



NEUQUEN, 10 de mayo de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"GAJARDO ZURITA HUGO OMAR C/ FIAT AUTO S.A. Y OTRO S/ SUMARISIMO ART. 52 LEY 24240"**, (Expte. N° **443276/2011**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI** con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Medori**, dijo:

I.- A fs. 317/324 obra el memorial de la parte actora, fundando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 02 de febrero de 2015 (fs. 305/309), y que fuera concedido por auto de fs. 313.

Considera un error que se haya dictado sentencia sin observar el marco del derecho del consumo integrado por las leyes 24240 y la provincial 2268, los arts. 42 y 5 de la Const. Nacional y Provincial respectivamente, que imponen resolver los conflictos bajo el principio a favor del consumidor, en tres aspectos imprescindibles: A)En la apreciación de los hechos, que comprende la valoración de todo el iter contractual desde las tratativas, la formación y ejecución del contrato; B)En la aplicación del derecho, puesto que ante la ausencia de certeza debe formularse el encuadre normativo más favorable al más vulnerable, C)En el marco del proceso, a través de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que determina que la carga de la prueba recaen en quien se encuentra en mejores condiciones de aportarla, poniendo la prueba en cabeza de quien le resulta más fácil, más cómodo o más barato, atendiendo siempre a las circunstancias del caso y al desequilibrio de fuerzas que genera situaciones fáctica, técnicas o económicas.

En primer lugar, considera acreditado en instancia judicial y administrativa la modalidad de contratación denunciada, un plan de ahorro por un automotor para cambiarlo



por otro al tiempo de adjudicárselo, así como, que el bien elegido se hallaba en el mercado, y que la opción fue comunicada a las demandadas, quienes incurrieron en incumplimiento.

Denuncia que la sentenciante tergiversa el contenido de la cláusula 8va, que autorizaba a su parte a solicitar la entrega de un bien de producción local o importado diferente al inicialmente indicado en el contrato, y la facultad de la administradora del plan de aceptar o denegar dicha solicitud condicionada a las disponibilidades de la fábrica, así como que, aquella no denegó el pedido en el plazo de 10 días hábiles, por lo que el mismo fue aceptado conforme el párrafo 1ro. de la citada cláusula.

Finalmente, cuestiona la imposición en costas, porque independientemente del resultado del pleito, tratándose de un reclamo judicial fundado y no de un capricho, haciendo reserva del caso federal.

II.- Sustanciado el recurso, responde una de las co-demandadas (fs. 325/328), resaltando que la pretensión del actor devino de imposible cumplimiento, porque el automotor no se comercializaba al momento de hacer uso de la opción de cambio de unidad prevista en la cláusula 8, pues el motor diesel de la unidad fue retirado del mercado por razones de cambio de legislación en contaminación del medio ambiente, y que en la crítica al fallo se hacen parciales transcripciones de la prueba.

III.- La sentencia de grado que viene recurrida, rechaza la demanda por resarcimiento de daños y perjuicios derivados del incumplimiento y resolución contractual del contrato de adhesión, destinado a la adquisición de un rodado por parte del actor, a través de un plan de ahorro administrado por una de las co-demandadas, donde la otra, concesionaria local de la marca, intermedió en su celebración.



Tuvo por no controvertido que el actor podía optar por un modelo diferente al identificado en el Plan, que conocía que el que pretendía no estaba incluido en dicho sistema y que a la fecha en que obtuvo la adjudicación el vehículo no se comercializaba más.

Luego, al analizar los alcances de la cláusula 8va que otorga la posibilidad al adjudicatario, destaca de ella la condición de que el vehículo estuviese disponible en la fábrica, estableciendo que esto último está redactado en términos claros y guarda relación y coherencia con los derechos y obligaciones asumidas por las partes, y no es arbitraria ni sorpresiva para el cliente.

Concluye en que la inexistencia de unidades 0 km de la camioneta del tipo -diesel- en la fábrica al tiempo en que el actor licitó para ser adjudicatario, no puede ser considerado un incumplimiento imputable a las demandadas que haya frustrado arbitrariamente el contrato, no habiendo aquel demostrado que estuviese disponible o que la siguieran fabricando.

Finalmente, las costas se imponen al actor en su carácter de vencido como lo contempla el art. 68 del CPCyC.

IV.- Convocadas las partes a audiencia, solicitan se suspenda el trámite por 10 días, término dentro del que la demandada Fiat Auto S.A. informaría acerca del cierre del grupo que integraba el actor, habiéndose cumplimentado ello conforme fs. 335.

V.- Que teniendo por suficiente la crítica introducida (art. 265 del CPCyC), advertiré que a tenor de los hechos admitidos y documentación acompañada, llega consentido por las partes que el objeto de la litis lo constituye una relación de consumo por la que el actor adhirió a un Plan de Ahorros ante Fiat Auto S.A. de Ahorro para fines determinados, destinado a adquirir un rodado de la marca Fiat, a cuyo fin concurrió a la concesionaria local -Piré Rayen Automotores



S.A., sujeto que intermedió en la contratación, todo ello conforme Solicitud de Adhesión N° 253533, al que se le asignó el Orden 76 del Grupo 8116 (fs. 31 del Expediente Administrativo, agregado por cuerda, y que se identificará en lo sucesivo como E.A.).

En aquella oportunidad, tal como lo postula -según notas y cartas documento que remite inmediatamente a ambas entidades y confirma el testigo Gustavo A. Parcibale que declara a fs.175/177- su intención era adquirir una camioneta "Strada Adventure Locker Diesel, y si bien tal producto no estaba incluido dentro de la modalidad de los planes de financiación, igual suscribió el contrato por otro rodado que si estaba previsto, el Modelo Palio Adventure, al ser informado por los dependientes de la concesionaria que al momento de la adjudicación podía optar por otro; ciertamente aludían a la cláusula Octava del contrato, que en la parte que resulta de interés para los presentes, prevé:

"El Adherente que haya resultado adjudicatario del bien tipo, sea por sorteo, licitación o adjudicación anticipada, podrá solicitar la entrega de un bien, de producción local o importado, distinto del bien tipo, de menor o mayor valor, dentro de los 10 días corridos de haber sido notificado de la adjudicación, siendo facultativo de la Administradora aceptar o denegar dicha solicitud, condicionada a las disponibilidades del fabricante y/o representante exclusivo, dentro de los 10 días hábiles de ingresada la solicitud, debiendo entenderse aceptada en caso de no resultar denegada en dicho lapso....".

Esta modalidad de comercialización fue admitida expresamente en la carta documento enviada por Pire Rayen Automotores S.A. que obra a fs. 3 del expediente administrativo que se encuentra agregado por cuerda: "Si bien es normal y habitual suscribir planes de ahorros con un modelo de vehículo a convenir para proceder a su posterior cambio de



unidad, en este caso particular siempre se le informó y Ud. Así lo conocía que las unidades a sustituir se limitan a la existencia de la unidad por el fabricante, en este caso Fiat Auto que se reserva el derecho de continuar o discontinuar la gama de vehículos comercializados por la marca"; y lo confirma, señalándolo como "habitual en este tipo de operaciones de plan de ahorro la sustitución de modelo" el testigo Pablo Javier Allende, dependiente de la concesionaria (fs. 181).

Que con posterioridad, el actor participa bajo el sistema de licitación el 15 de diciembre de 2008 (fs. 27) que obtiene, y al solicitar a la concesionaria el cambio de la unidad, recibe como respuesta de la que la Strada Adventure Locker sólo es naftera, situación lo lleva a ponerlo en conocimiento de la Administradora mediante mail del 29.12.2008, recibiendo como respuesta que habían "derivado su consulta" al sector de atención al cliente (fs. 57).

Así se llega al 16 de enero de 2009 en que el actor remite carta documento a la Concesionaria y a la Administradora reclamando por el cumplimiento de la entrega del rodado elegido, enunciando que "tal opción integró la causa final del acto de contratación en los términos de la legislación civil, comercial y de consumo vigentes" (fs. 2 y 4 del E.A.).

De la primera recibe como respuesta lo ya reseñado, agregando: "Negamos categóricamente que recién ahora se le haya informado que la Strada Adventure solo es naftera, no existiendo modificación de las pautas contractuales vigentes siempre en la relación comercial que nos une y que se desprende de la totalidad de la documental por Ud suscripta, careciendo de sustento fáctico y jurídico que avale la presunta falta de conocimiento de los derechos y obligaciones vigentes..." (fs. 4 del E.A.).



La segunda le responde que "esta Sociedad, es la administradora de los planes de ahorro, y se encarga de la compra de vehículos a la Terminal Automotriz, como fabricante e importadora de los bienes, esta misma es la que determina los precios y la discontinuación de las unidades vigentes, de acuerdo a las Condiciones Generales de la Solicitud de Adhesión Art. 12. Por otra parte, debemos informarle que no podemos acceder a su pedido ya que la unidad Strada Adventure Locker Diesel no se encuentra disponible por Plan de Ahorro, Usted podrá realizar el pedido en el concesionario por cualquier unidad que se encuentren vigentes en el Plan. A tal efecto deberá dirigirse al concesionario interviniente para realizar la Nota de Pedido de su Unidad" (fs. 5 del E.A.).

Por presentación de fecha 20 de mayo de 2009 (fs. 25 del E.A.), el actor manifiesta su voluntad de rescindir el contrato atento el incumplimiento exclusivo imputable a las infractoras (punto 1, c); pide además se lo indemnice por el daño directo, se aplique multa y se publique la sanción en un diario.

La documental aportada por el actor a fs. 28 da cuenta que el rodado por él elegido bajo el Modelo año 2008 en que ejerce la opción, era objeto de comercialización al público, extremo también admitido en los respondes.

Finalmente, la Administradora, dirigiéndose a su apoderada informa a fs. 335 que "En relación al reintegro del haber del Grupo y Orden de referencia, con fecha 12-05-14 se despachó carta de puesta a disposición de fondos, el reintegro está pendiente a la fecha ya que nunca confirmó domicilio. Tener en cuenta que este grupo y orden tiene deuda prorrateadas por 2.39644 cuota, las cuales se encuentran descontadas del percibido. El detalle de la liquidación es el siguiente. Ref. Grupo 8116 Orden 076 Titular: Gajardo Zurita, Hugo Omar En respuesta a su pedido informamos que con fecha 12-05-14 efectuamos la liquidación correspondiente a los 21



cupones por usted abonados, que representaban 11,24755 cuotas expresadas en el último modelo vigente en el grupo, siendo la alícuota de este último \$1.905,95, la multa según resolución 26/04 de la I.G.J. del 4%, por lo tanto el haber neto parcial ascendía \$20.579,77 descontándose de este importe el derecho de inscripción prorrateados, el sellado prorrateado y el recupero de gastos administrativos, ascendiendo esto a la suma de 11,24755 cuotas expresadas en el último modelo vigente en el grupo del cual Ud. formó parte. Puede ofrecerse una certificación contable en caso de duda. Favor de informar en el expediente solicitando al cliente un domicilio actualizado al cual despachar el cheque, cuenta bancaria para efectuar la transferencia o nueva audiencia a fin de entregar el cheque en mano al cliente".

VI.- Abordando la cuestión traída a entendimiento, y a los fines de la tarea interpretativa y de aplicación de las normas para atender los agravios del actor, habré de seguir aquellas argumentaciones de las partes que resulten conducentes y posean relevancia para decidir el caso conforme los puntos capitales de la litis, y así lo dicta de nuestro Máximo Tribunal (CSJN-Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", T° I, pág. 824, Edit. Astrea); a su vez, que se considerarán aquellos elementos aportados que se estimen conducentes para la comprobación de los hechos controvertidos, atento a que no es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (CSJN-Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, autores y obra citados, pag. 466).

Que en segundo lugar, y dados los antecedentes fácticos expuestos a los fines de analizar la concurrencia de la responsabilidad que el actor endilga a las demandadas, desde ya anticipo que aquellos evidencian con claridad y



habilitan tener por acreditado el incumplimiento pre y poscontractual en que incurrieron las últimas, en concreto respecto a las exactas exigencias que convencionalmente se les imponían tanto como aquellas resultantes de la Ley 24240 que regula los derechos y obligaciones en toda relación de consumo ya transcritas, caracterización esta última que no fue cuestionada en el caso, y que les impone deberes de información y la de ejecutar y concluir el contrato conforme las reglas de la buena fe.

A) Destacar de manera liminar, y como anticipara, que las partes no controvertieron que el vínculo que las unió constituyó una relación de consumo, expresión que alcanza a todas las circunstancias que rodean o se vinculan a una actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios (Farina, Juan M. "Defensa del consumidor y del usuario", p. 45, Astrea, 2008, Bs As; Lorenzetti, Ricardo, Luis "Consumidores", pág 82 y ss, Rubinzal-Culzoni, 2009, Cám. Apel. Civ. y Com. II, Mar del Plata, causa nro. 140792, RSD 4/11/2008; Rivera, "Interpretación del Derecho Comunitario y noción de consumidor. Dos aportes de la Corte de Luxemburgo", publicado en La Ley 1998-C-518) y concretamente, una operación de crédito destinada a la adquisición de una cosa.

Lo característico de esta relación es la modalidad de la comercialización que desarrollan las accionadas, por la que conforme fs. 4, la concesionaria local de la marca de rodados ("PIRE RAYEN AUTOMOTORS S.A. Concesionario FIAT") es la que ofrece al consumidor el servicio de financiación a través de un plan, que en definitiva es un círculo cerrado de ahorro para adquirirlos mediante su financiación en el tiempo, negocio que es administrado por otra sociedad que utiliza a la misma marca como denominación ("FIAT AUTO S.A. de Ahorro para Fines Determinados") y que, conforme a las cláusulas 8 y 12 del contrato, es la que también dispone de las unidades nuevas



para aplicar a los adherentes a los planes tal como le provee la fábrica del producto con igual denominación (fs. 35 E.A.).

Aplicables a los presentes las previsiones de la ley 24240 por tratarse de una actividad que tiene por destino final el consumo, resulta que en su art. 1º sienta su finalidad o objeto, cual es la defensa del consumidor o usuario, y especialmente tutelado el consumidor como la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, mientras en el art. 2 considera proveedor de aquellos bienes y servicios a todo sujeto de las mismas características, sea de naturaleza pública o privada, que de manera profesional preste servicios a consumidores o usuarios.

El art. 3º prescribe que las disposiciones de la ley "se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley 22.082 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen, y que "En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor"; también regula, resultando aplicable a los presentes, que: "Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica".

Luego en el art. 4º se prescribe que los proveedores tienen la obligación de suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización; también debe ser gratuita y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.



Que respecto a los incumplimientos en que pueda incurrir el prestador de bienes y servicios, el art. 10 bis establece tres alternativas a opción del consumidor: exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible (a); aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente (b); o rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato (c), sin que ello pueda implicar renuncia a "las acciones de daños y perjuicios que correspondan".

Considerando la naturaleza servicio contratado cabe atenerse a la regulación del art. 36 de la citada ley, que en su anterior redacción exigía a los proveedores que debían consignar: "El precio de contado, el saldo de deuda, el total de los intereses a pagar, la tasa de interés efectiva anual, la forma de amortización de los intereses, otros gastos si los hubiere, cantidad de pagos a realizar y su periodicidad, gastos extras o adicionales si los hubiera y monto total financiado a pagar El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones de crédito para consumo, con lo indicado en esta ley."

El art. 37, a los fines de la interpretación del contrato o sus cláusulas, prescribe que sin perjuicio de la validez de aquel, se tendrán por no convenidas aquellas cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños (a), las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte (b); las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (c), y que en caso de "dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa".



Luego, para el caso de que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tiene el derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas, quedando facultado el juez a declarar la nulidad parcial y simultáneamente a integrar el contrato, si ello fuera necesario.

Atento a que la presente acción persigue la reparación de daños que denuncia el actor como consumidor por el incumplimiento de las accionadas, cabe destacar que en el art. 40 de la citada ley especial se le atribuye responsabilidad al productor, al fabricante, al importador, al distribuidor, al proveedor, al vendedor y a quien haya puesto su marca en la cosa o servicio si aquel resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio.

Finalmente, sobre los efectos perjudiciales denunciados por el actor y cuyo reconocimiento se encuentra pendiente, el art. 40 bis conceptualiza al "Daño directo" como "todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios, excluyendo de su aplicación a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales.

B) En segundo lugar, la documentación y antecedentes citados permiten caracterizar al contrato que se pone a disposición del consumidor es del tipo "predispuesto" al comprobarse que sus estipulaciones han sido determinadas



unilateralmente por una de ellas, en el caso la prestadora del servicio financiero: estableció todas las condiciones y pautas, lo redactó, y que pasa a ser un contrato celebrado por adhesión, luego que la parte no predisponente queda precisada a declarar únicamente su aceptación, es decir, sin posibilidad de discutirlo; tal es la condición para formalizar la relación jurídica o se apartar de ello, situación que pone en evidencia situaciones claramente desiguales.

Así también lo contempla el art. 38 de la ley 24240, titulado: Contrato de Adhesión. Contratos en Formularios, cuando alude al deber de control del Estado sobre las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, o reproducidos en serie y en general, cuando hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.

Que al analizar los contratos de mutuo -como el presente- destinados a la financiación de una vivienda, he analizado esta particular temática relacionada a la forma en que el mutuuario accede a ellos, la revisión de su contenido y efectos, y la habilitación del órgano jurisdiccional a tal fin, señalando:

" VI.- Que abordando el planteo y agravios introducidos respecto a la posibilidad de revisión del contrato pretendida contra la que pugnara en su inicial postulado el banco acreedor respecto a su procedencia y forma de cálculo, anticiparé que el mutuo con garantía hipotecaria acordado bajo condiciones a las que los obligados a la restitución de las sumas de dinero en cuotas mensuales están compelidos a cumplir en un período prolongado en el tiempo, no puede ser aislado del contexto económico en el que fue celebrado, cuando imperaba una situación económica sostenida desde el Estado Nacional -en aquella oportunidad en su rol de fomento de créditos con destino a viviendas familiares y



también titular de la entidad bancaria- signada por el aumento de precios de los bienes con directa relación respecto a las tasas de interés o coeficientes aplicables, máxime cuando su variabilidad o alteración había sido autorizada por el deudor a favor del acreedor, constituyéndose ello en una de las características de estas modalidades contractuales, tratándose de estipulaciones a tal fin impuestas por la entidad bancaria -parte dominante del vínculo- en la que la ausencia de intervención en la negociación por parte del obligado se exterioriza palmaria de los mismos instrumentos que he referido antes, formularios preimpresos y modelos uniformes o comunes.

"VII.- Que dado lo anterior, y segundo término, considero que el vínculo contractual analizado procede definirlo como un contrato predispuesto a partir de observar la instrumentación individualizada antes, esto es la utilización de formularios con cláusulas preimpresas determinadas unilateralmente por la entidad bancaria, y a las que debió otorgar su conformidad la actora-deudora para obtener el crédito bancario que le permitía acceder a la vivienda familiar, más ello no significa que siga soportar las consecuencias de situaciones no previstas como fueron y son las políticas económicas dictadas desde el Estado, ciertamente con fuente en su déficit, alteración del valor de intercambio de la moneda soberana, y reformas adoptadas relacionadas a su funcionamiento, incluso las derivadas de la modificación de la estructura y finalidad del Banco Hipotecario Nacional, en cuanto a partir de su privatización se apartó del rol que cumplía en el mercado de financiamiento de la construcción de inmuebles bajo la modalidad de planes sociales.

"Que resulta incuestionable que el contrato y las prestaciones que se han visto alteradas directa o indirectamente por la intervención del Estado mediante el dictado de diversas normas en cuanto a su formación y



ejecución, exige ajustar los parámetros basados en la ideología del Código Civil de Velez Sarsfield que con asiento en la concepción liberal-individualista que sumía a las partes en la autonomía de la voluntad y a la literalidad de las cláusulas pactadas, de tal forma que la interpretación y ejecución de las convenciones impone considerar los cambios políticos, económicos y financieros que han incidido e inciden en las prestaciones, su contenido y entidad.

"Hoy, y desde hace ya mucho tiempo, la autonomía privada, pilar básico de la libertad de contratación, se encuentra seriamente afectada por distintos fenómenos de la contratación moderna, tales como la intervención del Estado, la contratación con monopolios, la técnica al servicio del contrato, la uniformización de las relaciones contractuales, etc." (Jaime SANTOS BRIZ: "Contratos fácticos y atípicos - El contrato como objeto de otro contrato" en Anales de la Academia Madrileña del Notariado, Tomo XX, Madrid, 1996, pág. 303) con lo que la jurisprudencia ha reconocido la necesidad de reajustar las prestaciones a partir que "... la legislación moderna tiende a proteger al consumidor de los posibles abusos de quienes ostentan una posición dominante en la relación contractual, otorgando "soluciones especiales" distintas a las provistas por el sistema clásico." (Cám. Cont. Adm. Fed., Sala 2º. 14/6/05 "Banco Hipotecario S.A. v. Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo").

"Que por otra parte, a la modalidad por la que una de las partes establece las condiciones, las redacta, impone las pautas que regirá el vínculo, mientras que la contraria, imposibilitada de discutir o consensuar, se limita sólo a aceptar el contrato tal como se le presenta o bien apartarse de él, en el caso de autos, se suma el dictado de normas de carácter general que alteraron el sinalagma contractual bajo el pretexto de tal adecuación, poniendo de resalto la necesidad de atender los efectos perjudiciales, de tal forma



de proteger a la parte más débil -entendido ello como la regla del favor débilis- que vale señalar fue atendido legislativamente bajo el amparo de la Ley N°24.240 de Defensa del Consumidor.

"Cuando el contratante emite su declaración de voluntad, lo hace con discernimiento, con intención, pero con una libertad viciada por la "presión" que ejerce el estipulante sobre el adherente a través de condiciones generales. Frente a este vicio en la libertad del adherente es que debe acudir el jurista y los Jueces para brindar una protección legal basada en la existencia de tal vicio.

"En una acepción actual ha de entenderse que frente al acto voluntario realizado por el adherente se ejerció una suerte de violencia económica, una especie moderna de presión psíquico-económica; una nueva violencia contractual, que tiene su origen en el desequilibrio de los contratantes -carácter típico de nuestra sociedad- y cuando es perjudicial, en los abusos, en los excesos de esa situación de preponderancia contractual. (Carlos Gustavo Vallespinos El contrato por adhesión a condiciones generales. - Buenos Aires Universidad, 1984, Pag. 329).

"Desde esta óptica, las condiciones generales pueden ser objeto de revisión o anulabilidad judicial en tanto y en cuanto le ocasionen al adherente un perjuicio, y así lo ha entendido la jurisprudencia:

"El Juez, en los contratos de adhesión, debe sustituir al adherente -imposibilitado de discutir e intentar modificar las cláusulas predispuestas y soslayar con su autoridad jurisdiccional aquella imposibilidad, cuando la actitud de la predisponente -demostrada acabadamente- impone una irracional e injusto privilegio a su parte" (Cám. Nac. Com., Sala "B". "Paneth Pedro c/ Autolatina Argentina SA de Ahorro para fines determinados s/ Ordinario", 28/12/92. En



igual sentido: Sala B, 10/6/1994 "Garrido Juan c/ Banco de Galicia y Buenos Aires").

"Se destaca el deber del juez de sustituir al adherente y soslayar -con su autoridad jurisdiccional- la imposibilidad de aquel de modificar las cláusulas predispuestas, cuando la actitud del predisponente impone un ejercicio abusivo de su poder de decisión." ("LOBO BELARMINO c/ ESSO S.A.P.A." CNCom., Sala B, 13/4/92: Citado y explicado por "Martorell Eduardo-Tratado de los Contratos de Empresa" Tº III, pág. 514).

"En la misma dirección, la moderna Ley 24.240 es la receptora más clara de todos estos principios, y es tomada por los autores y jueces como una especie de "código civil" para resolver por analogía diversas controversias que, de no ser así y utilizando la vieja concepción, se dejarían de impartir verdadera justicia.

"Que tal como se explicará seguidamente, esta desigualdad no sólo exhibe a la parte que domina en el contrato en el aspecto económico, sino que ello se trasunta en todos los aspectos del vínculo, fundamentalmente los operativos, tal así en lo que respecta al desarrollo de las fórmulas de los cálculos financieros suscitados en las sucesivas determinaciones del saldo adeudado, las nuevas cuotas y plazos como consecuencia de los cambios normativos, incluso los descuentos, que además de resultar inasibles para el deudor en su oportunidad, aún su control se ha visto obstado en la etapa de producción de la prueba pericial contable (fs. 239/250 y 265/267).

"La solución está, entonces, en encontrar el adecuado contralor a las condiciones generales y particulares impuestas al contratante "débil", y que adelanto en la materia traída a resolución, ha sido claramente especificada, valorada y definida en la legislación que con carácter de orden público ha establecido el Congreso de la Nación ... "(RITOSSA, PEDRO C/



BANCO HIPOTECARIO S/ CUMPLIM. DE CONTRATO (EXPTE. 282940/2 Sent. Del 27.05.2010, Registrada como PS N°91-T°III Año 2010 F° 458/472, entre otros).

En consecuencia, con la interposición de la presente acción fundada en las previsiones tutelares al consumo contenidos en la Ley 24.240 cuyas mayores exigencias extiende los alcances del principio general de buena fe- quedó habilita la revisión de las cláusulas contractuales y conductas desplegadas por las partes al constituir, celebrar, cumplir y ejecutar el contrato y en punto a ello irrelevante que las demandadas plantearan la adecuación del contenido de los instrumentos que utiliza en la comercialización a las exigencias de la autoridad de aplicación, conforme lo taxativamente estipulado en la última parte del art. 3° de la citada ley por el que: "Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica".

VII.- Que dado el marco fáctico y jurídico hasta aquí expuesto, y en orden a lo que es materia de crítica recursiva, resulta del análisis de las conductas de las partes que:

A.- Partiendo de la inicial contradicción entre los sujetos vinculados a los fines de la venta de automotores de la marca y su financiación:

Mientras la Administradora de los planes justifica que no cumple con lo reclamado porque el tipo de rodado no se podía adquirir por plan de ahorro, la Concesionaria invoca que el único modelo que pudo haber ofrecido al actor era el naftero, porque el diesel no existe, extremo este último que, en lo fundamental, quedó desvirtuado y sin prueba.



Desde ya, entonces queda demostrado el déficit de la comunicación o información al actor como consumidor en que incurrieron las accionadas.

B.- Ello fue decisivo para que el contrato, que como informan las accionadas se hizo de imposible de cumplimiento, haya tenido que ser resuelto -o rescindido por el consumidor conforme terminología del art. 10 bis de la ley 24240-, tal como fue exteriorizado y conocido por las accionadas:

-El actor instó sucesivamente en sede administrativa la posibilidad de mantener vigente y que se cumpla el contrato (fs. 1 del E.A.), concurrió a las audiencias (fs. 17, 62), consintiendo incluso sucesivas prórrogas para que las denunciadas aporten la documentación correspondiente (fs. 19).

Luego, al mantenerse la postura de las demandadas, pide se "tenga por rescindido el contrato" y exterioriza diversos reclamos por el incumplimiento (20 de mayo de 2009, fs. 25).

Frente a la imputación cursada por la Autoridad de Aplicación de no haber aportado elementos vinculado al incumplimiento contractual denunciado (fs. 26), se presenta la Administradora el 09 de junio de 2009 describiendo que no rescindió el contrato y la posibilidad de entregar la versión naftera del rodado (fs. 30).

Sin embargo, y en contrario, luce a fs. 59 del E.A. una carta documento fechada el 05 de junio de 2009 por el que se le notifica al actor lo contrario:

"Ante la falta de pago cuotas 22, 25, 24, 23 en el día de la fecha procederemos a rescindir la Solicitud de Adhesión n° 253533 de acuerdo al ART. 13 de las Condiciones Generales" (fs. 59 del E.-A.).

C.- Continuando con el análisis, y en atención a que el actor reclama por las consecuencias de haber tenido que rescindir el contrato por incumplimiento, hallo razón a la crítica contra la sentencia tachándola de contradictoria



respecto a la interpretación de la cláusula octava y la valoración de la prueba vinculada a la conducta de las demandadas.

Precisamente, porque ninguna de ellas acreditó la razón por la que estaban imposibilitadas de hacer entrega al actor de la versión diesel de la camioneta luego que éste ejerciera la opción que le habilitaba la citada regla contractual cuando su plan de financiamiento fue adjudicado.

Ciertamente la cláusula no es ni abusiva ni arbitraria por otorgar a las vendedoras del bien la posibilidad de denegar el pedido u opción, más ello no las libera ni exime de justificarlo; así, frente a las acreditadas expectativas y postura del actor que lo habían definido para contratar, se les imponía como una obligación.

Entonces, que no se fabricara o se haya dejado de importar, tanto como sus causales, estaban en la órbita de las demandadas acreditarlo, tratándose de los hechos que era su carga exteriorizar para liberarse del expreso reproche, máxime cuando el actor incorpora prueba sobre la venta de modelos correspondientes al año 2008.

Y no sólo eso, si el producto ya no estaba en producción o en stock ello debió haber sido anticipado antes al actor, incluso de recibir su intervención en un proceso de licitación (fs. 26/27).

Por el contrario, lo único esbozado en sede administrativa por la Administradora es que el bien no estaba incluido dentro del plan, más ello se contrapone a lo enunciado en la misma cláusula octava, que autoriza al adherente al cambio de cualquier modelo de la marca, tal la modalidad de comercialización acreditada y utilizada a los fines de la captación de clientes; luego, en el trámite judicial no se aporta prueba acerca de que versión naftera es la única que existía al contratar, como bien advierte la sentenciante de grado.



D.- Entonces, a tenor de lo hasta aquí reseñado e independientemente de cómo el actor lo enuncia, luego de la intimación por misivas de fecha 16.01.2009 (fs. 2 y 4 del E.A.) y dado el desconocimiento de las tratativas previas a la formación del contrato que formulan las demandadas en las cartas documento del 04.02.2009 (fs. 3 y 5 E.A. ya transcriptas), el contrato quedó resuelto, aún tácitamente, a partir de la presentación del 20 de mayo de 2009 que realizó aquel ante la autoridad de aplicación (fs. 25 E.A.) planteando la rescisión y solicitando se lo indemnice con el daño directo, haciendo reserva de los restantes daños y perjuicios.

A su vez, y conforme lo desarrollado en el punto C, cabe endilgar a las perseguidas las consecuencias del tipo o modalidad de oferta realizada y fundamentalmente, comprensiva del deber de información que era de su expresa incumbencia para que el contrato efectivamente se pudiera cumplir en los términos pactados.

En el caso, llama la atención que un voluminoso instrumento al que el actor sólo le queda adherir mediante su rúbrica (fs. 31 a 49 del E.A.) y no obstante la trascendencia de los derechos y obligaciones que allí nacen, se omitiera consignar su exacto objeto, que era el de acceder a otro tipo de bien; y no menos, que al concurrir a licitar el 15 de diciembre de 2008, no haya sido advertido por las demandadas de la imposibilidad que tendrían de venderle el bien que pretendía.

Esta falta de especificación, ciertamente atribuible a la modalidad estandarizada e impersonal de comercialización que practican las demandadas al momento de recibir la oferta - tal como se anticipara- evidencian un severo déficit en la publicidad e información, con repercusiones perjudiciales para el consumidor convencido de contratar en dichos términos, cuya procedencia y entidad se habrán de evaluar en el capítulo siguiente; que además tampoco se preocuparon de sanear para el



futuro, cuando sería impensable suponer que desconocieran que al año siguiente el tipo de rodado que pretendía el actor no se comercializaría más.

La divergencia expuesta involucra lo que se ha denominado "factor confiabilidad", por el que cada consumidor deposita en el proveedor la carga positiva de que su comportamiento será conforme a lo informado en el estadio precontractual, comprobándose en el caso la violación de la confianza luego que las accionadas recurrieran a un hecho sorpresivo e imprevisto para justificar que no cumplirían con lo que el consumidor pretende había sido el objeto y condición de que se celebrara el contrato; de tal forma que deban responder por las consecuencias dañosas, patrimoniales y morales, que se derivaran de ello.

Intimidadas las accionadas a cumplir, al anunciar en sus misivas que no lo harían, corresponde tener por resuelto el contrato a partir de la fecha en que así lo exteriorizó el consumidor el 20 de mayo de 2009, y procedente atribuirles responsabilidad por ello conforme a que la frustración de aquel es la derivación de su acción y omisión (arts. 4, 10 bis inc. c), 37 y 40 de la LDC y art. 1198 del C.Civil).

Finalmente destacar que el supuesto en análisis ha sido receptado expresamente en el actual Código Civil y Comercial, previendo en su art. 1090 bajo el título "Frustración de la finalidad", que:

"La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a



resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

E.- Atribución de la responsabilidad de las accionadas:

1.- La responsabilidad de Piré Rayen Automotores S.A Concesionario Fiat: La índole del hecho generador de responsabilidad de la concesionaria deriva del incumplimiento a su deber de informar que la Ley de Defensa del Consumidor y al de actuar con buena fe al contratar y ejecutar los contratos (art. 4º y 37 LDC y art. 1198 del C.Civil), desde que se comprobó que la resolución de éste fue directa consecuencia de que al tiempo de contratar ofreció un bien que por sus características no fue entregado y que -según invocara- estaría impedida hacerlo en el futuro por decisión del proveedor, omitiendo haberlo anoticiado oportunamente al consumidor, mientras lo que se acreditó es que al momento de contratar estaba en el mercado, con lo que el negocio resulta frustrado atento a que el tipo y marca había sido determinante para contratar.

Ricardo Lorenzetti explica que integran el deber de información: los hechos susceptibles de influir sobre la decisión del consumidor y que hacen a su consentimiento, los datos relativos a la invalidez del contrato, los referentes a los vicios de la cosa, los relativos a la funcionalidad de la cosa o el servicio. (Ricardo Lorenzetti, Rubinzal Culzoni, 2003).

EL artículo 4º de la LCD no sólo constituye un verdadero principio general en materia de consumo, sino que consagra un derecho subjetivo del consumidor. Asimismo, debe aquí destacarse que la información contractual es la que el consumidor requiere o necesita durante la ejecución del contrato, revistiendo particular importancia la vinculada con el modo o empleo del servicio, siendo exigible el deber de información durante todo el tiempo de la ejecución del



contrato y, con más razón, extensiva a los reclamos que el consumidor realice en relación al servicio prestado (Pita y Moggia de Samitier en "Código de Comercio", Rouillon, Director, t. V, La Ley, 2006, pp. 1108/1109).

Lo cierto es que aquel que pretende adquirir un vehículo nuevo debe recurrir a un concesionario oficial de la empresa que fabrica el rodado de la marca elegida, y que es medio por el cual la última llega al mercado; generándose así la creencia del consumidor de que los actos del concesionario están avalados por el fabricante por la influencia de la publicidad y de la marca en la comercialización del automóvil. El usuario no conoce la relación interna y confía en la apariencia creada por la administradora de los planes de financiación que también detenta la exclusividad de la provisión de la empresa fabricante (Cláusulas 8 y 12).

2.- La responsabilidad de Fiat Auto S.A. de Ahorro para fines determinados.

Resulta de la modalidad acreditada que la concesionaria a la que concurrió y ante la que el consumidor rubricó el contrato de adhesión, luego de ser asesorado e informado, se encuentra subordinada técnica y económicamente a la administradora de los planes de financiación destinados a adquirir rodados de la marca que en exclusiva ambos comercializan.

Esta vinculación que no fue controvertida en sus alcances y efectos, deriva en que tenga a su cargo controlar o supervisar la modalidad y condiciones en que se ofrecen los servicios financieros y bienes; en punto a ello, se acredita que es ante la concesionaria que gestiona el contrato originario donde se deben presentar los documentos para la oferta de licitación (fs. 26/27).

La estructura comercial y la realidad de la relación contractual creada a instancia de la empresa financiera, que administra el aporte mensual del futuro adquirente y provee



los rodados a venderse a crédito, esto es, con motivo de la conexidad contractual de la obligación de seguridad, de la apariencia y de la confianza que la marca despierta en el consumidor, que aquella debe responder.

La seguridad evoca una situación objetiva de ausencia de riesgos, que el producto/servicio no causará daño y que la prestación será cumplida y de la manera convenida o sugerida, "de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender" (art. 1198 del Código Civil), conforme a las previsiones del art. 5 de la ley de Defensa del Consumidor. (Weingarten, Celia y otros, Derecho del consumidor, pág. 99).

En tal sentido, y más allá de la expresa previsión del art. 40, su responsabilidad es objetiva, en virtud de la directiva de la buena fe prevista en el art. 1198 del Código Civil.

VIII.- Los daños reclamados. Definida la responsabilidad de las accionadas, se habrá de abordar la procedencia del reclamo por los daños que denuncia haber sufrido el actor, el nexo causal con resolución contractual y su cuantificación económica, comenzando por los rubros que integran el emergente, para finalizar en el moral.

1.- **Restitución de sumas abonadas:** Conforme haber optado el actor por la resolución del contrato, no cabe dudas que un efecto propio de ello consiste en la devolución de las sumas integradas con motivo de las cuotas y diferencia integrada en el proceso de licitación, de tal forma de colocarlo en la situación patrimonial anterior a la constitución de la obligación.

Atento lo señalado, este rubro habrá de prosperar por \$10.440,58, suma no cuestionada y resultante de la documentación aportada a fs. 4/27, a la que se adicionarán los intereses desde la fecha en que aquel tuvo por tácitamente resuelto el contrato, es decir el día 20 de mayo de 2009,



conforme presentación de fs. 25 del Expediente Administrativo, y hasta el efectivo pago a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén.

2.- Privación de uso: Considerando la forma en cómo se extinguió el contrato, el rubro prosperará en forma limitada, resultando compensable desde que comunicó su opción luego de la adjudicación el día 29 de diciembre de 2008 (fs. 57 del E.A.), hasta la citada fecha en que lo tuvo por resuelto, el 20 de mayo de 2009 (fs. 25 del E.A.).

Aún considerando la suma de \$100,00 y computando 148 días corridos, conforme atribución del art. 165 del CPCyC, estimo prudente fijar el monto por este rubro en la suma de \$10.000, a la que se adicionarán los intereses según lo señalado en el punto anterior.

3.- Lucro cesante: El actor no ha acreditado en forma suficiente su actividad (inscripciones, contratos, etc), más allá de lo aportado por dos testigos que lo reconocen en el pasado como un prestador de servicios de construcción; más tampoco hay aporte respecto a que para cumplir tales tareas sea imprescindible el uso de una camioneta, o que le haya sido imposibilidad poder contar con un medio equivalente.

Lo expuesto conduce a que se rechace el rubro por falta de prueba (art. 377 del CPCyC).

4.- Daño Moral: Considero que la modalidad en que las accionadas manejaron la información, sea por su insuficiencia o por el momento en que le fue brindada en forma completa, tanto como los efectos que produjo, incuestionablemente lesionado un interés jurídico espiritual del actor, tal las legítimas expectativas generadas a partir de la adhesión a un plan para financiar la compra de un rodado que tenía previsto destinarlo a quehaceres diarios y necesidades familiares.

Más aún cuando lo llevaron a vender el que ya poseía para poder adelantar su compra para ser adjudicado un proceso



de licitación que habilitaba el contrato (conf. Documental de fs. 1/3 y declaración testimonial de fs. 175/177).

Por ello, si bien en materia de incumplimiento contractual, el reconocimiento de la indemnización por daño moral tiene carácter restrictivo, el juez tiene la atribución de ponderar su procedencia en atención al hecho generador y a las particulares circunstancias del caso.

En el caso, se evidencia como adecuado al curso natural y ordinario de las cosas que la frustración de la adquisición de un rodado del tipo por el que había optado le generó al actor mortificación o disgusto, máxime luego del trato poco satisfactorio e inoportuno que recibió a tenor de las sucesivas respuestas que dieron las accionadas, así como el de prolongar la definición cuando las posibilidades eran nulas.

Que en relación a la reparación del daño moral, lo contempla como daño no patrimonial el nuevo art. 1741 del C.Civil y Comercial, debiéndose entender como toda modificación disvaliosa del espíritu en su capacidad de entender, querer o sentir, traducido en un modo de estar del damnificado, diferente de aquel en el cual se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial.

Que en relación al daño reclamado, no existen dudas en que el solo acaecimiento del hecho en circunstancias como las descriptas en que se comprobó la insuficiencia de la información, teniendo en cuenta la brindada al realizar la oferta que determinó la contratación, y sin el oportuno anoticiamiento del cambio o alteración de las condiciones del tipo del bien que, según las accionadas, le impedirían cumplir con su prestación, condujo a la resolución contractual, hacen presumir la existencia de lesión moral en el afectado.

Que tal como lo estipula el art. 1744 del C.C.yC., surge notorio de los antecedentes transcriptos hasta aquí y no



requiere de mayor prueba la repercusión que tuvo en el espíritu, ánimo y sentimientos del damnificado la conducta ilícita de las accionadas, trato que no estaba obligado a soportar, y que resulta indemnizable.

Conforme las consideraciones expuestas, estimo ajustado estipular para reparar este rubro la suma de \$16.000,00 con más los intereses que se computarán y calcularán según lo señalado en 1.

IX.- Por todo lo expuesto, propiciaré al acuerdo revocar la sentencia de grado, y haciendo lugar a la demanda del actor, condenar a las accionadas a pagar a aquel la suma de \$34.446,58, con más los intereses fijados en el capítulo anterior.

X.- Las costas de ambas instancias se cargarán a las demandadas en su calidad de vencidas (art. 68 del CPCyC).

XI.- Regúlanse los honorarios de los letrados intervinientes por su actuación en la instancia de grado, conforme la planilla de liquidación a practicarse, en el porcentaje de: 18% al patrocinante del Actor y 13% a los letrados patrocinantes de las demandadas (más 40% apoderados) (art. 6, 7, 9, 10, 20 s.s. y c.c. Ley 1594).

Honorarios de segunda instancia: 35% de los anteriores al patrocinante del actor y 30% a los letrados de las demandadas.

A los planteos y pedidos de fs. 335/336 de la accionada y fs. 338/339 del actor: Estese a la sentencia que antecede.

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

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

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:



1.- Revocar la sentencia dictada a fs. 305/309, y en consecuencia, hacer lugar a la demanda del actor, condenando a las accionadas a pagar a aquel la suma de PESOS TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS (\$34.446,58), con más los intereses fijados en el capítulo VIII.

2.- Imponer las costas ambas instancias a las demandadas en su calidad de vencidas (art. 68 del CPCyC).

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que adecuados al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), conforme la planilla de liquidación a practicarse, en el porcentaje de: 18% al patrocinante del Actor y 13% a los letrados patrocinantes de las demandadas (más 40% apoderados) (art. 6, 7, 9, 10, 20 s.s. y c.c. Ley 1594).

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 35% de los anteriores al patrocinante del actor y 30% a los letrados de las demandadas (art. 15 L.A.).

5.- A los planteos y pedidos de fs. 335/336 de la accionada y fs. 338/339 del actor: Estese a la sentencia que antecede.

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

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