



NEUQUEN, 12 de junio de 2024.

Y VISTOS:

En Acuerdo estos autos caratulados: "**CASSOLINI EVANGELINA ROSA C/ SCHIRO ALEJANDRO JOSE S/ COBRO SUMARISIMO DE PESOS LEY 2268**", (JNQC15 EXP N° 549934/2022), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y Cecilia **PAMPHILE**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la jueza Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de hojas 88/91, dictada el día 7 de junio de 2023, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) En su memorial de hojas 95/96 -presentación web n° 488146, con cargo de fecha 26 de junio de 2023-, la recurrente cuestiona la interpretación que ha hecho la jueza de grado respecto a que el monto abonado por la actora fue de \$ 600.000, conforme surge del recibo acompañado a estas actuaciones, y no de \$ 890.000 -suma que fue denunciada y no desvirtuada por la contraria-.

Dice que no se han tenido en cuenta los usos y costumbres imperantes en este tipo de transacciones comerciales informales, basadas en confianza, donde se abona en efectivo, sin otorgar la contraria recibo oficial y, a veces, ningún tipo de recibo.

Destaca que el recibo considerado por la jueza a quo no cumple con los requisitos de verificación de la AFIP.

Insiste en que el monto de \$ 890.000 nunca fue desconocido por la demandada, ni en la etapa de intimación extrajudicial, ni tampoco en sede judicial.

Califica como irrisoria la suma de dinero que debe devolver el demandado (\$ 114.543), sosteniendo que la solución otorgada en la sentencia recurrida no es justa, ya que no brinda una compensación integral de los derechos conculcados, resultando demasiado benevolente con el demandado, quién desplegó una conducta totalmente desinteresada y abandónica contra el consumidor. Agrega que la suma reclamada en la demanda no es caprichosa, toda vez que el daño ocasionado no fue solo material, sino que tuvo consecuencias en la esfera personal y familiar de la actora por producir una dilación en la mudanza al inmueble, al hogar que se había planeado habitar.

Pone de manifiesto que la parte demandada no ha respondido la carta documento, no ha dado una explicación mínima, una excusa, lo que demuestra una actitud de desprecio hacia el contratante.

Finalmente señala que el daño punitivo reconocido fue del 15% del total reclamado, y que la devolución ordenada representa el 9,44% del presupuesto, el que fue abonado en un 75%, habiéndose realizado el trabajo encomendado solamente en un 40%.

b) La parte demandada no contesta el traslado del memorial.

II.- En el presente proceso la parte demandada no ha comparecido a estar a derecho y no ha contestado la demanda, por lo que se ha declarado su rebeldía de conformidad con lo resuelto en hoja 20 -proveído de fecha 28 de diciembre de 2022-.

Reiteradamente la Sala II que integro viene sosteniendo: *"...la falta de contestación de la demanda determina que el juez de la causa podrá estimar como reconocimiento de verdad de los hechos lícitos y pertinentes invocados por el actor (art. 356 inc. 1°, CPCyC)...*



"Marcelo López Mesa señala que ante el silencio del demandado, la ley trae una desventaja grave, cual es la posibilidad cierta que se tome a ello como un reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran; más esto no obliga al juez, sino que éste tiene una facultad, por lo que no deja de ser una presunción, importante y casi decisiva, pero que admite prueba en contrario y que incluso requiere prueba que apoye o coadyuve con tal presunción (aut. cit., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. La Ley, 2012, T. III, pág. 874/875).

"Tal criterio ha sido sustentado por esta Sala II en autos "Martos c/ Girardi" (expte. n° 426.519/2010, P.S. 2015-I, n° 15) y "Garabato c/ Villa Correntoso S.R.L." (expte. n° 371.809/2008, P.S. 2015-VI, n° 423), donde se dijo: "La falta de contestación de la demanda implica un reconocimiento de los hechos en ella expuestos y crea una presunción de verdad de los sucesos afirmados por el accionante (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala D, "J. Grosso S.A. c/ Celasco Aranda", 13/9/2002, DJ 2003-I, pág. 18; Cám. Apel. Civ. y Com. San Juan, Sala II, "Arrieta c/ Segovia", 26/6/2002, LL on line AR/JUR/5691/2002), pero esta presunción puede ser desvirtuada por la prueba que se produzca en el trámite. Por ello, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (Sala Civil y Comercial, "Roatta Urbani c/ García", 3/3/2010, LL on line AR/JUR/28513/2010) ha sostenido que "la falta de contestación de la demanda, aún cuando exista rebeldía declarada y firme, y se trate de hechos pertinentes y lícitos, no implica necesaria y automáticamente la veracidad de los hechos invocados por la actora porque en definitiva la presunción que crea a favor del accionante debe ser ratificada o robustecida mediante la prueba pertinente. Como sostiene Palacio, cabe señalar que la rebeldía y la falta de contestación de la acción guardan sustancial analogía en lo que atañe a la



apreciación de los hechos, ya que tanto una como otra constituyen fundamento de una presunción simple o judicial, de modo que incumbe exclusivamente al juez, en oportunidad de dictar sentencia, y atendiendo a la naturaleza del proceso y a los elementos de convicción que de él surjan, establecer si el silencio del demandado es o no susceptible de determinar el acogimiento de la pretensión deducida por el reclamante..." (autos "Correa c/ Nueva Chevallier S.A.", expte. jnqci5 n° 469.574/2012, 6/6/2017; "Tardugno c/ Asociart ART S.A.", jnqla1 n° 502.790/2014, 12/12/2017)" -cfr. autos "Santander c/ Seguridad Ramos S.A." (expte. jnqla3 n° 531.399/2021, 28/6/2023); "Troncoso c/ Seguridad Ramos S.A." (expte. jnqla3 n° 531.381/2021, 2/8/2023), entre otros-.

Por ende, en supuestos como el de autos, la falta de contestación de la demanda no importa que automáticamente sea procedente hacer lugar a la demanda en los términos en ella planteados, sino que el juez o jueza actuantes deben dictar sentencia conforme a derecho.

Conforme lo ha sostenido la Sala I de esta Cámara de Apelaciones, "La rebeldía no significa, por sí sola, que se emita una sentencia de condena, sino simplemente que los hechos puedan ser aceptados como verdaderos, marginando el tránsito por la etapa de prueba, con el alcance de que tal declaración no vincula al órgano judicial en punto a la admisión de la pretensión, pues siempre al dictar el juicio lógico que supone todo pronunciamiento, ha de realizarse la tarea de subsunción de los hechos admitidos en el plexo del ordenamiento jurídico, a los fines de verificar cuál es el derecho aplicable a los hechos reducidos a tipos jurídicos. O sea, ha de enlazarse a través de una tarea de coordinación una situación particular específica y concreta con la previsión abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley (cfr. Couture, Fundamentos del Derecho

Procesal, ed. Póstuma, n° 178 a 182)" - autos "Ambrogetti c/ Villarroel", expte. jnqci6 n° 527.834/2019, 20/4/2022-.

Es por ello que la jueza de grado ha desestimado dos pagos denunciados por la parte actora -los que se habrían hecho los días 4 de agosto de 2021 y 11 de diciembre de 2021-, teniendo por cierto solamente el pago acreditado con el recibo pertinente, por la suma de \$ 600.000 (hoja 85). Para así decidir la jueza a quo sostuvo que el pago no se presume, requiriéndose, en todos los casos, que el deudor lo acredite mediante prueba fehaciente.

De acuerdo con el art. 895 del CCyC, el pago puede ser probado por cualquier medio.

Carlos A. Calvo Costa señala que el nuevo código pone reglas en torno a la prueba del pago, inexistentes en la codificación anterior. El autor citado reseña que, debido a ese vacío legal en torno a la prueba del pago bajo la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield, se habían suscitado controversias doctrinarias, sosteniendo parte de los autores, que el pago podía probarse por cualquier medio probatorio, aunque no exclusivamente por testigos, admitiéndose la prueba testimonial cuando existiera un principio de prueba por escrito; en tanto que otra parte de la doctrina aceptaba lisa y llanamente cualquier medio de prueba. Pero en la actualidad el ya citado art. 895 del CCyC brinda amplia libertad en materia probatoria, *"no pudiéndose descartar tampoco la prueba presuncional, cuando se hayan acreditado al menos indicios de que el pago fue realizado. Sin embargo, no se puede soslayar que deberá ser el magistrado quién, ante cada caso, deberá apreciar esas presunciones con criterio eminentemente restrictivo a fin de extraer de ellas las pruebas del pago"* (cfr. aut. cit.,

“Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. V, pág. 403/404).

En autos, la falta de contestación de la demanda hace presumir la existencia de los dos pagos denunciados por la parte actora, ya que se trata de hechos lícitos y pertinentes. Y la existencia de estos pagos se ve corroborada por la omisión de la parte demandada de acompañar las facturas de los pagos en cuestión, a cuya presentación fue debidamente intimada y respecto de la cual se hizo efectivo el apercibimiento dispuesto en el art. 388 del CPCyC (hoja 67).

Incluso, en tanto la presente controversia se enmarca en la ley 24.240, cabe recordar que el art. 53 de la norma citada pone en cabeza del proveedor, en este caso el demandado, el deber de aportar todos los elementos de prueba que obren en su poder, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio.

Es claro que en estas actuaciones el demandado se ha sustraído a dicho deber, ya que ni siquiera ha comparecido al proceso. Y, en el derecho del consumo, el juez debe evaluar el comportamiento de las partes para poder determinar si actuaron de buena fe, no incurriendo en abuso del derecho, y si cumplieron con las obligaciones impuestas por las disposiciones vigentes. Y cuando no tenga elementos de convicción suficientes para tener por verificados o no los hechos discutidos, deberá interpretar el contrato en la forma más favorable al consumidor (cfr. Barbado, Patricia B., “La tutela de los consumidores y las consecuencias procesales de las relaciones de consumo” en Revista de Derecho Privado y Comunitario, T. 2009-I, pág. 210/211).

En definitiva existiendo una presunción de veracidad respecto de la existencia de los pagos realizados en

fechas 4 de agosto de 2021 y 11 de diciembre de 2021, por las sumas de \$ 250.000, el primero, y \$ 40.000, el segundo, la que se ve corroborada por la sanción del art. 388 del CPCyC impuesta al demandado, y teniendo en cuenta el marco de especial tutela al consumidor que brinda la ley 24.240, es que he de considerar dichos pagos como efectivamente realizados.

Lo dicho determina que la actora ha abonado la suma de \$ 890.000 en concepto de precio en el marco del contrato de consumo celebrado con el demandado.

III.- La actora también se queja porque la jueza a quo ha ordenado devolver el dinero abonado por la recurrente en proporción a la diferencia ente lo efectivamente pagado y lo efectivamente entregado, la que estima en el 9,44% del total de la contratación.

En su demanda, la actora señala que el demandado entregó productos que no llegarían a un 40% del total de lo contratado. Sin embargo la accionante solicita la devolución del total del precio abonado *"como sanción, compensación y como especie de arrepentimiento de seña comercial, donde en definitiva el vendedor debiera devolver el doble de la seña percibida como arrepentimiento"* (hoja 4).

La entrega de los productos y su utilización está corroborada por los dichos de Sebastián Rimada, en oportunidad de diligenciarse el mandamiento de constatación (hojas 69/79).

Ahora bien, la devolución del total de lo abonado por la actora no resulta procedente toda vez que el contrato de autos no se resolvió, ni extrajudicial ni judicialmente, y, además, la demandante ha utilizado los productos entregados por el demandado (art. 10 bis, Ley 24.240).

No existe norma legal alguna que habilite a ordenar la devolución del precio por productos entregados y respecto de los cuales no se han denunciado deficiencias. Tampoco ha existido entrega de dinero en concepto de seña o arras y en los términos del art. 1.059 del CCyC.

En cuanto al porcentaje determinado en la instancia de grado, la misma parte actora ha reconocido que lo entregado por el demandado representa el 40% del total contratado, en tanto que lo abonado por la accionante, teniendo en cuenta el resultado de la apelación respecto del primer agravio, equivale al 73,5% del precio pactado. Ello determina, siguiendo el procedimiento utilizado en la sentencia recurrida, que la diferencia entre lo abonado efectivamente y lo entregado es del 33,5%, y que aplicado sobre el total del precio resulta en la suma por la que progresa la demanda por este rubro: \$ 406.484,98.

La conducta del demandado -a la que acude la recurrente para fundar su agravio- ha sido valorada y sancionada con la aplicación de daño punitivo.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora y modificar, también parcialmente, el resolutorio recurrido incrementando la suma a reintegrar por el demandado en concepto de pagos por productos no entregados, fijándola en \$ 406.484,98; y, en consecuencia, llevando el capital de condena a la suma de \$ 539.984,98.

Las costas por la actuación en la presente instancia se distribuyen en el orden causado, teniendo en cuenta el éxito obtenido (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada de la letrada... en el 4,8% de la base

regulatoria fijada en la sentencia de grado (art. 15, ley 1.594).

La jueza Cecilia PAMPHILE dijo:

Adhiero al voto que antecede, expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia de hojas 88/91, dictada el día 7 de junio de 2023, incrementando la suma a reintegrar por el demandado en concepto de pagos por productos no entregados, fijándola en \$ 406.484,98; y, en consecuencia, llevando el capital de condena a la suma de \$ 539.984,98.

II.- Imponer las costas de segunda instancia en el orden causado.

III.- Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI Jueza

Dra. CECILIA PAMPHILE Jueza

**Dra. MICAELA ROSALES
Secretaria**