



NEUQUEN, 04 de febrero de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"SYDIAHA ALEJANDRO MIGUEL C/ BRICEÑO ANGUEL AGUSTIN S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** (Expte. N° 475715/2013), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 6 a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHSINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Ghisini** dijo:

I.- A fs. 254 el actor interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 247/253 vta., expresando agravios a fs. 258/261, los que vencido el plazo de traslado no son contestados por la contraria.

II.- Se agravia el recurrente por la fecha en que la jueza ordena liquidar los intereses.

Manifiesta, que si bien es cierto que el actor intimo el reintegro de los pagos efectuados mediante CD el 15-04-13, también lo es que no habiendo desconocido la demandada los recibos de pagos por cada una de las sumas abonadas, dichos importes deberán liquidar intereses desde la fecha de su efectivo pago.

Señala, que si el actor no hubiera procedido al pago de los importes abonados en aras de un contrato que nunca se cumplió; esas sumas de dinero podrían haber sido objeto de plazo fijo y con ello el accionante hubiera generado intereses desde el mismo momento de su entrega.

En segundo lugar, se agravia por el rechazo del daño moral, al expresar, que siendo el objeto del contrato la construcción de una vivienda, el menoscabo sufrido es evidente y si bien comparte lo sostenido por la a-quo en cuanto a la interpretación restrictiva de esta especie de daños en la



órbita contractual, en el caso de autos la materialidad o tinte económico de cualquier objeto de contrato se ve reducida ante la figura de la vivienda.

Sostiene, que el daño moral sufrido por el actor adquiere en el caso ciertas particularidades que admiten su presunción, ya que el mismo se produce ante el aplastamiento por parte de la demandada de las expectativas de poseer una vivienda propia.

Menciona, que la posibilidad de la construcción de una vivienda propia, se planea con anticipación, con esperanzas, con el ahorro y esfuerzo de largo tiempo; y la aniquilación de todas estas expectativas y sueños truncados no puede más que exigir el resarcimiento. El incumplimiento de la demandada trajo aparejado daños evidentemente presumibles; y el requerimiento de su prueba deviene en un formalismo contrario a la gestada jurisprudencia y nueva legislación civil.

En tercer lugar, se agravia por el rechazo del daño punitivo.

Dice, que si bien la a-quo manifiesta que no existe constancia de que el demandado haya actuado a sabiendas, que no podía/quería cumplir su compromiso, cuando surge palmario de las constancias de la causa la arbitrariedad en el actuar del mismo, quién no solo no ejecuto la obra sino que tampoco procedió a informar la imposibilidad de cumplimiento al actor, ni mucho menos se decidió a reintegrar las sumas ya abonadas por aquél.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, en relación al agravio expuestos relativos al comienzo del computo de los intereses del capital reclamado, diré que dentro de la orbita contractual en donde una de las partes ha dado comienzo al cumplimiento de su



contraprestación (en el caso el actor ha ido efectuando pagos a cuenta a favor del demandado), a los fines de la mora -salvo pacto expreso en contrario- se requiere que el acreedor no solo comunique de manera fehaciente su voluntad de rescindir (art. 10 bis de la LDC), sino también la devolución de la contraprestación efectuada por su parte.

Ello es así, en función de que aún dentro de la órbita de la relación de consumo regulada por la ley 24.240, para exigir la restitución de lo pagado (art. 10 bis ley mencionada), es necesario que el consumidor o usuario de dicho servicio o prestación comunique al incumplidor su voluntad de rescindir, momento a partir del cual al deudor se lo constituye en mora, pues a partir de allí y no antes, nace su obligación de restituir las sumas percibidas como contraprestación de una obligación no cumplida por su parte.

Por lo tanto, en el caso particular de autos, los intereses correspondientes al capital reclamado deben correr desde la fecha que se indica en la sentencia, esto es, desde que el demandante intimó el reintegro de los pagos efectuados (15/04/13), hasta su efectivo pago.

Por lo expuesto, se rechazara este primer agravio.

Ahora bien, en punto a la procedencia del **daño moral**, y atendiendo a las particularidades de la especie, la realidad es que el recurrente no ha aportado elementos de convicción suficientes que autoricen a considerar configurado el daño moral que alegó haber padecido, no obstante corresponder a dicha parte la carga de la prueba referida a ese extremo por ser quien tenía a su cargo el onus probandi, de conformidad con lo previsto por el art. 377 del Código Procesal.

Sentado lo anterior, y toda vez que la pretensión del reclamante halla fundamento en el



incumplimiento contractual atribuido al Sr. Ángel Agustín Briceño, debo afirmar que el hecho de tener que demandar la resolución contractual por la construcción de la vivienda y la devolución del pago de precio a cuenta, no implica, per se, la procedencia del rubro bajo análisis, que debe ser apreciado con carácter restrictivo.

Al respecto la jurisprudencia ha dicho que: "Las expresiones utilizadas por el art. 522 del C. Civil "podrá", "índole del hecho generador", "circunstancias del caso", en realidad son pautas que persiguen como finalidad un mayor afinamiento del criterio del magistrado, para evitar que se llegue a situaciones disvaliosas, como lo sería, precisamente, si llegara a admitirse automáticamente, ante el solo incumplimiento contractual, el daño moral. La facultad que al juez le concede el art. 522 del C. Civil debe ser apreciada con rigurosa medida, analizando detenidamente la índole del hecho generador de la responsabilidad y demás circunstancias concurrentes, dado que de ordinario en el ámbito contractual lo que resulta afectado no es más que el interés patrimonial. Civil - Sala L ARDULLI Sent. definitiva C. 043149 MENDEZ DE LOPEZ MANSILLA, Claribel y otra c/BONFIGLIO WASBEIN Y BONFIGLIO S.R.L.

De allí que, contrariamente a lo sostenido por la parte apelante, considero que para la apreciación del daño moral de origen contractual es preciso demostrar la existencia de una lesión a los sentimientos, afecciones o angustia, provocada por el accionar del incumplidor, que no puede equipararse a las inquietudes e inconvenientes propios y corrientes que genera solamente su incumplimiento.

Por ello, al no haberse habiéndose acreditado tal extremo, no corresponde hacer lugar al daño moral reclamado, por lo que, en tal sentido, se confirmara la sentencia de grado.



En cuanto al agravio formulado respecto al **daño punitivo**, me permito efectuar ciertas consideraciones, para luego evaluar si en el caso sub-examen corresponde o no su aplicación.

La reforma introducida en la Ley de Defensa del Consumidor, a través de su art. 52 bis, nos ha traído la figura de los daños punitivos de neto corte Anglosajón. El mencionado artículo (según Ley de Reforma 26.361) establece: "Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

Al efectuar un análisis de la norma transcripta, advierto que no cualquier incumplimiento contractual o legal, puede servir de sustento para imponer una pena pecuniaria de índole civil que condene al incumplidor a reparar fuera de los límites del perjuicio efectivamente sufrido.

Considero, que la norma brinda al Juez un parámetro de referencia muy amplio, facultándolo -a instancia del damnificado- a aplicarla cuando: "el proveedor no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales", lo que pareciera significar ab-initio que cualquier incumplimiento legal o contractual serviría de sustento para aplicar la sanción civil allí consagrada.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, entiendo que el artículo no obliga a los jueces a sancionar pecuniariamente cualquier incumplimiento legal o contractual,



pues el mismo dispositivo analizado dice expresamente que: "el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor", es decir que, a pesar de verificar el incumplimiento, puede no aplicarla.

De allí, que corresponde a los jueces en primer lugar verificar la existencia de incumplimiento de índole legal o contractual y luego de ello evaluar si corresponde sancionar o no al responsable de esa inobservancia fuera de los límites de la reparación del perjuicio ocasionado.

Esta tarea no resulta fácil, máxime cuando la misma norma que consagra la sanción no brinda un marco de referencia -más allá del mero incumplimiento legal o convencional- al que atenerse en lo que hace a la procedencia o improcedencia de los daños punitivos.

Por lo tanto, soy de la opinión que la amplitud de la norma analizada, amerita tener suma cautela a la hora de decidir aplicar o no la sanción civil allí dispuesta.

En honor a la prudencia a la que me referí en el párrafo anterior, diré que no cualquier incumplimiento debe ser sancionado con una multa de carácter pecuniario, sino que cada caso en particular debe ser evaluado con suma mesura para verificar si en los hechos la inobservancia aludida amerita, más allá de la reparación de los perjuicios ocasionados, sancionar al incumplidor.

A mi juicio, una omisión o actuar negligente, sin intencionalidad o culpa grave, resulta por sí mismo insuficiente para justificar la aplicación del instituto analizado. Como fundamento de lo expuesto, basta con remitirse, en función de la imprecisión de la norma en estudio- al derecho Anglosajón de donde la misma tiene su origen, que exige como presupuesto de aplicación de ésta especie de sanción que el incumplidor haya asumido una conducta maliciosa.



De ello se deriva que para que resulte procedente la sanción pecuniaria del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, se requiere no sólo la existencia del aspecto objetivo, entendiéndose por éste el incumplimiento legal o contractual, sino también junto con él, un elemento subjetivo que sirva para calificar a dicha conducta de dolosa o gravemente culposa, ya que entiendo que el simple incumplimiento o existencia de la faz objetiva no habilita sin más su aplicación.

En el sentido expuesto esta Cámara en autos caratulados: "SUHS JAVIER ALEJANDRO C/ ARMORIQUE MOTORS S.A. S/ SUMARISIMO ART. 321" (EXP N° 402344/9) ha tenido oportunidad de pronunciarse al decir:

"En efecto: No cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo de pena que condena al incumplidor a reparar más allá del daño producido. Creemos que la amplitud dada por el legislador a los -por así llamarlos- requisitos de procedencia, es extremadamente peligrosa al no brindar al juez un marco o parámetro de referencia al que atenerse a la hora de sopesar la conveniencia y oportunidad de condenar a pagar daños punitivos. En el derecho norteamericano se ha aludido a una conducta caracterizada por la "malicia", entendida ésta como una actuación dolosa. También así se la caracterizaba cuando el demandado actuaba de una manera despreciable con indiferencia voluntaria y consciente de los derechos y seguridad de los demás (Civ. Code, par 3294 subd. -c-). No podemos exigir únicamente el aspecto objetivo del incumplimiento sino que, además, consideramos que es necesaria una particular subjetividad. En este punto coincidimos con Alejandro Andrada en que la institución de las "penas privadas" propende al establecimiento de un derecho más igualitario y más justo. En ese marco no parece respetar elementales exigencias de justicia, la circunstancia de tratar



igualmente a aquel que ha causado un daño por una mera negligencia o imprudencia, que a aquel que comete graves transgresiones, de manera consciente y aún, en ocasiones, obteniendo pingües ganancias con su reprochable accionar.

En síntesis, aún para sus defensores como Pizarro y el citado autor, debe receptarse el daño punitivo "cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro", en este criterio decididamente nos enrolamos y brevitatis causae "...resulta contrario a la esencia del daño punitivo, y a más de 200 años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlos ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales. Para poder cobrar daños punitivos hace falta algo más. Un elemento de dolo o culpa grave es necesario para poder condenar a pagar daños punitivos" -López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el Derecho argentino, Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", JA, 2008-II, 1201..."

En función a todo lo expuesto, al tratarse de una multa civil que tiene naturaleza netamente **"sancionatoria"** su interpretación debe ser restrictiva, por lo que su aplicación solo resultará procedente -como ya lo adelantara- cuando concurren al menos dos requisitos: 1) incumplimiento legal o contractual y 2) dolo o culpa grave por parte del proveedor o prestador de los servicios que ocasionaron tales faltas.

Desde esta óptica, la aplicación del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor es de carácter excepcional, por lo que el simple "incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales para el consumidor", no autoriza su aplicación automática, sino que a la par de ello debe existir un grave reproche (dolo o culpa grave) sobre la conducta del prestador del servicio o proveedor, aun cuando la norma no lo mencione expresamente.



De otro modo, al incluir a la multa por daño punitivo como un rubro indemnizatorio más, se correría el riesgo de propiciar un enriquecimiento ilícito a favor de la víctima, extremo no querido por el sistema de reparación de daños del derecho civil.

Traídos estos conceptos al caso analizado, adelanto que la sanción resulta improcedente.

Si bien es cierto que en autos ha quedado acreditada la existencia del hecho invocado por la actora: "incumplimiento del demandado" a los fines de justificar su reclamo, no encuentro elementos suficientes que justifiquen calificar dicha conducta como de suma gravedad (culpa grave o dolosa) para la multa civil pretendida.

Existió, sí, responsabilidad del demandado por el incumplimiento de su prestación y en la falta de devolución de las sumas de dinero abonadas para la construcción de una vivienda, por eso la responsabilidad material consagrada en la sentencia, pero de manera alguna, en función del carácter restrictivo del instituto en cuestión, ha existido a mi entender culpa grave o dolo que justifique por ese solo incumplimiento sancionar civilmente al accionado, tal como se aspira.

Por lo que en tal sentido la sentencia de grado habrá de ser confirmada.

IV.- Por las razones expuestas, y fundamentos del fallo recurrido, propongo al Acuerdo la confirmación del mismo en lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas a la recurrente vencida (art. 68 del CPCC), a cuyo efecto se regularán los honorarios de conformidad con el art. 15 de la L.A.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**



RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 247/253 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA