En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de abril del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Fernando Nahuelanca y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"T., J. P. y otra c/ D. SA s/ SUMARÍSIMO", expte. nro. 494/09,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 152/08), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 257), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dra. Silvia N. Alonso de Ariet y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 233/238vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 233/238vta., por la que se hace lugar parcialmente a la demanda y declara disuelto el contrato de cesión de derecho de uso y goce entre la parte demandada D. S.A. y la parte actora J. P. T. y otra persona, I. C., de una unidad de vivienda turística en temporada baja, por el término de una semana y durante 30 años, del complejo V. P., club de vacaciones, de la ciudad de San Martín de los Andes y condena a la parte demandada a pagar a la actora la suma de $5.610 con más los intereses. Rechaza el daño

moral y daño punitivo. Impone las costas a la demandada y regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

Se notifica a fs. 238vta. y fs. 240/240vta. Apela la parte actora a fs. 241. Asimismo, el profesional de esta parte apela los honorarios por bajos y expone los fundamentos. La apelación de la parte demandada (fs. 243) es declarada extemporánea a fs. 244, también a esta foja se conceden los recursos interpuestos.

El memorial de agravios de la parte actora (fs. 246/248), reseña los fundamentos del fallo de fs. 237, en cuanto la demanda reclamara dos ítems, daño moral derivado de la resolución del contrato y el daño punitivo, que es principio rector en materia de resolución contractual por el pacto comisorio, que quien opta por resolver tiene el derecho a la indemnización de los perjuicios para quedar en condiciones como si no hubiese celebrado el contrato, pero que importa la prueba del daño y que en la materia el mismo no se presume y no demostrada por el actor la existencia de la afección, no hay daño moral resarcible. Sostiene entonces la agraviada una incorrecta apreciación de la prueba, que es error de la sentencia que el mismo debe ser probado y con cita de la jurisprudencia que el previsto en el art. 1078 CC. es in re ipsa. Cita jurisprudencia. Sostiene que el daño moral surge nítido, en cuanto se privó a su parte de la semana vacacional ya adquirida y reservada, en dos oportunidades, los años 2006 y 2007; que surge de fs. 38 que realizó tres reservas consecutivas en procura de utilizar la semana adquirida, hasta asociarse con RCI, empresa de intercambio internacional

para no perder las sumas abonadas; que si adquirió en tiempo de temporada baja es porque carecía de medios económicos y su parte luego de pagar el precio acordado, frustra la posibilidad de acceso, lo que constituye la lesión extrapatrimonial. Sostiene que extinguido el contrato por el incumplimiento, este no existe más y la responsabilidad resulta del ámbito extracontractual y se transforma en un acto ilícito. Cita jurisprudencia.

Se corre traslado de la expresión de agravios a fs. 249, la que no tiene contestación de la contraparte.

Bien que la sentencia al resolver el presente aplica las normas del derecho común, propio de la integración de las normas generales con las de la defensa al consumidor que rigen las relaciones de consumo (art. 3 Ley 24240), alude que no discuten las partes la existencia del negocio jurídico contractual entre ambos, causante del litigio y vinculación regida por el Código Civil y Ley de Defensa del Consumidor (punto 3. fs. 235vta.), como que en caso de duda, se estará a la interpretación mas favorable para el consumidor (fs. 237vta).

Y es esta normativa -la Ley de Defensa del Consumidor N° 24240- la dirimente de criterios interpretativos porque es "el consumidor o usuario" el bien jurídico de tutela específica. El ámbito del derecho del consumidor alcanza una dimensión de rango constitucional con el art. 42 CN de precisa ordenación: "…las autoridades deben proveer a la protección de la salud, de la seguridad, a la tutela de intereses económicos de consumidores y usuarios…". El texto constitucional motiva a reformular en alguna medida los

criterios tradicionales del derecho común. Decía el Dr. Gabriel A. Stiglitz hace ya más de quince años ("Incumplimiento contractual y daño moral al consumidor", en JA 1994-I-237), comentando fallos de las Cám. de Apelaciones Civ. y Comercial de La Plata –entonces novedosas– que habían modificado pronunciamientos de la primera instancia y hecho lugar al agravio moral donde resultaban víctimas los consumidores de bienes y servicios; que en primer lugar se apartaban del criterio restrictivo de la jurisprudencia dominante en torno a la aplicación del art. 522 CC, para indemnizar el daño moral en los casos que el incumplimiento contractual priva al acreedor de los bienes y servicios comprometidos por el deudor y en segundo lugar, se sumaban a la incipiente jurisprudencia nacional que diseñaba los flamantes caminos de la protección del consumidor. Esos Tribunales marcaron parámetros, que el adquirente de una vivienda prefabricada que carecía de condiciones aceptables de habitabilidad afectando sus legítimas aspiraciones, constituía indudablemente una alteración del espíritu y de la paz de la compradora, o que el incumplimiento contractual a estudiantes-consumidores en la irregularidad de la prestación del típico viaje de fin de curso, ocasionaba un padecimiento y desazón de los actores que no requería mayor prueba. Señalaba el autor Dr. Stiglitz que los fallos ejemplares marcaban rumbos trascendentes, ya que no solo se trataba de la tutela de los intereses económicos, sino de la persona humana, su vida, salud e integridad y que estaba en juego la propia dignidad de la persona.

El caso del presente juicio es la cesión de uso y goce de una unidad habitacional turística del

Departamento Lacar de la Provincia de Neuquén, por 6 días por año durante treinta años por parte de los dos actores al empresario administrador cedente del complejo de vacaciones. El actor, que en su oportunidad contrato conjuntamente con la Sra. I. C., nunca pudieron usar y gozar del destino y tiempo compartido, por incumplida obligación de la prestataria del servicio (art. 1 y 19 Ley 24240), a ello aspiraban los interesados con "enorme ilusión y de acuerdo a sus posibilidades" –como se expone a fs. 51vta.– por ello en temporada baja por carecer de mayores recursos económicos, pero que nunca pudieron efectivizar, pese a reiterados reclamos. La frustración de los fines naturalmente perseguidos, ha producido indudablemente un daño espiritual al actor dado el objeto de uso y goce del bien en lugar de turismo, indudablemente una dolorosa frustración y consiguiente daño espiritual, en controvertida situación cuando paralelamente no podían obtener la empresa contratante la devolución de cupones de tarjeta crédito, ingresados al cobro cuando habían sido cancelados (la sentencia a fs. 236). La índole del hecho generador y las circunstancias del caso, imponen el reconocimiento del daño moral invocado.

El monto demandado ha sido por la suma de $5.000, que por atender a la naturaleza del daño moral frente al presente caso resulta excesiva, criterio similar de reducción establecido en los autos caratulados "S., G. J. c/ Empresa G. E. SRL s/ Sumarísimo", expte. N° 81 año 2010, por lo que estimo debe establecerse en la suma de $1.500, revocándose la sentencia en el punto, e integrándose el presente rubro con los restantes alcances.

Las costas se imponen conforme con la

naturaleza del juicio, en razón de la sentencia dictada apelada y resultado del recurso interpuesto, en ambas instancias a la parte demandada (art. 69 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico, antes art. 68 CPCCCh).

Los honorarios deben ser readecuados; para regularlos rige la Ley XIII N° 4 del Digesto Jurídico, arts. 5, 6, 8 y concords. –arts. 6, 7, 9 y concords. Ley 2200/4335-, el mérito de los trabajos profesionales y su resultado. Propongo los honorarios del Dr. R. O. A., en la suma de $1.600 y los del Dr. F. R. C., en la suma de $1.000, con los restantes alcances del fallo.

A recurso de honorarios por bajos de fs. 242/242vta., carece de virtualidad su pronunciamiento atento a la readecuación precedente, lo que así se declara.

En la segunda instancia, por las razones de valoración expuestas precedentemente, con más los arts. 13 y 14 respectivamente de los ordenamientos arancelarios del punto anterior, propongo los honorarios del Dr. R. O. A., en la suma de $560.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora J. P. T. y fundado a fs. 246/248, contra la sentencia de fs. 233/238vta.

2) Revocar parcialmente la sentencia aludida, en cuanto deniega en el punto 4°) de la parte resolutiva el daño moral, concepto al que se hace lugar en los términos de condena de la sentencia por la suma de $1500.

3) Revocar parcialmente las regulaciones

de honorarios, que se propone en la forma expuesta en el considerando respectivo.

4) Declarar carente de virtualidad el recurso por honorarios interpuesto a fs. 242/242vta.

A la primera cuestión la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet dijo:

1. El fallo apelado y los agravios.

El alcance de la sentencia impugnada, los datos de interposición y concesión del recurso y el contenido de los agravios han sido reseñados por el primer votante. Por tal razón y a fin de evitar repeticiones estériles a tales consideraciones me remito.

2. Tratamiento de los agravios.

El juez de grado, sosteniendo que estamos ante un incumplimiento contractual, se ha enrolado en la tesis restrictiva que impera en la materia. Justamente en dicho ámbito se ha sostenido que dado que las consecuencias del incumplimiento repercuten principalmente en la esfera patrimonial, las molestias o perturbaciones que pueda haber causado se hallan dentro de las previsibles vicisitudes o alternativas propias de la vida negocial.

Ahora bien, tal conclusión implica desconocer las implicancias que en la materia tiene la naturaleza jurídica específica de la relación que ha vinculado a las partes.

Es que si bien es contractual, es una relación de consumo como indiscutiblemente resulta de la vinculación de las partes acreditada a fs. 3/8 de los presentes, ya que se trata de un contrato de tiempo compartido. Huelga recordar que la Constitución Nacional, en el año 1994, incorporó en su contenido a

la relación de consumo como área de protección de los derechos de los consumidores y usuarios con respecto a su salud, seguridad e intereses económicos (art. 42 CN).

En anterior pronunciamiento de esta Sala destacamos tal nota característica, al sostener que las notas distintivas de esta contratación –masificación y despersonalización- hacen que la vinculación contractual enmarque plenamente en el ámbito del derecho del consumidor. Sostiene Lorenzetti: "La masividad, la organización empresarial que la sustenta, la abusividad y cautividad que presenta la modalidad, hace que deba ser estudiada dentro de las relaciones de consumo" (cf. "El contrato de tiempo compartido", LL, 1999 -E- 1097; ídem ver "Conclusiones de las Terceras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín" –1988- comentario de Highton, Smayevsky, también Di Filippo, María "Tiempo compartido: Su actualización a la luz del derecho de daños", JA Suplemento del 5 de febrero de 2003 p. 13).

La consecuencia lógica, entonces, es la subsunción del conflicto planteado en la normativa del estatuto particular tuitivo de los intereses de los consumidores y usuarios. Son variados los efectos específicos del sistema tuitivo de la relación de consumo; pero interesan particularmente las reglas de interpretación propias consagradas por los arts. 3 y 37 de la ley 24240 que textual y respectivamente dicen: "La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa" (art. 37). "En caso de duda sobre los alcances de los principios que establece esta ley,

prevalecerá la más favorable al consumidor" (art. 3).

No es dable entonces soslayar este encuadre ya que, a partir de la vigencia del nuevo texto constitucional la protección del consumidor ha sido admitida como un principio general informador del ordenamiento jurídico del Derecho Privado. Dicho extremo confiere a ese sector del Derecho una dinámica y una lógica propias que obligan a los jueces -y a cualquier otra autoridad- a actuar de conformidad con las valoraciones inherentes, al mismo tiempo de interpretar y aplicar la normativa especial o general que rige las relaciones de consumo. Evidentemente, la cuestión guarda relación con el llamado proceso de "constitucionalización del Derecho Privado", entre cuyas implicancias destaca la necesidad de que los operadores jurídicos efectúen una relectura de las normas de Derecho Privado desde la perspectiva constitucional. Este enfoque del tema adquiere fundamental importancia cuando se advierte que la ley 24240 (con sus modificaciones posteriores) constituye la sede principal pero no exclusiva del subsistema de defensa el consumidor, pues sus contenidos no agotan la regulación de la materia, siendo complementada con el régimen de derecho común y con las normas especiales destinadas a regular algunos sectores específicos de la contratación, así como también por las normas de defensa de la competencia y lealtad comercial (cf. Frustagli, Sandra en “Contrato de consumo y prescripción de la acción por vicios redhibitorios”, publicado en Lexis N° 0003-010537, el 12/05/2004).

Al amparo de estas premisas corresponde examinar la procedencia del daño moral reclamado. Máxime teniendo presente que en anteriores

pronunciamiento, ya he sostenido que el criterio restrictivo que impera en materia contractual requiere un margen razonable de aplicación y no es dable hacerlo extensivo dogmáticamente a todos los casos. Si ello es así en tal ámbito con mayor razón en materia de derecho de los consumidores.

Con base en lo expuesto y advirtiendo que el presente caso presenta aristas puntuales y esenciales que autorizan apartarse del mismo es que adhiero a la procedencia del daño moral, conforme lo ha votado el colega preopinante.

El padecimiento del actor y su grupo familiar se encuentra acreditado en la sensación de frustración, desaliento generado por la imposibilidad de usar y gozar el bien adquirido a pesar de los innumerables y costosos trámites que debió realizar –fs. 38 y concordantes-.

En definitiva, las constancias de la causa son demostrativas del menoscabo que en el plano anímico padeció el actor tras el injustificado incumplimiento de la demandada. Por esta razón propongo el acogimiento del agravio.

En orden a su cuantificación, la suma de pesos un mil quinientos propuesta por quien me precede en la votación aparece como razonable y prudente en función de las circunstancias probadas de la causa y enmarcada dentro de la línea jurisprudencial de este Tribunal

Por lo expuesto, propongo modificar el monto de condena debiéndose adicionar la suma de pesos un mil quinientos en concepto de indemnización por daño moral.

3.Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida.

La modificación del monto de condena obliga a la readecuación de los honorarios regulados en la instancia de grado. Dichos emolumentos, por aplicación de las previsiones invocadas por el juez de grado, se establecen a favor de los letrados de la parte actora en la suma de pesos un mil seiscientos y a favor de los letrados de la parte demandada en la suma de pesos un mil.

Los honorarios de esta instancia se fijan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria vigente y por aplicación de la escala específica contenida en el artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto se fijan a favor del Dr. R. A. en la suma de pesos quinientos sesenta.

En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet dijo:

Adhiero a la resolución propuesta por el Dr. Nahuelanca.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora J. P. T. y fundado a fs. 246/248, contra la sentencia de fs. 233/238vta.

2) Revocar parcialmente la sentencia aludida, en cuanto deniega en el punto 4°) de la parte resolutiva el daño moral, concepto al que se hace lugar en los términos de condena de la sentencia por la suma

de MIL QUINIENTOS PESOS ($1500).

3) Costas en ambas instancias a la parte demandada. Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia del Dr. R. O. A. en la suma de PESOS MIL SEISCIENTOS ($1.600) y del Dr. F. R. C. en la suma de PESOS MIL ($1.000). Por los trabajos realizados en la alzada se regulan los honorarios profesionales del Dr. R. O. A. en la suma de PESOS QUINIENTOS SESENTA ($560).

4) Declarar carente de virtualidad el recurso por honorarios interpuesto a fs. 242/242vta.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2010
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"