia colectiva y que si bien el actor resultaba ser un usuario “afectado”, había articulado su pretensión de cesación no sólo en procura de su interés particular, sino además en defensa de los restantes sujetos servidos por la demandada, por lo que en definitiva se trataba del ejercicio de la legitimación que el art. 43, segundo párrafo, de la Constitución nacional reconoce a los afectados para la defensa de derechos de incidencia colectiva.

DOCTRINA:

- La teoría de la concesión de servicio público se asienta sobre el presupuesto de la existencia de tres sujetos diferenciados: a) el Estado, al que se supone titular del mismo y tutor del bien común, b) el usuario, a quien por su carácter general y con frecuencia débil, el Estado debe proteger y c) el concesionario, a quien el Estado autoriza a prestar el servicio con arreglo a determinadas condiciones que eviten el abuso en detrimento del usuario. Empero, en el supuesto de las cooperativas los sujetos b) y c) son uno solo. Ante ello, no debe sostenerse la primacía absoluta del régimen cooperativo y privado en ámbitos que hacen a la esencia de la concesión [del voto del Juez Hitters].

- Siendo que los usuarios lesionados han tenido en el caso una adecuada representación de sus intereses y que las características de la afectación coloca al presente

como un caso de defensa de derechos de incidencia grupal, cabe reconocer la legitimación invocada a título colectivo, revocándose así el decisorio atacado en cuanto desconociera los efectos expansivos de lo resuelto en beneficio de los restantes usuarios del servicio eléctrico prestado por la entidad accionada (art. 289, inc. 1, C.P.C.C.), por lo cual corresponde se extiendan a los restantes usuarios no asociados del servicio eléctrico prestado por la Cooperativa a quienes no podrá facturarse en lo sucesivo el rubro identificado como "Resol. INAC 110 -no asociado"- [del voto del Juez Hitters].

- El usuario afectado por el cobro del rubro "Resolución 110 INAC no asociado" que articuló su pretensión de cesación, no sólo en procura de su interés particular, sino además en defensa de los restantes sujetos servidos por la demandada, ejerció la legitimación que el art. 43 de la Constitución Nacional reconoce a los afectados para la defensa de derechos de incidencia colectiva así como nuestra provincia, asimismo, el Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios (ley 13.133) habilita la legitimación los consumidores y usuarios "en forma individual o colectiva" en casos de amenaza o afectación de sus "derechos subjetivos, de incidencia colectiva o intereses legítimos" (art. 26, inc. a), ley cit.). Esta definición permite expandir subjetivamente los efectos del decisorio favorable en beneficio de los restantes usuarios del servicio eléctrico prestado por la entidad accionada [del voto del Juez Hitters].

- Nada en la expresión "derechos de incidencia colectiva" impone restringir el alcance de la tutela grupal a las situaciones en que se afectasen derechos difusos o colectivos stricto sensu. Por el contrario, una hermenéutica dinámica y funcional de dicho concepto impone tener en cuenta diversos factores de la realidad: desconocer las posibilidades de enjuiciamiento colectivo de esta clase de asuntos, podría ocasionar dos resultados igualmente indeseables: 1) o se acentúa el colapso del sistema de justicia fomentando la multiplicidad de reclamos por una misma cuestión, o 2) se genera la indefensión y se fomenta la impunidad de un sinnúmero de lesiones antijurídicas debido a las conocidas dificultades materiales que el acceso individual al servicio de justicia plantea en diversas hipótesis [del voto del Juez Hitters].

- La noción "derechos de incidencia colectiva" (art. 43, Const. Nac.) no se limita a la más tradicional de sus versiones (es decir, los llamados intereses "difusos"), sino que abarca otras situaciones en las que el bien tutelado pertenece de modo individual o divisible a una pluralidad relevante de sujetos, la lesión proviene de un origen común, y las características del caso demuestran la imposibilidad práctica o manifiesta inconveniencia de tramitar la controversia a través de los moldes adjetivos tradicionales (litisconsorcio, intervención de terceros, acumulación de acciones, etc.). De este modo la legitimación colectiva reconocida constitucionalmente (art. 43 Const. Nac.; 20, Const. Pcial.) para la defensa de prerrogativas de incidencia colectiva, comprende la categoría de derechos individuales homogéneos [del voto del Juez Hitters].

- Habiéndose ventilado cuestiones (de hecho y de derecho) comunes y homogéneas a todo el grupo de usuarios afectados, a modo de la postulación de un caso colectivo, el "afectado" puede hallarse investido de aptitud para instar un proceso de tenor supra individual ante la implicación patrimonial del caso y considerando que, la acción ha procurado mantener la igualdad de trato entre los usuarios de un servicio público esencial, que compromete al interés general (Arts. 42, 43 y conscs., C.N.; doct. Arts. 38, 55 y conscs., Const. Pcial.). De allí que corresponde asignarle fuerza expansiva a la sentencia a favor de los usuarios del servicio de consumo eléctrico [del voto del Juez Soria].

FALLO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 26 de marzo de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Hitters, Pettigiani, Kogan, Genoud, Soria, Negri, de Lázzari, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 91.576, "López, Rodolfo Osvaldo contra Cooperativa Eléctrica de Pehuajó. Sumarísimo".

ANTECEDENTES

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Trenque Lauquen confirmó la sentencia apelada, que, a su turno, condenó a la Cooperativa demandada a abstenerse de cobrar al actor Rodolfo Osvaldo López el rubro denominado "Resol. 110 INAC-no asociado" (ver fs. 289 vta.).

Se interpusieron, por la parte actora y la demandada, sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley.

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ª) ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de fs. 293/298?

En su caso:

2ª) ¿Lo es el de fs. 306/321 vta.?

VOTACIÓN

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

I. El tribunal a quo confirmó la sentencia de fs. 296/297, que condenó a la Cooperativa Eléctrica de Pehuajó a abstenerse de cobrar al actor Rodolfo Osvaldo López el rubro denominado "Resol. 110 INAC-no asociado" (ver fs. 289 vta.).

Fundamentó su decisión, en lo que aquí interesa, en lo normado por la ley 11.769 y su decreto reglamentario 1208/97, que regulan el régimen tarifario y de prestación de servicios único para la actividad eléctrica en la Provincia de Buenos Aires; en la resolución 136/98 de fecha 19 de agosto de 1998, dictada por el Organismo de Control de Energía Eléctrica de esta provincia -OCEBA- en el expediente administrativo 2429-313/98; en el dictamen del doctor Norberto Lorenzo, Asesor -Inspector del INAC- y en el informe de la misma entidad que obra a fs. 216 (v. fs. 289).

En definitiva, dijo que en el ámbito provincial los concesionarios del servicio público de electricidad no pueden valerse de la Resolución 110 del INAC para establecer tarifas distintas por el suministro de energía, excepto cuando existan motivos objetivos que lo justifiquen, para lo cual deberán solicitar autorización a la autoridad de aplicación, es decir, el Ministerio de Obras y Servicios Públicos, que actúa por intermedio del Ente Provincial Regulador Energético (EPRE). Señaló además que el adicional impugnado

queda comprendido en la tarifa de electricidad, ya que es incorporado compulsivamente en la facturación sin concederle al usuario la posibilidad de oblarlo por separado del consumo.

II. Este decisorio resultó atacado por la parte demandada mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley obrante a fs. 293/298. Allí denuncia la infracción a la ley 20.337/1973; como asimismo a las resoluciones 110/76 y 175/83 del INAES y de los arts. 14, 17, 18 y 31 de la Constitución nacional y 27 de su par provincial (ver fs. 294 vta., 296 y 297 vta.).

Sostiene que la citada ley regula el régimen de las cooperativas a nivel nacional y que ésta se encuentra en una escala superior dentro de la jerarquía de normas jurídicas, con relación a la precitada ley 11.769. Puntualizó a la par que existe una regla constitucional, el art. 31, que establece el principio de jerarquía de las normas jurídicas dentro de la República, citando en apoyo de su postura un fallo de esta Corte (B. 54.685, sent. del 30-IX-1997). En virtud de ella y de las resoluciones 110/76 y 175/83 del INAES, se permite percibir un cargo de los usuarios no asociados, destinado al fondo de reserva legal y ninguna ley provincial puede violentar ni intentar -dijo- reglamentar leyes tales como la de cooperativas u otras de exclusiva competencia del Congreso nacional (ver fs. 297 vta.).

Luego de discriminar las clases de usuarios, agrega que los no asociados utilizan la totalidad de los medios técnicos y humanos de la cooperativa, con ventaja evidente sobre los socios, se crea una situación de injusticia, falta de equidad, y hasta de desprecio por valores tales como la solidaridad, cooperación y ayuda mutua.

III. El recurso no puede prosperar.

1. El núcleo del debate traído a estos estrados, de conformidad al modo en que ha sido planteado y resuelto el caso en las instancias ordinarias, es la discusión en torno a la posibilidad de fijar directamente (es decir, sin autorización alguna por parte de los organismos de regulación y contralor de las concesiones de servicios públicos de electricidad) aranceles diferenciales por parte de las entidades cooperativas que prestan dicha actividad.

El antecedente fundamental de la pretensión es la incorporación, por la Cooperativa Eléctrica de Pehuajó, de un plus no previsto en el cuadro tarifario de la concesión en la facturación de los usuarios no asociados a dicha entidad. Para sustentar tal proceder la demandada ha invocado que está habilitada a hacerlo en virtud de una resolución del Instituto Nacional de Acción Cooperativa (res. 110/76 -INAC, B.O.: 30-VI-1976, ver en especial art. 1, inc. "f"). Esta norma, en concordancia con el art. 2, inc. 10 de la ley 20.337, autoriza a las cooperativas en general, a prestar servicios a quienes no son socios de dichos entes, permitiéndoles la aplicación de recargos o "tarifas diferenciales" a tales usuarios.

El actor, usuario no asociado, promovió acción de amparo colectiva contra la cooperativa, reclamando el cese del cobro de tal concepto tanto en su beneficio personal como en el del resto de los afectados, por considerarlo vulneratorio del cuadro tarifario de la concesión pública, que no habilita semejante distinción. Sostiene, entre otros argumentos, que la normativa general en materia cooperativa no se aplica a

las que prestan servicios públicos, en lo que hace a la definición de los presupuestos esenciales del servicio concesionado.

La pretensión de fondo fue avalada por organismos técnicos especializados que apoyaron la tesis sustentada por el accionante. Ver, por ejemplo, la clara posición expresada en el informe del Organismo de Control de la Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires (OCEBA) a fs. 443, así como la resolución de dicho órgano que obra a fs. 444/446 vta. Igualmente, ver dictamen del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación) a fs. 473/475.

En ambas instancias de grado, como he adelantado, se hizo lugar a la acción de amparo, ordenándose el cese del cobro del rubro "Res. INAC 110" en la facturación periódica.

2. El recurso no debe prosperar, ya que juzgo correcto el criterio de resolución adoptado en este punto. Efectivamente, la incorporación unilateral de rubros especiales en el esquema tarifario de una concesión de servicio público resulta una decisión manifiestamente ilegítima de la demandada.

2.1. Como he sostenido en otra oportunidad, la teoría de la concesión de servicio público se asienta sobre el presupuesto de la existencia de tres sujetos diferenciados: a) el Estado, al que se supone titular del mismo y tutor del bien común, b) el usuario, a quien por su carácter general y con frecuencia débil, el Estado debe proteger y c) el concesionario, a quien el Estado autoriza a prestar el servicio con arreglo a determinadas condiciones que eviten el abuso en detrimento del usuario. Empero, en el supuesto de las cooperativas los sujetos b) y c) son uno solo (B. 54.685, "Cooperativa Ltda. de Servicios Eléctricos de Pehuajó", sent. del 30-IX-1997).

Es cierto que -como dije en el citado precedente- el particular régimen jurídico que nutre a las concesiones de servicios públicos prestadas por cooperativas hace que los preceptos de derecho administrativo deban ser interpretados y aplicados en armonía con los del dec. ley 20.337 y las normas estatutarias de la entidad, habida cuenta que el acto cooperativo impregna a tales actividades de un valor especial en función de fines en los que campea la solidaridad, el bien común y la ausencia de lucro.

Pero ello no puede comportar la primacía absoluta del régimen cooperativo y privado en ámbitos que hacen a la esencia de la concesión, como ocurre en el sub discussio.

2.2. Las precisiones elaboradas en la causa a la que me he referido precedentemente (B. 54.685) permiten explicar los alcances del aserto anterior.

Expresó este Tribunal en dicha oportunidad que si bien es cierto que por tratarse de una concesión de servicio público resultan aplicables las normas "administrativas" que contemplan la cuestión, no lo es menos que tal criterio declina en el ámbito propio de la actividad asociativa, donde cabe recurrir a las normas y principios "cooperativos". El derecho administrativo es aplicable a estos entes sólo en aquellas zonas que se relacionan con el servicio público que prestan, rigiéndose en lo demás por las normas aplicables al común de las cooperativas.

Siguiendo tales parámetros, en aquella oportunidad se acogió la demanda contencioso administrativa promovida por la cooperativa, dirigida a impugnar un acto del municipio que -como autoridad concedente- había decidido modificar la forma de facturación que la entidad venía desarrollando.

El presente caso es claramente diferente, dado que el debate no se centró sobre la forma de la facturación (vgr. incorporación a una misma factura, aunque por separado, de cargos por electricidad y otros vinculados con servicios distintos prestados por la entidad), sino sobre la cuantía de la misma en relación al servicio concesionado.

En síntesis, no se trata aquí de un reproche contra la incorporación de cargos por prestaciones ajenas a la concesión dentro de una misma factura, sino del embate contra una discriminación entre diferentes usuarios que no ha sido contemplada en el cuadro tarifario de la concesión.

Queda claro, por lo tanto, que se trata de un cargo que integra la tarifa de electricidad y que, por lo tanto, tiene vinculación íntima con el núcleo central de la concesión. Por lo que, siguiendo las pautas sentadas en la causa reiteradamente citada, las normas que deben primar en la definición de la procedencia de la pretensión, son las de derecho público local.

3. Considero lo expuesto suficiente para proponer el rechazo del recurso deducido, con costas (art. 289, C.P.C.C.).

Voto por la negativa.

Los señores jueces doctores Pettigiani, Kogan, Genoud, Soria, Negri y de Lazzari, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votaron la primera cuestión también por la negativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

I. El a quo confirmó la sentencia de fs. 296/297, disponiendo -en lo que aquí interesa- que los efectos del acogimiento de la pretensión redunden exclusivamente en beneficio del actor a título individual.

Fundó la decisión afirmando principalmente que la flexibilización de la legitimación procesal reconocida en el art. 43 de la Constitución nacional (texto según reforma de 1994), no significa que cualquier miembro de una comunidad pueda invocar la representación del conjunto para hacer cesar los efectos de actos lesivos a derechos de incidencia colectiva. De modo que en el caso -aunque el accionante forme parte del grupo de usuarios del servicio de electricidad del Partido de Pehuajó- ello no le confiere legitimación procesal para ejercer la acción en representación de los restantes usuarios, por lo que la sentencia no puede tener efectos erga omnes.

II. Frente a este decisorio, la parte actora interpone recurso extraordinario (fs. 306/321) en el que critica las conclusiones de la alzada, denunciando la vulneración del art. 43 de la Constitución nacional, así como la violación de la doctrina sentada en B. 62.986, "Quintana", sent. del 5-XII-2001.

III. El recurso debe prosperar.

1) Introducción.

Entiendo que nos hallamos en el presente ante un derecho de incidencia colectiva, prerrogativa para cuya tutela el art. 43 de la Constitución nacional reconoce legitimación al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a tales fines.

Las sucintas consideraciones del a quo aplicadas al rechazo de la expansión subjetiva de la sentencia (propagación que no es sino la contracara necesaria del reconocimiento de la legitimación a título colectivo), son claramente insuficientes y demuestran más bien una forma de razonamiento circular que no abastece la manda del art. 18 de nuestra Carta Magna. Ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dicha garantía requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle sino a través de un proceso conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia fundada (Fallos: 310:1819; 311:2082, entre otros).

Sin perjuicio de ello, atento a que esta falencia no ha impedido al recurrente efectuar la crítica de la decisión, abordaré la temática de marras teniendo en cuenta los agravios deducidos, así como las defensas de la accionada que, en su carácter de vencedora (respecto de la presente cuestión) en las instancias de origen, no han podido ser traídas a conocimiento de este Tribunal.

2) Los derechos individuales homogéneos como una especie de los derechos de incidencia colectiva.

En cuanto a la calificación de los derechos cuya defensa se persigue en el sub lite como "de incidencia colectiva", el interrogante a responder es el siguiente: ¿posee legitimación el afectado para demandar la tutela de derechos individuales homogéneos de todos los usuarios que se encuentran en esa análoga situación o, tal como fuera sostenido por la demandada y resuelto en las instancias precedentes, cada uno de ellos debe ejercer su pretensión por separado en defensa de su interés individual?

Por las razones que expongo a continuación, considero que el reconocimiento de la legitimación a título grupal se impone en el sub lite.

En efecto, la noción "derechos de incidencia colectiva" (art. 43, Const. nac.) no se limita a la más tradicional de sus versiones (es decir, los llamados intereses "difusos"), sino que abarca otras situaciones en las que el bien tutelado pertenece de modo individual o divisible a una pluralidad relevante de sujetos, la lesión proviene de un origen común, y las características del caso demuestran la imposibilidad práctica o manifiesta inconveniencia de tramitar la controversia a través de los moldes adjetivos tradicionales (litisconsorcio, intervención de terceros, acumulación de acciones, etc.).

De este modo, considero que la legitimación colectiva reconocida constitucionalmente (arts. 43, Const. nac.; 20, Const. pcial.) para la defensa de prerrogativas de incidencia colectiva, comprende la categoría de derechos individuales homogéneos.

2.1) Los derechos de incidencia colectiva en general.

a) A efectos de elucidar la noción prevista en el art. 43 de la Ley Suprema, resulta necesario verificar los parámetros que autorizan a considerar que el proceso porta un "caso" o "controversia" de alcances colectivos.

En tal sentido, es de notar que hay hipótesis en las que los afectados comparten su lesión con otros que se encuentran en similar situación, a consecuencia de un acto o serie de actos que constituyen la fuente común del daño padecido, siendo prácticamente inviable o muy dificultosa o disfuncional la constitución entre todos ellos de un litisconsorcio. Estamos en tales hipótesis frente a los derechos de incidencia colectiva tutelados por la Constitución nacional (arts. 41, 42 y 43) así como por la Carta Magna provincial (art. 20 inc. 2) y por diversas leyes especiales (v.g. leyes 25.675 y 24.240).

En dichas circunstancias, la legitimación individual que todo interesado posee para remediar su propia lesión personal, convive con la legitimación colectiva que el ordenamiento reconoce a los afectados para proveer a la defensa del grupo abarcado por el hecho generador del perjuicio respectivo.

Se trata de dos órbitas de actuación diversas que, en ciertas ocasiones, pueden coincidir, dado que un mismo acto o evento lesivo puede generar pretensiones estrictamente individuales, a la par de otras destinadas a tutelar derechos de incidencia colectiva (divisibles -individuales homogéneos- o indivisibles -intereses difusos-; v. asimismo voto del doctor Roncoroni, al que presté mi adhesión, en la causa B. 66.095, sent. del 7-III-2007).

b) Para evitar reparos basados en la letra del art. 43 de la Carta Magna federal, cabe aclarar que la extensión de la legitimación grupal reconocida por dicha cláusula no se acota al estrecho margen de la acción de amparo (es decir, al conocido "amparo colectivo", como es el caso de autos), sino que es pasible de ser aplicada a las restantes vías de enjuiciamiento previstas en el ordenamiento, análogas en cuanto a su objeto, aunque más amplias en lo referente a su órbita de actuación. Esto ocurre, por ejemplo, con pretensiones como la acción originaria de inconstitucionalidad (v. causa I. 68.534, resol. del 6-IX-2006).

Este criterio amplio en cuanto a los alcances de la legitimación colectiva (es decir, entendiéndola como no ceñida exclusivamente a la órbita amparista) ha sido reconocido incluso por la Corte Suprema nacional (v. Fallos: 320:690, en el ámbito de la acción declarativa; y Fallos: 328:1146, habilitando que la garantía de habeas corpus sea ejercida de modo grupal).

2.2) Los derechos individuales homogéneos como especie de aquéllos.

De lo expuesto surge que existen dos grandes variantes dentro del género contemplado en el art. 43 de la Carta federal, que se distinguen por la nota de divisibilidad del bien tutelado.

a) En un primer caso -es decir, el de los derechos colectivos o difusos- quedan comprendidas aquellas prerrogativas de grupo caracterizadas por la indivisibilidad de su objeto. Se trata de contextos en los que los derechos en cuestión se presentan fundidos de tal modo que la satisfacción de algunos de sus titulares no es posible sin la del resto (v. Barbosa Moreira, José C., "Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos", en *Revista de Processo*, año X, Julio-Septiembre de 1985, n° 39, p. 55 y sigtes.; Gidi, Antonio, "Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", en Gidi-Ferrer-Mac-Gregor (coord.), *La tutela colectiva de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, Porrúa, México, 2003, esp. p. 32-33).

La hipótesis se presenta con frecuencia, por ejemplo, en materia ambiental o de protección del patrimonio cultural o paisajístico. Imagínese el interés en la defensa de una especie animal o vegetal. Es lógico que la satisfacción del mismo vaya a repercutir necesariamente en todos y cada uno de los miembros de la comunidad en que dichos seres se desarrollan; del mismo modo que su desatención va a impactar irremediabilmente en el resto. Los ejemplos de este tenor se multiplican y la jurisprudencia recepta una multiplicidad de casos relativos a la defensa de esta clase de prerrogativas en diversos ámbitos de derecho sustancial.

b) En un segundo grupo de derechos de incidencia colectiva -como fuera adelantado- encontramos las situaciones en las que el bien tutelado pertenece de modo individual o divisible a una pluralidad relevante de sujetos, la lesión proviene de un origen común, y las características del caso demuestran la imposibilidad práctica o manifiesta "inconveniencia" de tramitar la controversia a través de los moldes adjetivos propios del proceso clásico entre Cayo y Ticio (litisconsorcio, intervención de terceros, acumulación de acciones, etc.) y, en paralelo, el provecho de hacerlo concentradamente (superioridad del enjuiciamiento colectivo).

Son casos en los que, como apunta Bujosa Vadell, se presentan diversos objetos susceptibles de apropiación exclusiva, pero cualitativamente idénticos (Bujosa Vadell, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1995, p. 81 y 97), lo que torna procedente -en palabras de Barbosa Moreira- la "*yuxtaposición de litigios menores que se reúnen en uno mayor*" (ob. cit.).

c) Nada en la expresión "derechos de incidencia colectiva" impone restringir el alcance de la tutela grupal a las situaciones descriptas en el ap. "a" [derechos difusos o colectivos stricto sensu].

Por el contrario, una hermenéutica dinámica y funcional de dicho concepto impone tener en cuenta diversos factores de la realidad de los que el judicante no puede ser fugitivo (v. mi voto en la causa A. 69.391, sent. del 20-X-2007, esp. párrafo IV.6.c).

Entre ellos, debe tenerse presente que desconocer las posibilidades de enjuiciamiento colectivo de esta clase de asuntos, podría ocasionar dos resultados igualmente indeseables: i) o se acentúa el colapso del sistema de justicia fomentando la multiplicidad de reclamos por una misma cuestión (situación que se presentaría especialmente cuando la ecuación costo beneficio del accionar individual resultase favorable para el afectado); o ii) se genera la indefensión y se fomenta la impunidad de un sinnúmero de lesiones antijurídicas debido a las conocidas dificultades materiales que el acceso individual al servicio de justicia plantea en diversas hipótesis (v.g., ausencia de relación costo beneficio del litigio individual, dificultad en la coordinación de las acciones respectivas, desigualdad de recursos materiales entre los protagonistas de la controversia, la dispersión de los múltiples afectados, etc.).

Por otra parte, aunque se trate de un riesgo no siempre disuadido por el ordenamiento, no debe olvidarse que la concentración de la contienda, además de beneficiar funcionalmente al sistema y evitar a veces situaciones de indefensión material, aleja el peligro de sentencias contradictorias respecto de una misma serie de causas.

3) El "origen común".

El factor que permite concentrar la defensa de intereses pertenecientes divisiblemente a distintas personas sin temor a desvirtuar la tésis de la institución ni a "colectivizar" cualquier clase de litigio, es la determinación del origen común de las lesiones o amenazas.

La comunidad de controversia es un elemento fundamental que permite centrar el debate, uniformándolo respecto de lo que constituye el núcleo fáctico-jurídico del debate compartido por los integrantes del grupo.

Este parámetro se presenta toda vez que el conjunto de lesiones individuales provengan de un mismo hecho o serie de hechos que actúen como fuente causal de las afectaciones particulares y/o compartan los fundamentos jurídicos sustanciales que definen su procedencia. Determinar la verificación de dicho estándar depende obviamente de las circunstancias de cada caso, teniendo siempre presente que la exigencia en cuestión tiende a favorecer un adecuado y funcional encauzamiento de la litis.

Por lo que no se trata de hallar soluciones aritméticas, sino de avizorar que el tratamiento concentrado del conflicto beneficiará al sistema jurisdiccional y a quienes a él acuden en busca de respuesta para situaciones de conflicto plural. La comunidad de controversia debe ser analizada entonces partiendo de dicha tésis, lo que impone al judicante una lectura práctica y realista que determine un verdadero predominio de los aspectos compartidos (comunes) frente a los particulares de cada afectado.

En síntesis, para la prosecución colectiva de un proceso en tutela de bienes esencialmente divisibles, es necesaria una cualidad extra que defina la conveniencia de este tipo de enjuiciamiento y que la distinga del tradicional proceso individual. Esta nota está dada por el aludido recaudo del "origen común". Por lo tanto, no cualquier vulneración masiva de derechos divisibles es pasible de ser traída a la justicia en forma colectiva, sino sólo aquéllas que provienen de una fuente causal unívoca o que comparten los fundamentos jurídicos centrales que determinarán su mérito.

4) Criterios de la Corte Suprema antes del año 2009.

a) El máximo Tribunal federal se había expedido en ciertas oportunidades acerca de la legitimación para la defensa grupal de derechos de objeto divisible, a la luz de lo normado por el art. 43 de la Constitución nacional. Sin embargo, cabe adelantar que, de los precedentes existentes sobre la materia, no podía considerarse consolidado un criterio uniforme acerca de la dilucidación de la noción "derechos de incidencia colectiva" ni, en particular, podía verificarse una definición precisa en torno a la inclusión de los derechos individuales homogéneos como especie de aquéllos.

Así, en una conocida causa en la que una asociación de grandes usuarios de energía cuestionó por vía de acción declarativa (art. 322, C.P.C.N.) la validez supralegal de un tributo provincial que se aplicaba a sus afiliados, la Corte reconoció que la pretensión de marras se hallaba incluida entre las amparadas por el art. 43 de la Carta Magna (C.S.J.N., Fallos: 320:690). Por lo que cabe interpretar que al pronunciarse favorablemente respecto de la legitimación de la entidad accionante, el Alto cuerpo entendió que la categoría de intereses

involucrados en la litis se encontraba incorporada en dicha cláusula constitucional referida a la defensa de los "derechos de incidencia colectiva en general".

Se trataba allí del cuestionamiento constitucional de un tributo llevado a la jurisdicción a título grupal, lo que importó avalar la inclusión de derechos individuales y patrimoniales dentro del ámbito del art. 43 de la Ley Suprema.

b) Ciertamente es que en otras oportunidades el Tribunal cimero pareció entrecerrar las puertas de la defensa colectiva en hipótesis en las que se pusieron en juego esta clase de intereses, bajo una fórmula genérica según la cual "la protección de los derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, se encuentra al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el art. 43 de la Constitución Nacional" (v. Fallos: 326:3007; 326:2998).

El criterio de marras fue aplicado en una causa iniciada por el Defensor del Pueblo de la Nación, en la que se había reclamado la inconstitucionalidad de la normativa dictada en el ámbito de la emergencia económica -pesificación de depósitos y demás imposiciones del sistema financiero- (C.S.J.N., causa D.2080.XXXVIII, "Defensor del Pueblo de la Nación -inc. dto. 1316/02 c/E.N. P.E.N. dtos. 1570/01 y 1606/01 s/amparo ley 16.986", sent. del 26-VI-2007).

La Corte se expidió allí desestimando la pretensión colectiva interpuesta, por ausencia de legitimación del organismo accionante, afirmando -en línea con el criterio antes recordado y en lo que puede considerarse que constituye el holding del pronunciamiento- que queda exceptuada de la legitimación del Defensor del Pueblo contemplada en el art. 43 segundo párrafo de la Carta Magna, la protección de los derechos que son de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados.

Entiendo que la fórmula aludida no importó lisa y llanamente el desconocimiento de toda posibilidad de accionar grupalmente para la defensa de derechos (incluso patrimoniales) de objeto divisible. Por el contrario, subsistía -a mi juicio- el andamiaje grupal del planteo, en la medida en que los mismos no sean "puramente" individuales, sino -como fuera explicado anteriormente- que compartan notas comunes centrales y predominantes que autoricen su enjuiciamiento concentrado. De este modo -permítaseme la hipérbole- no se estaría ya ante prerrogativas "puramente" individuales, sino "individuales homogéneas".

c) La Corte mencionó esta última categoría como obiter dictum, al expedirse en otro conocido precedente vinculado con la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo, en el que diecisiete personas demandaron ante la instancia originaria de dicho Tribunal a los Estados nacional, provincial y municipal y a cuarenta y cuatro empresas por la actividad contaminante desarrollada en dicho curso de agua (C.S.J.N., Fallos: 329:2316).

Pese a que no se pronunció asertivamente sobre el reconocimiento -en el caso- de la legitimación extraordinaria para una eventual (y no propuesta) pretensión colectiva de resarcimiento, señaló la Corte: "Con respecto a [la pretensión indemnizatoria] que, si bien, eventualmente, podrían ser calificados como derechos

individuales homogéneos, en razón de que podría haber un solo hecho ilícito que cause lesiones diferenciadas a los sujetos peticionantes, ello no surge de la demanda..." (fallo cit., consid. 17°).

d) Si se analiza la opinión de los distintos Ministros en los fallos hasta aquí comentados y que actualmente integran el Alto cuerpo, pueden extraerse algunas conclusiones sobre el disímil criterio seguido en el tópico sub examine:

En primer lugar, que la Corte Suprema no había dado una definición precisa sobre la noción "derecho de incidencia colectiva", circunstancia que complicaba la delimitación del ámbito u objeto de los procesos colectivos. En especial, no se terminaba de precisar si los derechos individuales homogéneos podían ser considerados como comprendidos en esta variante de protección.

No obstante, teniendo en consideración las opiniones vertidas en los principales precedentes de dicho órgano jurisdiccional, era dable verificar que algunos de los integrantes del máximo Tribunal habían ya tomado posición con relación a la problemática de marras.

Así, en una postura amplia, los doctores Lorenzetti y Zaffaroni aparecían ya adoptando una postura en el sentido de admitir que los derechos individuales homogéneos están comprendidos dentro de la previsión del art. 43 segunda parte de la Carta Magna y -por ende- son tutelables grupalmente por los legitimados extraordinarios allí enunciados (Defensor del Pueblo, afectados, asociaciones; v. Fallos: 329:4542 y 4593).

En las antípodas, las doctoras Highton de Nolasco y Argibay opinaron que sólo la lesión a derechos colectivos o difusos, es decir, aquéllos pertenecientes indivisiblemente a un número considerable de sujetos, podía ser analizada en este tipo de trámite (v. su voto en la citada causa D.2080.XXXVIII, "Defensor del Pueblo de la Nación [...]").

Por su parte, en posición ecléctica, el criterio sostenido por el doctor Maqueda importaba reconocer que los derechos divisibles (individuales homogéneos) sólo quedan excluidos de la tutela colectiva cuando: i) son de contenido patrimonial y ii) no se refieren a prerrogativas propias de sectores "tradicionalmente postergados" (v.g., medio ambiente, consumidores, usuarios del servicio de salud, etc.). Lo que, en contrapartida, implicaba que para esta línea de pensamiento i) toda pretensión grupal que tenga por objeto una afectación masiva de contenido extrapatrimonial era pasible de ser llevada a la jurisdicción mediante un proceso colectivo; y ii) aún la defensa de derechos individuales homogéneos de carácter patrimonial toleraba esta herramienta de enjuiciamiento concentrado en ciertos casos (v. su voto en la causa D.2080.XXXVIII, "Defensor del Pueblo de la Nación [...]", cit.).

Finalmente, en otra postura que cabe considerar intermedia, mayoritariamente el Tribunal entendía que la defensa de derechos "patrimoniales, puramente individuales", se encuentra marginada de la previsión del art. 43 de la Constitución nacional y sólo pueden ser reclamados en juicio por sus titulares directos.

Se trataba de una definición "negativa", ya que no determinaba los confines del objeto descripto, sino que alejaba de su contexto una serie de situaciones específicas. Pero, fundamentalmente, cabe reiterar que la fórmula se refería sólo a los derechos "puramente" individuales, dejando el interrogante acerca de lo que

cabría resolver cuando las circunstancias del caso permitían verificar la existencia de varios afectados unidos por una lesión que procede de un origen común y predominante.

e) Entiendo así que no se había conformado, en el seno del máximo Tribunal federal y a la luz de los fallos glosados, una solución definitiva que permitiera determinar de modo general y con carácter de doctrina legal si los derechos individuales homogéneos se encontraban o no incluidos dentro de las posibilidades de enjuiciamiento colectivo que autoriza el art. 43 de la Constitución nacional.

5) El criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del año 2009. Los fallos "Halabi", "Thomas", "Cavalieri" y "Padec".

La evolución de la doctrina del cimero Tribunal federal en esta temática encuentra en "Halabi" (Fallos: 332:111) un hito trascendente, aunque complementado por ulteriores precisiones emergentes de los restantes precedentes aludidos.

5.1) En "Halabi" la Corte federal reconoce que, en materia de legitimación procesal, corresponde como primer paso delimitar con precisión tres categorías de derechos (i) individuales; ii) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y iii) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos), destacando que en todos estos supuestos es imprescindible la comprobación de la existencia de un "caso", ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición, aunque advirtiendo que el "caso" tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos (consid. 9°).

a) Afirma que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales sean ejercidos por su titular: la acción estará destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos, y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados (consid. 10).

b) Señala que la legitimación en materia de derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

Según el parecer de la Corte federal, dos son los elementos que califican esta especie de derechos de incidencia colectiva: i) la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo (perteneciente a toda la comunidad, insusceptible de apropiación individual, de carácter indivisible y que no admite exclusión alguna); ii) la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho y no en la repercusión que pudiera derivarse sobre el patrimonio individual (consid. 11°).

c) Finalmente, la Corte reconoce que el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución nacional admite una tercera categoría, conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tales serían, por ejemplo, los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, como de los derechos de sujetos discriminados.

Señala este Tribunal que en estos casos no aparece un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y, por tanto, es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Tras poner de manifiesto la mora del legislador sobre la temática, así como la necesidad de asegurar el acceso a la justicia en defensa de tal tipo de derechos, el máximo Tribunal federal detalló los presupuestos que tornan procedente este tipo de enjuiciamiento: i) verificación de una causa fáctica común (hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales); ii) pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho (la causa no debe relacionarse con el daño diferenciado que cada sujeto pudiera sufrir en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho); iii) constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado (el interés individualmente considerado no justifica la promoción de una demanda, con lo que podría verse afectado el acceso a la justicia); iv) finalmente, como excepción y pese a tratarse de derechos individuales, si por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados pudiera considerarse fuertemente comprometido el interés público en su protección (ambiente, consumo, salud, grupos tradicionalmente postergados o débilmente protegidos).

5.2) Poco tiempo después, al fallar el caso "Thomas" (Fallos: 333:1023), ese Alto cuerpo reiteró que es presupuesto insoslayable de la actividad jurisdiccional la existencia de un "caso" o "controversia", esto es, un asunto en que se pretende de modo efectivo la determinación del derecho debatido entre partes adversas, que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante, pues la justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2 de la ley 27).

Precisó en dicha oportunidad que sólo una lectura deformada de lo expresado por ella en la decisión mayoritaria tomada en la causa "Halabi" (Fallos: 332:111), podía tomarse como argumento para fundar la legitimación del demandante (en base a sus condiciones de ciudadano y de diputado nacional), pues basta con remitir a lo sostenido en el considerando 9º de dicho pronunciamiento para concluir que, con referencia a las tres categorías de derechos que se reconocen, la exigencia del caso en los términos del art. 116 de la Constitución nacional se mantiene incólume, "ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición". La sentencia dictada por la Corte en el mencionado caso "Halabi", como no podía ser de otro modo, no ha mutado la esencia del control de constitucionalidad que la Ley Suprema encomienda al Poder Judicial de la Nación en los términos señalados precedentemente, para convertirlo en un recurso abstracto orientado a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico que es ostensiblemente extraño al diseño institucional de la República.

5.3) Por su parte, al dictar sentencia en la causa "Cavalieri" (Fallos: 335:1080) en la que la coactora asociación Proconsumer sostenía estar legitimada para pretender la provisión, por parte de la empresa de medicina prepaga, de un equipo de ventilación mecánica y accesorios pertinentes para el tratamiento del síndrome de apnea obstructiva para todos los afiliados que padecieran tal enfermedad, la Corte negó que se encontraran configurados los presupuestos detallados en "Halabi" para estar frente a un derecho de incidencia colectiva pluriindividual homogéneo.

En efecto, de un lado, sostuvo que la Asociación no había logrado demostrar la existencia de un hecho -único o complejo- que causara una lesión a una pluralidad relevante de sujetos; del otro, que de los términos de la demanda y documentación acompañada surgía que la pretensión se encontraba focalizada exclusivamente en las particulares circunstancias del accionante y no en efectos comunes de un obrar de la demandada que pudiera extenderse a un colectivo determinado o determinable (no podía inferirse, siquiera de manera indiciaria, que la prepaga tuviera intención de negarse sistemáticamente a atender planteos de sus afiliados semejantes al del señor Cavalieri).

Por tal razón, rechazó la pretensión de Proconsumer (por carecer de legitimación activa) sin perjuicio de la continuidad del trámite respecto del coactor, señor Cavalieri.

5.4) Finalmente, algunas incertidumbres relacionadas con la posibilidad de admitir el enjuiciamiento colectivo, a partir de su encuadre como derecho de incidencia colectiva pluriindividual homogéneo de lesiones puramente patrimoniales ("Halabi", "Thomas" y "Cavalieri" abordaron afectaciones de otro tipo de derechos), se aventan con el dictado del caso "PADEC" (sent. del 21-VIII-2013).

En éste, la asociación "Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor (PADEC)" pretendía, con base en los arts. 52 y 53 de la ley 24.240 y 42 y 43 de la Constitución nacional, se declarara la nulidad de las cláusulas contenidas en el contrato tipo que vinculara a sus afiliados con Swiss Medical S.A. (en cuanto contemplaban el derecho de ésta de modificar unilateralmente las cuotas mensuales y los beneficios de los planes que ofrece; la exime de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la impericia, culpa, dolo, imprudencia o negligencia de sus prestadores, así como la responsabilidad por la suspensión de servicios) y se condenara a la empresa a dejar sin efecto los aumentos del valor de las cuotas que ya habían sido dispuestos.

Por modificaciones sobrevinientes, el caso quedó circunscripto a determinar si correspondía declarar la ineficacia de la cláusula contractual que autoriza a la empresa a modificar unilateralmente el valor de las cuotas mensuales de sus afiliados y, consecuentemente, suprimir los aumentos ya dispuestos.

Tras recordar varios pasajes del precedente "Halabi", el máximo Tribunal federal verifica los presupuestos que configuran un derecho de incidencia colectiva pluriindividual homogéneo: i) existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión al derecho de una pluralidad de sujetos: tal el contrato tipo que suscriben quienes se afilian a Swiss Medical S.A. para acceder al servicio de medicina prepaga, en cuanto contempla el derecho de esta última a modificar unilateralmente las cuotas mensuales; ii) la pretensión está concentrada en los "efectos comunes" para toda la clase de sujetos afectados. Ello por cuanto las cláusulas

impugnadas alcanzan por igual a todo el colectivo de afiliados de la demandada; iii) puede constatarse que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, por cuanto la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría por demás superior a los beneficios que se derivarían de un eventual pronunciamiento favorable. Con otro giro, de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia.

Tras dicha verificación, la Corte repara en tres elementos relevantes: i) de una parte, que es perfectamente aceptable, dentro del esquema de nuestro ordenamiento, que determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del art. 43 segundo párrafo de la Constitución nacional, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (con remisión al consid. 19 de "Halabi"), tras lo cual, previo análisis del estatuto de PADEC, no advierte óbices para que deduzca una acción colectiva de las características de la intentada; ii) de la otra, que no constituye obstáculo a lo expuesto la circunstancia de que se haya promovido la demanda por vía de un proceso ordinario, ya que la protección judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva es susceptible de encauzamiento tanto a través del amparo como por otras vías procesales (v.g. habeas corpus colectivo, Fallos: 328:1146); iii) finalmente, que no puede soslayarse que a partir de las modificaciones introducidas en 2008, la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240, texto según ley 26.361) admite la posibilidad de que, por vía de una acción colectiva, puedan introducirse este tipo de planteos. Sólo de esa forma es posible explicarse que el legislador, al regular las "acciones de incidencia colectiva", haya expresamente contemplado un procedimiento para hacer efectivas las sentencias que condenen al pago o restitución de sumas de dinero. Tal intención se advierte en el art. 54, que prevé para este tipo de procesos que "... Si la cuestión tuviese contenido patrimonial (la sentencia) establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para la determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado".

5.5) El relato antecedente permite verificar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, ha reconocido legitimación activa, tanto al afectado como al Defensor del Pueblo y a determinadas asociaciones, para promover acciones en defensa de los derechos de incidencia colectiva, sean estos "colectivos o difusos" (pretensión de objeto indivisible), cuanto pluriindividuales homogéneos, incluyendo - en estos últimos- los de carácter patrimonial. Ello así si no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda.

Por lo demás, lejos de circunscribir la vía para el encauzamiento de dichos procesos al ámbito amparístico (art. 43, Const. nac.), ha considerado viable su tratamiento por medio de acciones declarativas (Fallos: 320:690), habeas corpus colectivo (Fallos: 328:1146) y hasta mediante un proceso ordinario ("Padec").

6) El caso sub examine.

En el sub lite se procura la defensa pluriindividual de los intereses de una categoría de usuarios (los no asociados a la entidad demandada a quienes se cobra un plus contrario a las previsiones del cuadro tarifario de la concesión) cuyas notas individuales resultan intrascendentes para la resolución de la controversia frente a la homogeneidad en el origen de la lesión invocada.

En efecto, de la causa de la pretensión no se advierten particularidades relevantes que puedan pregonarse existentes en cabeza de cada uno de los afiliados como para desestimar el tratamiento concentrado del conflicto. Por el contrario, advierto que existe un claro predominio de los puntos fáctico jurídicos comunes, calidad que autoriza a tramitar el sub lite en el modo en que ha sido propuesto (es decir, como un proceso colectivo en defensa de derechos individuales homogéneos).

Ello, por otra parte, sumado a las notables dificultades que generaría la constitución de un litisconsorcio facultativo entre los miembros del grupo afectado, y teniendo en cuenta, además, la adecuada representación que han tenido en el caso los intereses de los usuarios lesionados.

Finalmente, también se advierte que la escasa significación económica respecto de cada usuario (ver código "resol. 110 INAC - no asociado" a fs. 32 vta. y 44 vta.), no justificaría la promoción de procesos individuales.

7) La legitimación colectiva del "afectado". Efectos expansivos de la decisión.

Definida así la existencia de un derecho de incidencia colectiva en el sub discussio, cabe ahora analizar si corresponde reconocer legitimación al afectado para su tutela.

Entiendo que la respuesta a este interrogante debe ser también afirmativa.

En efecto, si bien en el sub lite el actor es un usuario "afectado", ha articulado su pretensión de cesación no sólo en procura de su interés particular, sino además en defensa de los restantes sujetos servidos por la demandada, a quienes se cobre el rubro denominado "resol. 110 INAC - no asociado" (v. fs. 32 vta. y 44 vta.).

Por lo que, en definitiva, se trata del ejercicio de la legitimación que el art. 43 segundo párrafo de la Constitución nacional reconoce a los afectados para la defensa de derechos de incidencia colectiva.

Vale destacar que en nuestra Provincia, asimismo, el Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios (ley 13.133) habilita la legitimación los consumidores y usuarios "en forma individual o colectiva" en casos de amenaza o afectación de sus "derechos subjetivos, de incidencia colectiva o intereses legítimos" (art. 26 inc. "a", ley cit.).

Esta definición permite expandir subjetivamente los efectos del decisorio favorable en beneficio de los restantes usuarios del servicio eléctrico prestado por la entidad accionada.

Independientemente de que esta solución (extensión subjetiva de la sentencia en beneficio de los integrantes del grupo afectado) se imponía con anterioridad a la reforma de la ley 24.240, como lógica derivación del carácter grupal de la legitimación (v. asimismo art. 28 inc. "a", ley pcial. 13.133), cabe señalar

que la modificación introducida al art. 55 del cuerpo normativo citado en primer término, estatuye ahora sobre la materia de modo expreso (art. 55, ley 24.240, texto según ley 26.361 -B.O., 7-IV-2008-).

IV. Conclusión.

Por lo expuesto, siendo que -como adelanté- los usuarios lesionados han tenido en el caso una adecuada representación de sus intereses y que las características de la afectación coloca al presente como un caso de defensa de derechos de incidencia grupal, cabe reconocer la legitimación invocada a título colectivo, revocándose así el decisorio atacado en cuanto desconociera los efectos expansivos de lo resuelto en beneficio de los restantes usuarios del servicio eléctrico prestado por la entidad accionada (art. 289 inc. 1, C.P.C.C.).

De compartirse este criterio -y en ejercicio de la competencia positiva prevista en el art. 289 inc. 2 del Código Procesal Civil y Comercial- corresponde disponer que los efectos del acogimiento de la acción incoada se extiendan a los restantes usuarios no asociados del servicio eléctrico prestado por la Cooperativa Eléctrica de Pehuajó, a quienes no podrá facturarse en lo sucesivo el rubro identificado como "resol. 110 INAC - no asociado" o cualquier otro que con diferente denominación procure el cobro del adicional debatido en el sub judice.

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

Adhiero a la solución propuesta por mi distinguido colega doctor Hitters.

Al resolver las causas Ac. 60.094, Ac. 60.251 y Ac. 60.254, todas sents. del 19-II-1998, si bien en el marco de un proceso donde se discutían derechos ambientales, tuve ocasión de analizar la particular problemática que se plantea en el caso de demandas colectivas como la que aquí se ventila.

Entiendo que cuando se pretende en nombre de una categoría de afectados, nos hallamos frente a un supuesto de tutela compartida, de raigambre solidarista, la cual debe recibir favorable acogida, ya que por una parte la protección singular sólo será efectiva si se extiende al conjunto, del cual el sujeto forma parte como de un todo inescindible, en tanto por otra parte la justicia no podría admitir un recorte al bien común basado en una economía procesal más emparentada con un excesivo rigorismo formal que con la vocación de satisfacer el derecho material dotándolo de un sentido finalista.

Es en definitiva el interés legítimo de cada reclamante el que conforma con los demás, en la suma de todos y cada uno de ellos ese interés de pertenencia difusa, o más que difusa, extendida, en tanto su invocación y consecuente concreción posibilita individualizar el universo al que se extiende.

Esta imbricación de intereses entre el uno y la comunidad ya había sido captada por el derecho romano, en la forma que refiere Enrique Lozano y Corbi, para quien si el *populus*, en cuanto tal pudo intervenir como parte en el proceso, constituyéndose en un verdadero actor popular, integrándose en el proceso real y ciertamente, también le fue posible hacerlo al ciudadano como conformador de dicho *populus*. Esto se explica si reparamos en que -en cualquier momento que consideremos la evolución histórica de Roma- "siempre nos encontraríamos con una estrecha ligazón del *populus* con el individuo que lo integra, de

tal forma, que en la mentalidad romana, el daño ocasionado al *populus* en cuanto tal, a la comunidad jurídicamente organizada, comportaba a la vez un daño de naturaleza similar para todos y cualesquiera de los miembros integrantes de dicho *populus*". "Por ello, el ciudadano integrado en ese *populus*, al sentirse dañado - como ciudadano- precisamente tiene verdadero interés en proteger ese derecho colectivo lesionado, ese bien común perjudicado, que a él, tan directamente le atañe. Mas este interés nada tiene que ver con los vínculos que este particular pueda tener con su familia o con la comunidad, organizada en cuanto tal, sino que - recalcamos- se trata de un interés como ciudadano afectado en sus propios intereses" ("La legitimación popular en el Proceso romano clásico", Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1982, Capítulo V, pág. 47). Y agrega el autor referido que "el ciudadano es sujeto de derecho porque puede litigar, pero litiga porque él se ha sentido dañado en algo propio -suyo, de él-, que le pertenece como ciudadano y que el ordenamiento jurídico -creado por él- protege. Por ello, este ciudadano asumirá la iniciativa del proceso popular, solicitará una sanción para aquél o aquéllos que hayan transgredido ese 'derecho suyo' como ciudadano. Es decir, tutela los derechos colectivos, porque son también suyos" (íd., p. 48).

Como podemos apreciar, aun a riesgo de reiterar la remanida figura de las caras de una moneda, interés individual y plural se corresponden sin que resulte posible escindirlos.

El individuo ostenta un interés propio, y por añadidura, conforma o forma parte de otro interés distinto, colectivo, de pertenencia difusa, si se quiere, pero que también le confiere legitimación para accionar, aunque en este último caso -precisa con acierto Bustamante Alsina- debe tratarse de "un interés razonable y suficiente, no desde la estimación subjetiva del accionante, sino desde la valoración objetiva y en abstracto que hará el juez considerando la posible real afectación del reclamante por su vecindad espacial con el hecho o la circunstancia determinante del interés difuso" ("Derecho Ambiental", Ed. Abeledo-Perrot, 1995, p. 86).

Sin pretender incursionar en la que conceptuamos algo artificiosa y abstrusa distinción entre intereses difusos o de pertenencia difusa y colectivos (ver al respecto Lorenzetti, Ricardo, "Reglas de Solución de Conflictos entre Propiedad y Medio Ambiente", LL, n° 37, año LXII, del 23-II-1998 y Jorge Bustamante Alsina, "El Daño Moral Colectivo es Daño Jurídico Resarcible", LL, n° 38, año LXII), prefiriendo acordar por ahora sinonimia a ambas expresiones, diremos con Bustamante Alsina (op. cit.) que "en sentido amplio daño colectivo (sufrido colectivamente) es 'aquél que afecta a varias personas, simultánea o sucesivamente' tal como lo define Leonardo Colombo. Dentro de esta noción cabe la suma de daños individuales, según lo precisa Matilde Zavala Rodríguez. Se trata de daños sufridos por víctimas plurales a raíz de un mismo hecho lesivo", y que como prosigue diciendo el autor mencionado "el daño grupal es calificable como difuso, en el sentido de que el goce del interés se muestra extendido, dilatado; se esparce, propaga o diluye entre los miembros del conjunto, sea que éste se encuentre o no organizado y compacto".

La reforma constitucional operada en 1994 en el plano nacional ha conferido a estos intereses emanados de derechos de incidencia colectiva (como los menciona su art. 43 2º párrafo) o de pertenencia difusa, una explícita protección, legitimando a toda persona afectada para ello, conforme al nuevo texto de los

arts. 41 y 43. Prosigue así la firme línea trazada por la doctrina, la jurisprudencia y la corriente constitucional más progresista, continuada a su vez en las recientemente sancionadas constituciones provinciales de Córdoba (art. 11), La Rioja (art. 66 párrs. 1º y 3º), Río Negro (art. 85 párr. 2º, sección VII, arts. 84/92), Tierra del Fuego (arts. 54/56), Salta (arts. 30 y 88), Jujuy (art. 22), Formosa (art. 38), Chaco (art. 39), Tucumán (art. 36), San Luis (art. 47), San Juan (art. 58), Chubut (arts. 99/108, 109/11).

Abrevando en ese pensamiento, tuve oportunidad de pronunciarme como Juez de primera instancia autorizando a un ciudadano -el Intendente municipal a la sazón- para petitionar en defensa de derechos de su comunidad que podían verse transgredidos, estimando que el interés social de su presentación los tornaba dignos de ser atendidos (in re "Municipalidad de General Pueyrredón, s/Medida Cautelar", Juzg. Fed. Nº 2, Civ. y Com. de Mar del Plata, mayo, 14/1991, ED, 144-662, con comentario aprobatorio de Germán J. Bidart Campos).

Esa legitimación existía ya por entonces, aun sin norma específica que la consagrara (a diferencia de lo que ocurre con la acción popular o acción civil pública brasileña, las "class actions" del derecho anglosajón, o de sistemas legales específicos, como ocurre en Francia y Alemania, conf. Bidart Campos, Germán José; Comentario al fallo de la Cám. Nac. Civ., Sala K, de febrero, 28/1991, en ED, 142-666), con sustento en el art. 33 de la Constitución nacional.

Inspirada en la misma concepción y concordando con el texto de la Carta Magna nacional, la de nuestra Provincia ha incorporado también en 1994 el art. 20 inc. 2 mediante el cual se otorga la garantía de amparo "cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión, proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos".

El fallo recurrido en este aspecto no ha hecho pues, en este punto, sino desatender expresas directivas constitucionales en base a una corriente de pensamiento que podemos entender minoritaria en la jurisprudencia, por lo que el recurso que intenta el amparista debe tener favorable acogida al poner en evidencia tales transgresiones normativas (art. 279, C.P.C.C.).

Por estos fundamentos y los concordantes de los puntos 5, 6 y "Conclusión" del voto del doctor Hitters, a los que adhiero, emito el mío por la afirmativa.

Los señores jueces doctores Kogan y Genoud, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votaron la segunda cuestión también por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

También adhiero a la ponderada opinión del doctor Hitters, con el alcance y en función de las consideraciones siguientes.

1. Al votar en el caso "Fernández" (I. 2162, sent. de 23-XII-2003), bien que en el marco de una acción de inconstitucionalidad contra un reglamento (art. 161, inc. 1, Const. pcial.), tuve oportunidad de pronunciarme sobre las complejas aristas que presenta la cuestión relativa a la posibilidad de asignar efectos

generales o extrapartes a la sentencia que acoge la pretensión fuera de un marco jurídico enfocado a la regulación de los litigios colectivos.

a. La funcionalidad del sistema jurisdiccional gira en torno al conocimiento de causas, casos o controversias (arts. 116, 117 y conchs., Const. nac.), en suma, colisiones concretas y efectivas de derechos o intereses, que concluyen con decisiones que, por principio, sólo obligan a los litigantes que han articulado sus postulaciones en función de aquellas situaciones subjetivas (art. 163 inc. 6º, C.P.C.C.). Así lo determina el respeto de la garantía del debido proceso que, entre otras manifestaciones, impone que nadie pueda ser condenado por una sentencia dictada en un litigio del que no ha tomado parte (S.C. U.S.A., *Hanseberry v. Lee*, 311 US 32 [1940]).

Ya lo ha reiterado la Corte federal en el precedente "Halabi" (Fallos 332:111), sobre el que luego nos ocuparemos (v. infra 3.a.): el adecuado desempeño del servicio de justicia requiere en modo imprescindible la existencia de un caso (arts. 116, Const. nac.; 2 de la ley 27; y Fallos: 310:2342, considerando 7º; 311:2580, considerando 3º; y 326:3007, considerandos 7º y 8º, entre muchos otros), por más que la configuración típica de cada uno varíe según la materia que informa al conflicto (cons. 9), lo que explica, en orden a la legitimación para obrar, que los derechos sobre bienes individuales sean ejercidos por quien es su titular de la relación jurídica sustancial, aunque otras numerosas personas se hallaren en similar situación (cons. 10), y, a la vez, que las decisiones judiciales limiten su alcance a quienes han reclamado en el litigio.

Como sucede con la gran mayoría de los procesos, los de raíz constitucional y los procesos administrativos en sus distintas modalidades (arts. 1, 31, 116, 117 y conchs., Const. nac.; 1, 3, 20, 57, 161, 166 y conchs., Const. pcial.), siguen aquellas aguas. De allí que, en ausencia de un régimen expreso en contrario, los mandatos generales o, por ejemplo, la cesación de eficacia erga omnes de una norma, dispuestos en una sentencia, comportan una determinación excepcional y delicada, en la que es preciso evitar toda exorbitancia que comprometa el equilibrio que la división de poderes manda asegurar y desconozca la primacía en la configuración de las políticas públicas que es dable reconocer a los órganos de inmediato origen electivo y democrático.

Ello no implica negar la pertinencia de tales medidas, tratándose de contiendas que ventilan intereses públicos, generales o supraindividuales; incluso, a la luz de la experiencia recogida en sistemas afines al nuestro, cuando la invalidez acusada se presenta en modo ostensible y manifiesto (v. mi voto en I. 2162, antes citado, en el que se hace referencia a los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Estados Unidos: *Los Angeles Police Department v. United Reporting Publishing Corp.*, 528 U. S. 32 [1999] -en salvaguarda de la libertad de expresión garantizada en la Primera Enmienda-; *National Endowment for Arts v. Finley*, 524 U.S. 569 [1998]; *United States v. Salerno*, 481 U.S. 379 [1987]; *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U. S. 601 [1973]; *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438, 444-446 [1972]; *NAACP v. Alabama*, 357 U. S. 449 [1958], entre otros).

b. Por consiguiente, las dificultades que el asunto entraña no conducen a descartar de plano el dictado de esa clase de sentencias. Ello depende de la índole del conflicto (la configuración del caso) llevado ante los estrados judiciales y, desde luego, de las reglas trazadas por el legislador.

Así, en algunas materias identificadas con bienes que atañen al interés primordial de la sociedad se regula la expansión subjetiva de ciertos fallos (v.gr., arts. 54, párrafo segundo, ley 24.240, texto según ley 26.361; 33, ley 25.675; 28 inc. a, ley provincial 13.133).

Pero allí no se detienen los supuestos en que se extiende la eficacia de la decisión jurisdiccional. La mención de otros ejemplos, ajenos a los procesos impugnativos de normas, permite ahondar la comprensión del problema. Piénsese en aquellos supuestos en que se demanda la salvaguarda de bienes colectivos (v. gr., el patrimonio cultural; v. mi voto en la causa A. 68.080, "Centro para la Cultura y Participación 'Brazos Abiertos' Anexo: Biblioteca Popular", sent. de 8-VII-2008), se reacciona contra una lesión derivada de la inactividad estatal en el cumplimiento de una manda constitucional (v.gr., la puesta en funcionamiento del fuero contencioso administrativo; v. causa B. 64.474, "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires", sent. de 19-III-2003) o se cuestiona una omisión en la ejecución de una obra pública de interés común, para comprobar cuán ineficaz o imposible sería el intento de constreñir a favor de alguna persona en particular las consecuencias directamente emanadas de la decisión judicial que acoge la acción.

c. Incluso, ante muchas de las pretensiones impugnativas de normas legales o reglamentarias, acotar los márgenes de sentencia al binomio vigencia/inaplicación de la norma no siempre proveerá de la tutela judicial que garantiza el ordenamiento (arg. art. 15, Const. pcial.), entre otras razones, porque la inconstitucionalidad o ilegitimidad no se corresponde con un solo tipo de infracción.

i. Bien diferente es cuestionar una regla general por transgredir el procedimiento establecido por una disposición de jerarquía superior (v.gr., si la norma que dispone una erogación no prevista en el presupuesto, no ha sido propuesta por el Poder Ejecutivo, art. 103 inc. 2º, Const. pcial., v. causa B. 67.594, "Gobernador de la Provincia de Buenos Aires", sent. de 25-II-2004), a descalificarla por confiscatoria o irrazonable en vista del caso. En el primer supuesto, constatada la infracción cabe privar de validez del precepto objetado y ello podrá adquirir alcance equivalente a general. En cambio, concluir en la inconstitucionalidad de una norma tributaria por confiscatoria (arts. 17, C.N.; 10, 31, Const. pcial.) presupone la prueba de la desmesura del gravamen en concreto, a la luz de la capacidad contributiva del contribuyente (en función del valor del bien, el volumen o giro patrimonial del sujeto pasivo del tributo, etc.; doct. causas I. 1183, "Nida S.A.", sent. de 31-V-1988; I. 1588, "Amacri", sent. de 7-III-2001, entre otras); y esta comprobación de ordinario reposa sobre las particularidades del sujeto pasivo del tributo; no trasciende más allá de la persona que hubo de agravarse o de reclamar.

ii. A su vez, la calidad estrictamente patrimonial e individual de cada situación subjetiva, por oposición a aquella institucional y pública o colectiva, aporta otro criterio que se suma para calibrar el posible alcance de la resolución de los conflictos originados en una lesión a intereses de una gran cantidad de personas (v. C.S.J.N., Fallos: 326:2998 y 3007; 330:2800). No obstante, dichos atributos pueden estar

imbricados de tal manera en la estructura del conflicto que aislarlos para darle primacía a uno sobre otro sea harto dificultoso (v.gr., los planteos de inconstitucionalidad sobre la pesificación instituida por la ley 25.561 y sus reglamentos, que han enmarcado a una gran cantidad de reclamos dinerarios; v. C.S.J.N. causas "Massa", Fallos: 329:5913; "Rinaldi", Fallos: 330:855; "Longobardi", Fallos: 330:5345; v. voto del doctor Zaffaroni, cons. 10).

En esos supuestos, como en tantos otros, la fuerza expansiva de la sentencia derivará, no ya de sus propias determinaciones -que llegado el caso tendrán fuerza de cosa juzgada respecto de las partes- sino, indirectamente, de la autoridad institucional inherente a todo precedente, en especial cuando dirime una disputa que interesa o se extiende a muchas personas emplazadas en similar situación.

d. Pues bien, por más que el punto de partida de esta cuestión sigue siendo aquél que establece que los litigios deben ser entablados por y en nombre, de las partes individuales afectadas (conf. S.C. U.S.A., in re *Califano v. Yamasaki*, U.S. 682 700-701, 1979) y que por ende la cosa juzgada limita su eficacia en principio respecto de ellas y no de otras, ajenas al litigio, es innegable que la incorporación del art. 43 de la Constitución nacional ha abierto paso a las formas de legitimación expandida (y con ello a los casos colectivos), que habilitan incluso la incoación del proceso por personas u órganos que no titularizan la relación jurídica sustancial objeto del conflicto. Ello replantea el papel del juez al situarlo al frente de un marco procesal que contribuye a racionalizar el debate y resolución de estos asuntos colectivos, de interés general o de implicación masiva, caracterizados por marcada complejidad, y a economizar el servicio de justicia.

Con todo, del art. 43 no se deriva la automática y objetiva aptitud para demandar para cualquier persona, sin un examen previo de la existencia de una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción (v. Fallos: 333:1023, voto del doctor Petracchi, cons. 9; v. tb. C.S.J.N., R. 859. XLVIII, "Roquel, Héctor Alberto c/Santa Cruz, Provincia de s/acción de amparo", sent. de 10-XII-2013, cons. 4° y 5°), ni permite sostener la ligera admisión de la cosa juzgada extrapartes.

En atención al tipo de lesión o infracción denunciada, de la situación subjetiva comprometida, el debate realizado y los restantes contornos de la litis, los tribunales habrán de acudir a variados arbitrios para favorecer la mejor composición de esos conflictos (v.gr., la declaración de inconstitucionalidad con eficacia ex tunc o ex nunc; total o parcial; conteniendo mandatos complementarios; etc.; v. mi voto, en la causa I. 2612; v. doct. C.S.J.N., doct. in re; V.856.XXVIII, "Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", sent. de 3-V-2005, punto 7 del resolutorio de mayoría; B.675.XLI, "Badaro", cit.; G. 147. XLIV. Recurso de Hecho, "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/causa N° 7537", sent. de 2-XII-2008, cons. 6), 9) y 13); A. 910. XXXVII; REX, "Administración Federal de Ingresos Públicos c. Intercorp S.R.L., sent. de 15-VI-2010, cons. 22 y 23), entre los cuales ha de estar presente también la expansión subjetiva de los efectos del pronunciamiento.

En contiendas de implicación colectiva mal puede negarse de antemano la pertinencia de medidas como las referidas.

2. En su calidad de usuario del servicio de provisión de energía eléctrica brindado por la Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios Eléctricos, Obras y Servicios Públicos Asistenciales y Crédito Vivienda y Consumo de Pehuajó, no asociado a ésta, el reclamante pretende que se deje sin efecto la determinación de la prestataria por medio de la cual cobra un rubro tarifario adicional denominado "Resol. 110 I.N.A.C. - NO ASOCIADO" únicamente a los usuarios no asociados a la entidad. Básicamente la cuestiona, y así lo han admitido en las dos instancias previas, por trasgredir diversos preceptos del marco regulatorio de la energía eléctrica provincial (ley 11.769 con sus reformas y reglamentaciones).

Se agravia, empero, porque la sentencia limitó la condena a favor del actor, sin conferir idéntica tutela a los restantes usuarios no asociados, tal como lo había reclamado.

3. Como se sostiene en el voto del doctor Hitters, el recurso debe prosperar.

La solución favorable a su acogimiento se afirma en tres motivos básicos que es dable extraer de: i) lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Halabi" (H.270.XLII, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", sent. de 24-II-2009); ii) las reformas introducidas al régimen del amparo por la ley 14.192, y, sobre todo, iii) las características que informan al presente caso.

Veamos.

a. En "Halabi", ante lo que consideró la inacción del Congreso en regular el alcance y condiciones de las acciones colectivas, que habría desoído el mandato normativo implícito en el art. 43 de la Constitución nacional, la Corte federal decidió, bien que tras un examen menos riguroso de los recaudos de admisión del "que habrá que exigir en lo sucesivo en los procesos de esta naturaleza", proveer de protección a los, así calificados, "intereses individuales homogéneos" (se trataba del resguardo de la privacidad en sus comunicaciones como usuario de telefonía fija, móvil y de Internet, y además como abogado; v. cons. 14 del fallo), que conforman, tal cual precisó, una subespecie correspondiente a los derechos de incidencia colectiva consagrados en el aludido precepto constitucional.

Según la interpretación postulada en ese precedente, el segundo párrafo del citado art. 43 de la Constitución comprende a aquella categoría diferencial dentro de los derechos incidencia colectiva cuando menciona a los usuarios de servicios públicos y a los consumidores.

i. No obstante que desde una perspectiva hermenéutica pudo entenderse que cuando el amparo era promovido por "el afectado" (art. 43, Const. nac.) su acogimiento en principio sólo a éste favorecería (a diferencia de lo que sucede cuando lo incoa un ente exponencial de intereses colectivos, v.gr., el Defensor del Pueblo o una asociación que propenda a la defensa de esos intereses; v. voto del doctor Petracchi en Fallos 333:1023, con cita del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa S.942.XLV "San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/amparo", sentencia de 2 de febrero de 2010), en la causa "Halabi" la legitimación del actor fue ampliamente aceptada y la falta de régimen procesal específico en orden a las acciones colectivas no privó a la Corte de decidir pronunciarse mediante un fallo al que dotó de efectos generales.

El alto Tribunal, de todos modos, se preocupó de enunciar una serie de requisitos a cuya observancia ha subordinado la viabilidad de las pretensiones colectivas. Ellos son: i) la verificación de una causa fáctica común; ii) que la acción esté enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho, extremo en sustancia reiterado en el considerando 20° en el que se destaca que el planteo ha de versar sobre los aspectos comunes y homogéneos a todo el colectivo; iii) que su ejercicio en modo individual no aparezca plenamente justificado; aunque tal condicionamiento cede -dijo el tribunal- cuando "... exista un fuerte interés estatal" en la protección del bien jurídico correspondiente (cons. 13), concepto en el que encaja la situación de los usuarios de servicios públicos.

El fallo explicitó otros recaudos ante "... la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura" (cons. 20). Puso de resalto la necesidad de precisar la "identificación del grupo o colectivo afectado" y de establecer la "idoneidad de quien pretenda asumir su representación" (cons. cit.). Finalmente, la notificación de las personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, así como la publicidad requerida para evitar la superposición de procesos colectivos con un mismo objeto, fueron también ponderadas por el alto Tribunal.

ii. No es mi propósito, ni corresponde aquí, conjeturar si el contenido de "Halabi", ya matizado y puesto en ajustes por el precedente "Thomas" (C.S.J.N., Fallos: 333:1023, en cuyo considerando 7° se sostiene que "... no es válida la posibilidad de suspender o incluso derogar una norma legal con efectos *erga omnes*..."), marcará una huella similar a aquélla que en su hora trazaron los señeros "Siri" y "Kot" (Fallos: 239:459 y 241:291, respectivamente); ni tampoco pronosticar si la configuración de su mayoría decisoria se mantendrá en todas las futuras causas (de los cuatro votos que dieron sostén al fallo, uno de ellos -el de la doctora Highton de Nolasco- contiene una salvedad en el último considerando, en tanto que los tres restantes disienten parcialmente). Por lo pronto, en lo atinente a la legitimación colectiva en el marco de una relación de consumo, las oscilaciones a que pudo dar lugar el precedente "Cavalieri" (C.36. XLVI. "Cavalieri, Jorge y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo", sent. de fecha 26-VI-2012, Fallos: 335:1080), fueron zanjadas, como se ha dicho en el voto del doctor Hitters, por el posterior fallo de la asociación "PADEC", en el que, a más de ratificarse el rumbo de "Halabi", se admite de manera expresa la aptitud de las asociaciones de defensa de consumidores para accionar con alcance colectivo y cuestionar una cláusula contractual, por reputarla ineficaz o inválida, que afectaba a los intereses patrimoniales de los afiliados a una empresa de servicios privados de salud (conf. in re P. 361. XLIII, "PADEC c/Swiss Medical S.A. s/nulidad de cláusulas contractuales", sent. de 21-VIII-2013).

De momento, los lineamientos centrales del precedente "Halabi" deben ser valorados como la jurisprudencia vigente de la Corte y en lo pertinente aplicados, cuando de dirimir asuntos que presenten una plataforma tutelar común se trate, dada por las prescripciones de la Constitución (arg. arts. 18, 43 y concs., Const. nac.), máxime cuando esos lineamientos han sido incorporados en gran medida a la legislación provincial sobre amparo.

iii. Con estas lindes y salvedades, vale remarcar que el caso aquí debatido se adecua en esencia a los parámetros de admisión trazados en la sentencia "Halabi", toda vez, que: i) se ha demandado en el marco de

un amparo, en salvaguarda del interés de un usuario de un servicio público (el actor) y en el de los demás que pertenecen al grupo de usuarios afectados por el cobro de un recargo o rubro tarifario considerado ilegítimo, con lo que se trata de proveer de protección jurisdiccional a una situación subjetiva que expresamente enuncia el art. 43, segundo párrafo, de la Constitución nacional; ii) en los términos de aquel precedente, se promueve la protección de los derechos que encuadran en la categoría de los intereses individuales homogéneos; iii) la medida impugnada da cuenta de un factor común de afectación para todos los usuarios a los que se refiere el actor; iv) el modo como está enfocada la pretensión evidencia y desarrolla ese aspecto común de los efectos de aquel acto desencadenante del conflicto; v) en la demanda ha sido individualizado claramente el universo de afectados por el obrar de la cooperativa prestataria del servicio (usuarios no asociados); vi) el planteo y la argumentación del actor no se ha detenido en peculiaridades que puedan considerarse propias de su situación personal; abarca, en modo suficientemente descriptivo, las cuestiones comunes y homogéneas a todo el referido grupo de usuarios.

Quizás, cabría advertir la ausencia de notas específicas que acrediten la idoneidad del actor para asumir la representación del grupo mencionado. Mas esta deficiencia, en el contexto de la causa (v. infra 3.c.iv.), no se erige en obstáculo insalvable para conferir al despacho positivo a la pretensión recursiva bajo estudio.

b. Las consideraciones anteriores adquieren mayor valor dado que, según lo anticipara, la reforma al régimen del amparo, sancionada la ley provincial 14.192, guarda armonía con los criterios sentados en el fallo "Halabi".

i. Así, en el art. 7, texto según ley 14.192, se prescribe que al demandar un amparo colectivo la demanda debe contener la referencia específica de sus efectos comunes, en orden al grupo de personas que experimenten la afectación emergente del acto o la omisión objeto de la pretensión. Respecto de las causas en defensa de "intereses individuales homogéneos", el mismo artículo exige centrar el planteo "... en los efectos comunes" de la controversia, identificar el "hecho único o complejo que cause la lesión" y alude a la necesidad de contar con una "adecuada representación de todas las personas" pertenecientes al grupo afectado, el que debe ser claramente identificado.

La consideración de la idoneidad de quien pretenda investir ese rol se halla contenida en el precepto mencionado, que instituye la carga de articular las cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo comprometido.

ii. En el art. 8 contempla la inscripción de los nuevos amparos colectivos en el Registro especial creado en el art. 21 de la ley, a los fines de tomar conocimiento de la eventual existencia de otras acciones con un objeto similar o referidas al mismo derecho o interés colectivo o que comprometan en forma total o parcial al mismo colectivo.

iii. Por último, el art. 15, relativo al alcance de la sentencia incorpora una regla análoga a la prevista en las ya mencionadas leyes de defensa del consumidor y de protección ambiental (arts. 54, segundo párrafo, ley 24.240, texto según ley 26.361; 28 inc. a, ley provincial 13.133; 33, ley 25.675). De tal suerte, el

pronunciamiento de mérito ha de comprender "... a todo el grupo de afectados, y será oponible al vencido en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido en el juicio, compartan la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción", aclarándose que si la acción fuere desestimada quien no haya tomado parte de la litis podrá intentar, dentro del plazo establecido para su interposición, la misma pretensión con idéntico objeto, si se valiere de nueva prueba.

iv. Según hemos concluido (v. supra 3.a.iii), el actor ha expuesto adecuadamente un caso de incidencia colectiva en general en defensa de los intereses de los usuarios no asociados de la cooperativa demandada, grupo que integra. Esa pretensión encaja en las pautas proporcionadas por la Corte federal en "Halabi" y en el texto actual del art. 7° de la ley de amparo.

Las normas citadas, que han procurado remediar un vacío regulatorio (a la luz de los arts. 43, Const. nac. y 20, Const. pcial.) que en algún modo mellaba la efectividad del amparo en su vertiente supra o pluriindividual o de incidencia colectiva en general, constituyen en la especie valiosas guías hermenéuticas para la solución del caso.

c. En definitiva, el examen de las circunstancias concretas de la causa justifican la estimación del recurso extraordinario deducido.

i. El recurrente puso en discusión los elementos básicos de la controversia, individuales como colectivos, comunes al grupo de afectados del que forma parte. En su escrito de demanda (fs. 32/44 vta.) controversió la aplicabilidad del rubro denominado "Resol. 110 I.N.A.C. NO ASOCIADO" a los usuarios no asociados a la cooperativa, a favor de los cuales solicitó (v. fs. 33 vta. y 44 vta.) que se condenara a la cooperativa prestataria del servicio a no percibirlo por violatorio del marco regulatorio para la actividad eléctrica de la Provincia de Buenos Aires (ley 11.769, con sus reformas y normas reglamentarias).

En la contestación de la demanda (fs. 52/58) y en la réplica a la expresión de agravios (fs. 246/248), la accionada defendió la validez del ítem tarifario censurado. Pero no ensayó argumento serio alguno en torno al impacto que se derivaría de la extensión del fallo favorable a todos los usuarios emplazados en la misma situación del actor, que éste había reclamado.

ii. En la sentencia impugnada (fs. 287/290) se denegó la apelación del actor con un argumento meramente dogmático. Para la Cámara, el recurrente si bien formaba parte del grupo de usuarios del servicio de electricidad afectado por la decisión de la Cooperativa, no por ello contaba con legitimación para representarlos (v. fs. 288), equiparando su posición con la de cualquier miembro de una comunidad. Por tal motivo descartó la expansión general del alcance del fallo que le había favorecido en particular.

iii. En consonancia con lo sustentado por el doctor Hitters considero que, dadas las particularidades de esta litis, el fallo desnaturaliza el sentido tuitivo del art. 43 de la Constitución nacional.

Se reitera que el contrapunto de los litigantes no se ha detenido a debatir cuestiones exclusivas de la situación individual del actor (que, por cierto, dista de equipararse a la del mero ciudadano o integrante de una comunidad, como interpreta el sentenciante de grado); fueron ventiladas cuestiones (de hecho y de derecho)

comunes y homogéneas a todo el grupo de usuarios afectados, a modo de la postulación de un caso colectivo. Y en este tipo de asuntos, supuestas otras condiciones –que la causa bajo examen en esencia reúne- el "afectado" puede hallarse investido de aptitud para instar un proceso de aquel tenor supraindividual.

La implicación patrimonial está presente en el caso. Aunque lo primordial es que, en el fondo, la acción ha procurado mantener la igualdad de trato entre los usuarios de un servicio público esencial. Inequívocamente, esta cuestión también compromete al interés general (arts. 42, 43 y concs., Const. nac.; doct. arts. 38, 55 y concs., Const. pcial.).

La Cámara no reparó en tales extremos significativos del conflicto.

iv. Pero, además, al decidir como lo hizo, el a quo también omitió valorar que la extensión subjetiva solicitada por el demandante mal podría causar efectos desproporcionados.

El informe del perito contador obrante a fs. 211 revela que el adicional denominado "Resol. 110 I.N.A.C. - NO ASOCIADO", incluido en la factura por consumo de electricidad, es cobrado por la demandada al actor y a once usuarios más (v. respuesta al punto 11.2, fs. 211 vta.), a quienes, en lo inmediato, habría de beneficiar la fuerza expansiva de la sentencia.

Luce pues evidente, en el orden cualitativo (dados el grado de invalidez del ítem tarifario censurado y el tipo de derechos afectados), como en el plano cuantitativo (por el acotado impacto que razonablemente ha de causar la respuesta jurisdiccional solicitada por el impugnante) que ese alcance de la sentencia no provoca disfuncionalidad alguna.

E igualmente queda en claro que el caso dista de aquellos otros que pueden cotejarse en el derecho comparado, en los que, planteada una acción de clase propiamente dicha, dada la complejidad y magnitud de los problemas y sujetos intervinientes, en ocasiones los jueces han practicado un escrutinio riguroso para tener por cumplido el recaudo concerniente a la comunidad fáctica o jurídica en la base del objeto de protección pluriindividual exigida a los fines de la certificación de la clase (S.C. U.S.A. in re *General Telephone Co. Of Southwest v. Falcon*, 457, U.S., 147, 156; sent. de fecha 14-VI-1982), extremo que en ocasiones no se ha logrado sortear (v. sobre el incumplimiento de aquel recaudo, previsto en el numeral [2] de la Regla 23 [a] de la *Federal Rule of Civil Procedure*, que ha inspirado el precedente “Halabi”, v. voto de mayoría, in re *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes Et. Al.*, [No 10-227], sent. de fecha 20-VI-2011; <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-277>).

4. Las razones expuestas, y las concordantes vertidas en el voto al que adhiero, me llevan a pronunciarme por la afirmativa. Las costas en esta instancia correrán por su orden en razón de la complejidad de las cuestiones debatidas (arg. art. 68, segundo párrafo, C.P.C.C.).

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

Adhiero al voto del doctor Hitters, a excepción de lo expuesto en el ap. 4 del pto. III, pues considero que los restantes fundamentos expresados por mi colega resultan suficientes para dar mi voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lazzari dijo:

Adhiero al exhaustivo voto del doctor Hitters.

Los problemas suscitados a partir de los daños masivos, ya sean estos actuales o potenciales, se relacionan con la necesidad de facilitar el acceso a la justicia de una gran cantidad de afectados que reclaman por ellos y, al mismo tiempo, evitar la proliferación innecesaria de litigios similares en los que puedan recaer sentencias contradictorias, afectando una eficaz prestación de servicios de justicia.

Lo que se discute en rigor es un modelo, comenzando por el viejo modelo individualista de administración de justicia, al amparo del cual surgió la doctrina del caso concreto, como requisito excluyente de la jurisdicción. "El Tribunal no solo resuelve la extensión de los efectos del pronunciamiento como consecuencia directa de las características del caso concreto que imponen esa superación de los límites subjetivos, sino que también lo hace en un contexto de advertencia sobre la instrumentalidad de las formas procesales de cara a la defensa de los derechos fundamentales" (García Pullés, Fernando, "Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?", LL 2009-B-186.

La incorporación constitucional de la tutela de los derechos de incidencia colectiva (arts. 43, C.N.; 20 inc. 2, Const. pcial.), han dotado de un significado mucho más amplio al concepto de parte interesada (art. 161 inc. 1, Const. pcial). De esta manera la Constitución ha habilitado un pronunciamiento en la cuestión debatida, que por la naturaleza indivisible de su objeto, los efectos alcanzan a toda la comunidad -erga omnes-, aunque no todos hayan sido parte en el proceso y es en determinados supuestos que por las características del acto que se impugna, se da el efecto generalizado de la sentencia.

Por ello es que la Constitución se refiere a derechos de incidencia colectiva, refiriéndose al efecto expansivo sin importar la cantidad de titulares del derecho, siendo la indivisibilidad la nota definitoria (Giannini, Leandro. "La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos", Librería Editora Platense, La Plata, 2007, pág. 43).

En mérito a lo expuesto cabe reconocer la legitimación invocada a título colectivo revocándose así el decisorio atacado en cuanto desconociera los efectos expansivos de lo resuelto en beneficio de los restantes usuarios del servicio eléctrico prestados por la entidad accionada.

Voto por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto a fs. 293/298, con costas (art. 298, C.P.C.C.). El depósito previo de \$ 2.500, efectuado a fs. 292, queda perdido para el recurrente (art. 294, C.P.C.C.), debiendo el tribunal dar cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la Resolución 425/2002 (texto Resol. 870/2002).

En cuanto al recurso de fs. 306/321, se hace lugar, disponiendo que los efectos del acogimiento de la acción incoada, se extiendan a los restantes usuarios no asociados del servicio eléctrico prestado por la Cooperativa Eléctrica de Pehuajó, a quienes no podrá facturarse en lo sucesivo el rubro identificado como "Resol. INAC 110 INAC - no asociado" o cualquier otro que con diferente denominación procure el cobro del adicional debatido en el sub iudice. Costas a la vencida (arts. 68, 84 y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

HECTOR NEGRI
DANIEL FERNANDO SORIA
JUAN CARLOS HITTERS
LUIS ESTEBAN GENOUD
HILDA KOGAN
EDUARDO JULIO PETTIGIANI
EDUARDO NESTOR DE LAZZARI
CARLOS ENRIQUE CAMPS – Secretario-

F) CONTRATO BANCARIO. INTERESES CUENTA CORRIENTE. FACULTADES MORIGERADORAS DE LOS JUECES. PRACTICAS ABUSIVAS. ACREDITACIÓN.

Causa “Rosetti, Héctor Hugo y otro c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Acción de revisión”

C. 102.009, sent. del 18-VI-2014

CUESTIÓN PLANTEADA:

En el precedente traído se persigue la revisión de una liquidación de cuenta corriente bancaria, determinándose que si bien en virtud de la Ley de Defensa del Consumidor es dable enervar la eficacia de cláusulas de intereses excesivos que importen una desnaturalización de las obligaciones del consumidor (arts. 3 y 37, ley 24.240), dicha circunstancia debe ser constatada y acreditada en el caso concreto.

RESEÑA DEL CASO:

El actor inició una acción de revisión a los fines de obtener una nueva liquidación de su cuenta corriente bancaria.

El magistrado de origen desestimó la pretensión incoada. Apelado que fuera dicho pronunciamiento, la Cámara revocó la decisión y dispuso la realización de una nueva liquidación por los períodos no prescriptos, estableciendo la tasa de interés aplicable.

Arribados los autos a la Suprema Corte, se resuelve dejar sin efecto el fallo apelado en el entendimiento de que si bien las facultades judiciales morigeradoras de los intereses proceden de hallarse comprobada una práctica abusiva, usuraria o confiscatoria, ello no autoriza a enarbolar pautas judiciales rígidas con abstracción de las circunstancias concretas de cada caso, pues no existen intereses abstractamente exorbitantes o usurarios, debiendo constatarse si la tasa que aparece como exorbitante tiene una justificación económica.

DOCTRINA:

- Con invocación de la ley de defensa del consumidor 24240 -modificada por ley 26361, sancionada el 12-III-2008 y publ. en el B.O. el 07-IV-2008-, es dable enervar la eficacia de cláusulas de intereses excesivos, que importen una desnaturalización de las obligaciones del consumidor (art. 3 y 37), o neutralizar una tasa predispuesta pero desconocida por el usuario [del voto del Juez Soria].

- Las facultades judiciales morigeradoras de los intereses pactados proceden de hallarse comprobada una práctica abusiva, usuraria o confiscatoria, (arg. arts. 21, 953, 954 y 1071 del Código Civil y, en su caso, lo normado por el art. 37 de la ley 24.240). La obligación del deudor, se ha dicho, no puede exceder el crédito actualizado con un interés que trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres [del voto del Juez Soria].

- No existen intereses abstractamente exorbitantes o usurarios. Una tasa de interés puede ser usuraria respecto de una determinada y concreta situación y no revestir tal carácter respecto de una situación diversa, debiendo al efecto constatarse si la tasa que aparece como exorbitante tiene una justificación económica [del voto del Juez Soria].

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 18 de junio de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Soria, Pettigiani, de Lázzari, Hitters, Negri, Kogan, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 102.009, "Rosetti, Héctor Hugo y ot. contra Banco de la Provincia de Buenos Aires. Acción de revisión".

ANTECEDENTES

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Dolores revocó parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto había desestimado la pretensión de revisión de

cuenta corriente y, en consecuencia, dispuso la realización de una nueva liquidación de los períodos no prescriptos (fs. 712/719).

Se interpuso, por la entidad financiera, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 726/741).

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

1. En el sub lite, el señor juez de primera instancia, tras hacer lugar -de modo parcial- a la defensa de prescripción con relación a los movimientos de la cuenta corriente 5254/4 anteriores al 8 de agosto de 1996, desestimó la pretensión de revisión de cuentas y nulidad de contrato hipotecario, con costas a la vencida (v. fs. 662/665).

2. Contra esta decisión se alzó la parte actora. La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Dolores, receptando parcialmente los planteos de la impugnante, revocó el fallo de grado en cuanto rechazó la revisión de la cuenta corriente y, por ende, ordenó que se practicara una nueva liquidación por los períodos no prescriptos (v. fs. 712/719).

a. En apoyo de su fallo, sostuvo que la acción de revisión encontraba sustento legal en el primer y segundo párrafo del art. 793 del Código de Comercio, habilitando al cliente a cuestionar aspectos de índole sustancial referidos a la legitimidad de las inclusiones u omisiones de partidas registradas en la cuenta bancaria. En ese sentido, la acción de rectificación hallaba su base normativa en el art. 790 del citado ordenamiento -que, por vía de la analogía, resulta aplicable a las cuentas corrientes bancarias-, rectificación que procede en los supuestos taxativamente fijados por la norma (v. fs. 713 vta./714).

Seguidamente, expresó su adhesión al criterio jurisprudencial que entendía que, por motivos de justicia conmutativa, el silencio del cuentacorrentista no cubría las irregularidades, la falta de buena fe y la negligencia con que actuaba la entidad bancaria al debitar cifras exorbitantes en concepto de intereses, comisiones y débitos por el uso de la cuenta (v. fs. 714 vta.).

b. De otro lado, estableció que el plazo de prescripción aplicable al caso era el de 5 años que determina el art. 790 del Código de Comercio, confirmando de tal modo lo decidido sobre el punto en primera instancia (v. fs. 715 y vta.).

c. Sentado lo anterior, afirmó que la tasa de interés sobre descubierto sin acuerdo o en exceso aplicada por la demandada exorbitaba el legítimo interés del acreedor e importaba un indebido aprovechamiento de la situación del deudor manifestado en el incremento mensual y desproporcionado del saldo deudor sin correlación alguna con el reproche que merecía la negligencia inicial del cliente en el control del movimiento de su cuenta. Así, sin mayores precisiones, juzgó suficiente remitirse a los números reflejados en dicha pericial y documental (v. fs. 716).

A continuación, consideró propia de la acción contemplada en el art. 790 del Código de Comercio la recomposición de la tasa de interés cuando se ha transgredido el orden público y las buenas costumbres, pues -acotó- es deber de los jueces, especialmente en lo referente a la causa y origen de las partidas, evitar una conducta ilícita y/o abusivamente discrecional del banco, consistente en debitar los intereses y capitalizaciones que le placiera aplicar, como así la existencia de cargos por comisiones y gastos genéricos e imprecisos que en algunas oportunidades generaban nuevos intereses y capitalizaciones (v. fs. 716 vta.).

Asimismo, tras citar doctrina de esta Corte, determinó que ante las variaciones de la tasa de interés en los períodos analizados y la diferencia entre la aplicada ante la existencia o no de acuerdo para girar en descubierto o con exceso, remitiendo a fs. 639/641, correspondía fijar una tasa toda vez que *"... ha quedado demostrado que el Banco demandado no ha tenido una conducta comercial clara y leal para con su cliente, al no haber determinado cuál sería la tasa precisa que aplicaría a las diferentes operaciones conforme lo exige la propia reglamentación del banco demandado (ver fs. 481 y 511 ptos. 2.3.4; arts. 953 y 1071 del Cód. Civil)"* (v. fs. 717).

En tal entendimiento, concluyó que los intereses compensatorios debían calcularse a la tasa activa promedio para operaciones de descubierto en cuenta corriente con acuerdo que elabora el Banco Central de la República Argentina (v. fs. 717 vta.).

Por fin, en lo que atañe a los gastos y compensaciones, dijo que *"... sólo deben ser incluidos aquellos que satisfagan el recaudo legal (art. 793 del código mercantil, OPASI 2 y OPRAC 1 del BCRA), que impone haber pactado con el cliente el importe, porcentaje o monto como la periodicidad de los mismos"* (v. fs. 717 vta.).

3. El Banco de la Provincia de Buenos Aires, mediante apoderado, interpone el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 726/742, en cuyo marco denuncia la violación y/o errónea aplicación de los arts. 790, 793 afines y ccdtes. del Código de Comercio; 953, 1071 y concordantes del Código Civil; 17 y 18 de la Constitución nacional y 15 y 31 de su par provincial. Hace reserva del caso federal.

En su pieza recursiva, la parte demandada plantea los siguientes reparos:

a. En primer lugar, arguye que la nueva liquidación que ordena el a quo importa reiniciar el proceso, colocando al Banco en una situación de desigualdad absoluta respecto de su contraria, máxime cuando existe una liquidación consentida por ambas partes. Entiende que ello habilita a la actora a aportar nuevas pruebas.

Destaca, asimismo, que la tasa de interés aplicada a la cuenta corriente responde a la oferta y la demanda, y que las entidades oficiales compiten con las privadas, ajustando su proceder a las normas del Banco Central de la República Argentina respecto de los intereses que cobran y pagan, del encaje y descubiertos.

b. Imputa a la Cámara haber excedido sus facultades al dictar un fallo extra petita que incluyó gastos y compensaciones, tópicos que no habían sido motivo de agravio de la actora.

c. Señala que al fijar la tasa de interés tampoco se tuvo en cuenta la propiedad de los fondos utilizados por el actor, explicando la operatoria del giro en descubierto y remarcando que otorgó al cuentacorrentista cantidades que excedían a la prevista, motivo que justifica el mayor interés. Insiste, seguidamente, que el cliente sólo adquiere la propiedad del dinero cuando cubre el préstamo, por lo tanto esa operatoria era extracontractual, descartándose una conducta no clara y no leal de la entidad financiera.

d. Denuncia, además, que la cita de un precedente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que efectúa el tribunal como fundamento en el punto B) 3 de su fallo no se encuentra en la publicación referida.

e. Agrega que la conclusión a la que arriba el a quo al decir que su parte debió cifras exorbitantes, sin individualizarlas -imputándole irregularidades y mala fe- carece de fundamentación y contraría lo dictaminado por la pericia contable practicada en la causa.

f. Refiere, de otro lado, que conforme la jurisprudencia en la materia y lo normado por el art. 565 del Código de Comercio, en casos de giro en descubierto, resulta aplicable la tasa de interés de una entidad bancaria oficial, carácter que reviste su parte.

Adiciona, además, que el Banco Central de la República Argentina habilita a las entidades financieras a establecer la tasa de interés que se percibe y que se abona -accesorios- que representa el precio del dinero y en cuya conformación inciden diversos factores que justifican las diferentes tasas entre los bancos y según la naturaleza de la operación que se trate.

g. Recuerda que la cuenta corriente de la actora fue abierta con provisión de fondos, para luego ser habilitada la variante de giro en descubierto, estando asimismo autorizado el débito de gastos de franqueo e intereses ajustables o variables sobre saldos deudores conforme las normas del propio Banco y las de la autoridad de contralor, amén de las comisiones pactadas, impuestos y demás cargas propias de la cuenta corriente.

h. Dice haber cumplido con el ap. 1.4.2.3. de la Circular OPASI 2 del Banco Central de la República Argentina y con el art. 793 del Código de Comercio al rendir cuentas en el plazo de 8 días posteriores a la finalización del mes. Por el contrario, expresa, la parte actora incumplió con su carga de impugnar los pertinentes resúmenes, intentando hacerlo tardíamente en un obrar contrario a sus propios actos.

i. Cuestiona, también, que se afirme que los intereses cobrados fueron exorbitantes, entendiendo que ello no se ha probado mediante los elementos arrojados al proceso.

j. Insiste en que la sentencia en crisis asevera que la acción era de revisión y de rectificación, siendo que la actora sólo petitionó la revisión de la cuenta, quejándose genéricamente de los altos intereses sin precisar los alcances cuantitativos de su pretensión. Entiende que de ese modo equivocó el objeto litigioso, deficiencia que no puede ser suplida por el órgano jurisdiccional sin violar el derecho de defensa en juicio.

k. Manifiesta que la accionante no acreditó la inexactitud de los resúmenes de cuenta ni sus eventuales vicios, a la par que no impugnó oportunamente sus movimientos. En este sentido, refiere que los rubros debitados fueron generados por el movimiento de cheques, el mutuo hipotecario y resúmenes de la tarjeta de crédito, todos ellos autorizados por la actora en la solicitud de apertura de la cuenta corriente.

4. El recurso es fundado y ha de prosperar con el alcance que expondré a continuación.

a. Mas, en primer lugar, procede desestimar las quejas ensayadas con base en la conformidad tácita prestada por el cliente a los resúmenes periódicos remitidos por la entidad bancaria e improcedencia de la pretensión articulada.

La decisión del tribunal de grado que desestimó la argüida extemporaneidad e improcedencia de la revisión de cuentas promovida en autos resulta, en lo sustancial, coincidente con la doctrina de esta Corte - aplicable en la especie- según la cual el art. 790 del Código de Comercio autoriza a los clientes de la entidad a requerir la rectificación de los asientos incorporados a la cuenta respectiva, aún operado el transcurso del plazo establecido en el art. 793 del ordenamiento de marras, sin que hayan formulado observaciones. Si bien dicha omisión genera una presunción de conformidad del cuentacorrentista con el saldo documentado, tal confesión tácita extrajudicial puede ceder en diversos casos, como ocurre en los supuestos de abuso por parte del banco (arts. 1071, Cód. Civ.; 37, ley 24.240) o en hipótesis en las que se encuentre involucrado el orden público (doctr. arts. 953, Cód. Civ.; 65, ley 24.240), ya que una manifestación tácita no puede dejar sin efecto disposiciones en las que se encuentre comprometido dicho interés superior (art. 21, Cód. Civ.; conf. causa Ac. 85.055, sent. de 24-III-2004; Ac. 93.950, sent. de 5-VII-2006).

b. Acierta, en cambio, el recurrente en su crítica al fallo en cuanto descalifica el cálculo de los intereses y de los gastos y comisiones. Veamos.

c. El art. 621 del Código Civil prescribe que "La obligación puede llevar intereses y son válidos los que se hubiesen convenido entre deudor y acreedor". A su turno, el art. 622 del citado ordenamiento, refiriéndose a los intereses moratorios, prevé lo siguiente: "El deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubieren determinado. Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar". De los preceptos transcriptos surge con claridad que nuestro derecho admite, por regla, la aplicación de los intereses tanto compensatorios -también llamados lucrativos o retributivos- como moratorios o punitivos a la tasa que las partes hubieren acordado.

En sentido coincidente, el art. 560 del Código de Comercio establece que "En los casos en que la ley no hace correr expresamente los intereses, o cuando éstos no están estipulados en el contrato, la tardanza en el

cumplimiento de la obligación, hace que corran los intereses desde el día de la demanda", en tanto su art. 565 reza que "Mediando estipulación de intereses, sin declaración de la cantidad a que estos han de ascender, o del tiempo en que deben empezar a correr, se presume que las partes se han sujetado a los intereses que cobren los bancos públicos". La primera de las normas citadas alude a los intereses moratorios, rigiendo aquellos supuestos en que no media pacto ni disposición legal sobre el punto. La segunda, prevé una tasa legal para el caso de que las partes hubieren convenido la aplicación de intereses sin determinar la tasa. Ello, claro está, implica que si hubiese tasa pactada, debe aplicarse la convenida.

El principio de la autonomía de la voluntad rige entonces en esta materia. Las partes pueden pactar tales accesorios (arts. 621, 622, 1197 del Cód. Civ. y 565 del Cód. de Com.) sin que en principio corresponda a los tribunales sustituirlos para crear tasas en abstracto, desvinculadas de las circunstancias de cada operación financiera (conf. Rivera, Julio César, Ejercicio del control de la tasa de interés, en Suplemento Especial de La Ley, Intereses, julio de 2004, p. 105 y SS.; Rouillon, Adolfo A.N. (dir.) - Alonso, Daniel F. (coord.), Código de Comercio comentado y anotado, Edit. La Ley, Bs. As., 2005, t. 1, p. 1019; Pizarro, Ramón D., Tasa de interés y facultad morigeradora del tribunal, LL C 2006, 147).

Va de suyo que, en materia de intereses moratorios, a falta de convención expresa de las partes o disposición legal, los jueces cuentan con atribuciones para fijar la alícuota de los accesorios que debe abonar el deudor (conf. Ac. 77.434, sent. de 19-IV-2006; L. 87.925, sent. de 24-VIII-2005; mi voto en Ac. 94.913, sent. de 25-VIII-2010). Mas ese no es el supuesto de autos.

d. Ahora bien, las facultades judiciales morigeradoras de los intereses pactados proceden de hallarse comprobada una práctica abusiva, usuraria o confiscatoria (arg. arts. 21, 953, 954 y 1071, Cód. Civ. y, en su caso, lo normado por el art. 37 de la ley 24.240). La obligación del deudor, se ha dicho, no puede exceder el crédito actualizado con un interés que trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres (Fallos: 318:1345, 320:158 y 327:1881; 330:5306).

En este contexto, el razonamiento y solución judicial impugnada luce contraria a derecho, al menos en función de los enfoques interpretativos prevalentes, en su concreta aplicación a la presente situación litigiosa.

i] Desde una perspectiva, se afirma que el pacto sobre intereses queda abarcado por la regla de los arts. 502 y 953 del Código Civil, por lo que los jueces cuentan con potestades para readecuar el equilibrio contractual, modificando la tasa convenida en caso de resultar excesiva (v. Cám. Nac. Com., Sala C, 28-VIII-2007, in re "Avan S.A. c/Bco. Supervielle", "La Ley Online"; íd. Sala B, 11-XII-2006, LL 2007-B, 630; íd., Sala A, 13-X-2005, "La Ley Online"; Cám. Nac. Civ., Sala F, 23-IX-2005, "La Ley Online"; íd., Sala F, 4-VII-2005, "La Ley Online").

ii] Una segunda posición, en cambio, considera que la nulidad parcial de la tasa de interés exorbitante ha de operar en caso de comprobarse la lesión contemplada en el art. 954 del Código Civil (v. Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", 3ra., edic., Bs. As. 1982, t. II-A, nro. 926, p. 230, nro. 929, p. 233), lo cual exige la comprobación de los elementos configurativos de tal vicio (conf.

Rivera, ob. cit., p. 109; Pizarro, Ramón D., ob. cit.). De todos modos, esta posición suele estar acompañada por una valoración flexible del citado art. 954 a la hora de calibrar los conceptos de "necesidad" e "inexperiencia".

iii] Por fin, con invocación de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 -modificada por ley 26.361, sancionada el 12 de marzo de 2008 y publicada en el Boletín Oficial el 7 de abril de 2008-, se procura brindar una solución aún más abarcativa. Por aplicación de sus preceptos es dable enervar la eficacia de cláusulas de intereses excesivos, que importen una desnaturalización de las obligaciones del consumidor (arts. 3 y 37), o neutralizar una tasa predispuesta pero desconocida por el usuario (v. Lorenzetti, Ricardo Luis, "La financiación del consumidor", en Lorenzetti, Ricardo-Lima Marques, Claudia, "Contratos de Servicios a los Consumidores", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, ps. 423 y 424). En estos supuestos, el consumidor podrá reclamar la nulidad de la estipulación, debiendo el juez en su caso proceder a integrar o recomponer los términos del contrato (art. 37, ley cit.).

e. Mas nada de lo antes referido autoriza, en casos como el de autos, a enarbolar pautas judiciales rígidas con abstracción de las circunstancias concretas de cada caso (conf. votos de los doctores Maqueda y Zaffaroni, in re "Banco de Crédito Argentino S.A. c/Bazán, Ranulfo Eduardo", causa B.410.XXXVII, sent. de 24-VI-2004 -la mayoría declaró inadmisibile el recurso interpuesto en los términos del art. 280 del C.P.C.N.-). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tal sentido, ha descalificado por arbitrariedad la decisión de un tribunal de la instancia que dispuso la reducción de oficio de la tasa de interés convenida, con la sola mención de que era jurisprudencia de la Cámara fijarla en un porcentaje menor, sin aludir a los hechos de la causa ni a razones de orden jurídico que justificaran la solución propuesta (C.S.J.N., sent. de 20-XI-1986, in re "Paoletti c/Alfredo P. Lamas y otro", Fallos: 308:2213; v. causa B.3130.XXXVIII, in re "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/López, Ernesto F.", sent. de 5-VIII-2003, Fallos: 326:2533; conf. mi voto en C. 95.758, sent. de 9-XII-2010 y C. 102.152, sent. de 18-V-2011).

Como acertadamente se ha destacado, no existen intereses abstractamente exorbitantes o usurarios. Una tasa de interés puede ser usuraria respecto de una determinada y concreta situación y no revestir tal carácter respecto de una situación diversa, debiendo al efecto constatarse si la tasa que aparece como exorbitante tiene una justificación económica (conf. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sent. de 15-VI-1987, in re "Banco Comercial del Norte S.A. c/Urrutigoity, Guillermo", publicada en JA 1988-I-323).

En suma, la posibilidad de readecuar las tasas libremente acordadas constituye una aplicación de instituciones regladas por el derecho a las que los jueces deben sujetarse.

f. Ciertamente es que, conforme doctrina de esta Corte, la determinación del carácter abusivo o inmoral de las cláusulas contractuales, como así también la morigeración de los intereses por juzgarlos abusivos o usurarios, constituyen por regla facultad privativa de las instancias de grado, ajenas a la competencia extraordinaria de esta Corte, salvo absurdo (conf. voto del doctor Hitters en C. 104.857, sent. de 17-VIII-2011, al que presté mi adhesión).

Sin embargo, en el sub lite, asiste razón a la quejosa al señalar que la descalificación de los intereses, comisiones y gastos efectuados por laalzada carece de la debida fundamentación y examen de las constancias y pruebas arriadas a la causa.

i] En lo concerniente a los intereses aplicados a la cuenta corriente 5254/4, el tribunal dispuso el recálculo de dichos accesorios conforme la tasa activa promedio informada por el Banco Central para operaciones de descubierto en cuenta corriente con acuerdo, para los diferentes períodos de aplicación. Mas tal solución, seguida de una tacha genérica de la tasa de interés por abusivos o contrarios a la moral, no se encuentra precedida del ineludible desarrollo que la sustente.

La revisión contractual pretendida en autos, ya sea con fundamento en las directivas que emanan de los arts. 21, 656, 953, 954 y 1071 del Código Civil o recurriendo a las pautas establecidas por la ley 24.240, supone la previa comprobación del carácter excesivo y/o abusivo de las tasas de interés cobradas por el Banco demandado. En este sentido, ha dicho la Corte nacional que si la cuestión litigiosa radica en determinar si ha mediado abuso de derecho en la aplicación de las tasas de interés, y si éstas resultan contrarias a la moral y buenas costumbres o a la existencia de desproporción en las prestaciones o estado de necesidad, previamente debe determinarse, a la luz de los elementos probatorios de la causa, la existencia de los hechos y circunstancias que autorizan a tener por configurados algunos de estos supuestos (conf. Dictamen del Procurador General que la Corte hace propios, in re "Ingeniería Industrial del Norte S.R.L. v. Banco Comercial del Norte S.A.", sent. de 18-IV-1989, Fallos: 312:54).

Ello no ha sido suficientemente ponderado en el fallo en crisis. Con descuido de aquella plataforma, la sentencia eludió una consideración puntual de las circunstancias del caso, omitiendo brindar toda precisión sobre las tasas efectivamente cobradas por el Banco -su porcentaje, carácter y sistema de capitalización-, ni examinó el resultado final de las liquidaciones y su comparación con otros parámetros, de modo de verificar y justificar su carácter abusivo o usurario. La carencia de motivación en modo alguno puede considerarse enervada con la mera referencia al peritaje contable practicado en la causa, si a la par no se reseña o explicita su contenido ni ponderan sus conclusiones.

Es posible que un convenio contenga una elevada tasa de interés, pero que en función de determinadas características singulares de la operación, ella no sea automáticamente descalificable por usuraria (v. Llambías, Jorge, ob. cit., nro. 927, p. 231). Los intereses compensatorios, por caso, se encuentran ligados al destino del préstamo; y hay brechas importantes entre las tasas aplicadas a préstamos a largo plazo y las utilizadas en descubiertos o adelantos en cuentas corrientes bancarias -con o sin autorización o en exceso de ella-; aun las hay dentro de los primeros, de mediar tasa fija o variable (v. Rivera, ob. cit., p. 110/111).

Otros factores determinantes de los accesorios, tales como el plazo del crédito, la moneda del préstamo, su monto o cuantía, el sistema de amortización empleado, la garantía y riesgo de incobrabilidad, si se ha pactado alguna modalidad válida de capitalización, como así también la situación general del mercado, son igualmente de indispensable ponderación.

En la especie, el pronunciamiento impugnado no revela un análisis particularizado que ponga en evidencia el mentado exceso de las tasas sin justificación económica, la desproporción de las prestaciones a cargo de ambas partes, el aprovechamiento de la situación del deudor o cualquier otra ponderación que avale la decisión adoptada.

Vale observar que al tachar de exorbitantes los intereses aplicados por los giros en descubierto, el tribunal se limita a citar el dictamen pericial (fs. 639 y vta.), mas omite toda referencia a sus conclusiones o cotejo con otras tasas que, para operaciones análogas, eran empleadas en el mercado. Inclusive tampoco muestra si existe diferencia -y en su caso a cuánto asciende- entre los accesorios cobrados por el Banco de la Provincia de Buenos Aires con la tasa que finalmente ordena aplicar. Igual reproche cabe formular a la calificación de irrazonable del lucro obtenido por la entidad demandada, siendo que ello no pasa de una mera afirmación dogmática que no está acompañada de las razones y pruebas que la apoyen.

De otra parte, la mera alusión a la diferencia de la tasa según mediara o no acuerdo para girar en descubierto o con exceso (v. fs. 639/641), sin ninguna otra precisión, torna arbitraria la conclusión que sin más atribuye al Banco una conducta que no fue clara ni leal al no haber determinado cuál sería la tasa precisa que aplicaría a las diferentes operaciones conforme lo exige la propia reglamentación del Banco (fs. 481 y 511 ptos. 2.3.4.; v. fs. 717).

Nótese que el peritaje de fs. 481 afirma que de la solicitud y apertura de cuenta corriente surgía que el saldo deudor, cualquiera fuere su origen, devengaría un interés compensatorio ajustable equivalente a la tasa activa que el Banco cobrara con carácter general para sus descubiertos en cuenta corriente, el que se capitalizaría en forma mensual. A su vez, el experto aclara que ello importó el acuerdo de aplicación de tasas variables atento a la fluctuación de las tasas de interés en el mercado, siendo que del estudio de todas las normas y circulares del Banco Central de la República Argentina resulta que la tasa a aplicar era la de mercado establecida por el órgano de contralor que se publicaba en todos los diarios especializados, que se informaba en los medios televisivos y radiales y era la publicada constantemente por la entidad financiera (v. fs. 481).

En adición, el cuestionamiento a la determinación de una tasa variable o fluctuante y por no informar los extractos de cuenta la tasa debitada, que podría ser de recibo bajo determinadas circunstancias contractuales, no lleva a predicar sin más el carácter usurario de los intereses. La sentencia impugnada, al así obrar, desoye, sin brindar razones suficientes, lo argumentado por la demandada con base en el art. 565 del Código de Comercio. En su argumentación deja sin aclarar a cuánto ascendieron los intereses cobrados, cuál fue su método de capitalización y cómo éste influyó en el resultado final, cotejando este último con el que resultaría de aplicar las tasas vigentes en plaza en otras entidades financieras (conf. C.S.J.N., Fallos: 312:544).

Una solución como la aquí impugnada, insisto, requiere examinar el caso concreto en función de la particular naturaleza del negocio de que se trate y las circunstancias de las partes involucradas, valoración que encuentro ausente, o cuanto menos insuficiente, en el sub lite.

ii] En lo que atañe a las comisiones y gastos, la sentencia puesta en entredicho se limita a señalar que "... sólo deben ser incluidos aquellos que satisfagan el recaudo legal (art. 793 del código mercantil, OPASI 2 y OPRAC 1 del BCRA) que impone haber pactado con el cliente el importe, porcentaje o monto como la periodicidad de los mismos" (v. fs. 717 vta.).

Liminarmente, cabe señalar que los embates enderezados a cuestionar por extra petita la decisión de la alzada no son de recibo. Concretamente, arguye el recurrente que, al expresar agravios ante la Cámara, la actora no cuestionó el rechazo de la revisión de los gastos y compensaciones, por lo cual -a su entender- tales rubros no debieron ser examinados por el a quo.

Sabido es que las facultades de los tribunales de apelación sufren en principio una doble limitación, la que resulta de la relación procesal -que aparece en la demanda y contestación- y la que el apelante haya querido imponerle en el recurso (causas Ac. 48.853, sent. de 10-VIII-1993; Ac. 49.959, sent. de 31-V-1994 en "Acuerdos y Sentencias", 1994-II-388; Ac. 53.490, sent. de 7-II-1995 en "Acuerdos y Sentencias", 1995-I-22; Ac. 55.625, sent. de 9-IV-1996; Ac. 64.408, sent. de 11-VI-1998). En igual sentido, la Corte Suprema de la Nación ha señalado que la competencia del tribunal de apelación se encuentra acotada por los agravios contenidos en los recursos concedidos y la prescindencia de tal límite lesiona las garantías constitucionales de propiedad y de defensa en juicio (Fallos: 311:1601; 316:1277; 327:3495, sent. de 24-VIII-2004; causa M.2338.XL, "Mignone", sent. de 28-III-2006).

Ahora bien, es doctrina de esta Corte que la interpretación de los escritos constitutivos del proceso y el establecimiento de los términos en que quedó planteada la litis, constituyen facultades privativas de los jueces de la instancia ordinaria que no pueden ser abordadas en sede extraordinaria, salvo que a su respecto se invoque y demuestre que el tribunal de grado ha incurrido en absurdo (conf. Ac. 88.609, sent. de 23-XI-2005; L. 83.170, sent. de 5-IV-2006; L. 86.982, sent. de 10-VIII-2005).

De ahí que los agravios relativos a la violación del principio de congruencia, por estar vinculados a la interpretación de escritos judiciales deben ser acompañados de la denuncia y demostración de absurdo (conf. Ac. 93.166, sent. de 7-X-2009), vicio que no sólo la recurrente no ha alegado sino que lejos está de acreditar.

Para más, de la lectura de la expresión de agravios en cuestión, surge que la accionante se alzó contra el rechazo de su pretensión, afirmando que los intereses cobrados por el Banco resultaban usurarios y abusivos y que tampoco se había acreditado la legitimidad de los débitos de comisiones, gastos y demás conceptos contenidos en los resúmenes de cuenta (v. fs. 690), peticionando finalmente la revocación de la sentencia y la revisión de la cuenta corriente desde su inicio, con depuración de aquellas comisiones, gastos y demás conceptos que no hubieren sido expresamente pactados y/o que no contasen con debido respaldo documental (v. fs. 693).

De todos modos, el segmento del fallo que admitió la revisión de dichos rubros carece de todo análisis referido a las comisiones y gastos cobrados en la especie y a lo informado por el perito sobre el punto,

al extremo que no precisa cuáles son en concreto aquellas comisiones y gastos que en la liquidación que ordena practicar debe incluir o excluir el experto.

5. En síntesis, la decisión impugnada que omitiendo todo análisis concreto de los intereses efectivamente cobrados por la entidad demandada y su cotejo con las tasas del mercado por aquél entonces vigentes e incluso con la tasa promedio del Banco Central de la República Argentina para operaciones de descubierto en cuenta corriente con acuerdo cuya aplicación dispone, se limita a descalificar los accesorios efectivamente percibidos, sin aportar razones suficientes que avalen su carácter abusivo, contrario a la moral o buenas costumbres y su comparación con otros parámetros que permitan establecer de manera concreta el atribuido exceso, porta un fundamento solamente aparente que, insisto, no encuentra respaldo en el análisis de las circunstancias de la causa y en la aplicación del derecho vigente.

Igual reproche cabe formular al fallo en cuanto, seguidamente, admite la demanda en lo atinente a comisiones y gastos sin examinar las constancias de la causa e indicar de modo particularizado cuáles de tales rubros deben ser admitidos y cuáles excluidos.

En consecuencia, sin que ello importe anticipar juicio sobre la solución que corresponda dar en el sub lite, propongo al Acuerdo revocar el pronunciamiento atacado, remitiendo los autos al tribunal de origen para que, integrado como corresponda, dicte uno nuevo con arreglo a lo expresado.

Con tal alcance, voto por la afirmativa. Con costas a la actora (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

1. En el sub lite los actores iniciaron la acción de revisión de su cuenta corriente, abierta en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, sucursal Villa Gesell, al considerar excesiva la tasa de interés aplicada por el giro en descubierto.

El juez de primera instancia rechazó la pretensión, la que fue apelada por los perdedores obteniendo en la alzada la revocación de aquella sentencia, aunque no se le admitió su defensa contra la prescripción que había opuesto, oportunamente, el Banco demandado. Tal pronunciamiento motivó el presente recurso por parte de la entidad bancaria.

2. En resumen, tres son los agravios de la recurrente: la habilitación de la acción de revisión y la liquidación final; la aplicación de una tasa distinta a la fijada por ella; la inclusión en la revisión de gastos y compensaciones no autorizados por la actora.

Esta Corte tiene dicho que en vía extraordinaria, la réplica concreta, directa y eficaz de los fundamentos esenciales del fallo comporta un requisito de ineludible cumplimiento para el impugnante. Va de suyo, entonces, que la insuficiencia recursiva deja incólume la decisión controvertida; déficit que, entre otros factores, resulta de la falta de cuestionamiento idóneo de los conceptos o fundamentos sobre los que -al margen de su acierto o error- se asienta el fallo del tribunal inferior. De ahí que el desarrollo expositivo debe ser autosuficiente, esto es, demostrar los errores jurídicos que a juicio del recurrente padece el fallo que impugna (C. 95.133, sent. del 15-IV-2009).

De la lectura del escrito recursivo surge que la crítica no cumple con la suficiencia técnica adecuada, salvo en el punto en que denuncia a la Cámara por haberse excedido en su pronunciamiento al ordenar la revisión del rubro de gastos y compensaciones, el que abordaré en primer término.

a. En su demanda (fs. 39/44), los actores centraron su reclamo en los intereses que le aplicó la entidad financiera, pero nada peticionaron sobre los rubros que integraban los resúmenes de cuenta, pues no puede considerarse que una expresión de deseo genérica tenga la entidad de erigirse con efecto de pretensión, así sostuvieron: "Deben dejarse sin efecto la aplicación de conceptos que originan débitos bancarios inventados por los bancos en su afán de aumentar ilegalmente sus ingresos, y que, al ser capitalizados mensualmente, originan un proceso de causación acumulativa de crecimiento exponencial por efecto de los ya abusivos intereses que se aplican sobre los capitales potenciados por estos conceptos." (fs. 42 vta. in fine).

Sobre todo porque surge de la lectura de su escrito inicial que el reclamo se basó sólo en la tasa de interés aplicada al descubierto en cuenta corriente por considerarla abusiva.

Recién en su escrito de expresión de agravios y luego de referirse al art. 793 del Código de Comercio, a la Comunicación "A" 2541, a la OPASI 2 y a la Comunicación "A" 2147 introdujeron el tema de la siguiente manera: "Es decir, el banco no ha acreditado la legitimidad de los débitos de comisiones, gastos y demás conceptos de la cuenta" (fs. 690, 7mo. párr.).

Esta cuestión, introducida novedosamente por los actores ante la alzada, no debió ser objeto de resolución pues configura, como bien señala el recurrente, una decisión extra petita. Así dispuso la Cámara: "*D) En lo que respecta a los gastos y compensaciones, sólo deben ser incluidos aquéllos que satisfagan el recaudo legal (art. 793 del código mercantil, OPASI 2 y OPRAC 1 del BCRA) que impone haber pactado con el cliente el importe, porcentaje o monto como la periodicidad de los mismos*" (v. fs. 717 vta.).

En cuanto a tal exceso jurisdiccional esta Corte ha dicho que está vedado a los jueces dictar sentencia extra petita, esto es apartándose de los términos de la relación procesal y decidiendo en forma distinta a la pedida por las partes, pronunciándose sobre cosas no planteadas en los términos de demanda y contestación; caso contrario se infringiría el principio de congruencia, entendido el mismo como la correspondencia entre la sentencia y el pedimento formulado respecto de las personas, el objeto y la causa (Ac. 60.401, sent. del 8-VII-1997; Ac. 65.193, sent. del 3-XI-1999).

Por lo tanto habiendo la alzada inobservado el límite impuesto por el art. 163 inc. 6 del Código Procesal Civil y Comercial y configurándose el supuesto que denuncia la recurrente, esta parcela del recurso ha de prosperar.

b. En cambio, como ya adelantara al iniciar este acápite, el agravio de la entidad financiera por haber habilitado, la Cámara, la vía procesal de la revisión, no ha de prosperar. El tribunal dijo: "*La acción de revisión de la cuenta corriente (...) Su objeto estriba en la posibilidad de cuestionar por su intermedio 'aspectos de índole sustancial referidos a la legitimidad de las inclusiones u omisiones de partidas registradas en la cuenta'* (Código de Comercio -comentado y anotado- A. Rouillón, T. II, La Ley, 2005, p. 324) poniendo así en tela de juicio la cuenta toda" (fs. 713 vta.).

El recurrente al desplegar su crítica se ha desentendido del fundamento principal de la decisión, y elaboró su impugnación en base a la disconformidad que el fallo le provoca, lo que torna insuficiente su embate.

De su agravio surge que se agravia de la falta de precisión cuantitativa en la demanda respecto de los intereses, mas no atacó el desarrollo que la Cámara realizó para argumentar a favor de la acción de revisión.

A ello se suma la doctrina de esta Corte en cuanto dispone que el art. 790 del Código de Comercio autoriza a los clientes de la entidad a requerir la rectificación de los asientos incorporados a la cuenta respectiva aún operado el transcurso del plazo establecido en el art. 793 del ordenamiento de marras, sin que hayan formulado observaciones. Si bien dicha omisión genera una presunción de conformidad del cuentacorrentista con el saldo documentado, tal confesión tácita extrajudicial puede ceder en diversos casos, como ocurre en los supuestos de abuso por parte del banco (arts. 1071, Cód. Civ.; 37, ley 24.240) o en hipótesis en las que se encuentre involucrado el orden público (doctr. arts. 953, Cód. Civ., 65, ley 24.240) ya que una manifestación tácita no puede dejar sin efecto disposiciones en las que se encuentre comprometido dicho interés superior (art. 21, Código Civil; conf. doct. Ac. 93.950, sent. del 5-VII-2006).

Por lo tanto esta impugnación no prospera, pues tiene dicho esta Corte que resulta insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que no refuta el fundamento del fallo (C. 102.792, sent. del 17-IX-2008).

La recurrente, además, se agravia de la elaboración de una nueva liquidación, cuando no es un fundamento del decisorio sino la consecuencia del juicio de revisión que se encamina a determinar la suma adeudada. Por lo tanto este reproche no es de recibo (doct. art. 279, C.P.C.C.).

c. Tampoco el embate de la quejosa respecto de la tasa de interés establecida por la Cámara ha de tener andamio.

Sin perjuicio de que en materia de intereses rige el principio de autonomía de la voluntad, ello no implica desconocer las facultades judiciales de morigerar la tasa de interés convenida en los negocios privados cuando fuere abusiva, usuraria o confiscatoria, solución adoptada por numerosa jurisprudencia con base en lo preceptuado por los arts. 21, 953, 954, 1071 y concordantes del Código Civil y, en su caso, de lo normado por el art. 37 de la ley 24.240. Vale recordar aquí que, conforme ha dicho la Corte Suprema de la Nación, la obligación del deudor no puede exceder el crédito actualizado, y el interés no puede trascender los límites de la moral y las buenas costumbres (arg. arts. 953, 1071 y 21 del Cód. Civ.; Fallos: 318:1345, 320:158 y 327:1881; 330:5306).

Mas ello no habilita a establecer pautas fijas en materia de intereses con abstracción de las circunstancias concretas de cada caso (conf. votos de los doctores Maqueda y Zaffaroni, in re "Banco de Crédito Argentino S.A. c/Bazán, Ranulfo Eduardo", causa B.410.XXXVII, sent. del 24-VI-2004 -la mayoría declaró inadmisibile el recurso interpuesto en los términos del art. 280 del C.P.C.N.-).

En suma, la posibilidad de revisar por excesivas las tasas libremente convenidas debe ajustarse a las directrices emanadas de la ley. No les es dado a los jueces obrar con una discrecionalidad tal que los lleve a

determinar de modo rígido una tasa legal diversa a la convenida por las partes, contrariando de tal modo lo estatuido por los arts. 621, 622 del Código Civil y 565 del Código de Comercio.

Siendo ello así, la revisión contractual pretendida en autos supone la previa comprobación del carácter excesivo y/o abusivo de las tasas de interés cobradas por el Banco demandado.

En este sentido, ha dicho la Corte nacional que si la cuestión litigiosa radica en determinar si ha mediado abuso de derecho en la aplicación de las tasas de interés, y si éstas resultan contrarias a la moral y buenas costumbres, o a la existencia de desproporción en las prestaciones o estado de necesidad, previamente debe determinarse, a la luz de los elementos probatorios de la causa, la existencia de los hechos y circunstancias que autorizan a tener por configurados algunos de estos supuestos (conf. dictamen del Procurador General que la Corte hace propios, in re "Ingeniería Industrial del Norte S.R.L. v. Banco Comercial del Norte S.A.", sent. del 18-IV-1989, Fallos: 312:544).

Ahora bien, este examen fue llevado a cabo por el tribunal de la instancia, sin que los embates que contra tal decisión ensaya la parte actora logren conmover el pronunciamiento del a quo.

Por un lado la alzada tomó en cuenta que "... ha quedado demostrado que el Banco demandado no ha tenido una conducta comercial clara y leal para con su cliente, al no haber determinado cuál sería la tasa precisa que aplicaría a las diferentes operaciones conforme lo exige la propia reglamentación del banco demandado" (fs. 717).

Por otro, utilizó una tasa activa promedio que para operaciones de descubierto en cuenta corriente con acuerdo elabora el Banco Central de la República Argentina. De esta manera cumplió acabadamente con la manda del art. 565 del Código de Comercio que reza: "Mediando estipulación de intereses, sin declaración de la cantidad a que estos han de ascender, o del tiempo en que deben empezar a correr, se presume que las partes se han sujetado a los intereses que cobren los bancos públicos".

Por tal motivo sostener la validez del interés que la entidad financiera aplicó al descubierto en la cuenta corriente de los actores, por el sólo hecho de ser un banco oficial no tiene asidero. Se ha comprobado en el sub lite, por medio de la pericia contable y la documentación agregada, la excesiva tasa de interés que ese Banco oficial aplicó, lo que habilitó al tribunal a morigerarla, sin que la recurrente demostrara lo inadecuado de esa decisión.

En suma, también esta parcela resulta insuficiente al no refutar el fundamento del fallo (conf. doct. cit.).

d. Para terminar, debe recordarse que esta Corte sostiene que la sola y genérica denuncia de infracción a normas constitucionales y tratados internacionales, no sirve para fundamentar un recurso porque no resulta suficiente decir que se cercena una garantía a fin de dar base a un reclamo atendible, sino que es preciso señalar de qué manera es transgredida, lo que no ha ocurrido en la especie (C. 97.947, sent. del 18-III-2009).

3. Por las razones expuestas, se hace lugar parcialmente al recurso revocándose la sentencia en cuanto había admitido la revisión de gastos y comisiones en el punto IV D) de su pronunciamiento. Las costas se imponen en un 30% a la actora y en un 70 % al recurrente por haber prosperado sólo uno de los agravios planteados (art. 68, 2da. parte; C.P.C.C.).

Voto por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázari dijo:

Adhiero al voto del doctor Pettigiani en el mismo sentido y por idénticos fundamentos en lo que tal colega desarrolla en el punto 2 b) y c), mas en lo concerniente al agravio referido a la inclusión en la revisión de cuentas de gastos y compensaciones he de coincidir y adherir a lo desarrollado por mi colega el doctor Soria en el punto 4 f) ii de su voto, proponiendo también el rechazo de este agravio.

Así lo voto.

El señor Juez doctor Hitters, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó también por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

1. Adhiero al voto del colega que abre el acuerdo.
2. En relación al punto "f" acápite i] agrego la siguiente consideración.

Si bien la cuestión vinculada al cálculo de intereses se trata de un análisis propio de las instancias de grado y ajena -en principio- a la competencia de esta Corte, en el fallo recurrido la descalificación efectuada por la Cámara carece de la debida fundamentación y del análisis de las constancias del expediente y, por lo tanto, dicha circunstancia habilita la excepción (conf. Ac. 78.454, sent. del 22-X-2003).

Conforme destaca el Ministro ponente, la alzada soslayó considerar puntualmente las circunstancias del caso y omitió brindar razones suficientes que avalaran su decisión.

Esta Corte ha anulado de oficio pronunciamientos de las características como carecer de motivación propia o de fundamentación legal, sin desarrollar criterios que llevaron a adoptar tal determinación, y sin hacer una descripción comparativa de la situación fáctica del precedente con la de la causa (Ac. 62.840, sent. del 31-III-1998; Ac. 72.946, sent. del 20-IX-2000; Ac. 79.199, sent. del 4-IV-2002, C. 101.357, sent. del 25-II-2009).

3. En la especie, no advierto que los argumentos manifestados por la Cámara, aunque insuficientes, justifiquen la aplicación de la mencionada medida extrema. Por ello, comparto los fundamentos y solución que propicia el doctor Soria y doy mi voto por afirmativa.

La señora Jueza doctora Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó también por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se hace parcialmente lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, revocándose la sentencia de Cámara en lo concerniente a la tasa de interés y comisiones y otros gastos debitados de la cuenta corriente, debiéndose reenviar al tribunal de origen para que, con nueva integración, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Costas a la actora (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

DANIEL FERNANDO SORIA
JUAN CARLOS HITTERS
HECTOR NEGRI
HILDA KOGAN
EDUARDO JULIO PETTIGIANI
EDUARDO NESTOR DE LAZZARI
CARLOS ENRIQUE CAMPS – Secretario-

G) CONTRATO DE SEGURO.

1. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE. ANÁLISIS DE LA LEY ESPECIAL Y LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 26.361.

Causa “Canio, Daniel Gustavo c/ Seguro Metal Coop. De Seguros s/ Cumplimiento contractual”

C. 107.516, sent. del 11-VII-2012

CUESTIÓN PLANTEADA:

Aquí la Corte analizó si el plazo de prescripción trienal previsto en el art. 50 de la ley 24.240 original vino a desplazar -en el marco de las relaciones contractuales de seguro- la aplicación de la prescripción anual estatuida en el art. 58 de la ley 17.418.

RESEÑA DEL CASO:

El accionante promovió demanda por cumplimiento contractual contra la firma “Seguometal Cooperativa de Seguros Lda.”. La accionada, por su parte, opuso la excepción de prescripción.

El juez de primera instancia rechazó la defensa interpuesta por juzgar no cumplido el plazo, aplicando para su cómputo el de tres años previsto en el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor.

La Cámara de Apelación interviniente revocó la decisión, haciendo lugar a la excepción de prescripción, tras considerar que resultaba de aplicación al caso la ley especial.

A su turno, el Tribunal provincial confirmó lo allí decidido y examinó tres aspectos fundamentales de la cuestión planteada: a) La naturaleza de ley especial de la ley 17.418, precisando en tal sentido que la prescripción anual del art. 58 de la Ley de Seguros no quedó desplazada por la trienal establecida en el art. 50 de la ley 24.240; b) El carácter no meramente interpretativo o aclaratorio de la reforma introducida por la ley 26.361 a la ley 24.240, en virtud de lo cual no resultaba aplicable en la especie (que, en lo que aquí interesa, introdujo las acciones judiciales emergentes de los contratos de consumo dentro del plazo de prescripción establecido por el art. 50) y c) El principio de irretroactividad de las leyes, la noción de “consumo jurídico” y la aplicación en el caso de la norma de derecho transitorio prescripta en el art. 4051 del Código Civil.

DOCTRINA:

- La prescripción anual del art. 58 de la ley 17.418 no quedó desplazada por la trienal establecida en el art. 50 de la ley 24.240, en su redacción original [del voto del Juez Pettigiani].
- No corresponde otorgar carácter meramente interpretativo a la ley 26361, cuya reforma legislativa al régimen de usuarios y consumidores, introdujo sustituciones e incorporaciones normativas que trascienden el mero carácter aclaratorio. Por ello debe respetarse, en su aplicación, el principio de irretroactividad de la ley [del voto del Juez Pettigiani].
- A partir de la reforma introducida por la ley 26.361 al régimen normativo de usuarios y consumidores, ninguna duda cabe acerca de que el plazo de prescripción establecido por el art. 50 de la ley 24.240 incluye a las acciones judiciales emergentes de los contratos de consumo, entre los que cabe contabilizar, según las circunstancias, a los contratos de seguro [del voto del Juez Pettigiani].
- El artículo 4051 del Código Civil consagra una solución permanente de derecho transitorio que, por su especificidad debe privar sobre el principio de aplicación de la ley nueva que recepta el art. 3 del mismo ordenamiento [del voto del Juez Pettigiani].

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 11 de julio de 2012, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Pettigiani, de Lázzari, Hitters, Negri, Genoud, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 107.516, "Canio, Daniel Gustavo contra Seguro Metal Coop. de Seguros. Cumplimiento contractual".

ANTECEDENTES

La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata revocó el pronunciamiento de primera instancia en cuanto había desestimado la excepción de prescripción de la acción, rechazando en consecuencia la demanda acogida por el Juez de grado e imponiendo las costas de ambas instancias a la accionante vencida.

Se interpuso, por el actor, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I. Daniel Gustavo Canio promovió demanda por cumplimiento de contrato y/o daños y perjuicios contra Seguro Metal Cooperativa de Seguros Ltda. (v. fs. 31/37).

Refirió haber sido víctima del delito de hurto de un camión de su propiedad, marca Mercedes Benz, modelo 1114, que se encontraba amparado por póliza 998.992/9 emitida por la compañía aseguradora demandada y que habiendo cumplido su parte con todos los requisitos inherentes al trámite del cobro de la indemnización respectiva sin que la firma aseguradora respondiera debidamente a su reclamo, se vio en la necesidad de promover la presente acción.

Corrido el traslado de ley, se presentó la accionada mediante apoderada, oponiendo excepción de prescripción anual de la acción deducida (art. 58 de la Ley 17.418), solicitando que la misma sea tratada como de previo y especial pronunciamiento. Contestó demanda en forma subsidiaria, reconociendo la existencia de la póliza respectiva, su vigencia y la temporánea denuncia del siniestro.

En su versión de los hechos adujo que el robo nunca existió, pues el vehículo supuestamente asegurado sería inexistente y se trataría en realidad de una maniobra fraudulenta llevada a cabo por el actor con la finalidad de obtener un provecho económico ilegal a través de la pretensión de cobro de una indemnización indebida. Solicitó en suma el rechazo de la pretensión articulada (v. fs. 81/88).

Al evacuar el traslado de la excepción de prescripción el accionante se opuso a su progreso, cuestionando que se hubiera cumplido el plazo liberatorio y concluyendo que el dies a quo del inicio del invocado es el de la toma de conocimiento por parte del asegurado respecto de que la aseguradora no le va a abonar. Lo expuesto sin cuestionar la normativa invocada por aquél (fs. 91/94)

El Juez de primera instancia con fecha 22-II-2008 rechazó la excepción de prescripción opuesta por juzgar no cumplido el plazo, mas aplicando para su cómputo el de tres años previsto en el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (iuria novit curia) imponiendo las costas por su orden en dicha incidencia; acogiendo la demanda interpuesta, con costas a la demandada (v. fs. 452/458 vta.).

II. Apelada la decisión por esta última, la Cámara de intervención, con fecha 30-IX-2008, la revocó, haciendo lugar a la excepción de prescripción y, en su consecuencia, rechazando la acción promovida, imponiendo las costas de ambas instancias al actor (v. fs. 485/489 vta.).

Para decidir como lo hizo el a quo sostuvo que el art. 50 de la ley 24.240 sólo resulta aplicable a las sanciones y acciones emergentes de esa ley, entre las que no se cuentan las del cumplimiento del contrato de seguro que no tiene por objeto una compraventa (con lo cual se excluye la aplicación del art. 10 bis, L.D.C.).

La ley 17.418 constituye una norma especial en relación con aquella que regula los contratos de consumo, la ley 24.240 -aunque posterior- no deroga el art. 58 de aquella norma. Toda vez que no ha sido esa la intención del legislador ni existe incompatibilidad absoluta entre una y otra que permita tener por derogada la disposición de esta última en materia de prescripción.

Añadió que, por otro lado, el postulado de interpretación sólo juega a favor del consumidor en caso de duda -y aquí no la hay- a lo que se suma que ese plazo especial de prescripción (art. 58) ha tenido en miras la valoración del riesgo económico específico que el contrato de seguro conlleva.

En virtud de ello concluyó que habiendo ocurrido el pretendido siniestro el 28-II-2002 e interpuesto la demanda el 20-VIII-2004 se encontraba cumplido el plazo anual de prescripción del art. 58 de la Ley de Seguros.

Adicionalmente concluye manifestando que no cambia la solución propuesta la circunstancia que con fecha 7-IV-2008 hubiera sido publicada la ley 26.361 que introduce un agregado al art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor, porque conforme la noción de "consumo jurídico" si se afectaran garantías constitucionales se incurriría en retroactividad prohibida de la ley (conf. art. 3 del Código Civil; fs. 485/489 vta.).

III. Contra dicha sentencia definitiva se alza el vencido mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia que la sentencia ha aplicado erróneamente la ley o la doctrina legal, con especial referencia a los arts. 3 y 50 de la ley 24.240 -conf. ley 26.361- (fs. 492/499).

En suma, sostiene que la reforma que la ley 26.361 le hiciera al art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor no crea un nuevo plazo, sino que vino a disipar las dudas existentes respecto de su alcance aclarando su contenido; se agravia asimismo de la declarada inexistencia de duda para que opere la interpretación a favor del consumidor y en cuanto se considera que de aplicarse la reforma se consumaría el efecto retroactivo de la ley.

IV. El recurso no prospera.

1. El núcleo de la controversia que corresponde aquí abordar gira en torno a si la prescripción trienal prevista en el art. 50 de la ley 24.240 original vino a desplazar -en el marco de las relaciones contractuales de seguro- la aplicación de la prescripción anual prevista en el art. 58 de la ley 17.418.

Ello así, pues en mi parecer queda claro que a partir de la reforma introducida por la ley 26.361 al régimen normativo de usuarios y consumidores, ninguna duda cabe acerca de que el plazo de prescripción establecido por el art. 50 de la ley 24.240 incluye a las acciones judiciales emergentes de los contratos de consumo, entre los que cabe contabilizar, según las circunstancias, a los contratos de seguro. Por caso, el que sirve de asiento a la discusión ventilada en autos. Siendo que la póliza respectiva amparaba el camión de propiedad del actor, cuyo uso personal no ha sido discutido, ninguna duda cabe albergar en cuanto a que el plazo de prescripción trienal resultaría hoy ser el de aplicación en la especie, no pudiendo invocar en su favor la compañía aseguradora el plazo anual previsto en la ley especial de seguros. Ello así, en tanto el aludido precepto -en su actual redacción- resultase de aplicación al sub judice.

Por un doble orden de razones, estimo que no corresponde subsumir el presente litigio en los alcances de la norma reformada.

En primer lugar, se encuentra el valladar impuesto por el principio de irretroactividad de la ley advertido por la Cámara, circunstancia que no logra rebatir la argumentación contrapuesta por el impugnante, pues si bien -en coincidencia con la alegación formulada- esta Corte tiene dicho que si la ley es interpretativa de otra -en cuanto resulta que ha tenido por finalidad precisar su sentido y establecer su verdadero ámbito de aplicación- ambas se confunden formando una sola, que no es nueva, sino la anterior aclarada y cuya

aplicación es procedente en todos los casos que no estuviesen definitivamente juzgados (conf. Ac. 55.182, sent. del 13-VI-1995), no cabe a mi criterio otorgar tal carácter -meramente interpretativo o aclaratorio- a la aludida reforma legislativa que, a lo largo de treinta y siete artículos, introdujo sustituciones e incorporaciones normativas de una trascendencia indudablemente más extensa que el mero carácter aclaratorio que pretende atribuirle el recurrente.

Cabe recordar que el art. 3 del Código Civil establece que las leyes se aplicarán a partir de su entrada en vigencia aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, es decir que consagra la aplicación inmediata de la ley nueva, que rige para los hechos que están *in fieri* o en curso de desarrollo al tiempo de su sanción; lo que no puede juzgarse de acuerdo con ella son las consecuencias ya consumadas de los hechos pasados, que quedan sujetas a la ley anterior, pues juega la noción de consumo jurídico (conf. C. 101.610, sent. del 30-IX-2009).

De otro lado, tampoco resulta aplicable la aludida reforma legislativa porque así lo previó expresamente la norma del art. 4051 del Código Civil, aplicable al sub *discussio*.

Esta Corte ha expresado que el art. 4051 del Código Civil consagra una solución permanente de derecho transitorio que, por su especificidad, debe privar sobre el principio de aplicación de la ley nueva que receipta el art. 3 del mismo ordenamiento. En efecto, la interpretación adecuada es la que coloca al art. 3 del Código Civil como norma general relativa a la eficacia de la nueva ley en el tiempo, manteniendo la operatividad de lo normado en el art. 4051 del ordenamiento cuando la sucesión normativa se refiere al instituto de la prescripción, salvo disposición en contrario de la legislación sobreviniente respectiva, como ocurriera con la reforma del año 1968, art. 2, ley 17.940 (conf. C. 101.610 cit.).

En igual sentido se ha pronunciado calificada doctrina *"... Cuando se modifican los plazos, el art. 4051 dispone que si hay prolongación se continúe aplicando la ley más antigua..."* (Moisset de Espanes, Luis, "El derecho transitorio en materia de prescripción", Bol. Fac. de Der. y C. Sociales de Córdoba, año XXXIX, 1975, n° 1-3, p. 289 y parte III de su libro sobre irretroactividad de la ley, p. 135).

En la misma orientación Alterini consideró que *"... Conforme al artículo 4051 del Código Civil los plazos de prescripción comenzados antes de la vigencia de la nueva ley están sujetos a las leyes anteriores, pero cuando han sido reducidos se computan desde el día en que rija..."* (Alterini, Atilio A., "Las reformas a la ley de defensa al consumidor. Primera Lectura, 20 años después", "La Ley", Sup. Reforma de la Ley de Defensa al Consumidor, pág. 21).

2. Despejada esta cuestión, resta igualmente analizar si la acción promovida por el actor se encontraba prescripta o no al momento de entablar la presente demanda, es decir, antes de sancionada la aludida reforma legislativa.

Adelanto mi respuesta afirmativa.

No obstante reconocer que la cuestión ha suscitado dudas y opiniones diversas, me inclino a considerar acertada la interpretación que postula que la prescripción anual del art. 58 de la ley 17.418 no quedó desplazada por la trienal establecida en el art. 50 de la ley 24.240, en su redacción original.

Estimo que los aludidos principios iusprivatistas en torno a los binomios "ley general - ley especial" y "ley anterior - ley posterior" resultan dirimientes en el debate sustanciado en autos. A ello se debe sumar el hecho de no haber sido incluidas -en la redacción original de la ley 24.240- las acciones judiciales en el elenco de remedios "prescriptibles", junto a las acciones y sanciones de carácter administrativo regladas en el capítulo XII de la misma, circunstancia recién verificada en forma inequívoca a partir de la mencionada reforma plasmada en la ley 26.361. Por último, comparto también la idea que el plazo prescriptivo especial previsto en la Ley de Seguros tuvo en miras la valoración del riesgo económico específico que el contrato implica, el que no podría quedar alterado -sin más- por la Ley de Defensa de los Consumidores, insisto, en la versión normativa temporalmente aplicable al sub lite.

Las expresiones volcadas en la pieza recursiva en estudio no hacen sino desarrollar -y contraponer- los argumentos jurídicos que, en favor de la tesis "consumerista", apuntalan la preeminencia general del Estatuto del Consumidor por sobre la Ley de Seguros y, puntualmente, en materia de prescripción. En tal sentido, hace mérito el quejoso de la intención del legislador, del carácter "complementario" o "aclaratorio" de la tantas veces citada reforma legislativa, de la inexistencia de retroactividad en la aplicación de la nueva ley, del principio protectorio de los derechos de usuarios y consumidores consagrado en el art. 42 de la Constitución nacional.

No obstante la razonabilidad de las motivaciones vertidas por el recurrente, ello no alcanza -según lo adelantara- a enervar los fundamentos del fallo cuya convalidación habré de propiciar. Inveterada doctrina de este Tribunal establece que por más respetable que pueda ser la opinión del recurrente, ello no autoriza -por sí solo- para que la Corte sustituya con su criterio al de los jueces de la instancia de apelación y esto es así aún cuando la postura de ellos pueda aparecer como discutible, objetable o poco convincente (conf. Ac. 89.184, sent. del 7-XII-2005; C. 90.727, sent. del 18-VII-2007; C. 99.783, sent. del 18-II-2009).

V. Si lo que dejo expuesto resulta compartido, no habiéndose acreditado las infracciones normativas denunciadas (art. 279 del C.P.C.C.), corresponderá rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido.

Atendiendo a las particularidades del sub iudice, en el cual se han planteado cuestiones generadoras de razonables dudas interpretativas, propongo que las costas devengadas ante esta instancia extraordinaria se distribuyan en el orden causado (arts. 68, ap. 2º y 289, del C.P.C.C.).

Voto por la negativa.

El señor Juez doctor de Lázari, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Pettigiani, votó también por la negativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

I. Al igual que lo sustentado en los votos que me preceden, pienso que el recurso no puede prosperar.

1. Coincido con el distinguido colega que abre el acuerdo en que no es posible, en el caso, aplicar retroactivamente la solución que consagra la ley 24.240, en la redacción que impuso a su texto la reforma introducida por la ley 26.361, por las razones que acertadamente explica el citado Ministro.

De otro lado, si bien ha decidido esta Corte que si la ley es interpretativa de otra -en cuanto resulta que ha tenido por finalidad precisar su sentido y establecer su verdadero ámbito de aplicación-, ambas se confunden formando una sola, que no es nueva, sino la anterior aclarada y cuya aplicación es procedente en todos los casos que no estuviesen definitivamente juzgados ("Acuerdos y Sentencias", 1962-III-500; mi voto en la causa Ac. 55.182, sent. del 13-V-1995 y que el distinguido colega, doctor Pettigiani, ha rememorado). Un antiguo voto del doctor Legón en la Corte federal se encargó de explicar que "si todo gira en torno a un problema de 'interpretación' genérica del alcance original de la ley, en principio, la más alta autoridad para hacerlo es el Poder legislativo. Si lo hace por ley aclaratoria las dificultades de interpretación desaparecen; y el efecto se retrotrae al punto de partida, salvo cuestiones terminadas. Así resulta de la regla 4 del título preliminar del Cód. de Com. y del art. 4º del Cód. Civil [texto derogado por la ley 17.711]: las leyes que tengan por objeto aclarar o interpretar otras leyes, no tienen efecto respecto a los 'casos ya juzgados'. La nota del codificador declara inspirarse en una norma del derecho prusiano, cuyo tenor auténtico es plenamente comprensivo: 'La explicación de una ley antigua, considerada necesaria por el legislador y publicada en debida forma, es decisiva para todos los casos litigiosos que todavía no hayan sido juzgados'" (C.S.J.N., 21-V-1945, "Calvo, Francisco s. Impuesto a los Réditos", AR/JUR/6/1945).

Sin embargo, pienso que tal no es la hipótesis de autos, toda vez que en los aspectos aquí debatidos la ley 26.361 no constituye una norma "aclaratoria" de la ley 24.240, como lo pretende el quejoso.

En efecto, afirma el recurrente que la ley 26.361 constituye una norma aclaratoria, de carácter interpretativo, en virtud de cuya naturaleza resulta aplicable "de inmediato a las causas en trámite, ya que la nueva norma no altera el régimen legal ya existente, sino que se limita a disipar dudas existentes, por la vía de aclarar su contenido". "Es decir, -insiste- sin crear un nuevo plazo de prescripción, se deja aclarado el alcance de la norma" (fs. 494 vta.).

Para abonar su tesis, acude a los antecedentes parlamentarios del novel dispositivo y recoge lo expresado por el senador Petcoff Naidenoff al precisar que "dejamos en claro esta cuestión y fijamos un nuevo plazo de prescripción...", así como a la opinión doctrinaria según la cual se consagra "la aclaración en el sentido de que rige en todos los casos el plazo de prescripción más favorable para el consumidor" (Picasso, a fs. 494 vta.) o bien, que "con el nuevo texto la duda se despeja" (Vázquez Ferreyra, a fs. 495).

Pues bien, de la simple lectura del dispositivo legal de mentas se colige que el legislador no ha pretendido asignarle al mismo tal carácter "aclaratorio" o "interpretativo". En efecto, el art. 23 de la aludida ley -norma esta que se refiere al plazo de prescripción que invoca el quejoso-, lejos de autoproclamar esa

condición expresa: "Sustitúyese el texto del artículo 50 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, por el siguiente".

Que con la subsiguiente regulación el legislador haya adoptado una verdadera toma de postura frente a la compleja polémica desatada en torno al alcance del mentado dispositivo, no significa que esa sola circunstancia resulte dirimente para atribuirle el carácter aclaratorio que el recurrente pretende asignarle.

2. Despejado lo que antecede, que en la estructura argumental que porta la pieza en tratamiento podría haber tenido alguna virtualidad en orden a la dilatación del ámbito de aplicación subjetivo delineado ahora por la ley de defensa del consumidor a partir de lo que establecen sus arts. 1 a 3 reformados por la ley 26.361 (fs. 495 vta.) y en relación al segundo de los agravios vertidos por el recurrente (el de la problemática acerca de si prevalece el plazo de prescripción trianual previsto en el art. 50 de la ley 24.240 por sobre el de un año establecido en el art. 58 de la ley 17.418), pienso que sea cual fuere la interpretación que propiciara esta Corte, es lo cierto que el recurso no puede prosperar.

Ello así pues tal dilema, que supone la existencia de una tensión entre dos órdenes de regulaciones con vocación de aplicación al caso (de un lado, la ley 17.418 y del otro, la 24.240) no ha llegado suficientemente planteado a esta instancia por un déficit de postulación del accionante recurrente en tanto a lo largo del proceso no ha invocado, ni mucho menos acreditado, los extremos que permitirían incluir la relación habida entre las partes en los limbos de una relación de consumo subsumible en el ámbito de aplicación subjetiva definido por la ley 24.240.

En efecto.

En el libelo de inicio el accionante guardó un absoluto mutismo en torno al tópico. La única alusión a ciertos extremos de hecho que podrían resultar relevantes en tal tarea de subsunción la formuló a fs. 33, en tanto afirmó: "la sabiduría de S.S. comprenderá que el vehículo sustraído no era para efectuar paseos con mi mujer e hijos, al contrario, era para afectarlo a tareas laborales. Concretamente, en mi camión efectuaba tareas de reparto y diferentes viajes cargado de materiales para la construcción dentro de la ciudad, por lo que consistía en la principal fuente de ingresos de mi familia".

Tal silencio se mantuvo en oportunidad de contestar el traslado a la excepción de prescripción opuesta por la aseguradora demandada, oportunidad en la cual se limitó a señalar diversos actos a los que atribuyó carácter interruptivo y a discurrir acerca de cual ha de ser el verdadero dies a quo del plazo de prescripción (fs. 91/94).

Sin embargo -y iura novit curia, mediante- el sentenciante de primera instancia afirmó que el de seguros es un contrato de consumo regulado por la ley 24.240 (fs. 454). Recién entonces pudo plantearse una hipótesis de conflicto normativo que el magistrado del grado inferior resolvió a favor de la aplicación de la ley 24.240.

Ambas parcelas de la decisión, esto es, la que planteó la existencia de un conflicto normativo y aquélla que se expidió por la prevalencia de una por sobre al otra fueron objeto de preciso agravio por parte de la aseguradora ante la alzada (fs. 467/474).

Así, a fs. 468 vta./470 criticó a la decisión por no advertir que "no siempre desde la óptica asegurativa la noción de asegurado coincide con la de consumidor... pues sólo una parte de los asegurados serían amparados por la ley 24.240, esto es, los que sean consumidores, mientras que la ley 17.418 ampara a todos los asegurados". Añadió -con apoyo de doctrina autoral que individualizó-, que tal condición de consumidor dependerá de si el mismo ha de ser el destinatario final del servicio.

Cierto es que la alzada no llegó a abordar este aspecto de la crítica -en tanto fundó el juicio rescisorio afirmando la prevalencia de la regulación plasmada en la ley de defensa del consumidor, por sobre la contenida en la ley de seguros- y al resolver en definitiva de modo favorable a la aseguradora en decisión que llega ahora recurrida ante esta instancia, dejó de expedirse sobre aquello que resultaba de un orden lógico anterior en el tratamiento: vale decir, no ha debido resolver un conflicto suscitado por la eventual confluencia de dos ordenamientos diferentes a una misma hipótesis fáctica, sin antes dilucidar si verdaderamente existía en el caso, la concurrencia de una multiplicidad de normas con vocación de aplicación atendiendo al ámbito propio establecido en cada una de éstas.

Pues bien, aún cuando el quejoso tuviera razón en su planteo acerca de que, ante un supuesto de conflicto normativo, corresponde otorgar preeminencia a lo dispuesto por el art. 50 de la ley 24.240, desplazando así lo establecido en el art. 58 de la ley 17.418, la composición positiva del pleito no podría resultarle favorable, en tanto -en mérito al instituto de la adhesión a la apelación y a la luz de los agravios que llevó la aseguradora ante la alzada- se impone dilucidar -con carácter previo a cualquier otro tratamiento- la conjunción, en el caso, de los presupuestos que permitan subsumir a la relación jurídica habida entre las partes en el ámbito de aplicación de la ley 24.240.

La absoluta orfandad de invocación y prueba de estos extremos por parte del accionante, conducirían al rechazo de la pretensión actoral (arg. arts. 330 incs. 4 y 5; 348, 375 y concs. del C.P.C.C.).

II. En consecuencia y con el alcance que acabo de expresar, coincido con los colegas que me preceden en que el recurso no puede prosperar (art. 289 del C.P.C.C.).

Voto por la negativa.

Los señores jueces doctores Negri y Genoud, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Pettigiani, votaron la cuestión planteada también por la negativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto. Las costas de esta instancia extraordinaria se imponen al recurrente que resulta vencido (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI
HECTOR NEGRI
JUAN CARLOS HITTERS
LUIS ESTEBAN GENOUD
EDUARDO JULIO PETTIGIANI
CARLOS ENRIQUE CAMPS – Secretario-

2. AMPLIACIÓN DEL “NO SEGURO” POR LA CAUSAL DE CULPA GRAVE DEL ASEGURADO. INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL. CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Causa “Aguirre, Milagros María c/ Línea 18 S.R.L. s/ Daños y perjuicios” y su acumulada “Roletto, Raúl Luis c/ Línea 18 S.R.L. s/ Daños y perjuicios”

Ac. 73.330, sent. del 31-V-2006

CUESTIÓN PLANTEADA:

En esta ocasión la Corte analizó la naturaleza y alcance de una cláusula inserta en el marco de un contrato de seguros y determinó que se trataba de una cláusula abusiva (conf. art. 37, ley 24.240), declarando su nulidad por resultar contraria al ordenamiento jurídico en general y, en particular, al art. 114 de la Ley de Seguros.

RESEÑA DEL CASO:

En lo que aquí interesa destacar, el juzgador de origen mediante sentencia única extendió la condena a la citada en garantía “Caja Nacional de Ahorro y Seguro”.

La Cámara revocó lo decidido con base en lo convenido en la póliza que documenta el contrato de seguro que unió a las partes.

Al abocarse al estudio de la referida póliza, el Supremo Tribunal provincial -por mayoría de opiniones- advirtió que la cláusula en virtud de la cual se establecía la exclusión de responsabilidad de la aseguradora era materialmente ilícita (art. 1066, C.C.) por contradecir una norma seminecesaria (art. 114, L.S.), en tanto disponía que “no están a cargo de este seguro: "...p) los siniestros ocurridos mediando dolo o culpa grave del asegurado o conductor del vehículo objeto del seguro, así como también de otro agente dependiente de aquél”.

Para así decidir, destacó que el art. 114 de la Ley de Seguros establece que el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad. Sin embargo, el contrato en cuestión había extendido los alcances de la exclusión al conductor del vehículo protagonista del siniestro dependiente de aquél. En consecuencia, a la luz del art. 158 de la mencionada normativa que dispone la obligatoriedad de las normas y determina que “sólo se podrán modificar a favor del asegurado los artículos ... 114”, la aludida cláusula resultaba abusiva y, por tanto, debía ser declarada nula, en tanto desnaturalizaba el vínculo obligacional (art. 37 inc. a, ley 24.240) al suprimir (vía predisposición) una obligación del asegurador de fuente normativa.

Asimismo, en el presente fallo se destacó que no era óbice para la solución arribada la circunstancia de que el asegurado fuese el Estado, ya que no se existía ninguna diferencia ostensible entre éste y cualquier persona jurídica que actuase por medio de sus dependientes, a la par que nada impedía pensar que el Estado pudiese efectuar una contratación como un mero adherente en paridad a los demás consumidores y, en consecuencia, denunciar como abusivas las condiciones formalizadas en las reglamentaciones dictadas por su cocontratante.

DOCTRINA:

- La cláusula contractual por la que se amplía el "no seguro" referido a la culpa grave del asegurado a la persona del conductor, es materialmente ilícita (art. 1066 Código Civil.) por contradecir una norma seminecesaria (art. 114 L.S.) y, por tanto, abusiva y nula, en tanto desnaturaliza el vínculo obligacional (art. 37 inc. a Ley de Defensa del Consumidor) al suprimir (vía predisposición) una obligación del asegurador de fuente normativa [del voto del Juez de Lázzari].
- La antinomia que implican dos normas aplicables al mismo caso que dan soluciones contrarias o contradictorias ha de resolverse según un criterio jerárquico, en el sentido de que la norma superior desplaza a la de rango inferior. No pueden haber dudas acerca de la jerarquía prevalente de la norma legal imperativa sobre la meramente contractual [del voto del Juez de Lázzari].
- El art. 158 de la Ley de Seguros dispone que las previsiones del art. 114 sólo se podrán modificar a favor del asegurado, conformando un supuesto de imperatividad relativa, esto último por la posibilidad de mejorar la posición del sujeto individualizado. Si ello es así, la extensión a otro sujeto que no es el indicado en la norma resulta inválida. El conductor, en el caso, no es el asegurado, por más condición de centro de interés que revista [del voto del Juez de Lázzari].

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 31 de mayo de 2006, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Negri, de Lázzari, Hitters, Pettigiani, Genoud, Kogan, Domínguez, Sal Llargués, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa Ac. 73.330, "Aguirre, Milagros María contra Línea 18 S.R.L. Daños y perjuicios" y su acumulado "Roletto, Raúl Luis contra Línea 18 S.R.L. Daños y perjuicios".

ANTECEDENTES

La Sala III de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata revocó el fallo que había rechazado la defensa de no estar a cargo del seguro esgrimida por la citada en garantía.

Se interpuso, por la codemandada Municipalidad de La Plata, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTION

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACION

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

1. La juzgadora de origen -mediante sentencia única- extendió la condena a la citada en garantía "Caja Nacional de Ahorro y Seguro", condenándola a resarcir a cada uno de los sujetos activos en ambos procesos.

La Cámara a quo -en lo que interesa dado el alcance del recurso- revocó lo decidido con base en lo convenido y pactado en la póliza que documenta el contrato de seguro que unió a las partes.

Dicho instrumento establece al respecto "No están a cargo de este seguro: ... p) los siniestros ocurridos mediando dolo o culpa grave del asegurado o conductor del vehículo objeto del seguro, así como también de otro agente dependiente de aquél" (cláusula transcripta a fs. 312), destacando el a quo la particular circunstancia de que -al ser el Estado tomador del seguro- habida cuenta de su naturaleza de persona jurídica, la exclusión de cobertura en cuestión ha de encontrarse en el actuar de sus funcionarios y empleados, en cumplimiento o realización de las funciones esenciales y específicas propias del mismo.

Por lo expuesto excluyó de la cobertura del siniestro a la aseguradora citada en garantía "Caja Nacional de Ahorro y Seguro", al hacer lugar a la defensa de "no seguro" opuesta por la misma.

2. Contra dicho pronunciamiento la codemandada Municipalidad de La Plata denuncia la violación de los arts. 10, 11, 25 de la Constitución provincial; 16, 17, 18, 19 de la Constitución nacional; 70, 114, 158 de la ley 17.418; 163 incs. 5 y 6 del Código procesal y absurdo en la apreciación de la prueba.

Sostiene que la cláusula que incluye entre los responsables de la culpa grave a los dependientes de la asegurada y en función de ello establece la exclusión de responsabilidad de la aseguradora, es nula en virtud de lo preceptuado por el art. 158 de la Ley de Seguros, y que la diferencia efectuada entre dos tipos de asegurados -según sean particulares o personas jurídicas de derecho público- no se da en la realidad, no ha sido tenida en cuenta en la ley de la materia y no guarda relación con la decisión a la que se arriba.

3. El recurso no puede prosperar.

Para revocar la extensión de la condena dispuesta con relación a la citada en garantía la Cámara se limitó a interpretar las cláusulas y condiciones de la póliza del seguro contratado entre las partes que establecía la exclusión de los siniestros ocurridos mediando dolo o culpa grave del asegurado o conductor del vehículo objeto del seguro, así como también de otro agente dependiente de aquél, entendiéndose que por haberse configurado dicha causal con relación al empleado, debía acogerse la exclusión pretendida.

En este orden de ideas sabido es que la valoración de las pruebas y en general de las circunstancias de la causa así como la interpretación del sentido, alcance y consecuencias jurídicas de las cláusulas del contrato de seguro constituyen materia propia de las instancias ordinarias y son temas ajenos al ámbito de la extraordinaria, salvo que se demuestre acabadamente que se ha incurrido en absurdo (conf. Ac. 57.691, sent. del 20-II-1996; Ac. 53.687, sent. del 22-III-1994; L. 52.070, sent. del 29-III-1994).

Se entiende por tal el error palmario, grave y manifiesto que conduce a conclusiones contradictorias, inconciliables e incongruentes con las constancias objetivas de la causa, debiendo su demostración ser fehaciente y su percepción ostensible (conf. Ac. 58.938, sent. del 17-X-1995; Ac. 63.556, sent. del 8-X-1996; Ac. 64.347, sent. del 18-II-1997).

Nada de ello ocurre en estos autos donde, la recurrente intenta demostrar lo erróneo en el discurrir de los sentenciantes -al acoger la defensa de exclusión de cobertura- sin alcanzar a demostrar la fractura en el razonamiento lógico de los mismos, y centra su queja en la pretendida nulidad de una cláusula que forma parte de un contrato que fue suscripto por su representada.

Corresponde recordar la coexistencia en el contrato de seguro de dos figuras que deben mantener su individualidad: uno es el tomador y el otro el asegurado, sujetos que en la gran mayoría de los contratos de seguros de responsabilidad hacia terceros coinciden, pero puede no ser así necesariamente, lo que por lo demás resulta indefectible si -como en el supuesto de autos- el tomador es una persona de existencia ideal (conf. Ac. 34.408, sent. del 11-XII-1986 en "Acuerdos y Sentencias", 1986-IV-282; Ac. 43.260, sent. del 19-III-1991 en "Acuerdos y Sentencias", 1991-I-348).

La alzada hizo hincapié en orden a la extensión de la exclusión de la cobertura por culpa grave de los dependientes, cuando es el Estado el tomador del seguro lo que no le resta su calidad de asegurado, especialmente en relación a que "su común actividad es desplegada por sus funcionarios o empleados públicos" (ver. fs. 312 in fine).

Por lo tanto no puede sostenerse válidamente la limitada interpretación que pretende otorgarle la recurrente al contenido de lo dispuesto por el art. 114 de la Ley de Seguros y su pretendida nulidad por

aplicación de lo prescripto en el art. 158 de la misma; norma enderezada a prever otras situaciones que en el caso no concurren. Pues a los fines de la cuestión debatida no puede negarse que -en definitiva- el dependiente que conduce el automotor objeto del contrato celebrado por el Estado sea catalogado como asegurado; y cuya conducta -o inconducta- le sea imputable a aquél (doct. art. 43 del Cód. Civ.).

Finalmente y en relación con la denunciada violación de garantías constitucionales -tanto de la Nación como de la Provincia- no es idóneo el agravio cuando -como en el caso- la mención de esas normas no hace referencia de su aplicación concreta al caso y no explica de qué manera se habrían afectado las garantías que ellas tutelan (conf. Ac. 57.103, sent. del 4-VI-1996; Ac. 59.337, sent. del 17-II-1998).

No cumplida la carga impuesta por el art. 279 del Código procesal, doy mi voto por la negativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lazzari dijo:

1. No comparto el voto precedente y, contrariamente, estimo procedente el recurso.

2. Antes de abordar específicamente el tema en juzgamiento señalo que, en mi opinión, se satisfacen adecuadamente las exigencias del art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial., en la medida en que se individualizan suficientemente las normas violadas o erróneamente aplicadas indicando los fundamentos pertinentes.

3. La sentencia en revisión dispone que la cláusula 8 inc. p) de las Condiciones Generales de Póliza (fs. 94, expediente Aguirre), es plenamente válida. En lo que aquí interesa, la referida cláusula establece: "No están a cargo de este seguro: p) Los siniestros ocurridos mediando dolo o culpa grave del asegurado o conductor del vehículo objeto del seguro, así como también de cualquier otro agente dependiente de aquél".

Los recurrentes estiman que tal conclusión importa el quebrantamiento, ente otros de los art. 70, 114 y 158 de la Ley de Seguros 17.418, al asimilar indebidamente la situación del dependiente a la del asegurado. Les asiste razón.

A) Tratándose de seguros de responsabilidad civil, el art. 114 de la referida normativa establece que el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad. Ahora bien, el contrato que nos ocupa extendió los alcances de la exclusión al conductor del vehículo protagonista del siniestro dependiente de aquél.

Corresponde determinar la validez de dicha extensión, a la luz de lo que dispone el art. 158 de la misma ley. Bajo el acápite de "obligatoriedad de las normas", determina que "sólo se podrán modificar a favor del asegurados los artículo ... 114".

Una simple lectura permite apreciar aquella exclusión, proveniente de las cláusulas generales del contrato, como alcanzada por la prohibición legal, desde que evidentemente juega en perjuicio del asegurado, no en su favor. En tal sentido, cabe recordar que la primera regla de interpretación es dar pleno efecto a la intención del legislador (Corte Suprema, "Fallos", 182-486; 184-5; 200-165; 281-146, entre muchos otros).

B) El derecho privado reviste un carácter predominantemente dispositivo, algo así como la plataforma mínima que exterioriza el fondo común en el que quedan delineadas las características esenciales de cada figura jurídica y que al mismo tiempo permite cubrir los silencios u omisiones en que incurran las

partes al momento de anudar sus lazos. Ese derecho supletorio, que naturalmente autoriza determinadas derogaciones en orden a la voluntad de los contratantes, aparece matizado por normas que exceden aquél carácter y adquieren una impronta distinta. Dejan ya de ser dispositivas y se tornan en imperativas, cumpliendo una indispensable función delimitadora de lo permitido y lo prohibido. Así, señala Lorenzetti que el consentimiento no es un texto normativo autosuficiente. Con independencia de la autonomía privada hay que integrar, tipificar y recurrir a un sinnúmero de disposiciones que no surgen de la voluntad de las partes. El juez convoca permanentemente a la ley, los principios generales, los precedentes judiciales, a fin de desarrollar el programa privado o bien para rectificarlo ("Las normas fundamentales del derecho privado", Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 464).

Dentro de este esquema de consideración, y con palabras de Rezzónico, aparece la relación e inclusive el enfrentamiento entre el interés de los particulares canalizado a través de la autonomía privada y la función tutelar del orden jurídico, que en este aspecto se ejerce a través del conjunto sistemático de tipos y determina una ponderación de los fines perseguidos por los particulares en relación con su concepción de la trascendencia social conforme a la sociabilidad de su función ordenadora. Hay entonces una valoración de la función práctica característica del tipo, lo que deriva en una competencia dispositiva de los individuos y una competencia normativa del orden jurídico en la disciplina del negocio ("Contratos con cláusulas predispuestas", p. 375 y sus citas). En definitiva, lo que las partes hayan autorregulado no podrá significar un orden particular contrapuesto y lesivo al del legislador (cfr. Rezzónico, cit., p. 381), porque en todo caso, la conformación de la voluntad ha de respetar las regulaciones jurídicas imperativas que modifican ab initio la presunta autonomía (cfr. Lorenzetti, cit., p. 462). La antinomia que implican dos normas aplicables al mismo caso que dan soluciones contrarias o contradictorias ha de resolverse según un criterio jerárquico, en el sentido que la norma superior desplaza a la de rango inferior (cfr. Lorenzetti, cit. p. 359). No pueden haber dudas acerca de la jerarquía prevalente de la norma legal imperativa sobre la meramente contractual.

c) En esas condiciones, el art. 158 de la Ley de Seguros dispone que las previsiones del art. 114 sólo se podrán modificar a favor del asegurado, conformando un supuesto de imperatividad relativa, esto último por la posibilidad de mejorar la posición del sujeto individualizado. Si ello es así, la extensión a otro sujeto que no es el indicado en la norma resulta inválida. El conductor dependiente, en el caso, no es el asegurado, por más condición de centro de interés que posea.

Discurriendo en tomo al art. 70 de la ley 17.418, pero con estricta atinencia también al art. 114, señala Barbato: "considerando que la culpa grave opera como una exclusión de cobertura establecida por la propia ley, y que por su misma naturaleza está referida al asegurado, titular del interés cubierto por el seguro, cabe destacar que la misma constituye una exclusión personal, es decir, que sólo el asegurado tiene la aptitud jurídica para generar, ante una conducta suya gravemente culposa, el desplazamiento del hecho siniestral fuera del ámbito de la cobertura asegurativa. En cambio, la culpa grave de terceros, aun cuando éstos fueran dependientes y familiares, no elimina la cobertura. Se considera que el asegurado busca también ampararse de

situaciones como esas, en las que su actuación personal ha resultado ajena a la causación del hecho. No rigen aquí ni la representación (pues no existe representación en las situaciones que impliquen ilicitudes) ni las responsabilidades reflejas (pues no es éste un supuesto que genere responsabilidades, ante la falta de alteridad dañosa de la acción alcanzada por la exclusión)" ("Culpa grave, derecho civil y derecho de seguros", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 19, Seguros-I, p. 209 y doctrina que cita en nota 30).

Coincido, por lo tanto, con los conceptos que certeramente desarrolla Stiglitz y que me permito transcribir: "La cuestión está específicamente regulada por el art. 114 de la Ley de Seguros, de cuyo texto, y de la naturaleza del seguro contra la responsabilidad civil, cabe concluir que nos hallamos en presencia de un supuesto de delimitación causal subjetiva del riesgo. Tal limitación, referida sólo a la persona del asegurado, se halla contenida en una norma relativamente imperativa (art. 158-2) y, por lo tanto, sólo modificable a favor del asegurado. Por tratarse de un tema referido a los límites o extensión de la garantía del asegurador, debe ser interpretado restrictiva o literalmente, de suerte tal que no es factible hacerlo analógicamente, ni por extensión, especialmente teniendo en cuenta que el asegurador es quien redacta las cláusulas generales. Esta directiva impide, por lo tanto, extender el límite a otro sujeto que no sea el asegurado. La cláusula contractual precitada, por la que se amplía el "no seguro" referido a la culpa grave del asegurado a la persona del conductor, es materialmente ilícita (art. 1066, Código Civil.) por contradecir una norma seminecesaria (art. 114, L.S.) y, por tanto, abusiva y nula, en tanto desnaturaliza el vínculo obligacional (art. 37 inc. a, Ley de Defensa del Consumidor) al suprimir (vía predisposición) una obligación del asegurador de fuente normativa. A ello no empece que por condición general predispuesta se haya consagrado la extensión de la cobertura al conductor autorizado por el asegurado ni que se haya asimilado a ambos a través de la frase: "... en adelante, la mención del asegurado comprende en su caso, al conductor". Y ello en razón de que la asimilación aludida además de ser incorrecta técnicamente es materialmente ilícita en tanto infringe una disposición imperativa (art. 158-3, L.S.) y, además, abusiva en tanto a su través se intenta suprimir la obligación principal del asegurador de mantener indemne al asegurado para el caso de configurarse la hipótesis de exclusión (art. 114, L.S., "Derecho de seguros", t. 1, p. 422 y sgts. y sus citas jurisprudenciales; ídem, "Conflicto entre condiciones generales del contrato de seguro y las normas relativamente imperativas", J.A. 1989-111-599; ídem, "Cláusulas abusivas en el contrato de seguro", Abeledo Perrot,- 1994, p. 97 y sgts.; ídem, en colaboración con Gabriel Stiglitz, "Contrato con cláusulas predisuestas, su naturaleza contractual",- comentario al fallo de la Suprema Corte de Mendoza, del 24-V-1988, en "La Ley" 1988-E, págs. 14 y sgts.).

D) No empece a lo expuesto, el hecho de que el asegurado sea el Estado ya que, en primer lugar, no veo ninguna diferencia ostensible entre éste y cualquier persona jurídica que actúe por medio de sus dependientes, en lo atinente a la manera en que normalmente se va a llevar a cabo la prestación asegurada (Al amparo de la clásica distinción románica, tanto las personas jurídicas de derecho público como las de derecho privado, van a llevar a cabo sus acciones por medio de sus representantes).

Además, no comulgo con la particular interpretación desarrollada en la sentencia en revisión la que se cimenta en que merced a su posición en la relación jurídica, no puede pensarse que el Estado efectúe la

contratación como un mero adherente en paridad a los demás consumidores, y que -por ende- no puede denunciar como abusivas las condiciones formalizadas en las reglamentaciones que dicte su cocontratante.

Las cláusulas abusivas deben ser entendidas en función de la característica esencial de este tipo de contratos: su contenido es predispuesto sólo por una de las partes sustanciales del negocio, el asegurador; si a ello se suma que es de la esencia de los contratos de adhesión la imposibilidad de discutir las condiciones generales de esas cláusulas predispuestas, no puede arribarse al temperamento adoptado por el a quo. En efecto, si reviste carácter abusivo "toda cláusula que entrañe con ventaja exclusiva del empresario un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, siempre que lo sea en contrato por adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente prerredactado por el primero" (Stiglitz, "Derecho de Seguros, t. 1, p. 363 y sgts.), no se vislumbra que en el caso el Estado se encuentre en condición comercial diferente a la de cualquier otra persona jurídica del derecho privado.

La interpretación que postulo se robustece a la vista de lo que reza el texto de la póliza predispuesta por la Superintendencia de Seguros de la Nación (R.S.S.N. 22.058 del 22-I-1993). En ella se establecen con carácter uniforme las condiciones mínimas de cobertura del seguro automotor obligatorio, disponiéndose que "el asegurador cubre al asegurado por la culpa grave del conductor cuando éste se halle en relación de dependencia laboral a su respecto y siempre que el siniestro ocurra con motivo o en ocasión de esa relación" (cfr. Stiglitz, "Cláusulas abusivas en el contrato de seguro", Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1994, p. 97).

En resumen, no hay razones legales de ninguna naturaleza para distinguir en el supuesto de culpa grave del dependiente entre la persona jurídica de derecho privado y el Estado. La culpa grave del asegurado (la persona jurídica, sea privada o estatal) no es algo impensable como trasunta la sentencia. Las propias condiciones generales del contrato de autos señalan específicos supuestos: vehículo utilizado en servicio no oficial, alquilado a terceros, o conducido por quien careciera de permiso municipal o se encontrara inhabilitado, etc. (cfr. cláusula 8 ap. b, fs. 93 vta. expte. Aguirre). Ya lo expresaba Halperín con estas palabras: "Si se trata de una persona jurídica, debe tenerse en cuenta el acto del órgano social correspondiente" (Seguros, t. 11, p. 863).

4. En consecuencia, debe revocarse el fallo extendiendo respecto de la Caja Nacional de Ahorro y Seguros los alcances de la sentencia, ya que la exclusión de cobertura dispuesta transgrede el derecho imperativo consagrado en los arts. 70, 114 y 158 de la ley 17.418. Con costas.

Voto por la afirmativa.

El señor Juez doctor Hitters, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázzari, votó también por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

1. A los efectos de dar respuesta al recurrente, habré de utilizar como fundamento de mi voto -con las adaptaciones pertinentes- los desarrollos vertidos en la causa Ac. 76.885, sent. del 9-X-2003.

En tal sentido cabe indicar que la mayoría de la doctrina se ha manifestado por la invalidez de cláusulas incluidas en las condiciones generales de pólizas de seguro que -como la aquí analizada- eximen de

responsabilidad al asegurador cuando el siniestro ha sido provocado por dolo o culpa grave del conductor (en este caso, se agrega el dependiente del asegurado); mientras una minoría sostiene una posición diametralmente opuesta, tomando partido por su plena validez.

Sin embargo, soy de la opinión que debe imponerse en el caso un criterio ecléctico.

2. En mi parecer, el punto medular consiste en dilucidar si el término "asegurado" al que se refiere el art. 114 de la ley 17.418 alcanza también al "conductor del vehículo objeto del seguro" al que menciona la póliza.

Por cierto, que el "conductor del vehículo objeto del seguro" no ha sido el tomador del seguro, aunque pueda resultar -al igual que éste- titular de un interés asegurado al momento del siniestro.

Para calificada doctrina, el sujeto que se beneficia con el contrato y no participa de la estipulación con el asegurador es un tercero al que debe denominárselo "beneficiario" (conf. Stiglitz, Rubén, "Derecho de Seguros", t. 1, pág. 141, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997). Es decir, no sería propiamente un "asegurado".

Mas -en mi apreciación- tal criterio no se desprende en forma indubitable de la legislación específica (me remito exclusivamente al texto legal sin realizar una valoración sobre la técnica utilizada por el legislador).

A guisa de ejemplo de mis afirmaciones, señalo que el art. 11-2 de la Ley de Seguros dispone que la póliza deberá contener, entre otros datos, los nombres y domicilios de las partes; el interés o la "persona asegurada"; y a su vez el art. 22 se refiere al "tercero asegurado" que invoque el contrato después de ocurrido el siniestro. Igualmente, su similar 23-2 exige -a los fines del cobro de la indemnización- que el tomador acredite previamente el consentimiento del asegurado.

En consonancia con lo afirmado se ha sostenido, también, que las partes del contrato son el asegurador y el tomador; y que por asegurado se entiende a quien es titular del interés asegurado. En la mayoría de los casos ambos sujetos (tomador y asegurado) coincidirán, reuniéndose en un solo individuo (conf. Meilij, G.; Barbato, N., "Tratado de Derecho de Seguros", p. 33, Zeus, 1975), pero no siempre ello debe ser así.

Dice Isaac Halperín (con cita de Gasperoni) que la expresión "asegurado" tiene en los autores y la práctica distintos significados: con ella se designa al tomador del seguro, al titular del interés cubierto o al beneficiario, siendo lo corriente que coincidan en una sola persona. Y agrega que "designamos tomador del seguro al estipulante, y asegurado al titular del interés y del derecho a la indemnización" (Seguros. Exposición Crítica de la ley 17.418, pág. 131, nota 1, Depalma, 1976).

Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que es regla de interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución nacional, y en casos no expresamente contemplados debe preferirse la inteligencia que favorece y no la que dificulta aquella armonía, y los fines perseguidos por las reglas (conf. C.S., junio 16-1994, in re: "Sumarios por infracción art.

44, ley 17.351 y modif."; íd., julio 28-1994, in re: "Moschini, José María c. Estado Nacional s. Cobro de pesos"; entre otros).

Tomando en cuenta tales pautas interpretativas, puede afirmarse que la normativa que regula la materia tuvo en miras un concepto de "asegurado" en sentido amplio, orientado más hacia el sujeto que resulta ser el titular de un interés asegurado al momento del siniestro, que a la persona que celebró el contrato con el asegurador.

3. En el contexto descripto, la cláusula 8. p de las condiciones generales de la póliza no puede ser valorada al margen de su similar 4.g (fs. 93 vta., causa "Aguirre"), que -en lo que interesa- reproduzco textualmente:

"La Caja toma a su cargo la responsabilidad civil que pueda derivarse contra el Asegurado o la persona que con su autorización conduzca el vehículo objeto del seguro (en adelante el conductor) como consecuencia de daños causados por ese vehículo a un tercero, sea muerte, sean lesiones corporales, sean daños materiales".

"A los efectos de este seguro no se consideran terceros: a) las personas transportadas en el vehículo o quienes ascienden o descienden del mismo; b) las personas en relación de dependencia laboral con el Asegurado o el conductor en tanto el evento se produzca en oportunidad o con motivo del trabajo, y c) los parientes del conductor o acompañante hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad".

"El Asegurado o el conductor deberán denunciar a la Caja el hecho...".

En la interpretación de cláusulas similares a la transcripta ha dicho esta Corte que en el caso existen dos asegurados, a saber: uno determinado, el tomador o asegurado propiamente dicho que es la persona que celebra el contrato de seguro con el asegurador y es el titular de la póliza nominativa; y el otro asegurado indeterminado, pero determinable a través de las condiciones generales de la póliza. Este segundo sujeto surge sin hesitación si observamos que en esa parte del contrato se habla específicamente de la responsabilidad civil frente a terceros, y se extiende la obligación del asegurador hacia la persona autorizada que conduzca el vehículo objeto del seguro (conf Ac. 34.408, sent. del 11-XII-1986, "Acuerdos y Sentencias", 1986-IV-282; Ac. 43.260, sent. del 19-III-1991, "Acuerdos y Sentencias", 1991-I-348).

Es que en el seguro de responsabilidad civil, el interés asegurable (causa) o motivo determinante del contrato o móvil que ha determinado al asegurado a contratar, es la indemnización del daño que deriva de una deuda de responsabilidad. El asegurado contrata para quedar relevado por el asegurador de las consecuencias dañosas de su obrar antijurídico. Para ello, el asegurador se obliga a mantener indemne el patrimonio del asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato (Stiglitz, R.-Stiglitz, G., "Seguro contra la responsabilidad civil", pág. 17, Abeledo-Perrot, 1991).

No puede desconocerse que aquí el tomador ha contratado con la compañía para mantenerse patrimonialmente indemne (tiene un interés propio y es asegurado), mas resulta que a la vez aseguró -con idéntico alcance- el patrimonio de un tercero que eventualmente puede resultar civilmente responsable (el conductor autorizado), quien no resulta sólo un "beneficiario" de la póliza.

Analizando la cuestión desde su vertiente específica, al tratar las previsiones de la Ley de Seguros sobre delimitación subjetiva del riesgo por dolo o culpa grave, en el art. 70 (que se encuentra dentro las disposiciones generales para los seguros patrimoniales) se libera al asegurador cuando el siniestro ha sido provocado en tales condiciones por el tomador o el beneficiario. Es decir, que se contemplan en paridad las conductas del sujeto que celebra la convención y del beneficiario de tal acuerdo.

Dentro de la lógica de este sistema, sería dificultoso justificar que el "conductor autorizado" es prácticamente el único "beneficiario" de un seguro cuyo comportamiento subjetivo en relación con la provocación del siniestro le resulta indiferente a la ley.

Por lo expuesto, concluyo que en el caso existen "dos" asegurados (el tomador y el conductor autorizado), constituyendo la indemnidad de sus patrimonios personales la causa del contrato. Y siendo ello así, la suerte que cada uno corra frente a una defensa opuesta por el asegurador no debe ser necesariamente idéntica.

4. Introduciéndome concretamente en el sub examine, no puede soslayarse que la exclusión de cobertura por "culpa grave" -alegada por la citada en garantía- implica una delimitación subjetiva del riesgo. Por tanto, sólo podría constituirse en una causal de no seguro en relación con el sujeto que con su actuación personal gravemente culpable ha causado el suceso.

Sobre tales premisas coincido con la doctrina que sostiene que la acreditación de la culpa grave del conductor no debe desplazarse automáticamente sobre el tomador asegurado para eximir al asegurador de su obligación de mantenerlo indemne patrimonialmente.

De igual forma, si admitirnos que la solución que se impone para uno de los "asegurados" no tendría que aplicarse mecánicamente al otro, la subsistencia del deber de la compañía de preservar incólume el patrimonio del conductor cuando el siniestro ha sido provocado, precisamente, por su obrar excesivamente negligente, no debe apoyarse en una eventual obligación de cubrir al titular de la póliza.

Así las cosas, la cláusula 8. p le resulta individualmente oponible a quien manejaba el móvil con autorización, porque es uno de los "asegurados" comprendidos en el art. 114 de la ley 17.418, y ha incurrido en la causal de exclusión de cobertura prevista en tal disposición legal.

Agrego -para reforzar mi conclusión- que desde cualquier perspectiva que se aborde la cuestión el conductor debe respetar los términos del contrato. Pues, en virtud del principio lógico de "tercero excluido" sólo existen dos alternativas: a) se trata del asegurado al que se refiere el art. 114 (tal mi posición, que acabo de explicar), o b) no reviste esa calidad (como se afirma en el voto de mi distinguido colega el doctor de Lázari).

Si avalamos lo primero (que es asegurado) la condición contractual de marras no se contradice con el art. 158; si postulamos lo segundo (que no lo es), el conductor autorizado no puede invocar en su favor (ni en contra de la compañía) las previsiones de esa norma, debiendo acatar los términos del convenio celebrado entre asegurador y asegurado, del que sólo sería un beneficiario no contemplado ni protegido por la ley (conf. art. 504 del Cód. Civil y su doctrina).

La solución que propicio aparece también justificada, en mi opinión, desde un punto de vista dikelógico, pues permite eventualmente que el tomador-asegurado mantenga intacta la cobertura en aquellos casos en que no ha incurrido en la conducta prevista en el art. 114, y, simultáneamente, que la compañía quede liberada de su obligación respecto de quien provocó el siniestro por su culpa grave (el conductor asegurado). De ese modo, se respetan en su totalidad las disposiciones de la ley 17.418.

5. De conformidad con el razonamiento expuesto, entiendo que asiste razón al recurrente.

En su queja denuncia -entre otros agravios- el quebranto normativo en que incurre el a quo al aplicar la cláusula que exime al asegurador de la obligación de cubrir los perjuicios causados a los asegurados por el siniestro cuando éste fue provocado por culpa grave del conductor del rodado (fs. 483/494).

Considero, entonces, que el planteo por el que -en suma- se persigue el rechazo de la defensa de exclusión de cobertura esgrimida por la citada en garantía "Caja Nacional de Ahorro y Seguro" debe prosperar en relación a la Municipalidad de La Plata (asegurado que a la vez resulta ser el tomador del seguro) desde el momento que no existe prueba alguna de "culpa grave" imputable a su respecto.

Con el alcance señalado y por las consideraciones vertidas, doy mi voto por la afirmativa.

Los señores jueces doctores Genoud y Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázzari, votaron también por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Domínguez dijo:

Adhiero al voto del doctor Negri, en virtud de los siguientes fundamentos coincidentes.

Soy de la opinión, tal como se sostiene en el voto al que adhiero, que la interpretación brindada por el impugnante en relación a lo normado por el art. 114 de la ley 17.418 está enderezada a otras situaciones que en el caso no concurren.

Firmes los presupuestos fácticos, en orden al grado de alcoholemia de un dependiente de la Municipalidad de La Plata y su responsabilidad exclusiva en el siniestro génesis de estas actuaciones, cabe en el caso privilegiar la voluntad contractual de las partes -que excluyó de la cobertura la "culpa grave" del dependiente- por sobre la reglamentación legal, al ser mi criterio, que ésta ha sido diseñada para protección de los ciudadanos y por ello inaplicable para el Estado.

Es dentro de tal diseño que se ubican las normas denominadas "relativamente imperativas" -art. 158, ley 17.418- y por ello modificables únicamente en beneficio del asegurado, entre las cuales se halla la causal de exclusión de cobertura en tratamiento -art. 114, ley cit.-, su sentido se encuentra en la finalidad de evitar los abusos por parte de los aseguradores y lograr el equilibrio contractual.

Esta interpretación se extrae, más allá del texto expreso de la ley, de la exposición de motivos de la Ley de Seguros vigente, ya que en orden a la hermenéutica que debía brindarse a su art. 70, expresó: "... con esta norma se evita el posible retorno a cláusulas contractuales abusivas que durante años han conspirado contra la práctica sana de este seguro" (cfr. Miguel a. Piedecasas en "Régimen Legal del Seguro", Ed. Rubinzal-Culzoni, año 1999, pág. 371).

En consecuencia, la ley ha privilegiado la defensa del consumidor por sobre los intereses de las aseguradoras en la pugna de intereses contrarios que por un lado, se justifican con la búsqueda de la cobertura integral con el fin de llevar la mayor tranquilidad posible respecto de los riesgos que se suscitan en las distintas actividades comerciales y civiles, y por el otro, en las necesidades técnicas del sistema, relativas al área de amparo del seguro que están estrechamente vinculados al precio de ese amparo (cfr. Nicolás H. Barbato en "Culpa Grave y Dolo en el Derecho de Seguros". Ed. Hammurabi, año 1994, pág. 194).

Se restringe así la voluntad de las partes por una situación de desigualdad en el poder negociador que se presenta con la necesidad de una suscripción de un contenido contractual predispuesto por uno solo de los contratantes.

Ahora, estas normas no configuran en forma exclusiva el control, que en el sistema de seguros vigente, se ha estructurado para combatir el abuso, ya que el primero -en orden lógico- es el denominado "interno", que es ni más ni menos el que se suscita entre las partes, luego si se ubican los "externos", aquéllos que se encuentran por fuera del contrato como ser el administrativo -de carácter previo- y el judicial sea éste directo o indirecto.

Luego, si comprendemos como cláusulas abusivas aquéllas que acarrearán una ventaja exclusiva para el empresario, un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, siempre que lo sea en contrato de adhesión unilateralmente prerredactado por el empresario; en el caso, la cláusula cuestionada -transcripta a fojas 312 y en los votos precedentes- no queda atrapada en la definición, por no vislumbrarse el desequilibrio negocial a que allí se hace referencia, circunstancia que se aduna para determinar el rechazo de la propuesta del impugnante (cfr. Rubén Stiglitz en "Derecho de Seguros", Ed. Abeledo-Perrot, Tomo I, año 1998, pág. 369 y ss.).

Por lo dicho hasta aquí es que sostengo que las normas "relativamente imperativas" de la Ley de Seguros, que se complementan -a su vez- con aquéllas de protección al consumidor legisladas en la ley 24.240 y del control estatal reglamentado en la ley 20.091 han sido establecidas para lograr el equilibrio negocial evitando así los abusos del asegurador.

Y con esto, al no poder el Estado, sostener que se encuentra en una posición de inferioridad al momento de fijar pautas en el contrato de seguro, las normas destinadas a la protección de los consumidores-asegurados les son ajenas, recobrando en consecuencia prevalencia la voluntad de las partes -también como sistema de control- reflejada en el caso en la póliza que vincula a la Municipalidad de La Plata con la Caja Nacional de Ahorro y Seguros.

Ante la confrontación de los intereses en juego se impone brindar soluciones que respeten tanto la intención del legislador, pero primordialmente la voluntad de los contratantes cuando es notoria una paridad en la capacidad negocial.

A los fines de elaborar una forma de cobertura ajustada a los fundamentos esenciales del seguro, y cuyo costo resulte económicamente conveniente, se eliminan del amparo situaciones que revisten mayor probabilidad, intensidad o concentración siniestral, de modo tal que la prima a pagar resulte adecuada (cfr.

Nicolás H. Barbato, obra citada, págs. 23 y 139). Sobre esta base es que más arriba expresara que uno de los intereses en pugna, el denominado "necesidades técnicas del sistema", se encontraba íntimamente relacionado al valor de la prima.

Así las partes excluyeron de la cobertura la "culpa grave" de los dependientes, estipulando -a su vez- un precio de la prima, sobre la base de determinadas condiciones de cobertura, que de ser modificadas -ampliándose o restringiéndose- necesariamente el precio pactado aparecerá desproporcionado colocando a uno de los contratantes en una situación de inequidad.

En el mercado asegurador, cabe resaltarlo, se ofrecen pólizas de seguros donde el asegurador limita su responsabilidad hasta un determinado valor, contratos cuya prima obviamente tendrá un costo menor. En este ejemplo es donde específicamente se observa la correspondencia entre las prestaciones, quedando en evidencia, en el caso que una sentencia extienda la cobertura hasta cubrir la totalidad del siniestro, la desigualdad entre la prima recibida y las obligaciones a cargo del asegurador.

La estructura lógica de lo expuesto hasta aquí descansa en la circunstancia que el Estado, en el caso la Municipalidad de La Plata, cuenta a la hora de la toma de decisiones con una estructura administrativa y un cuerpo de asesores, además de una reglamentación que ordena las formas de adoptarla -primordialmente en la Ley Orgánica municipal- que configuran claramente una situación de poder hacer prevalecer su voluntad. A modo de ejemplo, cabe expresar la habitualidad en que las Municipalidades -u otros organismos estatales- llamen a licitación al momento de contratar seguros, siendo pues predeterminadas por el "Estado -asegurado" muchas de las pautas contractuales.

Las leyes protectoras, se ha dicho más arriba, contienen un sistema de control de las cláusulas abusivas, empero ello no significa que sean inaplicables los principios generales procedentes del derecho común, al contrario interactúan convergentemente en un mismo propósito: el equilibrio sustancial entre las partes y la justicia contractual (conf. Rubén Stiglitz, obra citada, pág. 398).

En el derecho anglosajón, que se ha caracterizado por la agudeza de los principios expresados por los tribunales de justicia, parten de la máxima "freedom of contract", para luego como una directiva hermenéutica, establecer que las cláusulas exonerativas de cobertura requerían del consumidor un acto expreso o tácito que tradujera su consentimiento, cláusulas estas que deben ser redactadas claramente para acotar con exactitud la responsabilidad que suprime. En este orden, a partir de la libertad contractual, encontramos la doctrina de la "repugnancy" que ha sido utilizada para declarar la ineficacia de aquellas condiciones generales que se oponen a la finalidad práctica principal del contrato y en lo que aquí interesa en el principio de la "consideration" que se sustenta en la relación de reciprocidad entre beneficios y sacrificios, aunque ella no sea una equivalencia matemática.

Sobre la base de estos postulados, se determina que la eficacia de una cláusula exonerativa se halla condicionada a la claridad de su texto y en la delimitación de la hipótesis (conf. Rubén Stiglitz, obra citada, pág. 399 y ss.).

A la luz de la redacción de la cuestionada cláusula 8 inc. p) de las Condiciones Generales de Póliza, no puede sustentarse válidamente que no se comprenden sus alcances, o que la Municipalidad de La Plata tuviera limitaciones para negociar y excluir la cláusula o pactar un precio acorde.

Son de aplicación, como regla de interpretación del contrato de seguro -y de todas las relaciones contractuales- la buena fe y los principios sobre la equidad que debe presidir las convenciones sobre seguros, así la solución del caso debe buscarse dentro de la ley, pero interpretada de modo integral y en favor de una solución compatible con la equidad (conf. Rubén Stiglitz, obra citada, págs. 613 y 614 y ss.).

En síntesis la cláusula de exclusión es válida, al no contraponerse con los principios generales del derecho contractual ni con los arts. 114 y 158 de la Ley de Seguros por ser éstos aplicables a otros supuestos.

Sentado lo expuesto, adhiero al voto del doctor Negri en relación al rechazo de los demás agravios traídos, y también doy mi voto por la negativa.

El señor Juez doctor Sal Llargués, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázari, votó también por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, por mayoría, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se modifica el fallo extendiendo los alcances de la sentencia respecto de la Caja Nacional de Ahorro y Seguros. Con costas (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

HECTOR NEGRI
EDUARDO JULIO PETTIGIANI
LUIS ESTEBAN GENOUD
HILDA KOGAN
FEDERICO GUILLERMO DOMINGUEZ
BENJAMIN RAMON SAL LLARGUÉS
ADOLFO BRAVO ALMONACID –Secretario-

H) CONTRATO DE ADHESIÓN. PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA. INTERPRETACIÓN. CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Causa “Choqui, Néstor Petronio c/ Coop. Viv. Pers. Y.P.F. Gral. Mosconi s/ Cumplimiento de contrato”

C. 91.452, sent. del 17-IX-2008

CUESTIÓN PLANTEADA:

Aquí la Corte sostuvo -en el marco de un contrato de adhesión alcanzado por el régimen estatuido por la ley 24.240- que la interpretación de la cláusula de prórroga de competencia debía efectuarse en el sentido más favorable al consumidor, de conformidad con lo normados por los arts. 3 y 37 de la ley 24.240.

RESEÑA DEL CASO:

En el caso, el actor adhirió a un plan de vivienda que fue celebrado y concluido en la ciudad de La Plata, lugar donde se ejecutó el referido plan, se efectuó la mayoría de los pagos convenidos y en el que se situaba el domicilio del consumidor.

Frente al incumplimiento de las obligaciones por parte de la “Coop. Viv. Pers. Y.P.F. Gral Mosconi” el señor Choqui inició la presente demanda.

El magistrado de origen hizo lugar a la excepción de incompetencia interpuesta por la demandada -decisión que fue confirmada por la alzada- basada en que la competencia territorial, dado su carácter relativo y renunciable podía ser prorrogada en forma expresa o tácita, siendo válida y obligatoria la cláusula pactada en el contrato en la cual se estipuló que serían competentes los Tribunales de la Justicia federal, la que no resultaba abusiva.

Por mayoría, la Suprema Corte revocó el pronunciamiento apelado y destacó que al no encontrarse controvertido en autos que el acuerdo de voluntades celebrado por las partes se trataba de un contrato de adhesión, alcanzado por la Ley de Defensa del Consumidor, debía dejarse sin efecto la mencionada cláusula, ya que, por expreso mandato legal, las

cláusulas predispuestas debían ser interpretadas en el sentido más favorable a la parte débil de la relación (art. 37, ley 24.240).

DOCTRINA:

- Tratándose de una relación de consumo el juzgador no debe efectuar sólo una interpretación "posible" de las cláusulas predispuestas, sino que por expreso mandato legal debe estar a aquélla que resulte más favorable a la parte más débil [del voto del Juez Soria].
- La interpretación de la cláusula de prórroga de competencia en contratos en que aparece como cláusula predispuesta ha de orientarse en el sentido más favorable al consumidor, de conformidad con lo normado por los arts. 3 y 37 de la ley 24.240 [del voto del Juez Soria].

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 17 de setiembre de 2008, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Hitters, Soria, Kogan, Negri, Pettigiani, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 91.452, "Choqui, Néstor Petronio contra Coop. Viv. Pers. Y.P.F. Gral. Mosconi. Cumplimiento de contrato".

ANTECEDENTES

La Sala III de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata confirmó el pronunciamiento que había hecho lugar a la excepción de incompetencia (fs. 355/358).

Se interpuso, por la actora, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 361/368).

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTION

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACION

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

1. La Cámara confirmó el decisorio que había hecho lugar a la excepción de incompetencia opuesta por la accionada.

Basó su decisión, en lo que interesa al recurso, en que:

a) La competencia territorial, dado su carácter relativo y renunciable puede ser prorrogada en forma expresa o tácita, siendo válida y obligatoria la cláusula pactada en el contrato sobre prórroga de la misma, la que no resulta abusiva (fs. 365/365 vta.).

b) No puede interpretarse que se ha considerado domicilio al de las sucursales o demás establecimientos en el pacto de prórroga, toda vez que claramente surge del contrato la fijación del asiento de la cooperativa (fs. 357).

2. Contra esta decisión se alza la accionante, denunciando la conculcación de los arts. 1, 37, 38, 39 de la ley 24.240, 5 inc. 3 del Código Procesal Civil y Comercial, 90 inc. 4 del Código Civil, 17, 18, 42 de la Constitución nacional, 11, 15, 36 inc. 7, 38, 57 de la Constitución provincial y de la doctrina legal que cita. Denuncia la existencia de absurdo en el pronunciamiento. Hace reserva del caso federal.

Aduce en suma que:

a) La disposición cuestionada importa una restricción a los derechos de la accionante pues incorpora a un contrato de adhesión una cláusula de competencia en lugar distinto al de su asiento natural y normal, violatoria de la ley de defensa del consumidor y de las normas dictadas por la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, por lo que debe tenerse por no escrita (fs. 365).

b) Es una estipulación y, por tanto ineficaz, aquella que sustrae al contratante débil del acceso a la jurisdicción en su hábitat natural, en donde se celebró y ejecuta el contrato y conforme los domicilios locales que la empresa ha difundido profusamente en medios masivos de comunicación y en su propia papelería de uso común (fs. 365 vta.).

c) El domicilio de las personas de existencia ideal es el de su sede principal, pero también el de sus sucursales o establecimientos, surgiendo del acta de adhesión que la accionada poseía domicilio en el Club Y.P.F. de la ciudad de Ensenada, y que el contrato fue celebrado en la ciudad de La Plata (fs. 366).

d) Al determinar el contrato que serán competentes los Tribunales de la Justicia federal con jurisdicción y competencia en el domicilio de la Cooperativa, y siendo el domicilio de la misma el de su sede principal pero también el de sus sucursales, es claro que resulta competente para conocer en el proceso el Magistrado en lo Civil y Comercial de La Plata (fs. 367).

3. La calidad abusiva de una estipulación contractual no se deriva inmediata o necesariamente de su inserción en un instrumento elaborado con cláusulas predispuestas.

Si bien esta metodología convencional es un campo fértil para la inclusión de las cláusulas prohibidas por el art. 37 de la Ley de Defensa al Consumidor (conf. Stiglitz, Rubén, "Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo", "Jurisprudencia Argentina", t. 2005-II, p. 140), la configuración del abuso depende de las circunstancias particulares de cada caso concreto.

4. En este orden de ideas, el a quo consideró que los elementos propios de la litis (especialmente, la escasa distancia entre el domicilio del accionante y la sede de los Tribunales cuya competencia se acordara) no permiten avizorar la existencia de esta patología negocial.

Entiendo que tal definición de laalzada es irrevisable en esta sede, salvo que se demuestre que la conclusión esté afectada por el absurdo (doct. Ac. 50.109, sent. del 16-VI-1992). Cabe recordar, en tal sentido, que no cualquier disentimiento autoriza a tener por acreditado dicho vicio excepcional, ni tampoco puede este Tribunal sustituir con su propio criterio al de los jueces de mérito. El absurdo no queda configurado aún cuando el criterio del sentenciante pueda 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 de la causa (Ac. 74.596, sent. del 19-II-2002; Ac. 82.487, sent. del 18-XI-2003; Ac. 87.026, sent. del 16-VI-2004; Ac. 86.829, sent. del 7-III-2005).

Lo mismo cabe afirmar respecto del agravio subsidiario traído por el quejoso en torno a la interpretación de la cláusula 16 del instrumento obrante a fs. 2.

Es doctrina de este Tribunal que la interpretación de los contratos, así como la determinación del carácter abusivo o inmoral de sus cláusulas es una cuestión de hecho, en principio privativa de los jueces de origen (Ac. 44.221, sent. del 30-X-1990 en Acuerdos y Sentencias, 1990-IV-14; Ac. 47.868, sent. del 10-III-1992; Ac. 61.024, sent. del 7-VII-1998 en D.J.B.A. 155, 187; Ac. 73.545, sent. del 16-II-2000).

Más allá de que en este punto específico el impugnante no ha planteado expresamente la aplicabilidad de la doctrina excepcional del absurdo, lo que potencia su insuficiencia (doct. art. 279, C.P.C.C.), es de advertir que en el sub discussio, el sentenciante efectuó una hermenéutica de la cláusula en cuestión que no puede ser calificada como portante de semejante vicio descalificador. En efecto, entendió que no serían de aplicación las pautas del art. 90 inc. 4 del Código Civil, porque en el mismo apartado en el que se pactó el fuero competente, también se constituyeron domicilios especiales, habiendo sido fijado el de la Cooperativa en la ciudad de Buenos Aires.

Tratándose así de una interpretación que no se presenta ostensiblemente desatinada (v. precedentes citados supra, párrafo 3, in fine), no queda -a mi juicio- demostrada la existencia de un vicio de la gravedad requerida para el ejercicio de la competencia revisora de este Tribunal en tales cuestiones.

Cabe aclarar que el sentenciante no avizoró la posibilidad de dos interpretaciones admisibles y optó por la más gravosa (caso en el cual se daría una infracción normativa por vulneración del criterio hermenéutico legalmente impuesto por el art. 37 de la ley 24.240 -ante la duda, recurrir al criterio más favorable al consumidor-), sino que directamente valoró la convención celebrada asignándole indubitadamente un sentido determinado.

5. Párrafo aparte merece la denuncia de violación de la resolución de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor 53/2003.

5.1. A través de dicha norma, la referida repartición, con sustento en su carácter de autoridad de aplicación del aludido sistema protectorio, puntualizó -a título meramente enunciativo- diversas cláusulas que son consideradas abusivas en los términos del art. 37 de la Ley de Defensa al Consumidor y que -como tales- carecen de eficacia (res. 53/2003, B.O., 24-IV-2003). Entre ellas, dispuso que revisten tal categoría las estipulaciones que "impongan al consumidor cualquier limitación en el ejercicio de acciones judiciales u otros recursos, o de cualquier manera condicionen el ejercicio de sus derechos, especialmente cuando: I. Se disponga que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato...".

Como puede advertirse, esta reglamentación implica transformar en taxativa la prohibición de las estipulaciones sobre prórroga de competencia territorial en el ámbito de las relaciones de consumo. Es decir, que de acuerdo al modo en que ha quedado regulado el tópico por la resolución aludida, el magistrado carece de los márgenes de apreciación propios del sistema general del art. 37 de la Ley de Defensa al Consumidor y su decreto reglamentario, relacionados con la ruptura del equilibrio entre los derechos y obligaciones recíprocas de las partes.

De este modo, para las cláusulas incluidas en la enunciación traída por la norma en cuestión (Res. 53/2003, Anexo), bastaría con cotejar si el contrato respectivo cuenta con una convención de este tipo, para tenerla por no escrita, sin otras consideraciones adicionales (por ejemplo, en relación al sub iudice, la gravedad de los perjuicios ocasionados por la distancia entre el domicilio del consumidor y la sede de los tribunales convenidos).

5.2. Siendo que el quejoso denuncia la infracción de la resolución 53/2003, corresponde indicar la razón por la que considero que dicho precepto no será aplicado en la especie.

En tal sentido, advierto que dicha norma resulta inconstitucional, por violentar los arts. 75 y 99 inc. 2 de nuestra Carta Magna, vicio que en supuestos como el de autos, puede ser declarado por los Tribunales incluso de oficio (causas L. 83.781, sent. del 22-XII-2004; L. 81.577, sent. del 8-VI-2005; L. 84.131, sent. del 8-VI-2005; conf. C.S.J.N., causa B. 1160.XXXVI, "Banco Comercial de Finanzas S.A.", sent. del 19-VIII-2004).

5.3. En efecto, a través de la resolución de marras, la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor se ha arrogado competencias reglamentarias que no le son propias y que, por ende, vulneran - como dije- el art. 99 inc. 2 de la Constitución nacional.

Como puede advertirse de la lectura del art. 43 de la ley 24.240, la autoridad de aplicación carece de atribuciones para reglamentar dicho cuerpo normativo. En efecto, en este campo dispone el aludido precepto en su inc. 1 que corresponde a dicha autoridad "proponer el dictado de la reglamentación de esta ley y elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor e intervenir en su instrumentación mediante el dictado de las resoluciones pertinentes".

Asimismo, en el ámbito especial de las cláusulas abusivas, el art. 38 de la Ley de Defensa al Consumidor confiere a la autoridad de aplicación potestades de policía en sentido restringido, al establecer que la misma "vigilará que los contratos de adhesión y similares no contengan" ese tipo de estipulaciones.

En este marco, queda a mi juicio claro que la ley 24.240 no confirió a la autoridad de aplicación más que funciones de promoción, fiscalización y poder de policía preventivo y sancionatorio. Pero en ningún momento le reconoció atribuciones reglamentarias propias. Esta potestad -por ende- sigue reservada al Presidente de la Nación, de conformidad con el art. 99 inc. 2 de la Ley Suprema, el que la ejerciera oportunamente con el dictado del decreto 1798/1994 (conf. art. 65, ley 24.240).

Entiendo, por lo tanto, que la resolución aludida, ha sido dictada con extralimitación de las funciones que le fueran reconocidas a la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, vicio que la invalida constitucionalmente.

6. Parece obvio poner de resalto que lo afirmado en el apartado anterior en modo alguno importa restringir la protección que nuestra legislación otorga al consumidor frente a los abusos y desequilibrios a que puedan ser sometidos en sus relaciones contractuales (art. 42, Const. nac.).

En especial, mantiene pleno vigor la enfática prohibición de las cláusulas vejatorias contenida en nuestro ordenamiento (arts. 37 y 38 de la L.D.C. y su dec. reglamentario 1798/1994), cuya verificación -como dije al inicio- dependerá de las circunstancias de cada caso concreto.

7. Si lo expuesto es compartido, el recurso debe ser rechazado, aunque de acuerdo a las circunstancias del caso y dada la oficiosa declaración de inconstitucionalidad de normativa que favorecía la posición del quejoso, propongo que las costas de esta instancia sean impuestas por su orden (arts. 68, 2º párrafo, 289, C.P.C.C.).

Voto por la negativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

1. Disiento con la opinión expuesta en el voto que antecede.

2. Dos órdenes de consideraciones me llevan a postular la admisión del recurso bajo estudio y consecuente rechazo de la excepción de incompetencia opuesta por la accionada. Veamos.

a. En el sub lite, se discuten las consecuencias derivadas del presunto incumplimiento del acuerdo de voluntades celebrado entre las partes, el que se encuentra alcanzado por el régimen estatuido por la ley 24.240 y cuya consideración como contrato de "adhesión" no es controvertida por las partes.

Entre las cláusulas predispuestas contenidas en el citado instrumento se encuentra la prórroga de jurisdicción en la que la accionada funda su excepción de incompetencia (cláusula 16° del acta de adhesión), acogida en ambas instancias de grado.

i) El actor cuestiona el alcance asignado a tal pacto, a la par que controvierte su validez y eficacia.

Así -de un lado- tras subrayar la vigencia de la regla hermenéutica más favorable al consumidor impuesta por el art. 37 de la ley 24.240, afirma que el tribunal de grado incurre en error al interpretar que la mencionada cláusula 16° fijó sin más la jurisdicción de la Capital federal.

En este sentido, puntualiza que tanto el lugar de celebración y ejecución del contrato como el domicilio de la cooperativa demandada se encuentran en la ciudad de La Plata, al mismo tiempo que recuerda lo normado por el art. 90 inc. 4 del Código Civil, precepto en virtud del cual tratándose de una persona de existencia ideal su domicilio lo es tanto el de su sede principal como el de sus sucursales, este último respecto de las obligaciones allí contraídas. Al contar la accionada con una sucursal en la ciudad de La Plata, tal como fuera consignado en el acta de adhesión y publicitado en la oferta pública oportunamente realizada, y siendo esa ciudad el sitio donde se celebrara el contrato, debe interpretarse -concluye- que al indicar "*como competencia judicial para cualquier controversia que surgiera entre las partes, la de los tribunales de la justicia federal con jurisdicción y competencia en el domicilio de la cooperativa, NO PODÍA ELLA SER ENTENDIDA DE OTRA MANERA QUE EN EL DOMICILIO QUE LA COOPERATIVA HABÍA HECHO CONOCER PÚBLICAMENTE, TANTO EN LOS AVISOS PUBLICITARIOS DE LOS MEDIOS GRÁFICOS LOCALES, COMO EN SU PAPELERÍA Y FOLLETERÍA PROPIOS, ya que en ellos figuraban como domicilios propios de la Cooperativa demandada los de Ensenada y de la Plata*". Añade a lo expuesto, que "*ello fue lo que de buena fe recibió como información proveniente de la Cooperativa, y creyó, el señor Choqui, quien consideró especialmente el domicilio de las partes al momento de contratar*", resultando "*absurda [la] conclusión que pretende la excepcionante, ya que no por el hecho de que la Cooperativa haya fijado domicilio especial en lugar distinto del de celebración y de cumplimiento del contrato, PODRÍA VALIDAMENTE [...] SEGUIRSE CON UNA ALTERACIÓN DE LAS REGLAS DE COMPETENCIA QUE LAS MISMAS PARTES ESTABLECIERON: 'será juez competente el del domicilio de la cooperativa'*" (v. fs. 364 vta., 365 vta./367).

De otra parte, arguye que la mencionada cláusula, por estar inserta en un contrato de adhesión y resultar abusiva al sustraer a la parte débil de la relación contractual de la jurisdicción de su asiento natural, en donde se celebró y ejecutó el contrato y donde la parte accionada tiene domicilios locales que difundió profusamente en distintos medios masivos de comunicación, carece de eficacia. Invoca como fundamento de su planteo las previsiones contenidas en el art. 37 inc. b de la ley 24.240 y en la resolución 53 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor.

ii] Frente a este tipo de convenios, la interpretación de la cláusula de prórroga de competencia ha orientarse en el sentido más favorable al consumidor, de conformidad con lo normado por los arts. 3 y 37 de la ley 24.240 (conf. dictamen del Procurador nacional, al que adhirió la Corte federal, in re "Plan Ovalo S.A. de Ahorro para Fines Determinados c/Giménez, Carmen E. s/ ejec. hipotecaria", sent. del 18-X-2006).

En la especie, el plan de vivienda al que hubo de adherir el señor Choqui fue celebrado y concluido en la ciudad de La Plata, lugar donde habría de ejecutarse el referido plan, se efectuaron la mayoría de los pagos convenidos (v. recibos de fs. 33/45, 48/52, 54/74, 76/106 y 108/122) y en el que se encuentra domiciliado el accionante-consumidor. Que asimismo la Cooperativa demandada posee una sucursal en la mentada ciudad, lo que así fue consignado tanto en el acta de adhesión (v. fs. 2/3) y de tenencia (v. fs. 4/5), como en la publicidad oportunamente difundida (v. fs. 17 vta. y 20) y nota de fs. 22.

Las circunstancias apuntadas y la redacción de la cláusula de prórroga en discusión que pudo llevar al consumidor a considerar que el domicilio de la demandada a los fines de dirimir un eventual conflicto judicial era el de su sucursal existente en el lugar de celebración y ejecución del contrato -coincidente, por cierto, con su propio domicilio-, no advirtiendo su eventual sometimiento a litigar en extraña jurisdicción con la posible afectación a su defensa en juicio, me llevan a juzgar competente a los tribunales de la ciudad de La Plata (conf. art. 37 de la ley 24.240).

El sentenciante efectuó una hermenéutica posible de la cláusula 16° por la que descarta la aplicabilidad del art. 90 inc. 4 del Código Civil, porque en el mismo apartado en el que se pactó el fuero competente, también se constituyeron domicilios especiales, habiendo sido fijado el de la Cooperativa en la ciudad de Buenos Aires.

Con ser ello cierto, persiste igualmente la denunciada infracción al citado art. 37 de la ley 24.240 que el quejoso se ha ocupado de señalar. Tratándose de una relación de consumo el juzgador no debe efectuar sólo una interpretación "posible" de las cláusulas predisuestas, sino que por expreso mandato legal debe estar a aquélla que resulte más favorable a la parte más débil. Precisamente, en ello estriba la infracción normativa que denuncia el recurrente.

b. A igual solución cabe arribar por aplicación al caso de la resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa al Consumir, cuya infracción alega el señor Choqui.

i] En los considerandos de la citada resolución se expresa que "conforme lo normado por el art. 42 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, entre otros, a la protección de sus intereses económicos y condiciones de trato equitativo y digno, correspondiendo a las autoridades proveer a la protección de los mismos". Asimismo, se señala que "dentro de las facultades y atribuciones otorgadas a esta SECRETARÍA [...] se encuentra la de elaborar políticas tendientes a la protección de los consumidores, instrumentándolas mediante el dictado de las resoluciones pertinentes" y que "en razón de lo establecido en el artículo 38 de la Ley 24.240, es función de su autoridad de aplicación vigilar que los contratos de consumo predeterminados no contengan cláusulas de las previstas en su artículo 37".

Seguidamente, se observa que habiéndose detectado la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos de adhesión de distintos sectores de actividad, resulta conveniente *"confeccionar un listado enunciativo de cláusulas que encuadran en las disposiciones del artículo 37 de la [citada ley]"*, de modo similar a los estatutos tuitivos del consumidor de los demás países del MERCOSUR y de otras regiones como la Unión Europea.

Así, entre las cláusulas que la resolución bajo reseña califica de "abusivas", se encuentran aquella que "disponga que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato, excepto cuando se disponga que la acción se entable en el lugar del domicilio real del consumidor al tiempo en que aquella se inicie" (conf. punto e.I del Anexo a la Resolución S.C.D. y D.C. n° 53).

Finalmente, con invocación de las facultades conferidas por el art. 43 inc. a y conc. de la ley 24.240 se resuelve que los contratos de consumo en los términos de los arts. 1 y 2 del citado ordenamiento, no podrán incluir este tipo de cláusulas (art. 1), previéndose que en aquéllos que incluyeren este tipo de convenciones, *"se tendrán por no convenidas, y en el término de SESENTA (60) días hábiles contados a partir de la publicación de la presente Resolución en el Boletín Oficial, los proveedores de cosas o servicios deberán: a) removerlas de los respectivos instrumentos contractuales, b) Notificar a los consumidores con contratos vigentes que tales cláusulas han sido removidas y que se tienen por no convenidas, con expresa indicación de que ello obedece al cumplimiento de la presente Resolución"*

ii] Pues bien, basta un simple cotejo entre la cláusula en debate y el listado incluido en la resolución 53 para concluir que debe tenerse por no convenida la prórroga de la competencia contenida en el art. 16° del acta de adhesión.

iii] No obsta a tal solución la inconstitucionalidad que de la mentada resolución postula el doctor Hitters en su voto.

En litigios como el de autos, la descalificación constitucional de una norma legal o reglamentaria debe ser introducido por las partes en la primera oportunidad procesal viable al efecto (cfr. mi voto en las causas L. 77.727, "Vallini", sent. del 10-IX-2003; L. 76.279, "Castillo", sent. del 1-X-2003; L. 76.687, "Páez Nolasco", sent. del 1-X-2003; L. 71.014, "Celaya", sent. del 29-X-2003; P. 63.131, "Contarino", sent. del 25-II-2004, entre otras. Ver asimismo C.S.J.N., sent. del 3-VII-2007, in re "Fontenova c/Sala"), con la posibilidad de garantizar audiencia suficiente a la contraparte (doctr. causas L. 79.304, "Portal", sent. del 14-IV-2004; L. 69.523, "Barone", sent. del 1-IV-2004; P. 63.131, "Contarino" cit.; entre otras). Pues, de ese modo, se habilita la potestad de los jueces de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión comparándolas con el texto de la Constitución nacional, permitiendo el control judicial difuso que todos los tribunales de justicia están llamados a ejercer (art. 31, C.N.).

Esa exigencia traduce un principio de orden que promueve que las cuestiones acerca de la eventual invalidez constitucional de una norma -última ratio del orden jurídico, conf. conocida doctrina de la C.S.J.N., Fallos 285:322; 300:241 y 1087; 301:962 y 1062; 302:457, 484 y 1149; 307:906; 312:435 (conf. dictamen del

Procurador Gral., al que se remitió la Corte Suprema); 314:407; 326:2692; 327:831 e in re "Berón" B.2216. XXXVIII (sent. del 15-II-2005), estos tres últimos conf. dictamen del Procurador General al que se remitió la Corte nacional- sean decididas con el mayor grado de debate posible, con adecuada contradicción y en función de las posiciones sustentadas por las partes en el litigio, en particular, cuando de derechos constitucionalmente disponibles se trata (v. gr: derechos creditorios invocados al amparo del art. 17, C.N.; cfr. C.S.J.N. in re "Cabrera", sent. del 13-VII-2004, Fallos 327, publicada en D.J. de 21-VII-2004, 879, con nota de Andrés Gil Domínguez, "La Ley" de 3-VIII-2004, p. 4, con nota de José P. Descalzi, Sup. Const. 2004 -agosto-, 2, con nota de Germán J. Bidart Campos, "La Ley" de 25-VIII-2004, p. 9, con nota de Alejandro Pérez Hualde, Sup. Adm. 2004 -octubre-, 41, con nota de Enrique M. Alonso Regueira).

En la especie, la resolución en cuestión fue expresamente invocada como sustento de la apelación interpuesta por la actora (v. memorial de fs. 341/344), habiendo la parte contraria dejado sin contestar el traslado oportunamente conferido (v. resolución de fs. 351. A su vez, el accionante insiste en su aplicación ante esta casación (v. recurso de fs. 361/368), sin que la demandada ejerciera la facultad conferida por el art. 284 del Código Procesal Civil y Comercial. En suma, pese a haber tenido oportunidad de contestar la invocación del citado precepto formulada por su adversario, la cooperativa emplazada no cuestionó su constitucionalidad.

Cierto es que en determinados supuestos puede descartarse la imposición de este tipo de exigencias de planteamiento oportuno -que subsisten como regla (conf. C.S.J.N., sent. del 3-VIII-2007, in re "Fontenova c/Sala")-, v. gr. cuando imponerlo conduzca a aplicar una norma concluyentemente descalificada por su contrariedad con la Constitución nacional por la Corte Federal (así, v. gr., mi voto en la causa L. 86.269, "Gómez", sent. del 30-III-2005, reproducida en L. 81.577, "Guzmán", sent. del 8-VI-2005; cfr. C.S.J.N., Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación B.C.R.A.) s/quiebra, causa B. 1160.XXXVI, sent. del 19-VIII-2004) o cuando, de cualquier otro modo, obligar a satisfacer por completo aquella carga luzca como un recaudo meramente ritual (v. mi voto en autos Ac. 86.429, sent. del 22-VIII-2007). Pero las circunstancias referidas en primer lugar lejos están de concurrir en la especie (v. lo resuelto en el precedente "Banco Río de la Plata S.A. c/ Industrias J. Matas S.C.A. y otro s/ejecución especial ley 24.441" (sent. del 13-III-2007), en el cual la C.S.J.N. -por remisión al Dictamen de la Procuración- descartó el carácter abusivo de la prórroga de competencia esgrimido por la demandada con fundamento en lo normado por la resolución 53 de la S.C.D. y D.C. por no debatirse en dicho caso el contenido de un contrato de "adhesión", sin descalificar su constitucionalidad, y lo decidido in re "Plan Ovalo" ya cit. en donde, entre los argumentos esgrimidos por el consumidor se invocó la referida resolución, sin merecer reparo constitucional alguno del Alto Tribunal), y las otras, no surgen de autos en donde -valga reiterar- no ha sido siquiera impugnada la constitucionalidad de la resolución 53.

En síntesis, toda vez que la parte interesada no ha sometido la cuestión constitucional a la decisión del órgano jurisdiccional en ninguna de sus instancias, no corresponde a la Corte ingresar a su conocimiento oficioso.

2. Por las razones hasta aquí expuestas, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado por el actor y, en consecuencia, revocarse la decisión del tribunal de grado.

Voto por la afirmativa.

A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

Adhiero al voto del doctor Soria, a excepción de lo manifestado en el punto 2 ap. b. iii) por cuanto tal como me he expedido en oportunidades anteriores, no sólo resulta válido el planteo de inconstitucionalidad en cualquier etapa del proceso, sino que aún la declaración de inconstitucionalidad de oficio de la norma impugnada es procedente cuando se visualiza el quebrantamiento de los derechos o garantías contenidas en la Carta Magna (conf. mi voto en causas L. 83.781, "Zaniratto", sent. del 22-XII-2004; L. 81.577, "Guzmán", sent. del 8-VI-2005; entre otros).

Con tal alcance, voto por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

Comparto la solución propuesta por el doctor Soria y por ello adhiero a los fundamentos expuestos hasta el punto 2 ap. a ii) -inclusive- de su voto, pues considero que los mismos resultan suficientes para dar el mío por la afirmativa.

El señor Juez doctor Pettigiani, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Negri, votó la cuestión planteada también por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, por mayoría, se hace lugar al recurso deducido. En consecuencia, se revoca la sentencia impugnada y se rechaza la excepción de incompetencia opuesta por la accionada, con costas (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS HITTERS

DANIEL FERNANDO SORIA

HILDA KOGAN

HECTOR NEGRI

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

CARLOS ENRIQUE CAMPS – Secretario-

**I) CONTRATO DE AGENCIA. RÉGIMEN LEGAL.
RESPONSABILIDAD DEL AGENTE. ALCANCE.**

Causa “Licciardi, Francisco c/ Fratelli de Brasi S.A. s/ Daños y perjuicios”

C. 98.790, sent. del 12-VIII-2009

CUESTIÓN PLANTEADA:

En el antecedente que se presenta a continuación se analiza el contrato de turismo a la luz de la Ley de Defensa del Consumidor, destacándose que, sin perjuicio de la legislación específica, debe ser interpretado en beneficio del consumidor (art. 37, ley 24.240), liberándose el prestador del servicio únicamente con la acreditación de una “causa ajena” (art. 40, último párrafo, ley cit.).

RESEÑA DEL CASO:

El actor sustentó la responsabilidad atribuida a la agencia de turismo demandada, entre otras circunstancias, en la falta de un servicio de traslado adecuado a su edad (octogenario) y su convalecencia, entre el aeropuerto y la estación marítima de Ámsterdam y haber escogido una conexión inconveniente para el desplazamiento desde dicha ciudad a Budapest, con una extensa espera en el aeropuerto.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda. Apelada que fuera la sentencia, la Cámara falló en igual sentido.

La Suprema Corte provincial, a su turno, confirmó el pronunciamiento. Para así decidir, luego de enmarcar el negocio jurídico que unía a las partes en el ámbito de la Ley de Defensa del Consumidor y precisar los presupuestos de la responsabilidad, concluyó que el tribunal *a quo* no había violentado el principio que manda interpretar el contrato a favor del consumidor desde que para rechazar la demanda valoró que fue el propio actor quien decidió libremente afrontar esfuerzos de innecesaria temeridad dada su avanzada edad y quien no impugnó los billetes de viaje donde constaban los horarios de los vuelos.

DOCTRINA:

- La ley 24.240 de defensa de los consumidores alcanza al sector turismo, sin perjuicio de la legislación específica, la que debe ser interpretada en beneficio del consumidor (art. 37), y resulta más exigente cuando se trata de liberar de responsabilidad a los prestadores del servicio, quienes solo lo harán si demuestran que la causa del daño les ha sido ajena (art. 40) [del voto del Juez Genoud].

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 12 de agosto de 2009, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Genoud, Kogan, de Lazzari, Pettigiani, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 98.790, "Licciardi, Francisco contra Fratelli de Brasi S.A. Daños y perjuicios".

ANTECEDENTES

La Sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro confirmó el fallo de primera instancia que había rechazado la demanda entablada.

Se interpuso, por la parte actora, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTION

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACION

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

1. En lo que interesa destacar, la Cámara a quo consideró no acreditados los hechos con los que el actor sustentó su demanda.

2. Contra dicho pronunciamiento se alzó la parte actora por vía del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que denunció absurdo e infracción de la ley 18.829, y la omisión de la aplicación de la ley 24.240 y de la Convención Internacional de Bruselas de 1970 incorporada a nuestra legislación por ley 19.918. Denunció también la falta de aplicación de la doctrina legal de esta Corte.

3. El recurso no puede prosperar.

Refiere la Cámara que el actor sustentó la responsabilidad atribuida al demandado en: a) la falta de un servicio de traslado adecuado a su edad (octogenario) y a su convalecencia, entre el aeropuerto y la estación marítima de Amsterdam, lo que le impuso un esfuerzo para desplazarse con el equipaje, causándole un daño a la salud que lo postró en adelante, debiendo por ello resignar los paseos programados en algunos puertos de escala; b) haber escogido una conexión inconveniente para el desplazamiento desde Amsterdam a Budapest, con una extensa espera en el aeropuerto, a despecho de existir, interín, otros vuelos de la misma empresa con igual destino; c) haber indicado, como recaudo de ingreso en tres destinos (Rusia, República Checa y Hungría), la contratación de un seguro médico, pese a no ser cierto que el mismo sea obligatorio; d) habersele requerido 4 fotos (4x4) de cada pasajero, para las visaciones de ingreso a la Federación de Rusia y a la República Checa no siendo ellas exigidas.

En lo que hace al reclamo individualizado como a) entendió el a quo que si el actor verdaderamente afrontó esfuerzos desproporcionados -de lo que no hay prueba- lo hizo conscientemente y sin necesidad; agregó que de haber hecho el esfuerzo que invocó, su comportamiento habría sido de innecesaria temeridad; que la abstención de los siguientes desembarcos no obedeció a una prescripción médica sino a una libre decisión del actor; que la consulta médica -única efectuada durante el crucero- se hizo ocho días después de iniciado el periplo, sin que se haya demostrado la causalidad entre el afirmado esfuerzo y la consulta médica.

En lo atinente al agravio reseñado como b) concluyó el tribunal que lo actuado por la demandada - sin tempestiva impugnación por los actores al recibir los billetes de viaje-, fue en cumplimiento de los deberes que le son propios dentro de las circunstancias de un mercado saturado, siendo absurdo presumir que la reserva en tal vuelo, y no en uno más temprano, se hiciera con el doloso designio de mortificar a los clientes.

En lo que atañe al agravio identificado como c) dijo la Cámara que en caso de haber adquirido el seguro médico, no fue precisado ni reclamado en la demanda.

Por último, refiriéndose al agravio presentado como d) concluyó que no se denunció algún costo o perjuicio patrimonialmente mensurable.

Si bien tradicionalmente esta Corte consideró que la interpretación de los contratos configuraba siempre una cuestión de hecho inabordable en casación salvo absurdo, una nueva reflexión sobre el tema me convenció de modificar tal criterio en el sentido de que ello sólo sucede cuando lo que se discute en el caso son las circunstancias o elementos que rodean al negocio. En cambio, si lo que se debate, partiendo de una

plataforma fáctica indiscutida, es la inteligencia misma del sentido negocial (lo que supone necesariamente subsumir los hechos en la norma jurídica pertinente), la cuestión es de derecho y, por ende, se encuentra sometida al control de esta Suprema Corte (conf. causa C. 99.518, sent. del 3-VI-2009).

El caso en juzgamiento encuadra en el primero de los supuestos indicados, ya que lo que se discute aquí son las situaciones fácticas que conllevarían responsabilidad contractual en base al acuerdo de voluntades suscripto entre las partes. En virtud de ello, para poder abordar el tratamiento del fondo del asunto es menester analizar si el recurrente demuestra la existencia de absurdo en el razonamiento o la valoración de las pruebas efectuada por el a quo.

Y no se demuestra el vicio lógico cuando, como en el presente caso, el recurso sólo pone en foco meras discrepancias subjetivas del impugnante con lo resuelto por los jueces de grado, quienes no han hecho otra cosa que ejercer facultades que les son propias.

En tal orden de ideas, recuerdo que no cualquier diferencia de apreciación autoriza a tener por acreditado el vicio denunciado, ni tampoco puede la Corte sustituir con su criterio el de los magistrados de las instancias originarias. El absurdo sólo queda configurado cuando se demuestra el error grave, grosero y manifiesto, que conduzca a conclusiones inconciliables con las constancias objetivas de la causa (conf. Ac. 38.765, sent. del 16-V-1989; Ac. 44.854, sent. del 16-XI-1993; C. 93.244, sent. del 14-II-2007; C. 95.144, sent. del 25-IV-2007; etc.); circunstancia que no se advierte en la especie.

Denunció la recurrente que no se ha aplicado en el fallo la ley 24.240 (Defensa del Consumidor), ni la ley 18.829 (Reglamentación de la actividad de los Agentes de Viaje) ni la Convención Internacional de Bruselas relativa al contrato de viaje; y tratándose nada menos que del encuadre jurídico que debe guiar al sentenciante en su razonamiento para la resolución del caso, tal circunstancia amerita a mi entender una respuesta a su cuestionamiento.

El contrato que nos ocupa está regulado por la "Convención Internacional de Contrato de Viajes" (C.I.C.V.), suscripta en Bruselas, el 23 de abril de 1970, ratificado por nuestro país por ley 19.918 del 31-XII-1972.

Así, según este plexo normativo el organizador de viajes será responsable de todo perjuicio causado al viajero en razón del incumplimiento, total o parcial, de sus obligaciones de organización tales como resultan del contrato de la presente Convención, salvo que pruebe que él ha obrado como un diligente organizador de viajes (art. 13.1).

A su vez, según prescribe el art. 2.2, la Convención se aplica sin perjuicio de las legislaciones especiales que establezcan disposiciones más favorables a cierta categoría de viajeros.

Ahora bien, la doctrina ha señalado que la ley 24.240 de defensa de los consumidores alcanza al sector turismo ("Turismo y defensa del consumidor", Roberto A. Vázquez Ferreyra, comentario a fallo en "La Ley" 1996-C, pág. 206 y sus citas), sin perjuicio de la legislación específica, la que debe ser interpretada en beneficio del consumidor (art. 37).

Esta ley en su capítulo X "Responsabilidad por daños", art. 40 último párrafo, es más exigente a la hora de liberar al prestador del servicio pues luego de decretar la responsabilidad solidaria de todos los prestadores del mismo, determina que sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena. Le exige a la -en este caso- agencia de turismo, la acreditación de una "causa ajena" (caso fortuito, culpa de la propia víctima o de un tercero por quien no debe responder).

Aclarado ello y volviendo al caso de autos, y en lo que hace a las quejas indicadas como a) y b) el a quo no violentó el principio que manda interpretar el contrato a favor del consumidor desde que para rechazar la demanda valoró que fue el propio actor quien decidió libremente afrontar esfuerzos de innecesaria temeridad dada su avanzada edad, y quien no impugnó los billetes de viaje donde constaban los horarios de los vuelos. No se advierte entonces, cual es el agravio que le provoca a los recurrentes la falta de aplicación de la normativa denunciada como inaplicada. Por último, en lo que atañe a los planteos reseñados como c) y d) los mismos fueron rechazados por no haberse acreditado el perjuicio reclamado (art. 375, C.P.C.C.).

Tampoco la alegada infracción a la doctrina legal que emana de la causa Ac. 90.109 es audible, desde que en dicha causa este Tribunal rechazó el recurso por su ostensible insuficiencia, no entrando a valorar el fondo de la cuestión planteada.

4. En consecuencia de todo lo dicho, no habiéndose acreditado las infracciones legales denunciadas - art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial- doy mi voto por la negativa.

La señora Jueza doctora Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votó la cuestión planteada también por la negativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lazzari dijo:

Adhiero al voto de mis colegas preopinantes.

Agrego con referencia al agravio referido a la ausencia de aplicación de la Convención de Bruselas - ley 19.918-, que más allá de plasmarse la alegada inobservancia de la ley específica, lo resuelto por el a quo en el sentido de achacar la causa de los posibles daños al propio actuar del actor echa por tierra cualquier agravio referido a no haberse respetado la manda de la mencionada ley respecto a la inversión de la carga probatoria que con referencia a la atribución de responsabilidad preconiza la mentada normativa.

Ello pues, ya sea sobre la base de la normativa aplicada o sobre la que efectivamente el a quo debió considerar (ley 19.918), ambas establecen respecto a la atribución de responsabilidad un elemento previo: la existencia del daño y su causa ajena al propio actor. Siendo ello así, aun de haberse aplicado la normativa denunciada, el a quo hubiera llegado a idéntica solución referente al daño, y por tanto -habiéndose descartado los fundamentos del recurrente a este respecto-, la ausencia de aplicación de la normativa específica pierde relevancia como agravio.

Voto por la negativa.

El señor Juez doctor Pettigiani, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lazzari, votó la cuestión planteada también por la negativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, por mayoría de fundamentos, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto; con costas (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

El depósito previo de \$ 3900, efectuado a fs. 425, queda perdido para el recurrente (art. 294, C.P.C.C.), debiendo el tribunal dar cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la resolución 425/2002 (texto resol. 870/2002).

Notifíquese y devuélvase.

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO NÉSTOR DE LÁZZARI

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

CARLOS ENRIQUE CAMPS – Secretario-

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

**CONFIGURACIÓN. RIESGO O VICIO DE LA COSA.
RELACIÓN DE CAUSALIDAD. CARGA DE LA PRUEBA.**

Causa “C., Y. B. y otros c/ Toyota Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios”

C. 115.158, sent. del 30-X-2013

CUESTIÓN PLANTEADA:

En esta oportunidad la Corte examinó las hipótesis contempladas en el art. 40 de la ley 24.240, destacando que es carga de quien reclama la indemnización acreditar el vicio -o defecto- de diseño o fabricación de la cosa como asimismo la relación causal existente entre la actuación de esa cosa y el daño.

RESEÑA DEL CASO:

La actora -por sí y en representación de sus hijos- inició un reclamo indemnizatorio contra la firma “Toyota Argentina S.A.” a raíz del fallecimiento de su esposo acaecido en un accidente automovilístico, con fundamento en el mal funcionamiento del cinturón de seguridad del vehículo.

El magistrado de origen rechazó la demanda por considerar que el fatal desenlace no fue ocasionado por fallas de diseño o defectos de fabricación del automotor sino por el propio accionar de la víctima.

Tal decisión fue revocada por la alzada, haciendo lugar a la pretensión incoada.

La Suprema Corte provincial dejó sin efecto el pronunciamiento recurrido, manteniendo el fallo de primera instancia, pues juzgó que no había sido acreditada en autos la hipótesis amparada por el art. 40 de la ley 24.240.

DOCTRINA:

- En los casos de responsabilidad objetiva fundada en el "riesgo creado" es carga de quien reclama la indemnización acreditar el daño, la calidad de dueño o guardián -en el caso, la relación de consumo-, el riesgo o vicio de la cosa y la relación causal existente entre la actuación de esa cosa y el daño [del voto del Juez Genoud].
- Se aplica erróneamente las disposiciones de los artículos 4 y 40 de la ley 24.240 y 1113, segundo párrafo, segunda parte del Código Civil, cuando no queda probada debidamente la intervención activa de una cosa viciosa -ya sea en su diseño o fabricación- en la producción del daño, ni demostrada la relación de causalidad adecuada (arts. 289, 375 y 384, C.P.C.C.; arts. 901 y 906, Cód. Civil) [del voto del Juez Genoud].

TEXTO IN EXTENSO:

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 30 de octubre de 2013, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Genoud, Soria, Negri, Kogan, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 115.158, "C. , Y. B. y otros contra Toyota Argentina S.A. Daños y perjuicios".

A N T E C E D E N T E S

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Zárate-Campana revocó el fallo de primera instancia que había rechazado la demanda de daños y perjuicios y, en consecuencia, hizo lugar a la pretensión indemnizatoria, condenando a la empresa demandada (fs. 657/664, 794/812 y 858/859).

Se interpuso, por el apoderado de "Toyota Argentina S.A.", recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 828/856).

Oída la Procuración General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. Motivan las presentes actuaciones la acción de daños y perjuicios incoada por la señora Y. B.C. , por sí y en representación de sus hijos C.M. , M. E. y C. M. C. (estos dos últimos ya mayores de edad), contra "Toyota Argentina S.A.", a raíz del accidente automovilístico que produjera el fallecimiento del señor C. M.C. , cónyuge y padre de los actores, respectivamente.

A su turno, el señor juez de primera instancia rechazó la demanda por considerar que la muerte del señor C. no fue ocasionada por fallas de diseño o defectos de fabricación del vehículo que conducía, sino por su propio accionar, esto es, la violencia de los impactos sufridos en el siniestro, ocurrido a causa del uso anormal de la cosa adquirida (en el caso, la camioneta en la que viajaba el matrimonio C. -C. se despistó de la ruta, dando una serie de trompos y vuelcos fuera del asfalto; fs. 110 y 657/664).

II. La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Zárate-Campana dejó sin efecto dicho pronunciamiento, admitiendo la demanda y condenando a "Toyota Argentina S.A." a pagar los daños y perjuicios ocasionados (fs. 794/812 y 858/859).

Para así resolver, en lo que interesa destacar, consideró que el caso debía ser subsumido en las normas de la Ley de Defensa del Consumidor (arts. 1, 3 y 40, ley 24.240), en atención a los hechos relatados en la demanda -que tuvo por reconocidos- y por tratarse de una típica relación de consumo habida entre el difunto C. M. C. y "Toyota Argentina S.A." por la adquisición del automóvil dominio CTU 951, comprado en una concesionaria oficial, y que la empresa demandada importaba y comercializaba en el país (fs. 797/vta. y 798 vta./799).

Además, fundó la responsabilidad atribuida a Toyota en el riesgo de la cosa con sustento en que el automotor es tal en los términos del art. 2311 del Código Civil y porque el accidente ocurrió cuando el vehículo se encontraba en movimiento. Entendió, asimismo, que la accionada se encontraba alcanzada por la obligación de garantía que tenía frente al consumidor adquirente, por virtud del principio de buena fe receptado en el primer párrafo del art. 1198 del Código Civil, dado que el mentado deber de garantía abarca a los fabricantes o importadores por los daños causados al consumidor por el producto, siendo ésta una obligación de resultado, comprendida en la órbita contractual (fs. 800/vta.).

También consideró que la demandada tenía la carga de probar la interrupción del nexo causal, esto es, la prueba del caso fortuito o fuerza mayor, la culpa de la víctima o de un tercero, para liberarse de responsabilidad (fs. 800 vta.). Sin embargo, luego de analizar los elementos obrantes en la causa, entendió que no existía prueba seria que permitiera concluir que se hubiera acreditado la culpa de la víctima en la utilización del rodado, sino que fue el mal funcionamiento del cinturón de seguridad -que no contuvo el cuerpo del conductor- lo que originó el lamentable desenlace (fs. cit. y sigtes.).

Respecto de la cuestión suscitada por el modo de usar el asiento del conductor (la víctima circulaba con el respaldo reclinado), la Cámara evaluó la prueba producida en autos -la de peritos y la documental- y ponderó el deber de información consagrado en los arts. 42 de la Constitución nacional y 4 de la ley 24.240, concluyendo que la accionada no logró demostrar la eximente alegada -la interrupción del nexo causal-, a la par que señaló que las indicaciones contenidas en el "Manual del Propietario" no satisfacían las exigencias legales mencionadas (fs. 804/807 vta.).

III. Frente a esta decisión, el apoderado de "Toyota Argentina S.A." deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia la infracción de los arts. 512, 901, 902, 1078, 1083, 1084, 1111, 1113 y 1198 del Código Civil; 164, 266, 272, 330, 354, 375, 384, 456 y 474 del Código Procesal Civil y Comercial; 5 y 40 de la ley 24.240 y de la doctrina legal de esta Suprema Corte que cita. Asimismo, invoca absurdo en lo que respecta a la configuración de la culpa de la víctima y cuantificación de los daños (fs. 829 vta./830 y 834/vta.).

En síntesis, controvierte la responsabilidad atribuida en el evento dañoso, ya que si bien la Cámara sustentó la condena indemnizatoria en el art. 40 de la ley 24.240, vale decir, con base en el vicio o riesgo de la cosa, lo cierto es que -a su entender- en el caso no se acreditó defecto alguno en el vehículo, por lo que estima que Toyota no está alcanzada por la hipótesis prevista en la mentada disposición legal. Concretamente, alega que ni el cinturón de seguridad ni la butaca del conductor presentaban defectos que permitieran reputar como viciosa a la cosa, conforme surge de los informes periciales -fs. 416, 622 y 630- (fs. 835 y sigtes.).

Por otra parte, en lo que respecta al "riesgo" de la cosa -el automotor en movimiento-, tópico sobre el que también se basa el fallo, considera que tampoco resulta idóneo para resolver la cuestión planteada en la litis -el vicio o defecto de la cosa-, ya que la fundamentación de la sentencia en este punto es sólo aparente (fs. 837 vta. último párr. y 838). Sostiene que la Cámara abordó el tratamiento de una cuestión no planteada por la accionante (el riesgo de la cosa), al igual que la "obligación de seguridad", por lo que denuncia un exceso de los límites de su competencia (fs. 838) y, además, considera que la afirmación de la alzada, relativa a que todos los partícipes en la cadena de producción y comercialización del automotor son responsables por los daños que sufran los conductores, no analiza ni la existencia efectiva del vicio ni la relación de causalidad entre éste (o eventual riesgo) y el daño cuya reparación se pretende (fs. 838/vta.). A ello añade que la butaca y el cinturón de seguridad son cosas inertes, que la actora no ha acreditado en ellos vicio alguno y que la existencia del mismo no se presume (fs. 839).

Destaca, también, que el a quo omitió relacionar la afirmación de que el automotor en movimiento es una cosa riesgosa con las circunstancias del caso, esto es, que el señor C. no fue embestido por otro vehículo sino que él mismo perdió el control por causas ajenas a Toyota, protagonizando un accidente muy violento en el que perdió la vida como consecuencia de los fuertes impactos sufridos en su curso.

Dice que "... ni el cinturón ni la butaca... son objetos idóneos para expulsar al conductor del vehículo por la ventanilla trasera izquierda, arrojándolo a más de tres metros de distancia del vehículo...". "La 'expulsión' que terminó con la muerte del señor C. , se produjo por factores diversos y ajenos..." a dichos elementos del automotor importado por su mandante (fs. 839/vta.).

En suma, expone que si la interpretación realizada por la Cámara del art. 40 de la ley 24.240 fuera correcta y consistente con el régimen de responsabilidad vigente y con la jurisprudencia de este Tribunal, todos los vendedores de vehículos deberían responder por el sólo hecho de ser proveedores de cosas "ostensiblemente riesgosas", aun cuando no existiera vicio, ante los daños que experimentasen quienes las conduzcan. Considera, pues, que este razonamiento del sentenciante es absurdo y contrario a la ley (fs. 839 vta.).

Más adelante, cuestiona la valoración de la prueba respecto de la determinación de la relación causal entre el hecho y el daño, atacando de absurdo el análisis efectuado. Entiende que ha quedado demostrada en autos la culpa de la víctima en la producción del daño, configurándose una eximente de responsabilidad, por cuanto la camioneta Toyota era conducida de modo imprudente en un día de lluvia torrencial, en violación a lo dispuesto por el art. 50 de la ley 24.449, que exige desplazarse a una velocidad que permita mantener el control del rodado (fs. 841 vta./842 y sigtes.).

Critica, también, la interpretación que se esboza del art. 4 de la ley 24.240, en cuanto a la información suministrada al consumidor, así como el examen del "Manual del propietario", ya que no se toman en cuenta las advertencias y precauciones allí contenidas (fs. 845 y sigtes.).

Finalmente, impugna los montos estimados en concepto de daño material, por la falta de fundamentos, denunciando que no se esgrimió ningún parámetro que permitiera arribar a las cifras estimadas, las cuales no guardan relación con la prueba producida. Con respecto a la cuantificación del daño moral, se agravia por ser excesiva e irrazonable, denunciando que se ha fijado sobre la base de consideraciones genéricas que no poseen correlato con la prueba y que suponen un enriquecimiento sin causa para los actores (fs. 849 vta. último párr., 850 y sigtes.).

IV. En mi opinión, el recurso es fundado.

1. La reparación de los daños causados a los consumidores por productos o servicios, constituye uno de los temas más trascendentes en el campo de la responsabilidad civil. La hipótesis contemplada en el art. 40 de la ley 24.240 (modificado por la ley 24.999), norma aplicada en autos y controvertida por el recurrente, comprende los perjuicios que resulten del "riesgo o vicio de la cosa o de la prestación del servicio".

Para dirimir entonces la controversia planteada, resulta menester determinar -en primer lugar- los supuestos abarcados en el citado precepto, para lo cual es necesario interpretar la expresión "riesgo o vicio de

la cosa" empleada por el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, tal como fuera postulado por la actora en la demanda (fs. 115 vta.), en resguardo del principio de congruencia (arts. 34 inc. 4 y 163 inc. 6, C.P.C.C.).

En este sentido, es de señalar que la demanda fue fundada, básicamente, en el vicio -o defecto- de diseño y fabricación de la butaca y cinturón de seguridad del vehículo comercializado por la demandada (v. fs. 112 vta.), así como también en la garantía de seguridad ofrecida por "Toyota Argentina S.A." no sólo en la "Libreta de Garantía" de la venta del rodado sino también a través de la publicidad (art. 8, ley 24.240; fs. 113/vta. y 115 vta.).

2. Con relación a la interpretación del art. 40 de la ley 24.240 (modificado por la ley 24.999), cuya expresión "riesgo o vicio de la cosa" ha sido tomada del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil (conf. Picasso y Vázquez Ferreyra, directores, "Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada", LL 2009, t. I, págs. 492/493), cabe recordar que "una cosa es viciosa cuando presenta un defecto de fabricación, funcionamiento o de conservación, que la torna inapta para la función que debe cumplir de acuerdo con su naturaleza" (Pizarro, Ramón Daniel, "Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983, págs. 422/423).

3. Considero que asiste razón al impugnante en cuanto a que la Cámara ha aplicado erróneamente las disposiciones legales denunciadas (arts. 4 y 40, ley 24.240 y 1113 2do. párr., 2da. parte, Cód. Civil), por cuanto no se ha probado debidamente la intervención activa de una cosa viciosa -ya sea en su diseño o fabricación- en la producción del daño, vale decir, respecto del lamentable hecho que provocó el fallecimiento de la persona que conducía la camioneta. Tampoco observo que se haya demostrado la relación de causalidad adecuada (arts. 289, 375 y 384, C.P.C.C.; arts. 901 y 906, Cód. Civil).

a. De acuerdo con los argumentos expuestos por la demandada (fs. 836/vta.), esta Suprema Corte tiene dicho que en los casos de responsabilidad objetiva fundada en el "riesgo creado" es carga de quien reclama la indemnización acreditar el daño, la calidad de dueño o guardián (en el caso, la relación de consumo), el riesgo o vicio de la cosa y la relación causal existente entre la actuación de esa cosa y el daño (conf. doct. causas Ac. 51.750, sent. del 23-V-1995; Ac. 70.665, sent. del 4-IV-2001; Ac. 78.731, sent. del 12-IX-2001; Ac. 79.892, sent. del 19-II-2002; Ac. 81.747, sent. del 17-XII-2003; véase también Ac. 94.515, sent. del 12-IV-2006; C. 97.100, sent. del 20-II-2008; C. 91.173, sent. del 17-VI-2009; C. 105.708, sent. del 17-VIII-2011).

De la prueba producida en autos, cuya valoración por el a quo ha sido cuestionada por el recurrente, se desprende -principalmente del informe del I.N.T.I.-, que las piezas de la butaca del conductor no presentan anomalías en su estructura, como así tampoco vicio o defectos de fabricación (fs. 621, 622 y 630; arts. 384, 457 y 474, C.P.C.C.), situación que descarta de plano la configuración de uno de los presupuestos esenciales mencionado para el progreso de la acción entablada (doct. art. 375, C.P.C.C.).

Repárese en que la actora, en el capítulo relativo a la "responsabilidad de la demandada", afirma -en forma categórica- que la muerte de C. "fue causada por la debilidad y defectuoso diseño de la butaca y cinturón de seguridad de la camioneta fabricada por la demandada" (fs. 112 vta.).

Sin embargo, el Director Técnico del I.N.T.I., el ingeniero Jorge E. Schneebeli, y el técnico del Laboratorio de Fractura y Fatiga mecánica del mismo organismo, el ingeniero Massimo Bressan, indican que en las fotografías 11 y 12 se percibe que en "la estructura metálica del respaldo de la butaca del conductor a la altura de su parte posterior y el apoya cabezas, donde observamos las deformaciones, no se observan anomalías en la estructura (entendiéndose por anomalías: roturas, soldaduras desprendidas, fisuración u otros defectos constructivos)".

Expresan que en las fotografías 13, 14 y 15 se advierte que en "la estructura en la zona del mecanismo del asiento del conductor, se observan deformaciones en la estructura y en el mecanismo pero no hay uniones desoldadas u otros defectos. En las fotografías N° 16 y 17 vemos en detalle la parte superior del respaldo, izquierdo y derecho respectivamente, donde hacemos notar las uniones soldadas, éstas y las restantes uniones de la estructura no poseen deterioros que pudieran ser provocados por las deformaciones sufridas".

Con posterioridad, exponen -de acuerdo con la fotografía 18- que la cremallera del mecanismo de inclinación del respaldo del conductor ubicado del lado derecho, "funciona perfectamente trabándose o destrabándose con la palanca de accionamiento. La cremallera (...) no tiene en sus dientes signos de desgaste, ni deterioros de ningún tipo, ni marcas que pudieran presumir que haya cambiado de posición ante las diversas sollicitaciones a las que estuvo sometido el respaldo..." (fs. 622).

Como se puede deducir, no se han acreditado los defectos en la cosa alegados por la accionante en la demanda (fs. 112 vta./113).

En el contexto en que ocurrió el accidente, no puede colegirse razonablemente que la demandada deba responder por el siniestro, puesto que no sólo no se ha probado la intervención activa de una cosa viciosa sino porque tampoco media una relación de causalidad adecuada (doct. art. 906, Cód. Civil).

En efecto, las consecuencias dañosas que la actora endilga a la demandada, no pueden imputarse a Toyota, simplemente porque no son las que acostumbran suceder según el "curso ordinario y natural de las cosas" (art. 901, Cód. Civil).

b. Tal como alega el impugnante, la Cámara valoró erróneamente las constancias de autos (fs. 839 vta./841 y 841 vta./845), toda vez que no se ha demostrado que la butaca o el cinturón hayan gravitado -como condición relevante- en el resultado del hecho, ya que como reconoce la propia actora y también informa el perito Maidana, el accidente ocurrió por la pérdida del control de la camioneta a causa de la lluvia (el automotor se despistó), en tanto que la muerte de C. sucedió por la violencia de los impactos sufridos. En la demanda, siguiendo las constancias de la causa penal, la actora reconoció que los golpes de la camioneta fueron tan contundentes -a causa de la velocidad y de los obstáculos con que chocaron- que provocaron deformaciones, desplazamientos y roturas de partes estructurales del rodado (fs. 110/113 y 413/419; arts. 901 y 906, Cód. Civil; 330, 384 y 474, C.P.C.C.; fs. 1/2, 7, 25/26 y 37 de las fotocopias de la causa penal que tengo a la vista).

Sobre el particular, el ingeniero Maidana expone que el vehículo se desplazó por la banquina nada menos que 52 metros en forma lateral (derrapando), y que habría girado volcando y chocando contra los obstáculos que se encontraban en su avance (habría chocado y derrumbado tres árboles), hasta finalmente detenerse entre troncos que había en el lugar (fs. 415 vta.). Y añade que: "Es durante esta última parte de la trayectoria de la camioneta, donde habría salido despedido de la camioneta el conductor de la misma, su cuerpo se habría desplazado por el aire, impactando la cabeza contra un árbol o palo de alambrado para detenerse finalmente sobre el alambrado perimetral al cual derrumba con el impacto".

No comparto la afirmación de que la cosa vendida (rodado) fue sometida -en la emergencia- a un uso "normal". Si bien el perito Maidana dijo que "el desprendimiento del cuerpo del conductor de la camioneta habría sido facilitado por el giro hacia atrás del respaldo de la butaca y su desplazamiento hacia el lado externo, generando de esta forma un canal de salida por la puerta trasera izquierda o su ventanilla" (fs. 416), ello obedece justamente a las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que era conducido el vehículo: en primer lugar por la velocidad (el perito estima que la misma oscilaba entre 110 y 120 km/h), el estado del clima (el día era lluvioso) y las condiciones del camino (la existencia de ondulaciones) y, en segundo término, la posición de manejo del conductor (el asiento estaba reclinado a 117°, en contra de la precaución contenida en el "Manual del propietario"; fs. 11 -pág. 20-), todo lo cual -junto a su peso, alrededor de 100 kg; fs. 112- coadyuvó en el desenlace fatal (fs. 1/2, 6, 7, 25/26 y 37 de las fotocopias de la causa penal que tengo a la vista; art. 384, C.P.C.C.).

Al respecto, entiendo que asiste razón al recurrente cuando alega que cualquier conductor medianamente prudente habría conducido a una "velocidad inferior al máximo permitido para condiciones óptimas de manejo. Empero, el fallecido señor C. no lo hizo e incluso circuló a una velocidad en el mejor de los casos igual a la velocidad máxima permitida en esa ruta en particular, que era de 110 km/h..." (fs. 842 vta./843).

No puede sostenerse, razonablemente, que la muerte de Campestrini haya sido ocasionada por el vicio (o riesgo) de las piezas del vehículo, sino más bien por el hecho propio de la víctima, el que provocó el despiste de la camioneta y su posterior desplazamiento -entre trompos y vuelco-, ocasionando los fuertes impactos que llevaron al desenlace fatal, debiéndose tener por configurada la defensa planteada por la demandada (fs. 1/2 y 26, causa penal; arts. 16, 901, 906 y 1111, Cód. Civil; 40, ley 24.240; 384, 385 y 474, C.P.C.C.; arts. 51 inc. 3 y 76, ley 11.430, vigente al momento del hecho).

4. En consecuencia, no se han ponderado adecuadamente los hechos y pruebas producidas en autos y, por ende, se ha subsumido de modo erróneo el caso en la norma contemplada en el art. 40 de la ley 24.240, siendo inaplicable -además- las consecuencias emergentes de los arts. 4 y 8 de la Ley de Defensa del Consumidor por la entidad de la conducta desplegada por la víctima. De allí que la sentencia en crisis deba ser casada (fs. 112 vta./116; arts. 289, 330, 375 y 384, C.P.C.C.).

V. En virtud de lo expuesto, tornándose innecesario el tratamiento de los restantes agravios planteados, dado que la actora no ha probado los presupuestos de la acción entablada, corresponde hacer lugar

al recurso planteado, revocar la decisión atacada y mantener, por los fundamentos vertidos, el fallo de primera instancia. Las costas serán soportadas por la actora vencida (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

VI. Voto pues por la afirmativa.

Los señores jueces doctores Soria, Negri y Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votaron también por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por la Procuración General, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia impugnada y se mantiene, por los fundamentos explicados, el fallo de primera instancia. Las costas se imponen a la parte actora vencida (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

El depósito previo efectuado (fs. 823), deberá restituirse al interesado.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

HECTOR NEGRI
DANIEL FERNANDO SORIA
LUIS ESTEBAN GENOUD
HILDA KOGAN
CARLOS ENRIQUE CAMPS – Secretario-