



ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los 9 días de febrero del año 2023, la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con la Dra. Alejandra Barroso, el Dr. Pablo G. Furlotti y la Dra. Gabriela B. Calaccio (esta última, convocada a dirimir la disidencia planteada) con la intervención del Secretario de Cámara, Dr. Juan Ignacio Daroca, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"BAABOR ALBERTO C/ FCA S.A Y OTRO S/D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES" - (Expte.: JJUCI1-EXP-56499/2019)**, del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería número uno de la ciudad de Junín de los Andes; y en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes, dependiente de esta Cámara.

CONSIDERANDO:

De acuerdo al orden de votos sorteado, el **Dr. Pablo G. Furlotti** dijo:

I.- A fs. 414/438vta. glosa sentencia de primera instancia que resuelve "Fallo: 1.- Admitir parcialmente la demanda impetrada por el Sr. Alberto Baabor y, en consecuencia, condenar a FCA SA DE AHORROS PARA FINES DETERMINADOS y a DETROIT 1925 SA para que, en forma solidaria: a) le entreguen al Sr. Alberto Baabor el vehículo elegido oportunamente como cambio de modelo (JEEP COMPASS PLUS LIMITED 0km) y con motivo de la adjudicación recaída en fecha 16/04/2018, en el orden n° 44 del grupo 14134, en un todo de acuerdo a las demás condiciones contractuales pactadas y en un plazo máximo de sesenta (60) días corridos contados a partir de que quede firme esta decisión; y b) le abonen al Sr. Alberto Baabor la suma de PESOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE CON OCHENTA CENTAVOS (\$57.367,80) en concepto de indemnización por los daños causados, con más los intereses indicados en el ap. V de esta

sentencia. 2.- Disponer que la condena recaída en el ap. 1.a. lo es bajo apercibimiento de ejecución en los términos previstos por el art. 515 y concordantes del CPCyC; mientras que la condena decidida en el ap. 1.b. lo es bajo apercibimiento de ejecución en los términos del art. 502 y concordantes del CPCyC. (...)” (tex.).-

El pronunciamiento es impugnado por el letrado apoderado de la parte actora a fs. 443 y por la letrada apoderada de la co-demandada FCA S.A. de Ahorro Para Fines Determinados a fs. 444.-

Recibido el expediente en esta Alzada y dado el trámite de rigor, el actor expresa agravios a fs. 451/457 los cuales no merecen respuesta de las contrarias.-

En providencia de fs. 461 se declara desierto el recurso de apelación intentado por FCA S.A. de Ahorro Para Fines Determinados a raíz de no haber expresado agravios y se llama autos a sentencia, resolución esta que se encuentra firme y consentida.-

II.- Agravios parte actora

1.- En primer lugar cuestiona que en el sentencia se haya dispuesto que la condena se ejecutará en los términos del art. 515 del Código Procesal para el caso que las accionadas incumplan con la entrega del “...vehículo elegido oportunamente como cambio de modelo (Jeep Compass Plus Limited 0 km) y con motivo de la adjudicación recaída en fecha 16/04/2018, en el orden Nro. 44 del grupo 14134...” (sic.), por entender que el apercibimiento aludido contradice en forma expresa la Ley de Defensa del Consumidor y afecta el principio de congruencia.-

Expresa, previo a transcribir el art. 10 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, que del escrito inicial surge claramente que el actor optó por exigir el cumplimiento forzado -entrega de la camioneta- y no el valor de bien, extremo por el cual considera que el apercibimiento fijado por el juzgador no resulta congruente con lo requerido en el escrito de demanda.-

Indica que lo correcto hubiese sido apereibir a las accionadas con la aplicación de la Cláusula Nro. 7 de las Condiciones Generales, la cual establece una sanción por la demora injustificada en la entrega, o bien de sanciones conminatorias (astreintes) en los términos del art. 804 del Código Civil y Comercial.-

Sostiene que si el cumplimiento de la condena se tornara imposible, extremo que considera debe ser acreditado por las accionadas, corresponde otorgar al actor la facultad de elegir entre la diversas posibilidades que prevé el art. 10 bis de la normativa consumeril, es decir obtener otro bien o prestación equivalente, obtener la restitución de lo abonado u obtener en suma de dinero el valor del bien actualizado, ello en atención que la solución aludida es la que mejor conjuga los principios de la LDC con la normativa procesal contenida en el art. 515 del código ritual.-

Cita jurisprudencia que entiende aplicable a la posición que sustenta y requiere la modificación del decisorio en los términos pretendidos.-

2.- En segundo término critica el rechazo de la multa prevista en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.-

Sostiene -a diferencia de lo expresado por el juzgador- que conforme la actitud asumida por la codemandada FCA en las actuaciones administrativas llevadas a cabo en las oficinas de Defensa al Consumidor, las cuales reseña y detalla, se encuentra plenamente acreditado que la empresa antes nombrada actuó de modo artero a fin de obtener un beneficio económico en desmedro de su representado y que su accionar estuvo dirigido a obtener un lucro o ganancia indebida a costa de la violación de los derechos del consumidor, circunstancia esta que habilita la aplicación de lo normado por el art. 52 bis.-

Cita jurisprudencia en apoyo de la postura que esgrime y solicita el acogimiento del agravio en los términos deducido.-

3.- Por último se agravia del rechazo de la indemnización prevista en las Condiciones Generales del contrato objeto del presente litigio (Cláusula Nro. 7) en concepto de cláusula penal por incumplimiento en la entrega del bien.-

Afirma -conforme los argumentos que expone, a los que me remito y doy por reproducidos en honor a la brevedad- que en el legajo obran elementos de convicción, los cuales pondera, que dan cuenta que se encuentran demostrados los extremos exigidos por la normativa contractual citada precedentemente para declarar procedente el resarcimiento que pretende en concepto de cláusula penal.-

Formula diversas consideraciones fácticas y jurídicas en relación a las conclusiones a las cuales arriba el juzgador respecto al punto, las que califica como incorrectas y contrarias a la sana critica, con el objeto de acreditar que el aspecto atacado es jurídicamente absurdo.-

En definitiva, peticiona que se haga lugar al agravio y, en consecuencia, se modifique la sentencia en lo que al punto refiere.-

III.- A) Atento las facultades conferidas a esta Sala como Juez del recurso -que puede ser ejercida aún de oficio- corresponde examinar si la expresión de agravios reúne los requisitos formales de habilidad exigidos por el art. 265 del Código Procesal.

En ese cometido y atendiendo a la gravedad con que el art. 266 del ordenamiento de rito sanciona la falencia del escrito recursivo, considero que habiendo expresado el recurrente mínimamente la razón de su disconformidad con la decisión adoptada, las críticas efectuadas habilitan el análisis sustancial de la materia sometida a revisión con los límites impuestos por las mismas.

Ello es así, en razón que no debe desmerecerse el escrito recursivo, si llena su finalidad, aunque lo haga con estrechez o bordeando los límites técnicos tolerables. En ese entendimiento concluyo que el recurso en análisis debe ser examinado.

B) Reiteradamente esta Cámara se ha remitido a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto sostuvo y sostiene que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), en mérito a lo cual no seguiré a la recurrente en todos y cada una de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio. En otras palabras, se considerarán los hechos jurídicamente relevantes (cfr. Aragonese Alonso, "Proceso y Derecho Procesal", Aguilar, pág. 971, párrafo 1527), o singularmente trascendentes (cfr. Calamandrei, "La génesis lógica de la sentencia civil", en "Estudios sobre el proceso civil", págs. 369 y ss.).

Estimo conveniente destacar que el juzgador no posee obligación de ponderar en su sentencia todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que entienda, según su criterio, pertinentes y útiles para formar en su ánimo la convicción necesaria para proporcionar fundamentos suficientes a su pronunciamiento. En tal sentido el Alto Tribunal de la Nación sostuvo que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar su decisión (CS, Fallos, 274:113; 280:320; entre otros), ni deben imperativamente, tratar todas las cuestiones expuestas o elementos utilizados que a su juicio no sean decisivos (Fallos, 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 308:2172; 310:267; entre muchos otros), motivo por el cual la ausencia de consideración concreta de alguna de ellas no significa falta de valoración

sino la insuficiencia de aptitud convictiva del elemento de prueba o del argumento como para hacer variar el alcance de la decisión.

Cabe agregar que la Corte Suprema ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria. La prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los artículos 17 y 18 de la Carta Magna (CSJN, 13.10.94, Ed 162-193).-

IV.- Establecido lo anterior y determinada la postura del recurrente (apartado II), cabe abordar los cuestionamiento traídos a consideración.-

Primer agravio

A.- El Derecho del Consumidor se erige como un sistema de normas principiológicas, de fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable. Desde su consagración constitucional, fortalecido por las previsiones del Código Civil y Comercial, tiene un notorio direccionamiento en el sentido de la protección jurídica del sujeto débil, vulnerable en las relaciones de consumo.-

En el vínculo que se genera entre el consumidor o usuario y el proveedor o prestador de servicios o bienes, el primero de ellos (consumidor) aparece como la parte más débil o vulnerable frente a la profesionalidad del segundo, de allí la normativa consumeril otorga al consumidor, desde que recibe la oferta y hasta que se consolida como tal, herramientas jurídicas adecuadas a fin de que se encuentre en condiciones de ejercer sus reclamos o pretensiones de manera eficaz y ágil para que pueda ver satisfechos sus intereses.-

Entre las herramientas jurídicas aludidas, en la etapa de cumplimiento o ejecución, se encuentra la facultad de ejercitar las acciones legales pertinentes a fin de lograr el

acabado cumplimiento de lo prometido que prevé el art. 10 bis de la ley 24240.-

La norma antes referida, la cual fue incorporada al régimen de Defensa al Consumidor por el art. 2 de la ley 24787, expresamente dispone: "El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan" (tex.).

El tenor de la disposición antes transcrita permite interpretar que el acreedor (consumidor), ante cualquier tipo de incumplimiento obligacional por parte del deudor (proveedor de bienes o servicios), se encuentra facultado a recurrir a algunas de las opciones que allí se prevén a fin de lograr el cumplimiento del objeto del contrato o relación de consumo, de allí que la norma citada constituye un complemento, en el ámbito de las relaciones de consumo, de las reglas que resultan de los arts. 730, 731, 886 a 888, 1059 y 1060 del Código Civil y Comercial (arts. 505, 509, 1202 y concordantes del Código Velezano).-

La primera de las opciones reguladas en el art. 10 bis -exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible (inc. a)-, comprende tanto el cumplimiento forzado por el propio deudor (art. 730 inciso a) CCyCN) como la ejecución por un tercero (art. 730 inciso b), del mismo cuerpo normativo) y en caso que el cumplimiento en especie no fuere posible -por imposibilidad material o por no subsistir interés por parte del consumidor- debe acudir al resarcimiento dinerario.-



En tal orden de ideas la doctrina ha expresado: *"La primera opción con la que cuenta el consumidor es la de "Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible" (inc. a), tratándose de la denominada "ejecución forzada directa" de la obligación, que comprende tanto el cumplimiento forzado por el propio deudor como la ejecución por tercero. El sistema de la Ley de Defensa del Consumidor es coincidente, en ese punto, con el que resulta de la normativa general de nuestra ley civil, (...), sin perjuicio de destacar que, si el cumplimiento en especie no fuere ya posible -tanto por imposibilidad material como por no subsistir interés del acreedor (consumidor)-, o bien si el consumidor optare directamente por resolver el contrato (art. 10 bis, inc. c], ley 24240, que analizamos infra), deberá acudirse al resarcimiento dinerario."* (Wajntraub, Javier H., "Régimen Jurídico del Consumidor Comentado", págs. 102/103, Ed Rubinzal Culzoni).-

Por su parte la jurisprudencia ha sostenido: *"El art. 10 bis de la ley 24240 (incorporado por el art. 2 de la ley 24787) determina que el incumplimiento de la oferta o del contrato faculta al consumidor, sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que ejerza, a exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible, concordando tal perceptiva plenamente con el régimen general de los contratos para el supuesto de daños moratorios, en los que puede ser acumulada la pretensión indemnizatoria con la de cumplimiento (art. 505 inciso 1 y 3 del Código Civil)"* (CApel., Sala A, Trelew, -D.P., D.S. c/ I., S.R.L. y otro s/ daños y perjuicios-, 5-3-2008, RCJ: 798/2010).-

Trasladando los conceptos referidos al supuesto de autos advierto que del escrito de demanda surge claramente que el actor reclamó "... la efectiva adjudicación del vehículo contratado (sic., párrafo final de fs. 118vta.), es decir ejerció la facultad de optar (cfr. art 10 bis inciso a) por

exigir el cumplimiento forzado de la obligación que emana del contrato oportunamente suscripto.-

La circunstancia referida -exigibilidad del cumplimiento de contrato en los términos deducidos en la presentación inicial- trae aparejada, en el supuesto en que **sea de imposible cumplimiento la condena impuesta en la sentencia atacada (sea imposible efectivizar** la entrega del rodado en la forma y términos dispuestos), que las incoadas se encuentren constreñidas u obligadas a entregar el valor equivalente del bien, monto o suma esta que al no estar determinada no cabe duda que debe ser fijada en la forma prevista en el Código Procesal.-

En virtud a los argumentos esgrimidos considero, teniendo presente que en el primer apartado del punto 2 del Fallo la sentencia dispone: "...que la condena recaída en el ap. 1.a lo es bajo apercibimiento de ejecución en los términos previstos por el art. 515 y concordantes del CPCyC, ..." (tex.), que lo decidido por el judicante resulta irreprochable, ajustado a derecho y congruente con la pretensión actoral.-

Destaco que no se me escapa que el quejoso sostiene que resultaba procedente establecer un apercibimiento distinto al dispuesto por el juzgador, pero cierto es que dicha pretensión, a la luz de las explicaciones vertidas, resulta desajustada a la normativa jurídica aplicable al caso.-

B.- En definitiva, por la totalidad de los argumentos brindados, entiendo que cabe desestimar el agravio bajo estudio y, en consecuencia, confirmar la sentencia de la anterior instancia en lo que al punto refiere, máxime si se tiene presente -reitero- que no se ha violado el principio de congruencia, tal como lo alega el quejoso en la presentación recursiva.-

Segundo agravio (daño punitivo)

A.- 1) La reforma constitucional de 1994 marcó un hito en materia de derechos de consumidores y usuarios, atento que es a partir de allí que esta trascendente problemática se halla en

la cúspide de la pirámide jurídica con la previsión normativa del artículo 42 de la Constitución Nacional. A la par, la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor -modificada por la ley 26.361-, generó un microsistema que tiene la particularidad de establecer un principio propio para determinar la coordinación de sus disposiciones con las del Derecho común o los restantes regímenes que puedan resultar aplicables en cada caso, que viene a reemplazar a los clásicos criterios de *lex posterior* y *lex specialis*: se trata de estar, siempre, a la solución más favorable para el consumidor (cfr. Picasso, Sebastián, La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema, en L. L. 2008-C-562.). Sin dejar de ser un estatuto de aplicación especial -cuya procedencia se encuentra condicionada a que estemos frente a una relación de consumo-, adquiere el carácter de norma general frente a cualquier sistema legal que regule especialmente determinados aspectos puntuales relacionados a la protección del consumidor (cfr. [Castro, Paula A.](#), "El impacto del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en el Derecho de los Consumidores, La figura del "daño punitivo" Revista de Derecho Procesal, Tomo: 2013).

Luego, el legislador nacional sancionó la ley 26.361 que, como se dijo, modificó la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor e incorporó en el artículo 52 bis el instituto del "daño punitivo" en los siguientes términos: "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.

De acuerdo con la norma antes transcripta la concesión de daños punitivos presupone el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor; la petición del consumidor o usuario damnificado; la existencia de daño resarcible; la atribución del magistrado para decidir su otorgamiento y graduación; la concesión en beneficio del consumidor; el límite cuantitativo determinado por el artículo 47 de la ley 24.240.

Los daños punitivos que dicho subsistema regula han sido definidos como los importes de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (cfr. en este sentido, Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral", Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 453.).

El autor citado ha resaltado que el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor permite, a partir de una lectura contextualizada, tener presente una serie de notas típicas: a) la gravedad de la falta; b) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; c) los beneficios obtenidos o procurados con el ilícito; d) la posición de mercado de mayor poder del punido; e) el carácter antisocial de la inconducta; f) la finalidad disuasiva futura perseguida; g) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta; h) el número y nivel de empleados comprometidos en la inconducta; i) los sentimientos heridos de la víctima.

La finalidad que se persigue con esta particular especie de sanción no es sólo castigar un grave proceder, sino también prevenir - ante el temor que provoca la multa- la reiteración de hechos similares en un futuro. También contribuye

-como sostienen varios autores- al desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos. La idea es que "frente al riesgo de sufrir la sanción, deje de ser económicamente atractivo enriquecerse a costa de vulnerar derechos ajenos" (Simari, Virginia, Daños punitivos: una herramienta eficaz, en E. D. 182-1621).

Partiendo de las mencionadas premisas, destaco que no desconozco que el daño punitivo debe ser entendido como una figura de excepción, que requiere de un factor subjetivo agravado como condición para su aplicación. En función de ello, el texto emergente del art. 52 bis de la ley consumeril deberá interpretarse como un "todo", es decir, tomando la gravedad del hecho que cita la norma, no únicamente como pauta de graduación, sino también como condición de procedencia del daño punitivo.

En virtud de lo dicho, no cualquier ilícito (contractual o extracontractual) debería ser apto para engendrar una sanción tan grave. Lo importante es la gravedad, la reiteración, el menosprecio por el consumidor, el desdén, la indiferencia o la eventualidad de que la conducta se repita. En definitiva tiende a su cese. Desde esta perspectiva, son pasibles de ser sancionados los proveedores que no cumplen con obligaciones legales o contractuales.

Las reglas de la sana crítica, aunque no definidas en la LDC, suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso, la apreciación de la prueba y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador. Como es sabido, dichas reglas consisten en los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificable, actuando ambos como fundamento de la posibilidad y realidad.

La normativa consumeril postula que el juez podrá aplicar una multa civil. Es una potestad que conlleva un grado de discrecionalidad del magistrado, dentro del sistema reglado de la Ley de Defensa del Consumidor. Pero, más allá de la

amplitud del margen de apreciación según el “sano arbitrio judicial”, considero que si en el caso bajo examen se han verificado las condiciones de procedencia, el juez “debe” aplicar la sanción. Dicha multa civil a favor del damnificado, se graduará en función de la gravedad del hecho y circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan (daño emergente, lucro cesante, intereses, daño moral y demás componentes de la indemnización por el hecho ilícito que además genera la posibilidad de reclamar el daño punitivo, como consecuencia de aquél y dada su gravedad). (cfr. en este sentido, Tinti, Guillermo Pedro - Roitman, Horacio, “Daño Punitivo”, Revista: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo: 2012 - 1. Eficacia de los derechos de los consumidores, RC D 27/2015, www.rubinzal online.com.ar).

2) En autos se encuentra plenamente acreditado y llega firme a esta instancia que FCA comunicó su decisión de rechazar la entrega del rodado por el cual había optado el actor (Jeep Compass Plus Limited) alegando “cambio de modelo impago” (cfr. nota fechada el 15 de junio de 2018, fs. 16) pese haber aceptado y tener pleno conocimiento que el Sr. Baabor, el 14 de junio de dicho año, había cancelado o abonado la suma en concepto de diferencia de modelo (cfr. fs. 5/4, 39/40 y 369, dictamen pericial contable de fs. 397/401 y fs. 407/48, correo electrónico remitido por la accionada el 14-06-2018 a las 17:37 horas y pericia informática de fs. 335/349).-

La circunstancia fáctica precedente me permite aseverar -teniendo presente que en la causa, tal como lo pone de resalto el juzgador, no obran elementos de convicción que acrediten que el Sr. Baabor hubiese incumplido los recaudos genéricos denunciados en el escrito de demanda- que la empresa accionada, contrariando el principio de buena fe comercial previsto en el art. 961 del Código Civil y Comercial, incumplió en forma deliberada y sin motivo alguno con la obligación a su cargo, conducta esta que sin duda alguna importa un accionar con culpa

grave, máxime si se tiene en cuenta que la nombrada no demostró haber desplegado acciones tendientes a buscar una solución concreta al entuerto a fin de revertir la posición que oportunamente asumió.-

Destaco que no paso por alto que la empresa aludida propuso al accionante dos alternativas conciliatorias al momento de realizar el descargo ante Defensa del Consumidor, pero considero -a diferencia de lo que se sostiene en la decisión puesta en crisis- que no cabe calificar a las mismas como razonables, toda vez que: a) en la propuesta inicial, conforme cabe interpretar de la simple lectura de fs. 20/23, la incoada ofrece al actor adjudicarle administrativamente el rodado originalmente contratado (Jeep Renegade) bajo la condición de que abonara a valores vigentes al mes de noviembre de 2018 conceptos que el mismo había cancelado en abril de dicho año y b) en la segunda de las propuestas ofrece reintegrar las sumas de dinero oportunamente pagadas sin los intereses correspondientes al uso del capital.-

Súmese a lo indicado que el incumplimiento de la accionada -producto, reitero, de un obrar deliberado e intencional o, como mínimo, de una grave desaprensión en el cumplimiento de las obligaciones en juego- revela una conducta contraria a lo previsto por el art. 8 bis de la LDC y 1097 del Código Civil y Comercial.- Ello en razón a que dicho actuar, el cual en modo alguno se condice con el estándar profesional de las empresas que se dedican a la comercialización y adjudicación de rodados por medio de planes de ahorros, quebrantó las legítimas expectativas del actor (consumidor) de contar con el rodado por el cual había optado en tiempo propio a pesar de haber dado efectivo cumplimiento a los requisitos o recaudos exigidos por la incoada.-

En relación a la aplicación del art. 52 bis de la LDC en el supuesto de violación a lo normado por el art. 8 bis de dicho ordenamiento legal la jurisprudencia ha expresado: "[...]

señalo que la actitud desaprensiva de las demandadas colocó a la accionante en un derrotero de reclamos y, finalmente, la obligó a promover la presente acción judicial. Todo lo cual vino a dilatar de modo injustificado e innecesario la solución del entuerto. En esta directriz se tiene dicho que constituye un hecho grave susceptible de "multa civil" por trasgresión de la LDC 8 bis que exige un trato digno al consumidor, el colocarlo en un derrotero de reclamos, en el que se haga caso omiso a la petición (Guillermo E., Falco, "Cuantificación del daño punitivo", LL 23.11.11, y fallo allí cit.)" (CNCom., Sala F, - Liotta, Ricardo Javier c/ FCA S.A. de Ahorro para Fines Determinados y otro s/ sumarísimo-, 16-05-2022).-

En virtud a todo lo expuesto considero, teniendo presente las bases conceptuales precedentemente citadas, que en autos se encuentran cumplidos los extremos que torna aplicable la multa civil prevista en el art. 52 de LDC y por tanto la empresa FCA (conjuntamente con la otra co-demandada) debe ser condenada al pago de una indemnización en concepto de daño punitivo, tal como fue reclamado por el demandante.-

Resalto que no soslayo lo decidido por esta Cámara en los precedentes que se citan en la sentencia recurrida, pero cierto es que la postura que asumo en el presente en relación al daño punitivo se condice con la posición que he sustentado, luego de un nuevo estudio y análisis de la cuestión, en los fallos "Cooperadora Hospital San Martín de los Andes" (Ac. del 26-4-2018), "Hermocilla" (Ac. del 22-06-2021) y "Baeza" (Ac. del 5-10-2021)

3) El desarrollo y las características de la conducta incumplidora deben ser valorados para la cuantificación del daño, a lo cual deben adicionarse otros factores de ponderación tales como: a) la proporcionalidad con la gravedad de la falta, de donde emerge que la sanción debe guardar proporción con la falta cometida y que se pretende sancionar, b) el valor de la prestación debida, como indicador para cuantificar el daño

punitivo; y c) la equidad que indica que la sanción pecuniaria no debe ser tan alta que constituya una confiscación arbitraria, ni tan baja que por insignificante no cause efecto alguno en el sujeto obligado.

Bajo la base de estas premisas, considero justo y equitativo que las demandadas sean condenadas a abonar la suma de \$ 100.000 a valores a la fecha de la sentencia de primera instancia, en concepto de daño punitivo, suma que devengará intereses desde la data del pronunciamiento atacado y hasta su efectivo pago, los que deberán ser calculados conforme tasa activa del Banco Provincia de Neuquén para sus operaciones de descuento.-

B.- Conforme los argumentos precedentemente vertidos cabe acoger el agravio bajo análisis y, en consecuencia, revocar este aspecto de la sentencia atacada fijando el monto de condena en concepto de daño punitivo en la suma de pesos \$ 100.000, con más intereses desde la fecha del pronunciamiento recurrido y hasta su efectivo pago, los que deberán ser calculados conforme tasa activa del Banco Provincia de Neuquén para sus operaciones de descuento.-

Tercer agravio

A.- La doctrina autoral ha definido a la cláusula penal como una obligación accesoria que las partes contratantes agregan a una obligación principal con el objeto de asegurar el cumplimiento de esta última, imponiendo a cargo del deudor una prestación especial para el caso de que incumpla su obligación o no la cumpla en forma adecuada.-

En tal sentido Jorge Joaquín Llambías expresó: "*La cláusula penal es una estipulación accesoria a una obligación principal por la cual el deudor deberá satisfacer una cierta prestación si no cumple lo debido o lo cumple tardíamente* (cfr. "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", Tomo I, pág. 316, Ed. Abeledo Perrot).- En tanto Aida Kemelmajer de Carlucci sostiene: "*Es un negocio jurídico, o una convención o estipulación*

accesoria, por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente” (cfr. “La cláusula penal. Su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal”, pág. 17, Ed. Depalma, Buenos Aires: 1981).-

La definición antedicha da cuenta que *la cláusula penal cumple una función resarcitoria y compulsiva, ello así toda vez que por un lado importa una liquidación convencional, por anticipación, de los daños y perjuicios que el incumplimiento obligacional causa al acreedor y, por otro, agrega un estímulo que mueve psicológicamente al deudor a cumplir la prestación principal para eludir la pena-*.

En tal orden de ideas se ha indicado: “[...] la cláusula penal cumple una función polivalente y tiene una doble finalidad: prefija voluntaria y anticipadamente una liquidación convencional de los daños y perjuicios que el incumplimiento causa al acreedor y, al mismo tiempo, actúa como un modo de compulsión para constreñir al deudor para que cumpla, a fin de evitar la pena. Tiene, también, indirectamente, una clara función de garantía, en cuanto supone un refuerzo de la posición jurídica del acreedor. Según algunos partidarios de esta posición, aunque de ordinario la cláusula penal llena ambas funciones (compulsiva y resarcitoria), no es forzoso que así ocurra. Hay cláusulas penales que sólo tienen función indemnizatoria y no compulsiva, tal lo que sucede con aquella que determina el valor de los daños y perjuicios anticipadamente, sobre parámetros exactamente ajustados o ligeramente inferiores a los del daño que realmente podría producirse en caso de incumplimiento. Cuando el valor de la pena es igual o inferior al de la indemnización, difícilmente pueda constituir un estímulo eficaz para el cumplimiento de la obligación principal. Inversamente, encontramos cláusulas

penales que tiene como única finalidad compeler al deudor para que cumpla con total disociación del plano resarcitorio, tal lo que ocurre con la cláusula penal inserta para asegurar el cumplimiento de una prestación cuyo objeto es ínfimo comparado con la sanción que acarrea su incumplimiento. En suma: si bien ordinariamente la cláusula penal cumple ambas funciones - compulsiva y resarcitoria del daño-, nada impide que sólo pueda satisfacer una y no la otra.” (Pizarro, Ramón Daniel - Vallespinos, Carlos Gustavo, “Tratado de Obligaciones”, Tomo II, págs.. 523/524 y sus citas, Ed. Rubinzal Culzoni).-

El Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 790 prescribe: “La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación” (tex.); disposición esta de la que surge que existen: a) cláusulas penales moratorias: compensan el daño moratorio y su virtualidad surge ante ese estado jurídico del deudor. Se determinan para prever el incumplimiento relativo de la prestación, comprensivo de los supuestos de simple retardo, mora, incumplimiento defectuoso e incumplimiento parcial. Sustituye a la indemnización por daños y perjuicios moratorios, sin que el acreedor deba probar la existencia y la cuantía de los daños (arts. 787, 793 y 794 CCyCN) y b) cláusulas penales resarcitorias o compensatorias: Se fijan para prever el incumplimiento absoluto y definitivo de la prestación. Sustituyen el contravalor económico de la prestación incumplida y todo otro daño y perjuicio derivado del incumplimiento (daño compensatorio) (Pizarro, Ramón Daniel - Vallespinos, Carlos Gustavo, ob. cit., págs. 551/552; Compagnucci de Caso, Rubén H, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Julio Cesar Rivera - Graciela Medina (Directores), Tomo III, págs. 144 y ss., Ed. La Ley).-

En fs. 1/3 de autos glosa Solicitud de Adhesión al Plan de Ahorro Previo base de la presente acción que en la parte

final de la cláusula 7 dispone: "Condiciones Generales: Serán eximentes de responsabilidad para la Administradora, las demoras que pudieran producirse en las entregas de los bienes adjudicados como consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor en la Administradora o en el Fabricante, no imputables a las mismas, debidamente acreditadas y aprobadas por la Inspección General de Justicia. La demora injustificada de la Administradora en entregar el bien tipo adjudicado dentro del plazo establecido, facultará al Adjudicatario a reclamar como penalidad un importe equivalente a los intereses calculados a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones comerciales más un 20% de la misma, sobre el valor del bien tipo, desde el vencimiento del plazo contractual y hasta la efectiva entrega del mismo.- Dicha penalidad se abonará al Adjudicatario dentro del plazo de 10 días de la entrega del bien tipo.[...]" (tex.).-

El texto de la cláusula transcripta permite interpretar -conforme el principio de buena fe, de acuerdo a lo que verosímilmente los involucrados entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión- que la multa contractual convenida por las partes tiene por objeto resarcir al suscriptor (adjudicatario consumidor) los perjuicios ocasionados como consecuencia de la falta de entrega de la unidad, en legal tiempo y forma. Es decir el resarcimiento de los gastos generados por la privación de uso del rodado (movilidad, traslado, entre otros) que, naturalmente, el nombrado experimentó a fin de compensar la ausencia del vehículo objeto de la contratación (cfr. arts. 790, 793, 959, 961 y conds. del CCCN, conf. Eduardo Gabriel Clusellas, "Código Civil y Comercial", T.III, Ed. Astrea, 2015, pág. 346 y ss.).

En esta inteligencia -teniendo en cuenta los argumentos precedentemente expuestos y que en el pronunciamiento recurrido el juzgador hizo lugar al reclamo indemnizatorio en concepto de privación de uso del rodado, extremo que llega firme a esta

instancia- considero, más allá de compartirse o no los fundamentos esgrimidos por el sentenciante, que el acogimiento de la multa convenida en la cláusula penal moratoria bajo análisis importaría una doble indemnización por un mismo concepto, toda vez que los gastos y perjuicios que le trajo aparejada la falta de entrega del rodado en legal tiempo y forma deben considerarse resarcidos con el monto establecido para la yactura antes referida, cuya procedencia y quantum -reitero- no ha sido motivo de cuestionamiento por parte del quejoso.-

B.- Conforme la totalidad de los argumentos expuestos precedentemente cabe desestimar el presente agravio, en los términos intentado.-

V.- En atención a la forma en que entiendo cabe resolver las críticas deducidas -conforme los fundamentos esgrimidos en el apartado que antecede, doctrina y jurisprudencia allí citada y en el entendimiento de haber dado respuesta a los cuestionamientos intentados- corresponde, lo que así propicio al Acuerdo, acoger el recurso solo en lo que respecta a la procedencia de la indemnización en concepto de daño punitivo.-

En consecuencia modificar el inciso b) del apartado 1 del fallo fijando el monto de condena en la suma total y definitiva de pesos ciento cincuenta y siete mil trescientos sesenta y siete con ochenta centavos (\$ 157.367,80), con más intereses los cuales deberán ser calculados en la manera indicada en el apartado V de la sentencia que se revisa para los ítems privación de uso y gastos prejudiciales, extremo que no fuera cuestionado por las partes, y en la forma dispuesta al tratar el segundo agravio para el rubro daño punitivo.-

VI.- Atento el resultado de la impugnación, lo previsto en el art. 53 Ley 24240 (cfr. texto Ley 26361 -aplicable al caso-, lo normado por el art. 12 de la Ley provincial 2268 y la postura sustentada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia en al precedente "Abojer" (Ac 2 del 02/02/2018), cabe



eximir al recurrente de las causídicas de esta instancia procesal.-

Cabe recordar que la eximición de costas importa técnicamente lo mismo que establecer la imposición por su orden, en el orden causado o sin costas, lo cual significa que cada parte cargará las expensas que haya causado y no implica que las causídicas deben ser soportadas por el vencedor (cfr. SCBA, abril 11-972 -Piro, José c/ Cascallar, Juan-, ED 44-513).-

VII.- Respecto a los honorarios de esta etapa procesal, cabe diferir su regulación hasta tanto se encuentren establecidos y determinados los estipendios profesionales por la labor en la instancia anterior (cfr. arts. 20 y 47 ley 1594 modificada por ley 2933).-

Así voto.-

A su turno, la **Dra. Alejandra Barroso** dijo:

I.- Voy a disentir parcialmente con los fundamentos y solución propiciada en el voto precedente, conforme seguidamente expongo.

En relación al desarrollo de los agravios y a lo sustancial de la decisión en crisis, he de remitirme a lo expuesto en el voto de mi colega en honor a la brevedad.

En orden a los requisitos del art. 265 del CPCC, comparto igualmente lo expresado en dicho voto.

II.- a) Primer agravio.

Con respecto al primer agravio, adhiero a los fundamentos y solución propiciada en el voto precedente, considerando que el sentenciante invoca la normativa procesal para la eventualidad de un imposible cumplimiento.

La actora cuestiona lo decidido por el a quo en cuanto condena a las demandadas en forma solidaria a entregar el vehículo oportunamente elegido como cambio de modelo (JEEP COMPASS PLUS LIMITED 0 Km), y en la medida en que impone como apercebimiento la ejecución en los términos del art. 515 del CPCC.

Conforme lo dispuesto por el art. 10bis de la LDC y el art. 515 del CPCC, en función de lo expresamente reclamado por el actor en su escrito de demanda, se debe interpretar que la exigencia de optar por el cumplimiento forzado de la obligación implica que debe cumplir con la condena impuesta en su contra (la entrega del vehículo en cuestión), siempre que ello sea posible, como establece el art. 10bis de la LDC que el propio apelante invoca.

Señalo especialmente que el art. 515 del CPCC contempla la misma situación, al disponer "si la condena no pudiere cumplirse".

Obviamente, ambas normas contemplan el supuesto de imposibilidad de cumplir la entrega del rodado, en cuyo caso se deberá entregar el valor equivalente del bien en dinero, pero sólo en caso de imposible cumplimiento.

En definitiva, el actor tiene derecho a exigir el cumplimiento forzado de la obligación siempre que ello fuere posible (art. 10bis de la LDC), conforme lo resalta el sentenciante también a fs. 422.

En este aspecto, se sostiene: "...El procedimiento de ejecución se inicia con la petición del libramiento de un mandamiento judicial para desapoderar del bien al vencido... De ser imposible el cumplimiento específico, se recurrirá, siempre a solicitud de la parte interesada, a la fijación de los daños y perjuicios correspondientes, de conformidad con el trámite incidental previsto en los arts. 503 y 504 o las formas del proceso sumario..." (Fenochietto, Carlos Eduardo; Código Procesal Civil y Comercial... Tomo 2, págs. 812/813, Editorial Astrea, comentario al art. 515 del CPCC).

Coincido en consecuencia en confirmar lo decidido en la instancia de grado, todo sin perjuicio de las medidas que puedan solicitarse eventualmente y en la etapa de ejecución a los fines de constreñir el cumplimiento en especie (si fuere posible).

Agregando estos fundamentos, considero que cabe confirmar la decisión cuestionada, adhiriendo así al voto precedente.

b) Segundo agravio.

Voy a adherir a los fundamentos y desarrollo teórico, así como a la solución propiciada, expuesto en el voto precedente con respecto al marco normativo, doctrinario y jurisprudencial elaborado en torno al daño punitivo previsto en el art. 52bis de la LDC, como así también a su cuantificación, por compartirlo.

c) Tercer agravio.

Con relación al tercer agravio, voy a adherir a los fundamentos desarrollados, disintiendo en cambio con respecto a la solución propuesta, conforme seguidamente expongo.

1.- En orden a la cláusula penal, se sostiene que: "... Puede definirse la cláusula penal como aquella estipulación que, para asegurar el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación emanada de un contrato, una parte se sujeta a una sanción civil para los supuestos de retardar o no ejecutarla. Se trata de un supuesto de valuación anticipada y convencional del daño, por el que las partes acuerdan el contenido de la indemnización que llevará aparejado el incumplimiento obligatorio, sin necesidad de que se constate el perjuicio real sufrido ni que se arrime prueba sobre su magnitud o entidad..." (Bueres, Alberto J.; Código Civil y Comercial de la Nación..., Picasso, Sebastián, coordinación, Editorial Hammurabi, T 3A, pág. 410).

De conformidad con la definición que nos trae el art. 790 del CCyC, se mantienen los dos tipos de cláusulas penales que existían en el anterior art. 652 del CC de Vélez.

Siguiendo a los autores citados, esta obligación accesoria puede ser: a) Moratoria. La que se acuerda para el supuesto de un retardo imputable en el cumplimiento de la obligación principal y presenta la particularidad de que su pago

puede ser acumulable a la ejecución de la prestación principal, como sustitutiva de los daños y perjuicios moratorios; b) Compensatoria. Se estipula para el caso de inejecución definitiva de la obligación principal; no es acumulable al cumplimiento de la prestación principal.

Se señala que la acumulación de la pena con el cumplimiento de la obligación principal, como se pretende en este caso, sólo es procedente, en principio, cuando la cláusula es moratoria.

A su vez, las moratorias admiten prestaciones duraderas o reiteradas, debiendo entonces resolverse hasta cuándo se devengan las cláusulas moratorias, prevaleciendo el criterio de que ello ocurre hasta el momento en que se cumplió la obligación.

Por su parte, el art. 792 del CCyC dispone que el deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido debe la pena.

A su vez, señalo especialmente que el art. 793 del CCyC regula sobre la relación del contenido de la cláusula penal con la indemnización de los daños, estableciendo que la pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños, es decir que, en principio, es sustitutiva.

Se afirma que: "... El Código derogado establecía expresamente que la pena entre en lugar de la indemnización del derecho común, sin posibilidad del acreedor para extender la reparación, aunque pudiera probar la insuficiencia de lo pactado, lo que es mantenido por el nuevo ordenamiento... Por lo tanto... el monto acordado obra como límite del resarcimiento e inhibe de todo otro efecto porque se mantiene el carácter sustitutivo -obsérvese la utilización del vocablo suple- de la indemnización...". (Bueres, Alberto J.; Código Civil y Comercial de la Nación..., Picasso, Sebastián, coordinación, Editorial Hammurabi, T 3A, pág. 418).

Se afirma en el mismo sentido que: "... Las partes pueden acordar los efectos en caso de un eventual incumplimiento de una obligación presente o futura, mediante una cláusula penal prefijando la indemnización de los daños derivados del incumplimiento obligacional, y, a la vez, generando un elemento extra de compulsión en el ánimo del deudor, pues no sólo ya sabe cuáles serán los concretos efectos de una eventual inconducta, sino que además este instrumento actúa como un castigo frente a ella. Excepcionalmente, puede pactarse una en la que sólo se castigue el incumplimiento, lo cual permite, además, reclamar la indemnización de los daños...". (Lorenzetti, Ricardo Luis; Director, Código Civil y Comercial..., Tomo V, págs. 215/216, Ed. Rubinzal-Culzoni).

Asimismo: "... Respecto de la función compulsiva, cabe señalar que en el ámbito del Derecho Privado existen ciertas figuras que tienen componentes punitivos. Esto es, castigan ciertas conductas. En el ámbito de las obligaciones este rol - aparentemente ajeno a lo que sería su naturaleza compensatoria - es mayúsculo, pues los medios de compulsión "subrayan que el derecho del acreedor es, fundamentalmente, un derecho a la prestación, puesto que sólo con la prestación debida se satisface plenamente al acreedor. Que frente a este derecho, la negativa del deudor no sea suficiente para frustrarlo; si no fuera así, el deudor sería el árbitro de la situación"; además, sobre la base del constreñimiento apuntan al cumplimiento in natura, al pago con lo debido..." (op. cit., pág. 217).

A su vez, las normas establecen un criterio de mayor rigor contra deudor, de mayor severidad en el trato con el obligado. La doctrina que vengo parafraseando expresa: "... el Código adscribe ahora a la posición que sustenta que "cuando existe una cláusula penal se agrava la responsabilidad del deudor en el incumplimiento de la obligación principal. En otras palabras: la obligación con cláusula penal es cualitativamente

diferente a la obligación sin ella, y su presencia se proyecta en la obligación principal...” (op. cit., pág. 224).

2.- En el presente caso, entiendo que se desprende del contrato que se ha convenido una cláusula penal moratoria, conforme surge de los términos de la cláusula séptima que el apelante transcribe en su escrito recursivo.

Si bien el sentenciante rechaza la procedencia de la cláusula penal al hacer una disquisición entre demora en la entrega y rechazo de la entrega, cabe destacar que finalmente dicho rechazo resultó injustificado, como resulta de la propia decisión, es decir la propia decisión es la que invalida el rechazo.

En consecuencia, considero que asiste razón al quejoso al señalar una contradicción en el razonamiento en tanto por un lado se invalida el rechazo y por el otro se tiene en cuenta ese mismo rechazo para propiciar la improcedencia de la cláusula penal.

En estos términos, el juez ha decidido que no se entregó la unidad reclamada en tiempo propio, lo que, además, llega firme, y por lo tanto la cláusula penal resulta procedente.

En este aspecto: “... Para que se active la cláusula penal, debe haber existido incumplimiento objetivo de la obligación...” (Lorenzetti, Ricardo Luis; Director, Código Civil y Comercial..., Tomo V, pág. 222, Ed. Rubinzal-Culzoni, en comentario al art. 792).

A los fines de resolver el presente, tengo en cuenta que la cláusula penal es accesoria de la obligación principal y que en este caso concreto se ha condenado a la entrega del rodado.

Asimismo, siendo la cláusula penal una valuación anticipada y convencional del daño, entiendo que las partes deben respetar lo que surge del contrato como si fuera la ley misma. Son las partes las que han anticipadamente fijado el daño

para el caso de demora en el cumplimiento, demora que finalmente se ha verificado en la sentencia. Ese es el contenido de la indemnización que las partes han acordado por el incumplimiento de la obligación; además de contener en este caso concreto, un componente compulsivo del deudor, quien debe cumplir en término para eximirse del pago de esta estipulación.

Por su parte, tengo en cuenta que la cláusula penal suple la indemnización y que el acreedor, en principio y por regla general, no puede reclamar daños que superen el importe de la cláusula penal convenida.

En este orden, debo valorar el rubro "privación de uso" acordado al actora en la sentencia, en tanto dicho daño coincide en lo sustancial con el daño que se pretende reparar con la cláusula penal. En esto coincido con el análisis realizado por mi colega en su voto.

Sin perjuicio de ello, en este caso concreto, el reconocimiento de ese daño, que llega firme, no supera la reparación de los daños conforme lo convenido por las partes.

Ello en tanto, y, como dije, considerando las particularidades de este caso concreto, y más allá de compartirse o no la solución diseñada por el a quo, el rubro por "privación de uso" fue reconocido al actor sólo por el periodo ubicado entre el 15/6/2018 y el 31/10/2018, es decir, por el término de cuatro meses y cinco días, mientras que, aún a la fecha, e incluso con sentencia firme en ese aspecto, perdura el incumplimiento.

Cabe consignar que la cláusula penal convenida entre las partes dispone: "... La demora injustificada de la Administradora en entregar el bien tipo adjudicado dentro del plazo establecido, facultará al Adjudicatario a reclamar como penalidad un importe equivalente a los intereses calculados a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones comerciales más un 20% de la misma, sobre el valor del bien tipo, desde el vencimiento del plazo contractual y hasta la

efectiva entrega del mismo. Dicha penalidad se abonará al Adjudicatario dentro del plazo de 10 días de la entrega del bien tipo...”

Debe entenderse que la penalidad convenida tiene por objeto resarcir al adjudicatario los perjuicios ocasionados como consecuencia de la falta de entrega de la unidad en legal tiempo y forma, entrega de la unidad que aún a la fecha no se ha cumplido a pesar de que la demandada ha dejado firme la sentencia que condena a la entrega, como dije.

Tengo presente que se sostiene, en general, que “... El acreedor no puede, aunque en los hechos lo haya padecido, reclamar una indemnización de una mayor cuantía...” (Lorenzetti, Ricardo Luis; Director, Código Civil y Comercial..., Tomo V, pág. 227, Ed. Rubinzal-Culzoni), pero ello no es lo que ocurre en el presente caso, al contrario, en tanto excluir la procedencia de la cláusula penal supliéndola por la privación de uso por cuatro meses y quince días implica no resarcir conforme lo convenido por las partes el daño moratorio (art. 1740 del CCyC).

No se puede reclamar un daño mayor y tampoco el deudor puede eximirse acreditando un daño menor o que no existió daño. Las partes deben atenerse a lo pactado.

En estos términos, y teniendo en consideración precisamente el plazo por el cual se concedió la indemnización por privación de uso, considero que el acogimiento de la multa convenida no importa una doble indemnización por un mismo concepto.

Esto en tanto, al rechazarse en la sentencia la pretensión de procedencia de la cláusula penal, sólo resarce un periodo limitado de falta de entrega del vehículo y no todo lo convenido por las partes en el contrato.

Tengo en cuenta también que el único rubro indemnizatorio reconocido al actor es por privación de uso durante el periodo del 15/6/2018 al 31/10/2018, ya que los restantes daños fueron rechazados.

En definitiva, propongo al Acuerdo hacer lugar al reclamo de la cláusula penal convenida entre las partes, de cuyo monto sin embargo deberá deducirse, en el momento procesal oportuno y mediante la correspondiente liquidación que deberán efectuar las partes, el monto reconocido en concepto de "privación de uso".

Asimismo, advierto que el actor en su demanda realiza una liquidación que limita al 6 de noviembre de 2018, sin perjuicio de lo cual expresa "o lo que en más o en menos determine V.S. respecto de la prueba a producirse en autos", fs. 121/122.

Atento la forma en que resuelvo el presente agravio, he de ingresar al análisis de los argumentos y defensas expuestas por la demandada al contestar demanda.

En su escrito de contestación cuestiona la liquidación realizada por la actora y expresa que la cláusula respectiva no dice que al total de intereses debe agregarse un 20%, sino que lo que corresponde es añadir un 20% más a la tasa de interés que resulte aplicable y no al total de intereses (fs. 178).

En este punto, y luego de una detenida lectura de la cláusula en cuestión, considero le asiste razón a la demandada, lo que deberá tenerse en cuenta al momento de practicarse liquidación.

Como consecuencia de todo lo expuesto, considero que cabe hacer lugar al reclamo indemnizatorio previsto en la Cláusula N° 7 de las Condiciones Generales del contrato base de este litigio en concepto de cláusula penal, y, en consecuencia, condenar a las demandadas a abonar al actor el importe equivalente a los intereses calculados a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones comerciales más un 20% de la misma, sobre el valor del bien tipo, desde el vencimiento del plazo contractual (15/6/2018, fecha que llega firme como momento de privación de uso de la unidad) y hasta la efectiva entrega del mismo, monto que deberá abonarse dentro del

plazo de 10 días de la entrega del bien tipo, y al cual deberá descontarse, en el momento procesal oportuno y previa liquidación, el importe reconocido en concepto de "privación de uso".

III.- Atento la forma en que propicio se resuelvan los agravios, las costas de esta instancia he de imponerlas en un 75% a las demandadas y en un 25% a la parte actora (art. 71 del CPCC), difiriendo la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (art. 15 de la LA).

Con relación al actor deberá tenerse en cuenta eventualmente lo dispuesto por el art. 53 de la LDC.

IV.- Por las razones expuestas he de proponer al Acuerdo: **1.-** Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la actora y, en consecuencia, fijar el monto de condena en la suma de \$ 157.367,80.-, con más los intereses que deberán ser calculados conforme se desprende de la decisión que se revisa, extremo que no fuera cuestionado en esta instancia con relación a los rubros privación de uso y gastos prejudiciales, y los intereses fijados en esta decisión al resolver el segundo agravio con respecto al rubro daño punitivo; **2.-** Hacer lugar al reclamo indemnizatorio previsto en la Cláusula N° 7 de las Condiciones Generales del contrato base de este litigio en concepto de cláusula penal y, en consecuencia, condenar a las demandadas a abonar al actora el importe equivalente a los intereses calculados a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones comerciales más un 20% de la misma, sobre el valor del bien tipo, desde el vencimiento del plazo contractual (15/6/2018, fecha que llega firme) y hasta la efectiva entrega del mismo, monto que deberá abonarse dentro del plazo de 10 días de la entrega del bien tipo, y al cual deberá descontarse, en el momento procesal oportuno y previa liquidación, el importe reconocido en concepto de "privación de uso"; **3.-** Atento la forma en que propicio se resuelvan los agravios, he de distribuir las costas de esta

instancia imponiéndolas en un 75% a las demandadas y el 25% restante a la actora (art. 71 del CPCC y art. 53 de la LDC), difiriendo la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 15 de la LA).

Mi voto.-

Finalmente, la **Dra. Gabriela B. Calaccio**, dijo:

Convocada a dirimir la disidencia planteada, he de adherir al segundo voto, emitido por la Dra. Alejandra Barroso, por compartir íntegramente sus fundamentos y la solución propiciada.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial por mayoría,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la actora y, en consecuencia, fijar el monto de condena en la suma de \$ 157.367,80.-, con más los intereses que deberán ser calculados conforme se desprende de la decisión que se revisa, extremo que no fuera cuestionado en esta instancia con relación a los rubros privación de uso y gastos prejudiciales, y los intereses fijados en esta decisión al resolver el segundo agravio con respecto al rubro daño punitivo;

II.- Hacer lugar al reclamo indemnizatorio previsto en la Cláusula N° 7 de las Condiciones Generales del contrato base de este litigio en concepto de cláusula penal y, en consecuencia, condenar a las demandadas a abonar al actora el importe equivalente a los intereses calculados a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones comerciales más un 20% de la misma, sobre el valor del bien tipo, desde el vencimiento del plazo contractual (15/6/2018, fecha que llega firme) y hasta la efectiva entrega del mismo, monto que deberá abonarse dentro del plazo de 10 días de la entrega del bien



tipo, y al cual deberá descontarse, en el momento procesal oportuno y previa liquidación, el importe reconocido en concepto de "privación de uso";

III.- Atento la forma en que propicio se resuelvan los agravios, he de distribuir las costas de esta instancia imponiéndolas en un 75% a las demandadas y el 25% restante a la actora (art. 71 del CPCC y art. 53 de la LDC), difiriendo la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 15 de la LA).

IV.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente a las partes y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Alejandra Barroso
Jueza de Cámara

Dr. Pablo G. Furlotti
Juez de Cámara

Dra. Gabriela B. Calaccio
Jueza de Cámara

Dr. Juan Ignacio Daroca
Secretario de Cámara

Se deja constancia de que el Acuerdo que antecede fue firmado digitalmente por la Sra. Vocal **Dra. Alejandra Barroso**, el Sr. Vocal **Dr. Pablo G. Furlotti**, la Sra. Vocal **Dra. Gabriela B. Calaccio**, y por el suscripto, conforme se desprende de la constancia obrante en el lateral izquierdo de fs. 465, y del sistema informático Dextra. Asimismo, se protocolizó digitalmente conforme lo ordenado.-

Secretaría, 9 de febrero del año 2023.-

Dr. Juan Ignacio Daroca
Secretario de Cámara