En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de junio 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 los señores Jueces de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., J. D. c/ C. G. y E. D. C. R. y otra s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 432/09**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 122/07), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 335), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, Dr. Fernando Nahuelanca 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. 294/297? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

1.El fallo apelado y los agravios.

1.a. El juez de grado hizo lugar a la demanda interpuesta por el señor J. D. C. contra el C. G. y E., condenándolo a la entrega del automotor que ganara en la rifa y a abonar la suma de pesos treinta mil en concepto de pago de privación del uso del automóvil. Asimismo, rechazó la indemnización reclamada por daño moral, impuso las costas la demandada vencida

y reguló los honorarios profesionales.

1.b. El actor apeló la sentencia a fs. 298 y el demandado a fs. 301; los recursos fueron concedidos a fs. 299 y 302; fundados a fs. 321/323 y 308/319, respectivamente y contestados los agravios exclusivamente por el demandado a fs. 325/328.

1.c. El actor sostuvo que le genera agravio el rechazo del daño moral y el monto de la partida por privación del uso del vehículo.

Respecto al primer tópico, manifestó que no tuvo en cuenta los padecimientos que sufrió el demandado por la falta de entrega del premio, que se encuentran acreditados por la prueba testimonial rendida en autos. Solicita, en consecuencia, la revocación del fallo y la condena por la suma pedida en la demanda.

En orden a la suma fijada por privación del uso del automotor, consideró que la misma es irrisoria porque no contempla adecuadamente los doce años que el demandado no ha podido utilizar el rodado. Pide por lo tanto la elevación del monto de condena en un todo de acuerdo con los pautas de determinación adoptadas en el reclamo inicial.

La parte demandada al contestar el traslado niega la procedencia del daño moral por falta de configuración de los presupuestos que le dan andamiaje. Alega, además, el carácter restrictivo de la interpretación del artículo 522 del Código Civil.

En orden a la cuantía de la partida por privación de uso del vehículo; sin perjuicio de remarcar que su procedencia ha sido materia de agravio; sostiene que la pretensión carece del más mínimo sustento, dado que la falta de acreditación de los

gastos que dice haber realizado es exclusivamente imputable a su parte.

Pide, en consecuencia, el rechazo de ese recurso y ratifica la reserva del caso federal.

1.d. La parte demandada sostuvo que la sentencia debe ser descalificada como acto jurisdiccional, en los términos de la doctrina de la arbitrariedad, porque lo decidido no es derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

En forma preliminar destaca que en el considerando 3° de la sentencia, el juez de grado ha creado una presunción en su contra sin fundamento alguno. Luego, señala como primer agravio que se ha condenado a su representada a pesar de estar perfectamente acreditada en autos la falta de pago del precio del bono n° 07047. Sostiene que la afirmación del juez respecto al pago de las cuotas se sustenta en una errónea valoración de la prueba. Agrega que se ha prescindido de prueba esencial como lo es el testimonio del Sr. M. Destaca que el testigo no sólo ilustró respecto a la modalidad del bingo, sino que además reconoció el talonario original de cuotas impagas. Respecto a tal reconocimiento destaca que no fue impugnado. Se detiene en la conducta procesal de la actora.

El segundo agravio se vincula con la arbitrariedad por el rechazo del planteo de caducidad del derecho a reclamar el premio que a su entender implica el desconocimiento del derecho vigente. Ello por cuanto el artículo 40 de la ley provincial n° I-185 determina que los premios no reclamados dentro de los sesenta días de practicados los sorteos respectivos

quedarán a beneficio de la entidad organizadora.

En el marco de tales previsiones, destaca la ineficacia probatoria de la prueba testimonial aportada por la parte actora y se agravia porque el juez de grado se refiere a una intimación cursada mediante la carta documento agregada a fs. 9. Se detiene en dicha documento porque fue expresamente desconocido por su parte e insiste en que estamos frente a una mera fotocopia.

Finalmente, en forma subsidiaria, se agravia por la improcedente condena por privación del uso del automotor. Alega el desconocimiento de la naturaleza del rubro y la falta de acreditación de los presupuestos que le dan andamiaje.

Por todo ello pide la revocación del fallo y ratifica la reserva del caso federal.

2.Tratamiento de los agravios.

El contenido de los agravios de cada una de los recurrentes ha sido reseñado en el anterior capítulo y en su mérito, por estrictas razones de orden metodológico, corresponde dar tratamiento en primer lugar al recurso de la parte demandada.

2.b. El recurso de la parte demandada.

El primer agravio de este recurso se vincula un extremo relevante en orden a la cuestión debatida: el pago del precio del bono n° 07047.

La tesis del recurrente no puede prosperar porque la valoración del juez de grado respecto de la acreditación del mentado presupuesto se ajusta a los hechos probados de la causa.

Ya he tenido oportunidad de pronunciarme acerca de la trascendental importancia que para el supuesto que nos ocupa tiene lo actuado en el momento

del sorteo del bingo.

En efecto, el informe elaborado por el Delegado Zonal de Comodoro Rivadavia del Instituto de Asistencia Social de la Provincia da cuenta de lo sucedido en tal oportunidad. Así, consta en las copias auténticas de las actuaciones administrativas agregadas a este expediente que el n° 7047 estaba habilitado para participar –ver fs. 55/82-. Ello así dado que no fue incluido en el listado que en 13 fojas fue entregado por la entidad organizadora conteniendo los números de bingo que no participaban en el sorteo. Luego, debe señalarse que el n° 07047 resultó ganador en el sorteo de los bingos mayores, 2° bingo.

El mentado número no fue observado como impago o no vendido en dicho momento ni en forma inmediatamente posterior. Ergo, la postura de la demandada conspira contra la doctrina de los propios actos. En los autos caratulados: "C., D. M. c/ C. G. y E. s/ ordinario", Expte. n° 14444/2004, se debatió idéntica cuestión en relación al mismo sorteo (se trataba del 2° premio) entonces sostuve y reitero ahora: "Se trató de una conducta jurídicamente relevante que ha de ser analizada en el marco contractual de referencia y al amparo del principio de confianza derivado del de buena fe (cf. Nicolau, Noemí "El principio de confianza en el derecho civil actual", JA Suplemento n° 6262 del 5 de setiembre de 2001, p. 3)".

Así, no hay dudas que la entidad organizadora reconoció que el bingo n° 07047 premiado se encontraba habilitado para recibir el premio (automóvil Volkswagen Gol 0 km); ello resulta de la falta de observación tempestiva de su parte que tuvo,

además, como consecuencia directa de que no se celebrara un nuevo sorteo.

En ese marco, y como ya he sostenido en la causa referida es la conducta de la entidad organizadora, en el día del sorteo, la clave para la solución del caso. Ello por cuanto confirma que el n° premiado –en esta causa el n° 07047- se encontraba habilitado a participar y recibir por lo tanto el premio prometido.

Entonces la documental anejada a fs. 39 carece de entidad para fundar una solución distinta; la alegación de falta de pago es tardía y por lo tanto inadmisible en esta instancia, ya que debió ser efectuada ante la autoridad administrativa de contralor.

Huelga reiterar que la aplicación de los estándares de buena fe y confianza en la interpretación de la relación contractual imponen el rechazo de la tesis que propone el apelante.

La habilitación del número obliga a la entidad organizadora a asumir las consecuencias jurídicas que de tal acto se derivan. Caso contrario no sólo se vulneran los intereses del Sr. C., sino también la de la totalidad de los compradores del bingo de la fortuna que hubieren tenido derecho a que sus cupones participaran de un nuevo sorteo como efectivamente acaeció en el bingo n° 2 cuando el ganador fue un cupón observado como impago –ver constancias de fs. 55/56-.

Las consideraciones efectuadas son dirimentes en orden a la materia debatida y determinan el rechazo del agravio sin que resulten exigibles otros fundamentos.

El segundo agravio versa sobre la falta

de tratamiento del planteo de caducidad del derecho a reclamar el premio con fundamento en las previsiones del artículo 40 de la ley provincial n° I-185. Esta norma prevé que los premios no reclamados dentro de los sesenta días de practicados los sorteos respectivos quedarán a beneficio de la entidad organizadora.

Destaco que ese planteo fue puesto a consideración del juez de grado al contestar la demandada por lo tanto, debía pronunciarse sobre ese extremo por ser conducente para dilucidar la materia debatida. Hecha esta aclaración de neta índole formal adelanto que el planteo es sustancialmente improcedente.

La demandada pretende aplicar la previsión citada, pero no acredita el cumplimiento de una obligación esencial que la misma ley pone a su cargo. En efecto, el artículo 27 de la ley citada obliga a la entidad organizadora a cumplir con un régimen específico de publicidad. Concretamente establece que "Efectuado el sorteo, le entidad organizadora, obligatoriamente, deberá publicar su resultado dentro del término de cinco (5) días a través de un diario local de circulación en toda la Provincia durante dos (2) días consecutivos".

Es claro que estas dos normas se entrelazan y nos indican que es necesaria la publicidad adecuada para poder plantear la caducidad de la obligación de pago del premio. La demandada no ha acreditado que cumplió con su deber de publicidad y ello hace al deber de informar íntegramente, exigible en el caso conforme las modalidades propias de la contratación.

Respecto del alcance de este deber, ya

me he referido en autos: "V., N. c/ C. G. y E. s/ ordinario", expte. n° 10660/2007, en los que se reclamaba el pago del premio correspondiente al mismo bingo que hoy nos ocupa. Sostuve entonces -y reitero ahora- que el deber de información forma parte de la buena fe contractual receptada positivamente en el artículo 1198, 1° parte del Código Civil (cf. Andorno, Luis, "El deber de información en la contratación moderna" en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio" dirigido por Alberto J. Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci, ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2001, p. 959). Justamente, en este marco corresponde el análisis de la conducta del demandado y no ceñido a la previsión del artículo 919 del Código Civil. Este deber, conforme la naturaleza propia de la contratación asume un rol protagónico no sólo en la etapa precontractual, sino también en la de ejecución del contrato. El C. G. y E. estaba obligado a transmitir la información adecuada, no sólo a la titular del número de bingo premiado que aquí reclama, sino a todos los participantes.

El incumplimiento de este deber ínsito es el principio de buena fe que, en definitiva, la ley provincial recepta en el artículo 27 ya transcripto, impide a la demandada prevalerse de la caducidad del derecho del actor, ya que no ha acreditado haber cumplido con una carga ineludible para tornar operativa la previsión del artículo 40 que invoca.

Por lo demás y como lo ha determinado la jurisprudencia en caso similar: "quien pretende hacer valer una caducidad del derecho debe probar que está in bonis" (CApel.CC mar del Plata, sala I, 31 de marzo de 1998, en autos "M.E.L. c/ Club Deportivo Norte s/

cumplimiento de contrato. Daños y perjuicios", ED- 178-30). Para ello debía acreditar que estaba en condiciones de entregar el automotor sorteado, en un todo de acuerdo con las previsiones de los párrafos 2 y 3° del artículo 11 de la ley citada y que además cumplió con la obligación de publicar el resultado del bingo; esto no sucedió. Por el contrario, la demandada trasladó todas las obligaciones a la parte actora que, obviamente, no revestía el carácter de dómine en la relación contractual; así pretendió desligarse de las múltiples obligaciones que, en su calidad de entidad organizadora, ora la ley administrativa ora la plena vigencia del elemental principio de buena fe ponen a su cargo.

Estos argumentos son dirimentes para la resolución del agravio. A todo evento señalo, además, que las consideraciones vertidas respecto a la existencia de una copia simple de la intimación cursada por el Sr. C. quedan enervadas por la constancia obrante a fs. 7 de los autos caratulados "C., J. D. s/ prueba anticipada", expte. n° 123/07 que fue ofrecido como prueba a fs. 23vta. y corre agregado por cuerda a los presentes. Esta documental cierta y precisa que no obra en fotocopia, sino en original, enerva todas las observaciones formales que la demandada ha efectuado.

El tercer agravio se refiere a la procedencia del rubro privación de uso del automotor. Los argumentos del recurrente no pueden prosperar porque la indisponibilidad material y jurídica de un bien, configura por sí un daño indemnizable. Ese menoscabo produce una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria que no requiere otras pruebas (Fallos 319:1975; 320:1567; 323:4065).

En este orden de ideas, ha dicho la jurisprudencia que la privación de uso de un vehículo importa un daño emergente presumido (las erogaciones para el transporte que debe hacer el damnificado ante la imposibilidad de utilizar su propio medio) y un lucro cesante a probar (las ganancias frustradas que se hubieran obtenido en caso de haber podido utilizar el vehículo) (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1, 25/11/ 2003, Fallo: 3199340, elDial-MZ3DAB).

En el caso de autos, solo se ha reclamado el primer rubro y la suma fijada por el juez de grado se adecua a los hechos probados de la causa apreciados según un criterio de razonabilidad (art. 167 del CPCCCh).

Por las razones expuestas se rechaza el recurso interpuesto por la parte demandada.

2.b. El recurso de la parte actora.

La parte actora se agravia por el rechazo del daño moral. El juez de grado se ha enrolado en la tesis restrictiva que impera en la materia. Es que tratándose de un incumplimiento contractual, cuyas consecuencias 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. Si bien este criterio requiere un margen de razonabilidad y no es dable hacerlo extensivo dogmáticamente a todos los casos, no advierto que en el presente corresponda un apartamiento del mismo. Las constancias de la causa no son demostrativas del menoscabo que en el plano anímico padeció el actor tras el injustificado incumplimiento de la demandada. Las declaraciones testimoniales que invoca el recurrente

ilustran sobre problemas de salud física anteriores, incluso, al incumplimiento contractual y al estado emocional de la esposa del recurrente que no es parte en autos.

Con base en estas consideraciones se rechaza el agravio.

El restante agravio versa sobre el monto indemnizatorio concedido por la partida privación de uso del automotor de modo que he de remitirme a los argumentos ya señalados al dar tratamiento a la queja del demandado sobre este tramo de la condena.

En definitiva, la estimación efectuada por el juez responde al principio de prudencia y es razonable frente a la falta de acreditación puntual de los gastos.

Por estas razones de rechaza el recurso de la parte actora.

3. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen en un 50% a cargo de la parte actora y en un 50% a cargo de la demandada, en atención al resultado de las apelaciones.

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 de los Dres. C. M. Z. y A. P. G., en forma conjunta, en la suma de pesos tres mil y a favor de los Dres. J. M. P. y A. F. A., en forma conjunta en la suma de pesos dos mil cien. 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:

1°) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y la parte demandada a fs. 298 y 301, respectivamente.

2°) Confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 294/297 en todas sus partes.

3°) Costas de esta instancia en un 50% a cargo de la parte actora y en un 50% a cargo de la demandada.

4°) Regular los honorarios por su labor en esta instancia a favor de los Dres. C. M. Z. y A. P. G., en forma conjunta, en la suma de pesos tres mil y a favor de los Dres. J. M. P. y A. F. A., en forma conjunta en la suma de pesos dos mil cien. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

5°) Tener presente la ratificación de la reserva del caso federal efectuada a fs. 320 y 327vta. por la parte demandada.

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 294/297, por la que se hace lugar a la demanda interpuesta por la parte actora J. D. C., contra la parte demandada C. G. y E. de C. R., por la que se condena a la demandada a entregar a la parte actora el automóvil "que ganara en la rifa organizada por el demandado y que individualiza en la demanda (Volkswagen Gol 0 km) y a pagar a la actora en plazo de 10 días la suma de $30.000 por privación de uso del automotor, con más los intereses que señala en los considerandos hasta su efectivo pago. Desestima la indemnización por daño moral. Impone las

costas del juicio a la demandada y regula los honorarios profesionales.

La parte actora bajo apoderamiento letrado presenta recurso a fs. 298, que se concede a fs. 299. También lo hace la demandada con letrado apoderado a fs. 301 y el recurso se concede a fs. 302.

El memorial de la parte demandada se agrega a fs. 308/309, cuyos contenidos quedan expuestos en el voto antecedente y conforman para su examen las exigencias del art. 274 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico (antes art. 271 CPCCCh). En efecto, define como preliminar una evaluación arbitraria; luego, en el primer agravio, que el fallo prescinde de prueba esencial, entendiendo que el "bingo 07047" se encontraba habilitado para recibir el premio, pero la cuponera de la que debía surgir el pago del número no lo demuestra y fue reconocida por el testigo M. como que solo tiene dos cuotas pagas, prueba que omitió considerar el señor Juez de Primera Instancia, temática desarrollada en los puntos A. y B. de fs. 309/312; que no existió el debido análisis de la conducta del actor (punto D de fs. 312), como que resulta ineficaz la prueba testimonial (fs. 314 y ss.) como la CD de fs. 9, que no ha podido ser objeto de reconocimiento alguno y llevando finalmente el caso a la reserva del caso federal.

Asimismo, reseña la Sra. Juez de primer voto, con los alcances debidos, los agravios de la parte actora respecto al reclamo indemnizatorio por daño moral y la evaluación del daño invocado como privación de uso del automotor. También con reserva del caso federal (fs. 321/323).

A fs. 325/328 se contestan por la parte

demandada los agravios de la parte actora.

La crítica inicial de la parte demandada apelante a lo que considera premisa mayor del fallo para resolver y como impediente de una sentencia justa pero que solo define como "preliminar", implica necesariamente el examen del curso de los agravios que demuestren un resultado desajustado al litigio planteado.

En el primero de los agravios la parte demandada apelante pone en controversia los elementos que para el sentenciante constituyen su plataforma decisoria. Menciona, entonces, los considerados por el fallo, los testimonios de fs. 239/240, 241/242, 260/261 y oficio al IAS, como demostrativos de la posesión del número premiado, su pago y que el mismo fue habilitado por el C. G. y E. para recibir el premio. Agrega la recurrente que el Juez omite prueba esencial, el talonario original de cuotas impagas del Bono Bingo N° 07047 y su recibo oficial, documentación que si fue desconocida por la actora, el testigo M. la reconoce en la 5ta. pregunta.

En efecto, el testigo M. G. M. (fs. 247/249), empleado del C. G. desde el año 1985, desempeñándose en la Secretaría del Club, explica que el Bingo de la Fortuna era un juego de azar, con organización tercerizada en las ventas y cobranzas. Las respuestas a las preguntas cuarta, quinta y sexta, señalan la existencia de una carpeta donde se "detallaba el tema premios" de tal Bingo, que la cuponera que se le exhibe es dicho Bingo y por "lo que se ve tiene solamente pagadas la primera y segunda cuota y el resto está completa.

Destaca entonces bien la recurrente que

la sentencia omite la cita de la testimonial del testigo M., su reconocimiento de la cuponera documental del Bingo de fs. 38 en sobre Doc. Reservada N° 29/07 de origen, fotocopia autenticada obrante a fs. 39, indicativa por ausencia de dos cupones de su pago, e impagas las ocho restantes por tenerse a la vista los cupones.

El reconocimiento material de la documentación precedente, la ausencia de impugnación a la prueba testimonial, como de la prueba caligráfica-scopométrica que proponía la parte actora para su desestimación al contestar el traslado (fs. 138/141vta.), irroga considerar que se trata de la instrumentación veraz del contrato de juego entre las partes, en conjunción con el "Certificado de Compra-Condiciones Generales Número de Bono Bingo 7047" del Bingo de la Fortuna, presentado por la actora y en Doc. Reserv. N° 30/07 de origen, obrante a fs. 10 – a fs. 12 fotocopia autenticada, en expte. "C., J. D. s/prueba anticipada", expte. N° 123 F. 184, Año 2007, por cuerda. Por otra parte, el Certificado de Compra" aludido fue reconocido como autentico por la parte demandada a fs. 43vta., 2do. párrafo.

Es la documentación señalada la determinante de los derechos invocados por las partes.

Se tiene con su implicancia jurídica, que el C. G. y E. en el acto del sorteo de fecha 17/5/97, observa la conducta contractual que correspondía habilitando para el mismo el Bono Bingo N° 7047. Aunque llama la atención que este Bingo N° 7047 no fuera anulado al salir adjudicado con el segundo premio, lo que así se hacía en los casos que se consideraba la falta de pago (testigo T. – entonces

Gerente Zonal del IAS - fs. 260/261vta., 6ta. y concordancia de fs. 55, informa el nombrado: "2° BINGO: favorecido el N° 07047, cuyo premio fue 1 Automóvil 0 km Gol", la habilitación en el caso particular así correspondía por las obligaciones resultantes.

Es que en lo contractual con el actor adquirente del Certificado de Compra – Condiciones Generales juego Bingo de la Fortuna Res. IAS N° 024-P- Número de Bono Bingo 7047, el caso de autos – pago en diez cuotas de $30 cada una de ellas, además de no fijarse día específico de cada vencimiento mensual, lo relevante es que no se fijó el lugar de pago, con lo que el abono de las cuotas de la rifa debían efectuarse en el domicilio del deudor, sin que la demandada ni lo esclareciera al contestar la demanda, ni demostrara la mora del actor por haber concurrido a su cobro conforme al art. 618 CC, últ. parte (ya se señaló la ubicación en juicio del "Certificado de Compra" del Número de Bono Bingo N° 7047, Doc. Reserv. en origen N° 30/07, expte. prueba anticipada por cuerda). Surge por otra parte de la Cuponera N° 7047 (Doc. Res. N° 29/07 de origen – fs. 38), en los datos del adquirente J. D. C., la anotación del domicilio en la calle S. *** del Barrio XXXX y si a ello se agrega que la organización de venta y las cobranzas se encontraba tercerizada (M, a fs. 247; C, a fs. 260/261vta.), es evidente que las cobranzas debían formalizarse en el domicilio del deudor, con lo que no incurso C. en mora contractual se ajustó a derecho su inclusión en el sorteo respectivo.

Es claro que la actora afirma con abuso de su derecho el pago del Bono Bingo, cuando por el justo derecho de intervenir y al resultado del sorteo, lo que debía ofrecer al demandar es el pago de las

cuotas pendientes en razón del sinalagma contractual. Con todo, tal circunstancia no puede importar la gravedad del rechazo frente al derecho sustancial que le asiste. La gravedad importaría seguir evitando el desembolso del premio frente a un derecho reconocido, porque el supuesto contrario daba derecho a los restantes tenedores de la rifa a otro sorteo.

La comprensión de lo precedente entronca en los principios que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ("La doctrina de los propios actos en el ámbito del procedimiento civil", autores Jorge E. Peyrano y Julio O. Chiapini, en J. A. 1985-IV-817), en el principio de buena fe en el cumplimiento de los contratos (art. 1198 CC) y en lo técnicamente contractual conforme con la jurisprudencia. Se entiende aplicable el fallo de la C1° de Apel. de Mar del Plata, noviembre 29-967 – "Collini, Pedro I. y otra c. Club de Gimnasia y Esgrima de la Plata y otro", pues dirime cuestiones similares a las de autos y que se exponen: Aun cuando el adquirente del bono de una rifa, deudor de algunas cuotas, pero sin haber incurrido en mora contractual, no haya depositado ni ofrecido el pago de las cuotas exigibles al demandar por cobro del premio, y su acción no debiera progresar en virtud de la excepción de incumplimiento contractual, debe condenarse a la entidad organizadora al pago del premio, previo abono por el adquirente de la prestación pendiente. Razones de economía procesal y la poca entidad de las cuotas adeudas aconsejan la adopción de este criterio" (ED, t. 28-277).

Con sus fundamentos y ajuste a las normas del contrato se señala, que la falta de

concurrencia de los cobradores al domicilio de los adquirentes, al no haber satisfecho las cuotas correspondientes, no le impedía al actor el derecho a participar del sorteo por la inexistencia de mora (art. 509 y 1424 CC); que, en consecuencia, el sorteo beneficiaba al bono de los actores con el premio prometido, sin que el Club demandado haya podido dar por resuelto el contrato ni le asista el derecho a tenerlo por resuelto o caducados los derechos del adquirente a participar en el sorteo y beneficiarse con el premio estipulado" (arts. 1197, 1198 y 2051/2069 del Código civil); que la circunstancia no impedía la excepción de incumplimiento y la demanda no contenía ofrecimiento de pago de las cuotas devengadas, con lo que no obstante no encontrarse las accionantes en mora contractual, si aún la acción no debiera progresar pues no cumplió la prestación a su cargo (cita el fallo de consulta entre otras, Salvat-Acuña Anzorena, t. I, núms. 247-8 y JA 1956-II-147, 4ª. Cuestión), tratándose de un contrato de lotería o rifa, "…lo menos que puede pedirse del adquirente atrasado en los pagos, pero no en mora, es que pague al demandar u ofrezca hacerlo antes o simultáneamente con la entrega del premio sorteado" (cita Masnatta en "Excepción de incumplimiento contractual", núms. 1, 3, 4, 24, 25B y C y sigas, en JA 1967-V); se considera, asimismo, con este autor citado que si la demanda se rechazara quedaría pendiente el derecho del actor de demandar una vez llenada su obligación u ofrecido el cumplimiento en la forma correspondiente, pero que basado en el hecho que el C. G. y E. demandado no deja de ser deudor, el cumplimiento simultáneo de las prestaciones se atiene más a la regla del contrato bilateral, la simultaneidad

del cumplimiento y que razones obvias aconsejan adoptar este criterio.

Son las razones expuestas por las que el agravio no puede obtener hasta aquí el rechazo de la demanda y solo prospera parcialmente en razón de la excepción interpuesta a fs. 46.

El segundo agravio, califica de arbitraria la sentencia por cuanto la sentencia le opone mala fe, ya no demuestra estar en condiciones de entregar el premio (no manifestó tenerlo en su poder ni ofreció prueba para acreditarlo), y pretende hacer valer una supuesta caducidad del derecho por no haber retirado el premio dentro de los sesenta días del sorteo (fs. 299 del fallo, punto 5).

La agraviada no responde a tales fundamentos de la sentencia que transcribe (fs. 313vta.), no los niega ni demuestra error de la sentencia en la indisponibilidad señalada, cuestión que debió esclarecer pues conforme con la Ley 4236, por definición debió acreditar la propiedad y disponibilidad del premio en su oportunidad (arts. 10 y 11 de esta normativa). Se advierte que la transcripción omite la comprensión más amplia del contexto, porque le preceden en el punto 5) de fs. 296, la referencia a los incumplimientos contractuales de la actora "esgrimidos por la demandada" a los que le opone el art. 510 CC, que "en las obligaciones recíprocas, uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o se allana a cumplir la obligación que le es respectiva".

Si bien el principio pudo aplicarse al juego de todo el contrato, como se encuentra sentado en el primer agravio, el sentenciante lo aplica sobre el presente agravio, con lo que se ajusta a derecho la

caducidad del derecho pretendida por la demandada contra el actor, no pudo oponerla porque no demuestra la disponibilidad del premio.

A mayor abundamiento, la caducidad pretendida por vía del art. 40 Ley 4236 que define que los premios no reclamados dentro de los sesenta días de practicado el sorteo, quedarán a beneficio de la entidad organizadora (fs. 313vta., últ.párr.), resulta igualmente inadmisible por el incumplimiento del C. G. y E. del art. 27 Ley 4236, que lo obligaba a publicar el resultado del sorteo dentro del término de cinco días, en "un diario local de circulación en toda la Provincia durante dos (2) días consecutivos".

El desconocimiento de lo que titula a fs. 316vta. "La pretendida Carta Documento de fecha 21 de julio de 2008", calificando como copia simple la misiva y porque en la oportunidad del Cap. IV desconoce dicha documentación (fs. 49vta.), resulta asimismo improcedente, por lo que se expone a continuación.

El Decreto 150/96, del 21/2/96 (ADLA-LVI-B, pág. 1740), normativa común para el telegrama Ley 23789 y la Carta Documento, determina en el Anexo I las notas que definen estos medio de comunicación; en ap. III, que presentados los formularios en la Empresa Oficial de Correos, la oficina receptora confrontará y autenticará ambos ejemplares, mediante sello del servicio oficial de correos, devolviendo el duplicado al remitente y cerrando el original que remitirá al destinatario.

La posesión de la actora de dicho duplicado de la CD certificada en su autenticidad con el sello del correo –obrante en la medida de prueba anticipada– en tanto la oficina receptora cierra el

original que envía al destinatario -y frente a la insuficiente negativa de la apelante-, permite tenerla por reconocida. Adviértase que al contestar la parte demandada en el punto IV de fs. 49vta. – al que se refiere- desconoció la copia simple de la CD N° **.***. *** AR, de fecha 21/7/1998, desconocimiento carente de virtualidad en tanto en el expte. N° 123 año 2007 "C. s/ Prueba Anticipada", por cuerda, obra la copia auténtica con lo que no bastó el desconocimiento de la copia simple. A todo evento el desconocimiento carece de eficacia, porque la demandada no cumplió con la exigencia del art. 360, inc. 1°, Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico (antes art. 356, inc. 1° del CPCCCh), de negar "la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos cuyas copias se acompañen".

Debe, por lo expuesto, tenerse por reconocida y recepcionada la CD aludida, obrante en Doc. Reserv. N° 123/07, fs. 7, del expte. N° 123/07 sobre prueba anticipada.

Se rechaza el segundo agravio.

Tercer agravio. Se agravia la parte demandada apelante por la condena indemnizatoria del concepto privación de uso del automotor.

Sobre el punto debe señalarse que rigen los arts. 519, 520 y concords. y los daños a evaluar por la materia contractual son los ocurridos en la misma cosa que forma el objeto de la obligación y no en otros bienes. Solo los primeros –intrínsecos– resultan indemnizables y no la privación de la utilización de la cosa, que por común que sea resulta daño extrínseco.

Por otra parte, las característica del presente contrato de juego, no cubren la naturaleza del daño de privación de uso del automotor, pues el

reclamante no cuenta con el presupuesto de hecho de cómo utilizaba habitualmente el rodado con anterioridad, propio de las razones del reclamo que presupuestan la determinación del monto indemnizatorio.

A mayor abundamiento, conforme se propugna la solución del presente y desde que la parte actora tenía obligaciones pendientes, carecía del derecho de disponibilidad del rodado (art. 510 cit.).

Procede en consecuencia el agravio y la consecuente revocatoria de la sentencia sobre el punto.

En definitiva, el memorial de agravios de la parte demandada, conforme se votan las cuestiones ha de prosperar parcialmente.

Agravios de la parte actora (fs. 321/323).

Se agravia por el rechazo del daño moral, criticando porque la sentencia no tiene en cuenta los inconvenientes sufridos, que el desencanto frente a la esperanza de tener el rodado con el transcurso del tiempo fue afectando su estado de salud. Peticiona la revocatoria del fallo y se reconozca tal como se pide en la demanda.

Sentó la sentencia que no existe motivo para acceder al daño moral (art. 522 CC) y que ello importa derivar la cuestión a la comprobación de los valores extrapatrimoniales, que en el caso no advierte que más allá del daño material, se hayan afectado valores espirituales.

Frente a lo expuesto y dados los basamentos por los que en concepto del presente voto resultan obligaciones pendientes de una y otra de las partes, se resiente la reclamación de la actora por estas circunstancias. Ingresa por ello fuertemente a la

valoración la índole del hecho generador, donde toda demora de la parte demandada en el cumplimiento total del contrato tenía, asimismo, por contrapartida deberes pendientes de la accionante. Se confirma la negativa del fallo y por lo precedentemente expuesto.

Privación de uso. Atento a la forma por la que se entiende debe resolverse el presente juicio y lo expuesto al resolver el recurso de la contraparte sobre el concepto privación de uso del automotor, se rechaza el agravio con remisión a los fundamentos expuestos y con ello el memorial de agravios de fs. 321/323 y corresponderá tener presente la reserva del caso federal.

Como se adelantara por aplicación de la jurisprudencia citada, que la excepción no conduce a la desestimación de la demanda, sino a la condena del demandado previo pago de la prestación pendiente de la actora, obligación que se verifica a partir de la demanda en el presente juicio exigiendo la entrega del automotor correspondiente al sorteo, los intereses de las ocho cuotas pendientes –un total de $240- correrán a partir del 3 de noviembre de 2006, a la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina, a pagarse en simultaneidad contra la entrega del premio por la parte demandada. Los límites y modalidades de la ejecución se ajustarán en la primera a pedido de parte de conformidad con el art. 515 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico (art. 511 CPCCCh).

De conformidad con el art. 282 Ley citada, corresponde la adecuación de las costas y honorarios. Atento los disparidad de los valores representativos de las obligaciones pendientes y

sujetas a determinación, las costas del juicio deben ser distribuidas, proponiendo el 95% a cargo de la parte demandada y 5% a la parte actora (art. 72 Ley cit., art. 71 del CPCCCh). Respecto a los honorarios y por lo expuesto, el mérito de los trabajos profesionales, su complejidad, resultado y montos sujetos a determinación, propongo los honorarios conjuntos de los Dres. A. P. G. C. y C. M. Z., en el 21% del monto del juicio y los conjuntos de los Dres. J. H. P. y A. F. A., en el 18% con iguales alcances (arts. 5, 6, 8, y concords. de la Ley XIII N° 4 del digesto Jurídico – antes arts. 6, 7, 9 y concords. Ley 2200/4335).

En la Alzada y por los motivos que se dejan expuestos, el mérito de los trabajos realizados y su resultado, se distribuyen las costas en el 95% a cargo de la parte demandada y el 5% a cargo de la parte actora, proponiendo los honorarios conjuntos de los Dres. J. H. P. y A. F. A., en el 30% y los conjuntos de los Dres. C. M. Z. y A. P. G. C., en el 25%, en ambos casos de los honorarios que les resulten en primera instancia (Ley XIII N° 4, arts. citados y el art. 13 – antes arts. 6, 7, 9, 14 y concords. Ley 2200/4335).

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte demandada C. G. y E. de C. R., fundado a fs. 308/320vta., contra la sentencia de fs. 294/297, en la forma que se expone en el punto siguiente.

2) Confirmar parcialmente el punto 1° de la parte resolutiva de la sentencia aludida, revocar en

cuanto condena por privación de uso del automotor y hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la parte actora J. D. C. y condenar a la parte demandada C. G. y E. de C. R., a la entrega a la parte actora el automotor que ganara en la rifa organizada por la demandada y que se individualiza en la demanda (Volkswagen Gol 0 km), previo pago de la parte actora de la suma de $240 con más sus intereses a partir del 3 de noviembre de 2006, a la tasa activa para las operaciones de descuentos de documentos a 30 días, del Banco de la Nación Argentina, cuya modalidad de ejecución se ajustará en primera instancia de conformidad con el art. 515 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico (antes art. 511 CPCCCh).

3) Rechazar el recurso interpuesto por la parte actora J. D. C. a fs. 321/323 y confirmar el punto 2° de la parte resolutiva de la sentencia aludida.

4) Costas en ambas instancia en un 95% a cargo de la demandada y en un 5% a cargo de la actora, regulando los honorarios de conformidad con los considerandos pertinentes.

5) Tener presentes las reservas del caso federal de fs. 320vta. y fs. 323.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que ésta es la tercera oportunidad en la que he tendido que opinar respecto a la responsabilidad que cupo en el evento a la demandada, salvando las singularidades del caso en cuanto a la conducta desplegada por los diversos damnificados, tanto en la época del reclamo extrajudicial como durante le transcurso de la litis. De allí que ante la disidencia

parcial de mis colegas preopinantes y ajustado a lo que no fue materia de concordancia puedan resultar útiles las referencias a aquellos antecedentes a los fines de fijar posición en el caso concreto y a la luz de los hechos y adquiridos en la presente.

Quienes me han precedido en el sorteo han considerado de un modo implícito, tras el estudio de los elementos obrantes en la causa, la procedencia formal de los recursos articulados por las partes y, además, han hecho breve y ajustada referencia al contenido de las quejas, límite jurisdiccional de la alzada. Ello evita su mera reiteración por lo que seguiré el orden elegido por mis colegas para el tratamiento de cada cuestión, dejando de lado todo aquello en lo que ya se ha obtenido mayoría y que por otro lado resulta cuasi concordante con lo que opinado en los casos antecedentes. Refiere en especial al segundo agravio de la demandada en cuanto a la desestimación de los argumentos por configuración de la causal eximente prevista en el art. 40 la Ley I-N° 185 (antes Ley 4236). En el caso se olvida la obligación esencial del art. 27 a los efectos de tornar operable aquella y sin perjuicio de las normas concordantes del 20 inc. j) y de la normativa contenida en el cap. IV de tal texto legal, incidentes en la correcta interpretación de aquella cláusula liberatoria.

Pero abundando en la inadmisibilidad de tal propuesta, tan sólo advirtiendo la autenticidad del contenido y fecha de la intimación obrante a fs. 16 de la prueba anticipada acordelada, poniendo de manifiesto el grave quebrantamiento de las pautas que emergen del art. 1198 CCiv., evitan mayores comentarios.

Resulta tardía la eximente de falta de

pago reiteradamente opuesta por la accionada, cuando ni ante ni durante ni después de realizado el sorteo lo objetó por tal circunstancia. Esto es, al encontrarse perfectamente habilitada la boleta que a la postre resultó beneficiado con un premio en el sorteo, tal como consta en la documental acompañada y debidamente autenticada, no resulta admisible reclamo alguno por imperio de la normativa que rige este tipo de contratos y que obste de alguna manera la entrega del premio. Además de quedar comprendida la cuestión en la doctrina de los actos propios, juegan a favor del reclamante los principios interpretativos que gobiernan ente tipo de convenciones predispuestas y, en tal sentido, vale recordar que tal como señala CCiv. y Com. de Azul (Bs.As), sala I, 20/11/2008, citar: elDial - AA5165: "Desde el punto de vista jurídico, puede decirse que la rifa es el contrato en virtud del cual, una vez obtenida la indispensable autorización estatal, una parte, denominada "organizador", se obliga a entregar determinado premio a la otra parte, llamada "adquirente", en el caso que ésta resulte favorecida con un sorteo, obligándose el adquirente al pago de un precio cierto, generalmente en cuotas periódicas (cf. Bueres, Alberto J.- Highton, Elena, "Código Civil", t. 4D, p. 516).- López de Zavalía propone conceptualizarlo considerando que son sorteos en los que intervienen el organizador y participantes salidos del público, celebrándose sendos contratos entre aquél y cada uno de estos, arriesgando el organizador como postura el premio ofrecido y el participante el precio de su derecho a intervenir en el sorteo, sobre la base de cálculos estadísticos que pronostican una ganancia considerable al organizador ("Teoría de los Contratos",

t. 5, Parte Especial)”.

Que "Es un contrato típico mencionado en el art. 2069 del Código Civil y esencialmente aleatorio porque la obtención del beneficio por el adquirente se encuentra sujeta al alea de resultar favorecido por un sorteo." Y "Se celebra por adhesión a condiciones generales de contratación cuyo contenido viene predispuesto por el organizador y, por lo tanto, son aplicables a ellas las pautas admitidas en materia de interpretación y nulidad de cláusulas abusivas (cf. Bueres, Highton, ob, cit, p. 519)".

Concluyo en cuanto a que "Lorenzetti ha destacado la vinculación que tienen estos contratos con la normativa dada por la Ley de Defensa del Consumidor 24240, especialmente en lo que concierne al alcance de la publicidad que pueden efectuar los organizadores de los sorteos, debiendo tenerse como parte del contenido obligatorio todas las precisiones efectuadas en los anuncios ("Contratos. Parte especial", t. II, ed. 2003, p. 437)."

En función a tales directivas, la extemporaneidad de la defensa propuesta carece de entidad para impedir la premiación del beneficiario reclamante. Potencia la legitimidad de éste en cuanto a tal reclamo el desinterés de la accionada por cumplir acabadamente con los deberes de información a su cargo, finalizado el sorteo no impugnado y de conformidad con las pautas legales y éticas que emergen de la normativa protectoria ya señalada.

Y es que, al igual que en el antecedente jurisprudencial señalado, lo que más se destaca en autos es la actitud reticente frente al ganador del premio, en favorecer su cobro, no existe gestión alguna

demostrativa de voluntad de pago. Es más, se ha negado al inicio, que fuera acreedora de premio alguno (ver contestación de demanda de fs. 118/125vta.). Ahora se vuelve a ensayar la imposibilidad de pago por falta de cooperación del ganador. Es poco serio.

Insisto, en un contrato de rifa, el principio de buena fe debe aplicarse con particular amplitud, pues ante la naturaleza y características del contrato, las cláusulas y sus alcances deben interpretarse con razonable elasticidad en pro de quien no participó en la redacción, con mayor razón en el caso de que se demande por el incumplimiento de la entrega de los premios a sus beneficiarios (ver, v.gr., CCiv. Com. Familia y Trab Marcos Juárez, 27/08/1998, en: LLC 2000, 198). Lo dicho precedentemente resulta aplicable en autos en razón del desinterés manifiesto de la demanda por favorecer el cobro del premio a quien resultó legítimo ganador (CApel., Comodoro Rivadavia, sala A, 04/10/2007 – "V., N . M. c. G. y E." – publicado en: LL Patagonia 2008 (abril), 186, cita on line: AR/JUR/10139/2007).

Además de lo expuesto, resultaría incongruente otra solución de presunta justa recomposición de intereses recíprocamente afectados, cuando la demandada no lo propone y de ningún modo se incorporó al "thema decidendum".

La falta de entrega del premio, más allá de lo grave del incumplimiento, sólo generó la imposibilidad del uso del bien que no se tuvo a nivel personal y/o familiar. Téngase en cuenta que son muchas las circunstancias que aún pudiendo disfrutar del mismo nos vemos imposibilitado de hacerlo por razones personales o administrativas. Conocimiento del arte,

habilitación, medios económicos etc. y a su vez acreditar debidamente el perjuicio generado por el uso alternativo de otro medio sustitutivo, necesidad, continuidad y otras pautas de evaluación. No se trata del caso de una desposesión, sino de un derecho en expectativa generado en un convenio ya calificado legalmente, por lo que con la prueba adquirida no puede configurarse lucro cesante, sino un mero daño emergente que ha sido prudentemente estimado por el a quo.

Propuesto el rechazo de ambos recursos se impone la distribución de costas en el modo propuesto por la Dra. Alonso que es, en definitiva, con el que concuerdo en todos sus puntos. Se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo y se tiene presente la reserva del llamado "caso federal".

A la segundo cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con la propuesta de la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, reitero su fórmula decisoria.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia del Dr. Nahuelanca, la siguiente

SENTENCIA:

1°) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y la parte demandada a fs. 298 y 301, respectivamente.

2°) Confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 294/297 en todas sus partes.

3°) Costas de esta instancia en un CINCUENTA POR CIENTO (50%) a cargo de la parte actora y en un CINCUENTA POR CIENTO (50%) a cargo de la demandada.

4°) Regular los honorarios por su labor en esta instancia a favor de los Dres. C. M. Z. y A. P. G., en forma conjunta, en la suma de PESOS TRES MIL ($3.000) y a favor de los Dres. J. M. P. y A. F. A., en forma conjunta, en la suma de PESOS DOS MIL CIEN ($2.100). En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

5°) Tener presente la ratificación de las reservas del caso federal efectuadas a fs. 320 y 327vta. por la parte demandada.

6°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

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