En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Ricardo R. Enrique Hayes, y asistencia de las Sras. juezas de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"S., R. D. y otra c/ B., G. P. s/ SUMARÍSIMO"**, **expte. nro. 306/17**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 20/13), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 580), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. María Fernanda Zanatta, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dr. Ricardo R. Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 520/534? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La sentencia de fs. 520/534 hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por los Sres. R. D. S. y N. A. A. C., declarando la responsabilidad del demandado condenándolo a abonar la suma de $405.179,28 con más los intereses que fijó.

Impuso las costas y reguló honorarios.

1. Los recursos:

La parte actora apeló la sentencia a fs. 539 y la demandada a fs. 541.

A fs. 543/546 la actora y a fs. 548/557 la demandada, expresaron agravios, obrando las contestaciones de la demandada a fs. 559/561 y las de la actora a fs. 563/566.

2. Agravios:

La parte actora cuestiona los montos otorgados por la sentenciante. En cuanto a la restitución de lo pagado en proporción al avance de la obra, señala que el art.

10 de la LDC es claro en cuanto otorga la opción de rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado sin perjuicio de los efectos producidos. Explica que sin perjuicio del avance de la obra deben realizarse nuevamente los trabajos de preparación que precariamente se realizaron. En segundo término indica que el monto por daño emergente fue fijado dogmáticamente y alejado de la realidad en base a lo manifestado por la demandada y reducido en el porcentaje de avance de obra, que en la actualidad no es tal. El daño por indisponibilidad del bien fijando la fecha de inicio el 6/12/2010 por considerar que el plazo de la obra comenzó a partir del 22/10/2010 habiendo acreditado que la provisión de agua había sido contratada y era obligación de la contraria intimar a cumplir con tal obligación. También le causa agravio la fecha que fija la sentenciante respecto de la finalización del plazo de indisponibilidad del bien que caprichosamente lo fija en el día de interposición de la demanda, cuando debiera ser por lo menos a la fecha de la sentencia dado que hasta la fecha no ha podido finalizar la obra para poder al menos instalar una casa prefabricada. Asimismo, la fijación del valor locativo en $3.000 estimado al momento del inicio de la demandada y con la tasación se estimó en $12.000 con el ajuste de 15% semestral. El monto fijado como daño punitivo en $100.000 es exiguo, razón por la que no instará al demandado a cambiar su forma de proceder. Por último le causa agravio que se fijen distinta fechas de partida de los intereses de distintos rubros, que con la salvedad del daño punitivo, deben computarse desde que se consumó el daño y no desde la intimación a la finalización de la obra.

La primera queja del demandado está constituida por la declaración de aplicabilidad de la normativa de defensa del consumidor y el rechazo del planteo de inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley 24240 que efectuó. Sostiene que el fundamento dado por la sentenciante centrado en la diferencia de actividad de un contratista de obra material ejercida por el maestro

mayor de obra y la actividad de los agentes del proceso constructivo como el ingeniero o arquitecto, que son prestadores de servicios intelectuales y que su ejercicio se reglamenta por el Estado es erróneo y advierte sobre la ley provincial de colegiación que nuclea a los maestros mayores de obra y el código de edificación municipal exige que cualquier obra debe ser dirigida por profesionales colegiados, por un profesional habilitado, que en el caso es el Sr. B.. Denuncia que los arts. 503, 1496 y 1641 del CC aplicados por la jueza no tienen relación con la cuestión a decidir.

En segundo término y como consecuencia de la inaplicabilidad de la LDC que postula, cuestiona la admisión de legitimación activa de la Sra. A. C. como consumidora no contratante. Sin perjuicio de ello señala que la jueza sentenciante tuvo en consideración la resolución municipal que incorporó a los actores como beneficiarios de lotes fiscales municipales, pero no se acompañó en autos la resolución de adjudicación del lote a favor de los actores y tampoco la preadjudicación, momento en el cual los beneficiarios toman posesión del lote para la construcción conforme el régimen aplicable. De allí que mal puede invocar legitimación activa la Sra. C. si aun no tiene derecho sobre el lote y tampoco fue parte del contrato firmado.

También se alza contra los montos estipulados como restitución de lo pagado basado en la apreciación fotográfica, el monto dado por daño emergente, por no haber considerado el incumplimiento del demandado en la provisión de agua y la suma dada por restitución de lo pagado con lo cual el rubro asciende a la suma de $40.147,10. Es improcedente el rubro indisponibilidad del bien, por no haber acreditado que se encuentra pagando un alquiler como dijo en la demanda y surge del expediente municipal que vive en la vivienda de los padres del actor. Tampoco se probó la construcción de la vivienda porque tampoco acreditó ser adjudicatario del lote o haberse formalizado el instrumento traslativo de dominio como imponen las ordenanzas municipales. Por

tales motivos rechaza la procedencia del daño moral de los actores porque no poseían ningún derecho sobre el lote según la ordenanza general de tierras, ya que la reserva a favor de una persona solo hace indisponible dicho inmueble hasta que se cumplan con todos los requisitos de la ordenanza. El séptimo agravio está constituido por la indemnización por daño psíquico viabilizado dentro del daño moral, pero otorgado como gastos de tratamiento psicológico constituyendo un pronunciamiento sobre una cuestión no requerida y por lo tanto evidencia incongruencia. Por último, le causa agravio la condena por daño punitivo, toda vez que no corresponde la aplicación de la ley de defensa del consumidor.

3. Antecedentes:

En lo que aquí interesa, es dable señalar que el día 30 de julio de 2010, el Sr. S., suscribió con el demandado un contrato de locación de obra con el objeto de realizar relleno de suelo y muro medianero en el Lote XX de la Manzana XX del Bo. X de esta ciudad que fuera otorgado por la Municipalidad mediante Resolución Nro. 1496/09 y 3379/10. Explicó que el terreno fue solicitado y adquirido para construir su propio hogar y dejar de alquilar el inmueble de calle X XXX. La obra se pactó con la cláusula “ajuste alzado” y por un precio de $54.980 que fueron abonados al momento de la suscripción. En la cláusula séptima se convino el plazo de entrega y ejecución de obra en 45 días desde la fecha de la firma del contrato y en la cláusula novena, y en lo que aquí interesa, se estableció como obligación del comitente -entre otras-, gestionar la conexión de fuerza motriz inmediatamente después de la firma del contrato y mantenerla activa durante el plazo de obra. Dijo que transcurridos los días sin obtener resultado y luego de reclamar al proveedor vía telefónica y por correo electrónico que comenzara y finalizara los trabajos encomendados y abonados, el 23/2/2011 intimó al demandado a dar comienzo con los trabajos pendientes otorgando un plazo de 25 días corridos bajo apercibimiento de dar por

terminado el contrato por su exclusiva culpa y reclamar daños y perjuicios. Luego de siete meses, sin obtener respuesta el 8/10/2011 resolvió el contrato. Dijo que los pocos trabajos realizados por el proveedor, al no compactar el suelo quedaron desechos como si jamás hubieran sido realizados. Solicitó la aplicación de la Ley 24240 (LDC) y reclamó la restitución de lo pagado, daño emergente, indemnización por indisponibilidad del bien, moral, psíquico, daño directo y punitivo estimando todos ellos en $575.733,15 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse.

El demandado, dio su propia versión de los hechos. Planteó la falta de legitimación de la actora por no haber suscripto el contrato, dijo que los 45 días estipulados no se cumplieron por exclusiva culpa del comitente quien no instaló la electricidad, no proveyó el agua ni aportó los materiales para realizar la construcción debiendo afrontar dicho gasto sin que le sea devuelto por el comitente. Sostuvo la inaplicabilidad de la LDC por estar excluidos los profesionales liberales colegiados, y la profesión de maestro mayor de obra solo puede ser ejercida si el profesional se encuentra inscripto en la matrícula del colegio que los nuclea. Planteó la inconstitucionalidad del art. 2 LDC porque viola la garantía constitucional de igualdad ante la ley, pues discrimina arbitrariamente a los profesionales terciarios que también requieren matrícula. Explicó que el demandado realiza igual tarea que un arquitecto o ingeniero con limitaciones propias dadas por el título obtenido, por ej. construir edificios hasta determinada altura. Y a los fines de la aplicación de la LDC tanto el arquitecto, ingeniero o maestro mayor de obras se vinculan con su cliente de la misma manera teniendo injerencias profesionales similares. Sostuvo la improcedencia del reclamo.

4. Tratamiento de los agravios:

Por una cuestión de orden metodológico trataré los dos primeros agravios del demandado por cuanto de su

admisión dependerá también la solución que se dé a las restantes quejas. Advierto asimismo que conjuntamente y en cuanto corresponda se resolverán los agravios de ambas partes que resulten coincidentes.

a. Aplicabilidad de la normativa de defensa de consumidor y el rechazo del planteo de inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley 24240

La sentenciante, a través de la comparación de la actividad que realiza un contratista de obra material (como en el caso dice ser el demandado) y los agentes del proceso constructivo que prestan un servicio intelectual involucrando el desempeño de profesiones reglamentadas (como el arquitecto y el ingeniero) a los que el accionado se considera equiparado, concluyó que la normativa consumeril es aplicable al demandado. Dijo que el aporte del demandado como maestro mayor de obras, es estrictamente ejecución y mano de obra, respondiendo por el riesgo creado, garantiza el resultado de su actividad comprometiéndose a un resultado. En cambio, el arquitecto asume una obligación de medios, percibiendo honorarios de naturaleza alimentario y no está sujeto al éxito del emprendimiento. Entendió que la inscripción en la matricula no dirime la cuestión.

Ahora bien, el art. 2 de la LDC excluye su aplicación a los profesionales liberales, en tanto requieran para el ejercicio de su profesión título universitario y matricula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente. Si bien ha sido criticada por establecer una injusta discriminación, tal exclusión ha sido mantenida en las distintas reformas introducidas a la ley.

La finalidad, al precisar la necesidad de título universitario y el goce de la matrícula, está suponiendo un control de la actividad por tales entidades, de allí que se disponga en la norma (art. 2) que la autoridad de aplicación tiene obligación de informar al denunciante el ente de control de la actividad del profesional denunciado.

El profesional es un “proveedor calificado” y por eso está fuera de la ley de defensa del consumidor, aunque tal exclusión tampoco es absoluta, pues las excepciones surgen del propio texto de la ley o de una interpretación razonable que se haga de la misma. Se trata de la publicidad efectuada por el profesional liberal respecto de los servicios que presta o cuando el profesional liberal, actuando en nombre de proveedores de bienes y servicios, realiza conductas prohibidas en las cobranzas extrajudiciales de deudas (art. 8 bis LDC).

De todas maneras, a los fines de la inclusión o exclusión, el debate debe centrarse en discriminar la situación de los servicios profesionales, no solo entre las distintas profesiones entre sí, en donde puedan distinguirse situaciones de abuso, sino también discriminar el tipo de prestaciones alcanzadas, la especialidad del servicio prestado, se trate de una locación de obra o de servicios (*cf.* Fulvio Santarelli, “Ley de Defensa del Consumidor”, dir. por Picasso-Vazquez Ferreyra, ed. La Ley, T. I, Parte General, p. 54 y sgtes.).

En este sentido, y atendiendo la razón fundante de la exclusión, juega un rol preponderante la matriculación en los respectivos colegios profesionales, pues tales servicios deben ser analizados y juzgados por sus propios pares a través de los tribunales de ética respectivos o bien judicialmente, mediante los mecanismos ordinarios, y sin contar el comitente, con los beneficios que la LDC otorga al consumidor en los denominados procesos de consumo, tales como gratuidad, celeridad, inversión de carga probatoria, daño punitivo etc. (ver, Marcelo Rubistein, “La exclusión de las “profesiones liberales” en la Ley de Defensa del Consumidor: Excepciones y Casuística”, Diario Consumidores y Usuarios Nro. 67 – 29/03/2016).

En el caso, bien señala el demandado que acreditó su inscripción profesional en el Colegio Profesional de Ingeniería, Arquitectura y Agrimensura de la Provincia (antes regido por Ley 352). Dicho Colegio Profesional

ejerce facultades disciplinarias respecto de sus colegiados conforme surge de lo dispuesto por el art. 40 en cuanto dispone que "el Colegio Profesional impondrá a los colegiados, por infracciones de esta ley y a sus reglamentaciones, las siguientes sanciones que se graduaran de acuerdo con la gravedad de la falta y su reiteración…" y que van desde el apercibimiento privado a la cancelación de la matrícula o registro.

Reunido el presupuesto de la colegiación, la cuestión a despejar reside en determinar si se puede equiparar al maestro mayor de obras, que cuenta con un título terciario, con el profesional liberal con título universitario.

Y entiendo que sí puede ser equiparado. Doy las razones que me llevan a tal convicción:

Conforme la ley de colegiación que vengo citando X-2 del DJPCh, (antes Ley 532) se considera ejercicio de la profesión "el ofrecimiento, presentación o realización de actos, servicios, proyectos, planos, presupuestos, trabajos, tareas u obras **cualquiera sea su categoría**, que indiquen o requieran conocimiento propios de las profesiones sujetas a la presente ley (art. 3 inc. a) -el destacado me pertenece-. Luego en el art. 4 especifica que para ejercer las profesiones sujetas a la presente ley "en cualquiera de sus especialidades o grados y de acuerdo con la naturaleza y habilitación de cada título" se requiere poseer título habilitante expedido por Universidad Nacional, reconocido y autorizado por el Estado o poseer el respectivo título habilitante expedido por escuelas profesionales técnicas, industriales o especiales de la Nación o de la provincia o autorizado por ellos….estar matriculado en el Registro de Profesionales del Colegio creado por esta ley y fijar anualmente domicilio.

Es decir el Sr. B., posee título habilitante cuya validez debió haber sido acreditada ante el respectivo colegio profesional que dio cuenta de su inscripción (fs. 180, 320 y 590).

Cabe agregar que conforme el art. 48 del Código de Edificación de la ciudad, **los maestros mayores de obra**, diplomados por escuelas industriales nacionales o provinciales y los Técnicos Constructores de alcance equivalente **inscriptos** en esta categoría en el C.P.I.A.A., **pueden** proyectar, **dirigir**, **construir** o demoler edificios compuestos de sótano, planta baja cuatro pisos altos y dependencias y revisten la calidad de Representante Técnico de segunda categoría.

Asimismo, la función de representante técnico de segunda categoría consiste en asumir la responsabilidad que implica una construcción, o la provisión de equipos y/o materiales para construcciones o industrias. Es decir, prepara los planes de trabajo, supervisa la marcha de los mismos, responsabilizándose por los planos, cálculos, planillas y otros documentos de estructuras e instalaciones, prepara la documentación técnica necesaria, como especificaciones y confección de subcontratos; coordinar a los distintos subcontratistas y proveedores (art. 48 Código de Edificación Municipal).

Desde el punto de vista de la prestación debida, de la cláusula 8va. del contrato, surgen como obligaciones del demandado la de proveer e instalar los planteles y equipos necesarios de acuerdo a la importancia de la obra, arbitrar los medios para lograr los enseres y operarios que aseguren buena producción y calidad del trabajo, emplear personal competente y ejecutar todos los trabajos que deban subcontratarse, mantener limpia y ordenada la obra durante la ejecución, cumplir con las leyes provinciales y nacionales asumiendo la plena responsabilidad por las obras realizadas por sí o por subcontratistas, abonar los derechos e impuestos que pudieran gravar la construcción y poner frente de la obra a un capataz idóneo que permanecerá de continuo mientras se trabaje en ella.

La obra encomendada consistía en relleno de suelo por capas con compactación y nivelación del mismo y armado de muro perimetral, tabique de ladrillo hueco con revocado grueso, bases de fundación y estribo, columnas cada 3 m y capa aisladora horizontal (Cláusula 2da.) y

el comitente designó al contratista como director técnico de la obra y representante de la misma.

Abro un paréntesis aquí para señalar que en el contrato de construcción regulado en el Código Civil como una "Locación de obra" los sujetos intervinientes son: a) el comitente –en el caso el Sr. S.-, b) el constructor, que es quien ejecuta la obra su obligación es de resultado, c) el proyectista que necesariamente debe ser profesional y promete un resultado intelectual –no hay constancias de plano o proyecto alguno-, d) el director de obra –en el caso el demandado B.-, que también debe ser un profesional, pues es quien debe vigilar y controlar que la obra se ejecute conforme al proyecto y también asume una obligación de resultado intelectual, es quien advierte al dueño sobre los inconvenientes que se presenten, el costo de la construcción, los materiales a emplear, es un técnico que asesora al dueño de la obra controlando al constructor y dirigiendo la obra. Es decir, suple la falta de conocimientos técnicos del que encarga la obra (comitente) y debe vigilar, controlar y dirigir personalmente la obra (ver Pedro N. Cazeaux – Feliz A. Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", ed. La Ley, 2010, 4ta. Edición, T. VI, p. 3).

Todas son obligaciones de resultado, lo que implica un agravamiento considerable de su situación respecto de la que pesan sobre otros profesionales. Ya Demogue al formular el distingo entre obligaciones de resultado y de medios, puso como ejemplos de las primeras a las que asumen los ingenieros, arquitectos y demás profesionales de la construcción y de las segundas a las contraídas por médicos y abogados. De allí que no comparto la discriminación efectuada por la sentenciante en cuanto que las obligaciones asumidas por los arquitectos o ingenieros sea de medios.

En el caso, el Sr. B. en su carácter de maestro mayor de obras fue designado por el actor como director de la obra.

No puede colegirse de ello que haya sido el Sr. B. quien construye una obra como fue proyectada conforme

analizó la sentenciante, pues en ningún momento se adjuntó un proyecto de la obra como para concluir que es mero ejecutor del mismo, y que su aporte es estrictamente ejecución y mano de obra, pues bien lo dice el contrato suscripto por las partes conforme las obligaciones descriptas en la cláusula octava reseñada.

Pero además, de la pericia en ingeniería rendida en autos (fs. 345/356) y la impugnación de fs. 365/367 surge la necesidad de efectuar cálculos para el volumen de excavación y volumen de las fundaciones del muro medianero, las bases y vigas, así como de los materiales necesarios. De ello deriva la prestación de un servicio intelectual.

Tampoco advierto que las funciones asumidas lo conviertan en empresario. De la escasa prueba colectada, no se advierte la organización empresarial, sino más bien una dirección de tipo artesanal (ver que el testigo A. H. dijo que el demandado lo contrató para hacer el flete de unas varillas de hierro, que el dicente dejó en el terreno y que el Sr. G. y su ayudante los descargaron y tiraron dentro del terreno).

Por todas estas razones, concluyo que se trata de un profesional que cuenta con una preparación y calificación especial que lo habilita a realizar actividades para otras personas, clientes y a percibir por esas tareas una retribución. No posee título universitario, claro está, pero sí terciario equiparable, pues está matriculado, regido por normas deontologías propias y de tribunales de ética conforme se explicó (arts. 4, 10, 31 inc., ñ) y 40 a 43 de la Ley X-2 DJPCh –antes Ley 352).

Debe considerarse que el concepto de profesional liberal es bastante equívoco, se intenta dar una caracterización particular a partir de las notas distintivas del concepto de profesional, cuales son la habitualidad, la reglamentación, la habilitación, la presunción de onerosidad, la autonomía técnica; la sujeción a colegiación y normas técnicas y a potestades

disciplinarias (*cf*. Alterini-Lopez Cabana, cit. por Luis R. Saenz en op. cit., T. II, p 103).

En consecuencia, y sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad planteada, pues es la última ratio a la que debe recurrirse, en el entendimiento que la efectuada responde a una interpretación constitucional –razonable- de la norma, concluyo que en el caso, el demandado debe equiparase al profesional con título universitario del art. 2 de LDC y ser excluido de su aplicación.

Se trata entonces de la responsabilidad del demandado por incumplimiento del contrato de locación de obra regido por el Código Civil velezano (arts. 1633, 1637, 520 a 522 y cctes.), en atención a la fecha de celebración del contrato y lo dispuesto por el art. 7 del CCyC.

Como consecuencia de ello, propongo admitir los agravios primero, segundo y octavo del demandado relativos a la ausencia de legitimación de la coactora, quien no ha sido parte en el contrato y el relativo a los daños punitivos por no ser de aplicación la normativa que los prevé (octavo del demandado). En consecuencia, rechazar el cuarto agravio del actor.

Definido así el encuadre jurídico que corresponde a la cuestión sometida a consideración de esta Cámara y según los términos del contrato, la obra debía ser ejecutada y entregada en un plazo de 45 días a partir de la firma del contrato, salvo prórrogas provocadas por huelga o paro decretados por los gremios afectados a la obra, acontecimientos de origen natural, extraordinarios y de características que impidan la adopción de medidas para preverlo o actos de la administración pública que impidan la normal marcha de la obra.

Transcurridos en exceso los 45 días previstos y luego de intimar a retomar tareas, el día 8/10/2011 el actor procedió a resolver el contrato por la exclusiva culpa del demandado intimándolo a devolver la suma de $54.980, importe abonado con más los daños y perjuicios que el incumplimiento le ocasionó.

Teniendo la locación de obra por objeto una obligación de resultados a cargo del deudor, y aplicando sobre la misma una obligación tácita e implícita de seguridad derivada de la buena fe contractual (art. 1198 C.C.), que es de orden público, deberá recaer el *onus probandi* liberatorio sobre las espaldas del locador, y la acreditación de la responsabilidad de este último sobre las espaldas del locatario o comitente (argto. Vázquez Ferreyra Roberto, "La obligación de seguridad en la responsabilidad civil", Cap. VI, p. 99 y sgts.).

Armonizando los conceptos expuestos a la luz de la prueba rendida, el actor acreditó el incumplimiento en que incurriera el demandado, demostrando que a partir del día 22/10/2010 había dado cumplimiento a la obligación asumida por la cláusula 9na. inc. c) de gestionar la conexión de luz eléctrica y agua (fs. 322) debiéndose computar desde ese momento el plazo de 45 días para la finalización de la obra encomendada. No obstante, luego de ello, intimó al cumplimiento dando un nuevo plazo para la terminación de la obra mediante carta documento del 23/2/2011. Así también quedó desarticulada la defensa opuesta por el demandado respecto a la falta al deber de colaboración del actor.

El incumplimiento de la entrega de la obra en el tiempo estipulado impone el deber de responder el daño causado en la medida de su certeza y conexión causal con el incumplimiento.

Corresponde ahora expedirme sobre la procedencia de los rubros reclamados.

b) Daño emergente/restitución de lo pagado:

A fin de comenzar a tratar este acápite, memoraré que “la amplitud de poderes de los magistrados permite seleccionar de entre varias soluciones posibles, la que se estima más adecuada a la realidad juzgada; todo juez tiene el deber de conocer el derecho que ha de aplicar para la solución del conflicto, con base en los hechos expuestos como litigiosos; y con prescindencia de la denominación o encuadramiento jurídico dado por los litigantes a sus pretensiones" (CNCom, Sala A, "Epet S.A.

c/ Banco de Crédito Argentino", fallo del 27/12/2007, LL Online).

En tal sentido, no resulta lesiva al principio de congruencia, la sentencia que por aplicación del principio *iura novit curia* proyecta una alteración del *nomen juris*, en tanto no afecte los términos de la litis y se ajuste a la materia fáctica oportunamente introducida y debidamente sustanciada en el juicio (TSCórdoba, Sala civil y comercial, "Poratti, Ana M. c/ Gianre, Héctor L. y otro s/ rec. de casación", fallo del 16/9/2004, LLC 2005-170).

Sabido es que la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la inejecución del contrato es un derecho indiscutible del acreedor, como también es indiscutible el carácter integral de la reparación.

El art. 519 del C.C. consagra la resarcibilidad en materia contractual del daño emergente, que es la pérdida sufrida por el acreedor y el lucro cesante, o utilidad dejada de percibir.

De ello se deriva que el deudor deberá reparar el daño ocasionado consistente en el valor sustitutivo o equivalente a la prestación que falta. Acorde con la doctrina mayoritaria ese valor constituye uno de los capítulos del daño emergente. El resarcimiento adicional es el que corresponde por otros daños sufridos por el acreedor con independencia del valor de la prestación frustrada (*cf.* Zavala de González en glosa al art. 519, en “Cód. Civil”, dir por Alberto Bueres, ed. Hammurabi, T. 2-A, p. 221).

En tal sentido, le basta al acreedor con demostrar el incumplimiento de la obligación y su objeto, produciéndose la novación legal en daños y perjuicios por el juego del art. 889, sin que deba probar la existencia del perjuicio. En cambio, respecto de los demás daños emergentes, carga con el deber de demostrar su existencia.

Siguiendo a Morello en “Indemnización del daño contractual”, el daño emergente, se traduce en un empobrecimiento económico, es decir, en la privación o

disminución de bienes integrantes del patrimonio. La disminución puede consistir en dejar de recibir una cosa determinada o recibir una cosa incompleta. Se refiere a la misma cosa debida. Los perjuicios o lucro cesante, consisten en que el acreedor queda privado de una ganancia justamente esperada del cumplimiento de la obligación, la cual puede ser actual o potencial y generalmente puede demostrase por conjeturas. También es procedente en el ámbito del art. 519 la posibilidad de una ganancia –de una chance- (op. cit. Librería Editora Platense, 1974, p. 174 y sgtes.).

En el caso, la suma debida y reclamada por el actor como restitución de lo pagado y daño emergente constituyen, ambas el interés contractual, la prestación debida específica prometida por el deudor e incumplida por él, configura la disminución sufrida por el acreedor en su patrimonio.

La suma que el actor pagó por el total de la obra que, en parte, no fue realizada, es una parcela del daño emergente que el demandado denominó restitución de lo pagado en el esquema propuesto de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor –y que por este voto se rechazó-.

Luego el actor peticionó, bajo el *nomen* "daño emergente" el valor total actualizado de la obra inconclusa, sujetando el mismo al dictamen pericial.

Estos mayores costos que le insumirá realizar el faltante de la obra, también constituye el daño emergente de la inejecución del contrato.

Independientemente de la denominación del rubro invocado por el actor, y recordando que lo que realmente interesa es restablecer el equilibrio lo más cercano a la expectativa contractual, según los daños ciertos y acreditados que debía asegurar la ejecución completa y puntual de la prestación debida, entiendo que la partida es procedente, pues lógicamente el menoscabo sufrido también incluye la ejecución completa de la obra según los nuevos costos acreditados o mayores valores.

No obstante, la petición del actor y la forma receptada por la sentencia de grado, implica una superposición de partidas indemnizatorias, de allí que corresponde tratar ambos rubros peticionados en una sola partida y como daño emergente.

No dejo de observar que a pesar de la técnica recursiva del demandado, y en razón de los cálculos que efectúa, esa es la propuesta, una sola indemnización o descontar de lo dado por daño emergente, lo concedido como restitución de lo pagado.

En tal sentido, y a los fines de determinar la cuantía del rubro, advierto que las impugnaciones efectuadas por el demandado a fs. 367 en el punto 11 respecto del porcentaje de obra efectuado, no resultan relevantes, pues refieren a los materiales a tener en cuenta y que se calculan para estimar el valor actual de la obra, sin hacerse cargo que a fs. 334 la perita estimó la realización de las columnas “Muros medianeros: buenos” y a fs. 353 dictaminó concretamente que la nivelación realizada en el suelo no está en condiciones para ser utilizadas para la construcción de una vivienda. De allí evidentemente concluye en el porcentaje descripto.

En tal sentido, confirmo la sentencia respecto del avance de obra realizado con fundamento en la pericia obrante a fs. 343/357 por la ingeniera P. R., esto es un 34%.

Asimismo y para cuantificar los mayores costos de la obra, la sentenciante tomó como referencia el costo total de la obra, con materiales, mano de obra y honorarios que detalló el accionado en la impugnación de la pericia ingeniera (fs. 365/367vta.) por entender que la precisión de la misma desbarató los ítems informados por la perita ingeniera.

Sobre el monto informado por el demandado, de $170.345,14 se calculó el porcentaje de obra faltante (66%) y por ello lo determinó en $112.427,80, pues no descontar lo efectivamente realizado implicaría convalidar un enriquecimiento ilícito por parte del actor.

La critica del actor apelante, se reduce a que la jueza *a quo* se apartó del monto determinado por la experta sin indicar cómo arribó al mismo. Extremo que no es cierto por cuanto la magistrada dio las razones y el demandado acreditó suficientemente las diferencias por mano de obra con los jornales correspondientes al CCT aplicable.

De allí que entiendo que no habiendo contradicho ninguna de las partes en forma seria y pormenorizada las razones por las que la sentenciante arribó a la suma señalada, habiendo confirmado ya el porcentaje de avance de obra informado por la perita R. en el 34% del total, confirmo también el monto sobre el cual la sentenciante calculó estos mayores costos, que en definitiva son el total que insumirá la realización del 66% de la obra restante al momento de la pericia.

En consecuencia, rechazo el primer y segundo agravio del actor y tercer y cuarto del demandado.

El rubro procede únicamente como daño emergente y por la suma de $112.427,80.

d) Indisponibilidad del bien:

La sentencia consideró procedente el rubro solicitado por el actor en el entendimiento que el incumplimiento contractual del demandado dificultó y demoró la posibilidad de que los actores pudieran construir o instalar una vivienda prefabricada que les permitiera habitar el terreno de su propiedad y cuantificó el mismo teniendo en cuenta un valor locativo de $3.000 mensuales con ajuste semestral del 15% por el plazo de 23 meses arrojando la suma de $77.664,68.

El tercer agravio del actor y quinto del demandado se alzan contra lo decidido. El primero en cuanto al plazo de comienzo y finalización establecido por la sentenciante y el segundo por entender que el rubro es improcedente, toda vez que el actor no acreditó de ninguna manera estar pagando alquiler.

Considero que la indisponibilidad del bien fundada en el hecho que los actores se vieron imposibilitados de continuar las obras a los fines de “instalar cuanto menos

una casa prefabricada o construir una casa de material y dejar de generar mayores gastos de vivienda” no ha sido acreditado en la causa. Pues no solo no existe constancia de haber abonado un alquiler y el reconocimiento de no haber formalizado contrato alguno, sino tampoco acreditaron el presupuesto de la imposibilidad fáctica o jurídica de disponer del mismo toda vez que no se ejerció sobre el lote de terreno retención alguna por el demandado. Tampoco está acreditada en la causa la posibilidad cierta y concreta de construir o instalar la vivienda prefabricada como podría ser la aprobación de planos, la compra de materiales destinados a la construcción o la compra de la vivienda prefabricada que señalaran por caso. Incluso reconoce que la falta de dinero le imposibilitó siquiera terminar con los trabajos de compactación.

Lo que debe establecerse es si la imposibilidad de uso o disposición alegada se tradujo en un perjuicio de índole patrimonial concreto, y en tal sentido no consta que la demora en el cumplimiento por parte del accionado se traduzca en un daño resarcible en los términos del art. 1068 del CC, presentándose como un perjuicio meramente hipotético y como tal no indemnizable.

La fijación de una suma por privación de uso de un objeto, como compresiva del daño emergente, implica la efectiva no utilización, y en principio aun cuando la obra hubiera sido terminada en tiempo y forma, lo cierto es que el terreno por sí solo no podía ser utilizado para evitar el pago de un alquiler que tampoco fue acreditado.

Y como dije, solo se trata del daño eventual de haber podido instalar allí una vivienda. Un daño no precisado no existe para el derecho y la precisión y prueba del daño de acuerdo a los términos en que se trabó la litis incumbe al damnificado.

En base a tales consideraciones, recepto el agravio del demandado y revoco la sentencia en este punto.

f) Daño moral:

A través del sexto agravio, la parte demandada cuestiona la indemnización otorgada por tal concepto por

carecer de fundamento legal y prueba que lo respalde. Insiste en la falta de legitimación de la Sra. C. y la inexistencia de derechos sobre el lote en función de lo establecido por la ordenanza general de tierras.

El art. 522 del Código Civil, autoriza la reparación del daño moral en materia contractual, sin que quepa concebirse como excepcional y justipreciarse con un criterio restrictivo, desde que la orientación moderna del derecho de daños pone el acento en la víctima como eje del sistema y no en el dañador.

A la vista de lo acontecido, es indudable que el incumplimiento del Sr. B. y su indiferencia ante los múltiples reclamos efectuados -vía *e-mail*, cartas documentos, oficina de Defensa del Consumidor-, han causado malestar, molestias espirituales, desconfianza y frustración de expectativas.

Es cierto también que todo quien se embarca en una obra ha de prever algunos inconvenientes derivados de las contingencias propias de la construcción, pero distinto es el incumplimiento deliberado sin justificación y la displicencia evidenciada en la conducta de quien se postula como profesional y a quien se le había confiado la dirección, ejecución y administración de la obra. Tal actuar excede en mi parecer los "inconvenientes normales y propios de la construcción" y afectan a la persona y su legítimas afecciones.

Resulta irrelevante el régimen de tierras fiscales al que alude el quejoso; en primer lugar porque el contrato y el incumplimiento han quedado demostrados, así como las molestias ocasionadas al actor y su familia y luego, tampoco adjuntó prueba alguna respecto que se haya recuperado la reserva efectuada a favor del actor conforme la Resolución Municipal Nro. 3379/10.

En cuanto al monto otorgado por la partida, no habiendo sido cuestionado se mantiene en la $25.000 toda vez que he propuesto la ausencia de legitimación de la Sra. C. en el presente reclamo.

g) Daño psíquico:

Dijo el actor que por la falta de información, la indiferencia, las promesas incumplidas, los malos tratos y la pérdida de dinero hirieron el proyecto de futuro de los actores, dando lugar a una disminución por pérdida de gratificación y tranquilidad que disminuyo notoriamente su autoestima provocando depresión y frustración que debe resarcirse, estimando el monto en $15.000. Ofreció prueba pericial y sometió el monto reclamado a lo que más o menos surja de la prueba a producirse.

Se opuso el demandado postulando la autonomía del daño psíquico respecto del moral. Mas no se opuso a la prueba pericial ofrecida.

A fs. 476/481 obra pericia psicológica que concluye en una incapacidad del 10% y que sería recomendable un tratamiento breve (6 meses) focalizado sobre la reorganización vital a que fueron forzados los actores debido al incumplimiento contractual

La sentenciante entendió que de los términos en que fue reclamado, el rubro resulta comprendido dentro del daño moral. Sin perjuicio de ello en base al dictamen pericial otorgó el gasto del tratamiento recomendado como daño patrimonial futuro.

Se alza del demandado denunciando vicio de incongruencia por no haber sido solicitado por el actor tal rubro.

Dentro de los límites impuestos por el agravio, de las constancias de la causa que se reseñaron, entiendo que no se infringió en el caso la congruencia que el pronunciamiento debe guardar con la acción promovida. La sustancia de la petición no fue alterada por el fallo, ya que no se condenó a pagar un resarcimiento no pedido, desde que el actor solicitó en la pericia que de existir daño psicológico, determine cuál sería el tratamiento, tiempo aproximado de duración y su costo.

Como dije al inicio de este voto, la calificación jurídica que hacen las partes no es vinculante para el juzgador, quien en virtud del axioma *iura novit curia*, debe aplicar el derecho que estime que corresponda.

La labor de subsunción, es decir, el encuadramiento del material fáctico dentro de una categoría o concepto jurídico que incluye la calificación del resarcimiento pretendido, debe hacerla el juez para determinar las consecuencias que la ley hace derivar de los hechos. Tal actividad no esta reñida con el principio de congruencia.

Frente a ello concluyo que el agravio debe rechazarse y confirmar parcialmente la procedencia del rubro por el monto de $14.000 en virtud de la decidida falta de legitimación de la Sra. A. C..

e) Intereses:

En el quinto agravio, el actor se alza contra la fecha de partida de los intereses de los diferentes rubros sosteniendo que deben computarse desde que se consumó el daño y que ello se produjo desde la fecha en que venció el plazo a la contraria para finiquitar la obra contratada y no desde que intimó su finalización.

Por su parte el demandado al contestar el agravio señala que deben fijarse desde que fue constituido en mora.

Respecto del rubro categorizado como daño emergente, confirmo la fecha a partir de la cual se devengan los intereses fijada por la sentenciante en la de presentación de la impugnación de la pericia: 24/8/2014, pues el rubro fue fijado teniendo en cuenta los valores vigentes a tal fecha y tiende resarcir los costos que deberá afrontar el actor para obtener la realización de la obra, sin que la tasa dispuesta haya sido cuestionada y habiendo sujetado la determinación del rubro a lo que arroje la pericia (fs. 161vta.).

Respecto del rubro daño moral, entiendo que la mora operó automáticamente luego de transcurridos los 25 días otorgados por el actor en la carta documento remitida el 23/2/2011 (fs. 51) recepcionada el 28/2/2011 (conforme informe de fs. 239) en la que expresamente consignó que “si bien a la fecha se dan causales de rescisión de los incisos b) y c) de la cláusula décimo primera, es intención de esta parte, en una actitud de buena fe, darle una última oportunidad de finalizar los trabajos

por Ud comprometidos… por todo ello, no habiendo finalizado los trabajos encomendados en el plazo convenido. Intimo a Ud. que en el perentorio plazo de 48 h de recepcionada la presente proceda a dar comienzo con los trabajos pendientes los que deberán finalizar en un plazo no mayor a 25 días corridos…”.

Es decir que la obligación a plazo cierto tuvo una prórroga para su cumplimiento conferida por el propio actor, una vez vencido el mismo, nació, la obligación de reparar los daños y perjuicios causados a la victima, independientemente de la resolución contractual dispuesta en octubre de 2011.

Tal es la solución que impone el nuevo ordenamiento aplicable en función que los intereses constituyen una situación no consolidada, el artículo 1748 del CCyC expresamente prevé que curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio. Lógicamente el perjuicio comenzó con el incumplimiento.

De allí que corresponde computar los intereses por este rubro, desde la mora del deudor acaecida el 25/3/2011 hasta su efectivo pago, confirmando lo fijado por la sentenciante al respecto.

Respecto de los intereses dispuestos para el resarcimiento otorgado por gastos de tratamiento psicológico. Tratándose de gastos futuros por una razón de estricta lógica no pueden devengar intereses desde la fecha del evento dañoso, sino desde la sentencia condenatoria. En este punto se revoca lo decidido en la instancia de grado.

En tal sentido se recepta parcialmente la crítica efectuada por el actor en el quinto agravio.

5. Costas y honorarios:

En atención a como se decide corresponde readecuar costas y honorarios por imperio del art. 282 del CPr.

El resultado obtenido no enerva el carácter de vencido que reviste el demandado, de allí que las costas de primera instancia las mantendré a su cargo.

Mantengo también la regulación de honorarios de las partes profesionales intervinientes en porcentuales,

pues se calcularan en todo caso al monto del juicio que haya de resultar en la liquidación final.

En la alzada, atento al resultado de los recursos, corresponden se impuestas en forma proporcional al éxito obtenido, en un 70% a actora y una 30% a la demandada (art. 72ey XIII N° 5 cit.).

Para regular honorarios rige la Ley XIII N° 4, el mérito de los trabajos profesionales conforme con los arts. 5, 6, 8, 9, 13 y concords., por lo que propongo los honorarios del Dr. P. A. C. en 32% y los del Dr. L. I. M. en el 25%, en todos los casos de los que les correspondiera por cada parte en primera instancia.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

1) Rechazar los agravios del actor.

2) Admitir parcialmente los agravios del demandado y en consecuencia revocar parcialmente la sentencia de fs. 520/534 y declarar inaplicable al presente caso de la Ley 24240 y admitir la falta de legitimación de la Sra. N. A. A. C.. Hacer lugar parcialmente a la demanda condenando al Sr. G. P. B. a abonar al Sr. R. D. S. la suma de ciento cincuenta y un mil cuatrocientos veintisiete pesos con ochenta centavos ($151.427,80), correspondiente a los rubros daño emergente, daño moral y gastos futuros, con más los intereses fijados de acuerdo a los considerandos respectivos.

3) Mantener la imposición de las costas y regulación de honorarios de primera instancia.

4) Imponer las costas de esta instancia en proporción al éxito obtenido en un 30% al demandado y en un 70% al actor.

5) Regular los honorarios profesionales por las tareas desarrolladas en esta instancia de acuerdo a lo propuesto.

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

La Sentencia Definitiva nro. 18/2017 emitida por la Sra. jueza de refuerzo del Juzgado Civil nro. 1 de la jurisdicción dispuso declarar aplicable al presente caso la Ley 24240 y rechazó el planteo de inconstitucionalidad opuesto por el demandado contra el art. 2 de la misma ley. Declaró que la Sra. N. A. A. C. se encontraba legitimada para entablar la demanda instaurada en contra del Sr. G. P. B.. Hizo lugar parcialmente a la demanda, declaró la responsabilidad del demandado Sr. G. P. B. y

lo condenó a que en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente le abone a los actores Sr. R. D. S. y Sra. N. A. A. C., en forma conjunta, la suma de PESOS CUATROCIENTOS CINCO MIL CIENTO SETENTA Y NUEVE CON VEINTIOCHO CENTAVOS ($405.179,28), más los intereses correspondientes a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento comerciales desde que cada rubro es debido y hasta el 31 de julio de 2015 y desde el 1ero. de agosto de 2015 hasta su efectivo pago, la tasa activa promedio del Banco de la Nación Argentina en materia de préstamos personales. Dispuso que los intereses deberán calcularse de la siguiente manera: la suma de $36.286,80 por restitución de lo pagado desde el 27 de octubre de 2011; la suma de $112.427,80 por daño emergente desde el 26 de agosto de 2014; la suma de $77.664,68 por indisponibilidad del bien y la suma de $50.000 por daño moral desde el 25 de marzo de 2011; la suma de $28.800 por gastos de tratamiento psicológico desde el 20 de mayo de 2016; la suma de $100.000 por daño punitivo desde la fecha en que se produzca la mora en el cumplimiento de la presente resolución. Impuso las costas a la parte demandada vencida, por el principio genérico de la derrota contenido en el art. 69 del CPCCh -antes art. 68 CPCCh-. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes (fs. 520/534).

Contra la misma se alzaron las partes. La actora a fs. 539, la demandada a fs. 541.

Habiendo sido narrados por la Sra. camarista que me precedió las cuestiones que constituyen el objeto de tratamiento por esta instancia de revisión, me eximo de efectuar dicha labor en la convicción de que se encuentra cumplida la disposición procesal y la manda constitucional no destinada a repeticiones disvaliosas (art. 164 CP y art. 274 Const.Prov.). Por lo cual abordaré directamente las quejas de las partes.

I. La demandada a fs. 548/557 presentó el memorial de agravios, que fuera contestado por la actora a fs.

563/566. La accionante presentó memorial a fs. 543/46 y también fue retrucado por la contraria a fs. 559/561.

1. Primera queja de la demandada:

Se queja del rechazo del planteo de inconstitucionalidad del art. 2 de la LDC. Dice que la jueza *a quo* efectuó un razonamiento dogmático y arbitrario. Sosteniendo la postura inicial adoptada al contestar la demanda de S. a fs. 185vta/187vta.

Agrega que sobre la aplicabilidad de la norma resulta dogmática e insuficiente, afectando el derecho de defensa de esa parte.

Al contestar la parte actora la presente queja del demandado dice que es una discrepancia con lo resuelto por la jueza *a quo*. El demandado no está excluido del art. 2 de la Ley 24240 porque no requería titulo universitario ni matrícula. Cobró por ajuste alzado, precio global, lo que constituye una ganancia y no un honorario como ocurre con las profesiones liberales como arquitecto o ingeniero. La oficina de Defensa al Consumidor tuvo la misma postura que posteriormente siguió la jueza *a quo*.

Solución:

He de dejar establecido: "Que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, de la que no cabe apartarse cuando ella es clara, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de esta, pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violación de sus términos o su espíritu (Fallos 330:2286 y sus citas, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema)".

No comparto la expresión del recurrente en cuanto califica de dogmática la sentencia de la jueza *a quo* por cuanto alcanzar una definición y encuadramiento de la profesión liberal en sí misma para luego analizar si está o no excluida de la Ley de Defensa al Consumidor lleva ínsito un razonamiento intelectual de la misma manera que hace el apelante en su memorial, resolviéndose la entelequia jurídica en el contexto legal total.

Resulta relevante destacar que para el Dr. Lorenzetti en su libro "Consumidores", al analizar las excepciones al art. 2 de la LDC, cuando excluye a los servicios de profesionales cuando requieran título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales, expone respecto de las dos excepciones: "la ley admite dos excepciones: la primera se configura cuando ese profesional hace publicidad a un grupo de consumidores indeterminado, y la segunda cuando se ejerce en forma de empresa, en la que se diluye la figura del profesional liberal para conformarse la de proveedor" (obra citada, pág. 114/115, ed. Rubinzal Culzoni-2009).

Sabido es que en los procesos donde se busca proteger las relaciones de consumo, hay una presunción irrefrenable que considerando la debilidad del consumidor o usuario, admite que en casos de duda se aplique la interpretación más favorable para el afectado (arts. 1, 3, 37 y 65 de la Ley de Defensa al Consumidor).

Tengo a la vista el contrato celebrado entre el actor y el demandado obrante a fs. 95/96 (reconocido por las partes) en la cláusula octava dice

"OBLIGACIONES de EL CONTRATISTA: Serán obligaciones de EL CONTRATISTA: a) Proveer e instalar los planteles y equipos necesarios de acuerdo a la importancia de la obra I y para darle un ritmo que garantice el cumplimiento de los plazos de entrega; b) Arbitrar los medios para lograr los enseres y operarios que aseguren buena producción del trabajo y la mejor calidad del mismo, con el objeto que la obra responda al fin con que ha sido inspirada, concebida y preparada; c) Emplear personal competente y ejecutar todos los trabajos de la obra que deban subcontratarse, con subcontratistas idóneos y responsables; d) Mantener limpia y ordenada la obra durante su ejecución; e) Cumplir todo lo que dispongan las leyes provinciales y nacionales, reglamentaciones administrativas y ordenanzas municipales y policía; vigentes en la jurisdicción de la obra, asumiendo la plena responsabilidad por las obras realizadas por sí o por sus subcontratistas; f) Abonar por su cuenta todos los pagos de derechos e impuestos que pudieran gravar a

la construcción, de toda responsabilidad por cuestiones obreras, seguro, leyes sociales, etc., las que estarán absolutamente a su cargo; g) Poner al frente de la obra a un capataz idóneo, el que permanecerá de continuo mientras se trabaje en ella”(sic).

Considero que el Sr. B. ha presentado al actor una propuesta que él ha organizado como empresario al asumir la responsabilidad por el trabajo convenido, bajo su órdenes como las empresas idóneas, personal y demás detalles que figuran en la cláusula transcripta y no la mera dirección de la obra para un tercero empresario. Más aún, solo en la cláusula séptima se fijó como exclusión de responsabilidad en caso de demora en la realización de obra pactada los días de huelga o paros decretados por los gremios afectados a la obra, de lo que se desprende que se trataba del personal bajo su relación de dependencia.

Actitud típicamente empresaria, razón por la cual ya no puedo ver al demandado como un profesional liberal limitado exclusivamente a la realización de un determinado acto físico o intelectual que se agota con la realización material del mismo (como por ej. certificar una firma -escribano- confeccionar planos, hacer un proyecto o dirigir la obra –ingeniero-), sino a un hombre con capacidad para organizar los distintos elementos y medios de producción, los humanos, las herramientas, materiales etc. para la ejecución de esa obra encargada por el Sr. S..

Tanto en sede administrativa (fs. 108/109) como en la judicial y en esta alzada el artilugio defensista del demandado consistió en su colegiatura, argumento este que considero insuficiente debido al análisis que he efectuado.

Si bien considero que existen multitud de definiciones de la palabra empresa/empresario, en general son coincidentes desde una perspectiva económica que la empresa es un conjunto de factores productivos (humanos, técnicos y financieros) organizados y coordinados por la dirección y dedicados a la producción

de bienes y servicios. Por ello es que considero que B. actuó como empresario.

En el orden jurídico mercantil, la empresa es una determinada forma de actividad económica organizada, es obvio que toda empresa necesita un sujeto que organice y ejercite esa actividad. Ese sujeto es el empresario: persona física o jurídica que por sí o por medio de delegados ejercita y desarrolla en nombre propio una actividad constitutiva de empresa, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad.

Como reza el art. 2 LDC: "Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios…". En el caso puntual, el demandado planificó los objetivos a conseguir de acuerdo al contrato celebrado, y diseñó los medios para alcanzarlos (cláusula 8) previendo la delegación de ciertas actividades, bajo su dirección y control, tuvo una visión de conjunto, conducta esperada en un empresario

> El testigo, J. A. A. -fs. 299/300-, quien declaró haber trabajado para el demandado, y A. S. A. H. -fs. 302/vta.-, dan cuenta que quien les pagaba y había contratado era B. (en idéntico sentido que el anterior).
>
> Sintetizando: tal y como emerge del contrato celebrado entre las partes el demandado actuó como empresario, quedando excluida de la previsión de la segunda parte del art. 2 de la Ley 24240.
>
> A mayor fundamento cito: "habría en definitiva dos situaciones en las cuales no es aplicable la excepción de la Ley 24240 cuando se ejerce la actividad en forma de empresa, diluyéndose la figura del profesional liberal para conformarse la de proveedor y cuando el profesional crea publicidad destinada a consumidores potenciales indeterminados" (Jorge Mosset Iturraspe y Javier

Wajnteraub, “Ley de defensa del consumidor…”, pág. 51 ed. Rubinzal Culzoni).

No existen constancias que el demandado haya creado publicidad, pero he arribado a la conclusión que ha actuado como empresario. Entiendo que el vínculo no estuvo relacionado con la profesión liberal del demandado, sino con la realización de la obra en el marco de un contrato de consumidor, no pudiendo escudarse en la circunstancia de exclusión del artículo citado.

La Ordenanza 6874/99, que impone la supervisión y control de la obra a un profesional habilitado, no enerva que este “profesional habilitado” sea un empresario o mejor dicho que sea una empresa la encargada de la obra y que además realice el titular de la misma lo que le impone la ley. Con mayor razón como ocurre en la especie, que además B. está matriculado según consta a fs. 180, fs. 302 y fue corroborado por esta alzada en medida de mejor proveer.

Rechazo el planteo de inconstitucionalidad, sostenido en el argumento de desigualdad ante la ley conforme los principio de orden público de la norma en cuestión (art. 63) y que la hipótesis en la que asienta su petición estriba en que le resulta aplicable la segunda parte del art. 2 de LDC pecando de contradictoria la formulación. Por otra parte en instancia administrativa como judicial ejerció el debido derecho de defensa, conociendo las posturas por las cuales se lo llamó a juicio, no surgiendo violación alguna contra garantías constitucionales.

Por tales motivos, rechazo el agravio.

II. El segundo agravio de la demandada es la admisión de la Sra. N. A. C. en estos actuados.

Señala que estando fuera de una relación de consumo no debe considerarse como consumidora a la Sra. C.. No fue acreditado en autos la adjudicación del lote; no tenía derecho sobre el lote porque las reservas en el municipio constituyen un trámite interno.

A fs. 46 de la reserva Nro. 392/13, obra agregada la Información Sumaria Nro. 564/09/JPCR Nro. 1 de fecha 14 de mayo de 2009 labrada respecto al Sr. R. D.

> S. y la Sra. N. A. A. C., quienes mantienen una unión de hecho, por ello y en el entendimiento que el lote acordado conforme la documentación de la municipalidad local a su pareja hace que la Sra. A. C. sea una "consumidora no contratante" que describe el artículo 1 de la Ley 24240 por la reforma introducida por la Ley 26361 en virtud de ser beneficiaria de los efectos de la relación de consumo que enlazó al actor S. y al demandado B..
>
> Fundamento de la jueza *a quo* no rebatido atento a como fue resuelto el agravio anterior, no encuentro argumentos para descalificar lo decidido en la instancia de grado.
>
> En cuanto a la provisionalidad de la propiedad inmobiliaria y las reglamentaciones administrativas no resultan oponibles al contrato celebrado entre las partes que debía ejecutarse en dicho predio y para el uso y goce de ambos coactores.
>
> El demandado pactó la realización del trabajo sin que la situación legal del lote fuera limitante, y omite en su narrativa -invocando distintas ordenanzas municipales- que no vienen a este caso, que el inmueble había sido otorgado a la pareja conformada por los accionantes, tenían la efectiva guarda y pesaba la obligación de cercar (fs. 284vta./285).
>
> La legitimación para obrar está configurada en el caso, puesto que la actora es la persona habilitada por la ley para asumir tal calidad, con referencia concreta a esta materia sobre la que versó el proceso, lo que fue materia de litigio por ser una consumidora como dije precedentemente no suscribiente del contrato, pero que por su relación con el actor la llevó a estar directamente afectada por el mismo. Por ello afirmo que tenía un interés procesal indiscutible.

Lo que me lleva al rechazo del agravio.

III. El tercer agravio de la demandada es la condena a restituir lo pagado en cuanto el monto pactado.

La pericia ingeniera surge que las tareas realizadas por el demandado en el terreno de los actores representa

el 34% del total de la obra pactada (fs. 354) indicando que impugnó la pericia y remite a la constatación notarial de fs. 26/40.

Esa impugnación fue desestimada, remitiendo a los fundamentos dados que no fueron atendidos, sosteniendo que con solo las fotografías no se puede estimar el porcentaje.

Al contestar agravios, sostiene la parte actora que se apartó de lo establecido en el art. 10 de la Ley 24240 que obliga a la restitución de la totalidad, reclamando, en su defecto solamente lo pagado.

A fs. 543 y vta. los actores se quejan por la misma decisión de la jueza *a quo*, haciendo referencia a lo normado en el art. 10 inc.c) de la Ley 24240.

Agregando que el avance de la obra ha quedado en nada dado que el movimiento del suelo como la compactación hacen imposible el avance de la obra por lo que deben realizarse nuevamente.

Solución:

Abordaré en forma conjunta los agravios del actor y demandado que se quejan por la misma decisión en sentido contrapuesto.

Preliminarmente dejo sentado que llegó firme a esta alzada la decisión de atribuir responsabilidad por violaciones en el marco de la LDC, art. 4, ya que el demandado solo criticó la aplicación de la ley y la sentencia también valoró el incumplimiento, lo que a mi modo de ver no resultó criticado. No obstante haber rechazado la queja del demandado sobre la aplicación en la especie de dicha normativa.

La parte actora persigue la restitución íntegra de lo pagado al demandado más la indemnización de daños y perjuicios y daño punitivo, fundando su reclamo en la Ley 24240 y en el normativa del derecho civil relacionada con el contrato de locación de obra que suscribieron las partes.

La rescisión operada a instancias de los actores debe, considerarse legítima en los términos del art. 10 bis, inc. c, Ley 24240, norma que, ante el incumplimiento

del proveedor, autoriza al consumidor a proceder a esa rescisión con derecho a obtener la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los demás daños que ese incumplimiento le hubiera ocasionado, mientras que la contraria espera una readecuación de los porcentajes calculados por la sentenciante de grado en base a la impugnación de la pericia.

A fs. 353 la perito responde que la nivelación efectuada no está en condiciones para ser utilizada para la construcción de una vivienda, se constituyó en el lugar para la realización del informe fs. 343 no se baso en fotografías sino que realizó su informe sobre el campo. Ello sin perjuicio de la valoración que hizo también la jueza *a quo* en conjunto con toda la prueba orientada a esclarecer dicho punto. En cuanto a la impugnación fs. 365, no existe la contradicción que pretende el impugnante por cuanto el estudio de suelo se refiere puntualmente a otros factores a analizar.

Cuando el dictamen pericial comporta la necesidad de una apreciación específica del saber de perito, para desvirtuarlo es imprescindible valorar elementos que permitan advertir fehacientemente el error o el insuficiente aprovechamiento de los conocimientos científicos que debe tener su profesión o título habilitante. Cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos y no existe otra prueba de parejo tenor que la desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor peso, aceptar las conclusiones de aquel; como dije en el párrafo precedente, la apreciación de la parte demandada en la impugnación no rebate la conclusión de la experta, por lo cual no advierto en esta etapa de revisión fundamento alguno para apartarme.

Ahora bien, el actor sostiene que debe aplicarse el art. 10 bis de la Ley 24240.

El tercer y último inciso de la norma en comentario establece la facultad para el consumidor y acreedor de

la obligación incumplida de "rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos y considerando la integridad del contrato. Se trata del establecimiento a favor del consumidor de una facultad de resolución contractual por incumplimiento, que constituye la derogación parcial, para las relaciones de consumo, de lo dispuesto por los arts. 1202 C.Civ. y 216 C.Com. En efecto, por imperio de la norma introducida por la Ley 24787, aun cuando las partes no hayan acordado expresamente la posibilidad de resolución contractual, podrá el consumidor considerar resuelto el contrato ante el mero incumplimiento y sin necesidad de previa interpelación por un término no menor a quince días que prevén los mencionados Códigos (ver Javier Wajntraub,

"Protección jurídica del consumidor", pág.97LexisNexis-2004).

En definitiva, de lo que se trata es del establecimiento de un pacto comisorio a favor del consumidor, que opera con iguales requisitos y efectos que el llamado "pacto comisorio expreso" de la legislación común, aun cuando no haya sido expresamente convenido. Lo dicho se ve reforzado por cuanto el propio art. 10 bis estatuye que la resolución lo es "sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato", lo que resulta coincidente con lo prescripto por los Códigos Civil y de Comercio al regular el instituto del pacto comisorio.

Al abordar el tema en cuestión, la jueza *a quo* dice que es de aplicación el art. 1740 del CC y C de la N, conforme lo señalado párrafos precedentes son de aplicación, además de los especifico, de la Ley 24240, los arts. 1803 a 1088.

Por ello es importante diferenciar el pacto comisorio, que en lo esencial se mantuvo como el anterior Código Civil de la Nación, pero que conforme lo establece la LDC no obsta a quien resultó perjudicado iniciar las acciones pertinentes civiles (Mosset Iturraspe, "Ley de Defensa del Consumidor", pág. 123, ed. Rubinzal Culzoni).

La interpretación de la parte final del artículo tal como pretende la parte accionante, no es más que una expresión subjetiva, puesto que los efectos se mantienen y es ello lo que hay que evaluar, cada parte se queja con aquello que obtuvo del incumplimiento parcial de la prestación y lo que hay que delimitar y

cuantificar es precisamente cuánto fue lo que B. no cumplió. Esta tarea fue la efectuada por la jueza *a quo* en su sentencia, y es el motivo de crítica del demandado.

Las prestaciones que ya haya cumplido B. deben quedar firmes en la medida en que constituyan la contrapartida de la parte de la prestación cumplida por la contraria, a la cual no alcanza la retroacción, pues de lo contrario habría un enriquecimiento sin causa.

Tiene por finalidad –el pacto comisorio- otorgar protección a aquel contrayente que de buena fe honre los compromisos, frente a quien deja de hacerlo, quebrando el equilibrio de las convenciones libremente asumidas.

Constituyen recaudos para el ejercicio de la facultad aludida: a) quien resuelva sea la parte no culpable, es decir, quien ejecutó o estuvo dispuesto a ejecutar las obligaciones a su cargo; b) la infracción que da derecho a la resolución sea imputable a la otra parte y no se trate de una mera falta de orden material, lo que equivale a decir que debe existir mora del deudor (culpa o dolo de este) y que no puede optar válidamente por tal vía el acreedor que ha dejado de prestar la colaboración necesaria para que el deudor pueda cumplir; c) existan prestaciones recíprocas pendientes; y d) el incumplimiento sea grave, pues no cualquier inobservancia justifica la aplicación del pacto comisorio, sino que, para que proceda, es menester que este alcance cierta magnitud.

La fórmula de la ley debe ser leída como si dijera que en los contratos en que se hubiese cumplido parte de

las prestaciones, las que se hayan recíprocamente cumplido quedarán firmes.

No puedo soslayar que, quedó acreditado en autos el incumplimiento del demandado, tal como emerge de la pericia de ingeniería, las tareas realizadas por el demandado en el terreno de los actores representan un porcentaje en relación a la totalidad de la obra encomendada contractualmente porque aunque B. realizó el relleno del suelo, el mismo está blando y la compactación, para el caso que se hubiere realizado, fue escasa; la labor incompleta realizada en el terreno representa el 34% del total de la obra pactada -fs. 354-. Que la jueza de grado meritúo acabadamente los incumplimientos y responsabilizó al demandado, pero no omitió la conducta de la parte actora y la lentitud en cumplir con su obligación contractual.

El deber de colaboración genérico implícito en todos los contratos no pasó inadvertido en cuanto a la conducta de demora en el cumplimiento de S. que sin perjuicio de ello, atribuyó responsabilidad a B. por incumplimiento contractual en el marco de LDC y me remito al detallado relato de la sentencia a fs. 526 a 527 por razones de brevedad.

Sintetizo: rechazo los agravios de la parte actora y demandada y confirmo el fallo en el punto, restitución de lo pagado.

IV. Cuarto agravio: el daño emergente. Ambas partes actora y demandada se quejan por el monto de $36.286,80 establecido por la jueza *a quo*.

La parte actora dice (fs. 544) que la jueza *a quo* fijó un monto apartándose del establecido por la perito, que lo fijó en base a lo dicho por el demandada. Espera que -además de modificarse- se establezcan a la fecha de la sentencia.

Los argumentos de la demandada son que la sentenciante omitió considerar que el actor no cumplió con la provisión de agua y electricidad y no tuvo en cuenta el porcentaje de la obra, señalando la impugnación a la pericial de fs. 367vta.

Sostiene que dicha obra fue imposible cumplir por la inacción del actor. Invoca culpas concurrentes y en caso de no admitirse el agravio de tal forma efectúa cálculos en base a los porcentajes con el descuento de lo pagado estimando que el rubro debería progresar exclusivamente por el monto de $40.147,1 (sic).

Al contestar, la actora indica que la jueza *a quo* no tuvo en cuenta el monto dado en la pericia. El monto real es en la actualidad el que debe afrontar ese demandante.

Solución:

Como hice referencia precedentemente resulta aplicable el art. 10 de la Ley de Defensa al consumidor, que prevé que además de la restitución de lo pagado el responsable lo será de los daños y perjuicios si correspondieren.

En este orden de ideas, destaco lo entendido por la doctrina, que en caso de que el consumidor opte ejercer la tercera de las alternativas (art. 10 bis inc.c) resolviendo el contrato, el daño será el llamado "daño al interés negativo o de confianza", que Bueres define como "aquel que se compone por todos los daños sufrido por el acreedor a causa de haber confiado en la vigencia de un contrato que no se concretó o se extinguió". En este último supuesto, creemos que la responsabilidad que cabe a la empresa proveedora de bienes y servicios será de carácter extracontractual, pues la resolución del contrato implica, precisamente, que ya no existirá más

contrato en cuyas disposiciones pueda fundarse la pretensión resarcitoria (ver autor y obra citada, referencia Picasso en comentario al art. 1107 "Cód. Civil…", en Bueres-Highton).

Sabido es que en la esfera extracontractual se responderá siempre por las consecuencias inmediatas y mediatas del ilícito (art. 903/904 del CC), siendo imputables asimismo las causales si el autor las hubiera previsto en el caso concreto (art. 905 CC) (ver Bueres "Cód. Civil…", t.3, pág. 362, ed. Hammurabi).

Delimitando el tema, y siguiendo la doctrina, indico que las consecuencias inmediatas, son las que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas. Son resultado directo de la acción originaria, idónea y apta para hacerlas surgir. Lo inmediato es lo contiguo, o cercano, o sin medio, o que sucede enseguida. Aunque es de aclarar que el concepto de "inmediato" es lógico y no cronológico.

Las consecuencias son inmediatas cuando normalmente ocurren ante el acaecer de un hecho determinado, de acuerdo a los conceptos de previsibilidad y regularidad en los eventos. Consecuencias mediatas, resultan de la conexión con un acontecer diferente. Hay dos hechos que se unen para producir el resultado: el que realiza el agente y uno distinto. Para su juzgamiento se analiza si resulta previsible para las personas en general. "Por ello se entiende que el ejemplo de Pothier de la adquisición del animal enfermo que contagia al resto es una consecuencia de este tipo, o bien a veces la reparación del "lucro cesante" puede juzgarse de igual manera"(ver Bueres, "Cód.Civil", T.2B, pág. 431).

Remontándome al escrito de inicio del pleito los actores reclamaron la suma de $145.121 en concepto de

resarcimiento por daño emergente o, como dicen también, el daño material, considerando que es el valor de los trabajos pactados (fs. 162vta.).

Vale recordar que "Reparar significa desplazar entre dos sujetos, uno autor y otro damnificado, las consecuencias económicas de un hecho dañoso. Esto es trasladar el perjuicio económico que se sigue de un hecho dañoso desde el patrimonio de la víctima hacia el patrimonio del agente dañador…" (Carlos GHERSI – Director, Fernando SHINA y otros, "Responsabilidad Objetiva. El artículo 1113 y la Ley 24999", Ediciones Jurídicas Cuyo, año 1999, página 43).

En fundamento a su reclamo, los accionantes sostienen que el monto es el equivalente a los honorarios por la dirección de obra, materiales y mano de obra según la cláusula primera y tercera al momento de la demanda.

Al contestar la demanda responsabilizando a los actores por la demora, dijo en dicha oportunidad que no le proveyó los materiales, la luz y el agua (fs. 186 y vta.). Agrega que había realizado trabajos a fs. 188, que constituyeron en nivelación del suelo, mano de obra de albañiles, fletes y materiales comprados, debe considerarse el costo de mano de obra del muro medianero detallando que los materiales fueron comprados (fs. 188vta.) sin aclarar quién los compró. Tampoco surge de lo actuado en el curso del pleito qué mayores costos tuvo la demandada.

Previo a determinar el resarcimiento que es el punto en cuestión en este agravio, corresponde delimitar por qué responde B., surge evidente que por las consecuencias inmediatas y mediatas (art. 904 y art. 905 del CC).

El resarcimiento reclamado debe tener como base de apreciación el dinero que pasó de los actores al demandado y con respecto a ello, de la contestación de la demanda solo surge que los materiales fueron comprados; ¿por quién? es la pregunta, no como plantean en el recurso en esta instancia, los porcentajes de avance de la obra.

De la documentación acompañada, las actuaciones en la Oficina de Defensa al Consumidor el demandado en esa oportunidad el Sr. B. dice que aportó personal, alquiló las maquinarias, detalla que el contrato se estipuló de ajuste alzado, que el comitente no había cumplido ninguna de sus obligaciones (fs. 18/19).

En cuanto a las demás pruebas aportadas en autos indico: testigo A. A., fs. 299/300 dijo que B. le pagó los trabajos, la misma respuesta del testigo A. a fs. 302/303, que el demandado le abonó.

La pericia da cuenta que los muros medianeros son buenos (fs. 344), a fs. 355 dice la perita que no existen facturas del hierro comprado. Facturas de pago a fs. 175/179 desconocidas a fs. 195/196, a fs. 86 y fs. 500 presupuesto de servicio de transporte automotor de cargas y servicios conexos. Desde esta premisa y considerando que el Sr. S. y la Sra. A. C. entregaron un terreno absolutamente vacío para que B. realizaran las obras encomendadas, agregó que no hay constancias de mayores pagos efectuados por los actores, más que el dinero abonado al momento de celebrar el contrato.

El contratista no cumplió íntegramente con la labor encomendada, solución arribada en primera instancia, lo cual he confirmado oportunamente. Pero también es real que existió cierto grado de tarea efectuado, por lo que considero no existió un daño emergente o material en los términos que fue planteado en la demanda, no puede indemnizarse devolviendo las cosas a su estado anterior, pretendiendo el actor otra cosa que no es el daño emergente, sino lo que costaría realizar las obras inconclusas, el valor actual de los trabajos contratados.

Detallado fácticamente cuáles serían las consecuencias inmediatas o mediatas por la que debe responder B., se ha sostenido que debe incluirse dentro de la noción de "consecuencia inmediata" todo efecto que, aún derivando del enlace del incumplimiento con un hecho distinto, acompaña invariablemente a dicho “incumplimiento” (Bueres, su voto en el fallo plenario de la CNCiv., *in re* "Civit c. Progress S.A.", JA 1990IH-

49, reproducido en “La responsabilidad”, libro de homenaje al profesor Goldenberg, 1995, p. 262 y siguientes).

Resumiendo, no existen más constancias que las manifestaciones del actor respecto de otros pagos en la demanda, por lo que el daño material invocado no ha de prosperar, por cuanto considero que las únicas consecuencias del accionar del demandado se constituyeron en la demora, y el dinero aportado para la realización del trabajo; es lo único probado, que ya en este mismo voto fue ordenada su devolución y admitir nuevamente el rubro implicaría admitir consecuencias causales y un enriquecimiento ilícito. Más aún considerando que existió una falta oportuna de colaboración por parte de los actores.

No obstante mi posición, poco a su favor aportó en el memorial de agravios el demandado, quien peticiona a este tribunal se establezca un monto inferior que el condenado por el concepto sin el más mínimo análisis de la situación global acaecida y que detallé, limitando a la alzada en los términos del libelo de arribo.

Pero sí se queja de la condena por privación de uso o indisponibilidad del lote, que adelanto considero un daño.

La demora incurrida y el posterior incumplimiento han generado un daño, lo que considero una consecuencia inmediata y al mismo tiempo mediata de su incumplimiento contractual en esta oportunidad de valorar los daños, por lo cual debo subsumir ambos rubros y, por lo tanto, abordar en forma conjunta el quinto agravio del demandado.

En el memorial bajo examen dice que nada aportó sobre el pago de un alquiler, que habita una vivienda con sus padres, que además no puede construir hasta que no tenga la escritura traslativa de dominio (fs. 555).

Según la pericia de ingeniería, el murallón está construido, pero el suelo no está en condiciones de resistir una obra, es previsible por el encargo efectuado que la intención de los actores era la construcción sobre

dicho predio, resulta de una lógica básica, y es "previsible" de acuerdo con la tarea encomendada.

Al incoar demanda los accionantes dicen que reclaman el rubro indisponibilidad de lote diciendo que la obra debió estar realizada el 15/9/2010, que por esa razón no pudieron instalar una prefabricada o construir una casa, demandaron $3.000 por 29 meses en un monto total de $87.000.

He de coincidir con el demandado sobre la carencia de prueba respecto del pago de alquiler, lo cual concuerda con lo dicho en la demanda que no tiene una locación con contrato (fs. 161vta.). Pero resulta real que no pudieron disponer del lote para un fin previsible que no podía ser otro que utilizarlo para construir o colocar sobre el mismo.

Si era o no para vivienda u otro fin surge del propio contrato (agregado a fs. 49) que "facilitar el acceso al lote en que se encuentran emplazadas la vivienda a construir", del expediente administrativo "S., R., A. C., N. - solicitud de lote para construcción de vivienda familiar", expte. nro. 3207 "S" año 2009 de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia (fs. 271), lo cual echa por tierra el argumento del recurrente demandado.

Del análisis efectuado en primera instancia respecto que la obra debía estar finalizada el 15 de septiembre de 2010 y la consideración respecto que para la realización de las tareas comprendidas en la obra pactada era necesario la conexión de los servicios de luz y agua en el lote de los actores, que pesaba sobre el Sr. S. -cláusula novena- y que ello se concretó el 22 de octubre de 2010, es justo y razonable que el plazo de ejecución de la obra estipulado en 45 días cláusula séptima-, se compute desde esta fecha, operándose de ese modo el vencimiento del plazo de la obra el día 6 de diciembre de 2010, que se valoró en esa instancia el informe del tasador de fs. 492 y estimó el concepto en $77.664,68, no encuentro contradicción por parte del quejoso en esta instancia de revisión, toda vez que la cuantificación del daño es un acto de discrecionalidad judicial.

A ese importe he de agregar la suma que el demandado ha valorado para resarcir el daño material de $40.148.

El juez debe considerar, al cuantificar un daño, que no puede mandar indemnizar un perjuicio no sufrido o en mayor medida del que realmente soportara la víctima; o sea que el techo o tope de la reparación se encuentra en la real extensión del daño por el que se reclama, en el caso concreto, que debe ponderarse económicamente el resarcimiento considero que se han adoptado elementos de valoración que posibilitaron establecerlo.

Dicho de otro modo, el daño patrimonial, para ser resarcido, requiere la existencia de consecuencias valuables económicamente. Considero adecuado para delimitar el monto el parámetro escogido por la sentenciante, conforme las circunstancias de la causa, el escaso plexo probatorio, valoro el tiempo insumido para planear una obra en el lugar, salir del lugar que viven actualmente, lo que me lleva a confirmar.

Es que el derecho de daños no es sancionatorio, sino resarcitorio, por ello, no se detiene en la lesión, sino que averigua sus resultados; si y como la lesión ha gravitado en la esfera patrimonial o espiritual de la víctima. La lesión no es el daño y sí su causa (Zavala de González, M., ”Resarcimiento de daños”, t.2, p.105).

Por lo dicho, recepto el agravio respecto del daño emergente planteado por la demandada y rechazo la queja de la actora. Modifico la sentencia rechazando el rubro daño emergente. Rechazo los agravios de ambas partes sobre privación de uso del predio y confirmo la sentencia en el monto de $77.664,68.

Siendo la queja también de la parte actora, atento a como fue resuelto el tema, rechazo la queja

V. El sexto agravio: el monto por daño moral.

Estriba su argumento en que la Sra. A. C. no está legitimada activamente.

Que hasta tanto no se cumplan los requisitos de la ordenanza municipal no se puede construir, además no cumplieron oportunamente con los servicios pactados en el contrato.

Solución:

En principio señalo que considero que el escrito bajo estudio en este punto es una discrepancia con lo decidido por la sentenciante de grado, que no reúne los requisitos establecidos en el art. 268 del código ritual, no obstante, este cuerpo que integro ha mantenido un criterio de admisibilidad amplio conforme ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Montes de Víctores, Vilma E. c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", 26-06-1991: "incurre en un injustificado rigor formal incompatible con el derecho de defensa, la resolución que declaró desierto el recurso, basado en la omisión de una critica concreta y razonada, si el escrito contiene argumentos mínimos sobre el tema que pretende someter a conocimiento de la Alzada" (autos "Servicios Eléctricos del Gran Bs.As. c/ Municipalidad de Gral. Sarmiento", CS2010-08-24, DJ rev. año XXVInro. 52-29-12-2010).

En cuanto a la legitimación, me he expedido en respuesta al agravio previo, lo que me lleva a reiterar que en el expediente municipal obrante a fs. 271/286, el pedido de lote para construir vivienda fue iniciado por la coactora. Que las resoluciones administrativas en el mismo, nros. 1496/09, 3379/10, en particular la última, lleva la obligación de cercar perimetralmente. El demandado en su memorial dice que con la preadjudicación los beneficiarios toman posesión del lote para la construcción (fs. 552). No advierte el recurrente que en la Resolución 3379/10 a los beneficiarios de la lista se les entregó la guarda, lo cual implica la posesión del predio en el caso otorgada por el propio municipio, obligando a los beneficiarios a realizar actos inequívocos, objetivos e indudables de posesión.

El Sr. B. planteó la inexistencia del daño moral, mas no hizo ninguna referencia ni siquiera en forma subsidiaria al monto de condena, habiendo rechazado los fundamentos en contra de la decisión, referidos a la falta de legitimación activa y a la imposibilidad de construcción por ausencia de posesión, está firme el punto respecto al *quantum*. La expresión de agravios debe

> ser una exposición jurídica en la mediante el análisis crítico y razonado del fallo impugnado se evidencie su injusticia. Requiere así una articulación seria, y fundada, concreta y objetiva de los errores de la sentencia, punto por punto, y una demostración de los motivos para considerar que ellas es errónea (según Morello - Passi Lanza - Sosa - Berizonce "Cód. Proc., Civ. y Com. Nac. y Pcia. de Bs.As.", T.II, art. 260, pág. 445). Así el carácter "concreto" que debe contener la crítica "…se refiere a lo preciso, indicando, determinado –debe decirse cuál es el agravio-, lo razonado indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones –debe exponerse por qué se configura el agravio-.

Deben precisarse así, punto por punto los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones, lo que no hizo el quejoso respecto del monto condenado, sino solamente objetando la su procedencia jurídica. Si faltan estas argumentaciones, carece el tribunal de la alzada de la materia indispensable para confrontar los argumentos del juez *a quo,* lo cual precisamente constituye la función propia del segundo grado jurisdiccional.

Reitero, el único planteo fue la falta de legitimación de la coactora, punto ya resuelto, por lo tanto, carece la alzada de facultades para fallar sobre otros temas, quedando firme la sentencia de grado en el punto.

Se rechaza el sexto agravio.

VI. Daño psicológico:

Sostiene que existe una incongruencia, que la jueza *a quo* falló *extra petita* porque no fue pedido, y otorgó el rubro como gasto psicológico futuro.

Solución:

Debe entenderse la congruencia de la sentencia como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del

proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto. Es pues una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma, y, más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro, el objeto procesal en sentido riguroso. El juego armónico de los principios dispositivos y de congruencia hacen que el juez deba respetar el escenario litigioso propuesto por las partes a través de sus pretensiones y defensas, limitándose a fallar exclusivamente sobre los puntos sometidos a su decisión. Aun en caso de que pueda presumirse un excesivo celo por descubrir la verdad de los hechos, no le es dado al sentenciante trascender el marco de la contienda fallando más allá de las defensas opuestas, lo que importa violar el principio de congruencia citado.

A fs. 162 los actores peticionan el daño psicológico argumentando depresión y estimando el mismo, al ofrecer la prueba en cuanto a la pericial psicológica a fs. 166/vta. en los puntos sobre los que debe expedirse el experto mencionan la existencia de un daño en la psiquis de los actores, si se observan minusvalías, secuelas permanentes que deban tratarse. Al contestar la demanda, el Sr. B. dice que no es un daño autónomo, sino que en la hipótesis de admitirse debe incluirse en el moral.

"La exactitud y la claridad de la demanda están destinadas a impedir el progreso de una acción que no se encuentra configurada como corresponde, o de una petición que carece del grado de determinaci6n compatible con la exigencia impuesta al juez al resolver, y su finalidad es impedir la indefensión derivada del incumplimiento en el escrito inicial —acto introductorio del proceso— de las finalidades a que se refiere el art. 330 del Cód. Proc. Este artículo en cuanto establece que la cosa demandada debe ser designada con toda exactitud (inc. 3°) obedece a que el demandado debe tener conocimiento de que es lo que se le reclama, así como también a que el juez en la sentencia no debe incurrir en exceso ni en defecto, sino fallar únicamente sobre lo que fue objeto de controversia" (C. Civ., Sala E, ED 87-603, n° 456).

Palacio (“Der. Proc. Civ.”, I, pág. 396, con las citas que indicamos) dice: "Denominase objeto de la pretensión (*petitum*) al efecto jurídico que mediante ella se persigue (Alsina, “Tratado”, I, pág. 339). Generalmente se concibe a este elemento desde un doble punto de vista: inmediato y mediato (Calamandrei, “Inst.”, I, pág. 287; Lieberman, “Manual”, I, pág. 73; ambos con referencia a la acción). Es objeto inmediato de la pretensión la clase de pronunciamiento que se reclama, condena, declaración, ejecución, etc.), y objeto mediato el bien de la vida sobre el cual debe recaer, concretamente, el pronunciamiento pedido (*v.gr.*, la suma de dinero o el inmueble a cuya restitución debe condenarse al demandado: el hecho que este debe realizar; la relación jurídica cuya existencia o inexistencia debe declararse). (v. “Gráfica proc”, III, la ed., pág. 155, n° 331). También hallamos la distinción en REDENTI (“Der. Proc. Civ.”, I, págs. 46/47) que, en este sentido habla de objeto (como objeto inmediato) y *causa petendi* (como mediato). Lieberman (en “Manual”, trad. Sentis, V, págs. 109 y sgtes.), Michelli (“Cód. Proc. Civ.”, I, pág. 38 y IV, pág. 171), etc.

La petición, o sea lo que se reclama ante la justicia, puede resultar tanto de lo expuesto en el escrito de demanda en su integralidad, como en el petitorio final, ya que la ley procesal no determina un orden estrictamente formal, interesándole que se conozca con exactitud lo que la actora pretende. Cuando se recurre al órgano jurisdiccional a los fines de que se dirima un litigio y se reconozca así el derecho que se invocase, es necesario hacerlo conforme a las reglas primarias que las disposiciones del Código Procesal señalan (arts. 333 y sgtes.).

Por lo cual, la jueza *a quo* ha interpretado lo peticionado por la parte actora y aquello que fue objeto de oposición, la sentencia es congruente, no se advierte discordia alguna que pueda calificarla en sentido contrario. En síntesis el caso y el punto en particular ha sido resuelto de acuerdo al microsistema procesal,

independientemente que las partes la hayan invocado bajo otro nombre, pues como es sabido, corresponde al juez examinar el derecho aplicable a los hechos planteados por los litigantes más allá de la calificación que estos le hayan asignado (“Iura novit curia”) y a dictar sentencia aplicando las normas jurídicas pertinentes a la materia litigiosa, con independencia de las erróneamente invocadas por las partes.

No cuestionado el monto, sino la procedencia del rubro, reiterando escuetamente lo planteado en la contestación de demanda, conforme lo dicho en el ítem anterior, se confirma la procedencia el rubro por el importe dispuesto por la jueza *a quo*.

VII. Daño punitivo:

La parte actora solicita se adecuen los montos por este rubro haciendo referencia a antecedentes de la alzada (fs. 546).

La demandada que se queja de esta condena, entiende que no tuvo una conducta omisiva ni evasiva, que jamás fue objeto de sanciones en su profesión.

Solución:

En lo concerniente a la multa civil -daño punitivo-, su procedencia no puede ser determinada mecánicamente ante el incumplimiento, imponer la sanción; sino que requiere de un análisis exhaustivo de la conducta del responsable, a efectos de desentrañar si ha mediado un desinterés manifiesto por los derechos de terceros o un abuso de posición dominante, o un lucro indebido.

Antes de aplicar una sanción, el juzgador debe considerar qué lugar ocupa el transgresor dentro del mercado en el que comercializa sus servicios. El distingo obedece a un criterio de justicia, pues no sería justo aplicar los mismos criterios punitivos para sancionar a poderosas empresas multinacionales, con un protagonismo casi exclusivo en su actividad, que a comercios primarios o pequeñas empresas, como ocurre en la especie, que existen en ese mercado tan desigual, que en todos los casos es de aplicación la ley de defensa a los consumidores.

Existe doctrina copiosa que ha entendido que, ese tratamiento distinto que debe darse a cada proveedor de bienes y servicios obedece a que la capacidad de daño que unos y otros tienen es también distinta. Por caso, millones de personas pueden ser víctimas potenciales de una empresa multinacional que comercializa servicios en forma masiva, situación que no puede repetirse en empresas pequeñas. La doctrina se ha ocupado de este tema. A pesar de la reciente incorporación del instituto de los Daños Punitivos y el Daño Directo en el estatuto de los consumidores, el Dr. Edgardo López Herrera ha escrito una obra muy completa en donde trata

> estas cuestiones. "Este punto es muy importante y permite incluir entre las pautas a tener en cuenta la riqueza del proveedor, tema muy polémico y que fue tratado en los primeros capítulos. No es lo mismo la condena a un proveedor monopólico u oligopólico, a una gigantesca empresa multinacional grande como varios países, que a una pequeña empresa del interior del país. (Edgardo LÓPEZ HERRERA, "Los Daños Punitivos", ed. Abeledo Perrot, año 2008, página 367). El autor explica cómo el proveedor más fuerte es el que mayor capacidad de dañar tiene y, por consiguiente, debe asumir penalidades más severas. "Con respecto al poder, señala que una gran parte de los casos de daños punitivos involucran su abuso, entendido como control que una persona tiene sobre el bienestar de otra, motivado, por ejemplo, por las relaciones que existen entre las personas por la posesión de diferentes tipos de recursos, como ser fuerza, inteligencia, conocimiento, dinero, cargos políticos o posición social, etc. Mientras más poder tenga el victimario y menos poder tenga la víctima será más factible que se produzca un gran abuso de poder. Es que a medida que el poder se incrementa, también lo hace la posibilidad de dañar a otros, lo que no puede tener otro correlato que un aumento de responsabilidad" (López Herrera, página 37).

Es superfluo explicar la relación de recursos disponibles que hay entre la empresa a la que hace referencia el quejoso actor con una empresa multinacional que fue la parte demandada en la jurisprudencia citada en el escrito de arribo a esta alzada.

En cuanto al monto aplicable, a pesar de ser una permanente causa de controversias doctrinarias, la jurisprudencia nacional es todavía escasa en esta materia, incluso en esta misma Cámara de Apelaciones que integro.

No obstante, en el derecho comparado abundan los ejemplos. Los tribunales internacionales, con más trayectoria y experiencia que los nuestros, indican que los daños punitivos pueden exceder hasta diez veces el monto de los daños efectivamente padecidos, sin que ninguna garantía constitucional sea violentada. Y esta doctrina judicial, originada en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, quizás sea la vanguardia en nuestros días. López Herrera la menciona en la obra que comentamos. Dice: "La primera de ellas es que difícilmente una condena por daños por daños punitivos, cuya relación con esos daños exceda de un dígito, satisfará las exigencias del debido proceso" (López Herrera, op cit., página 215. El autor alude una famosa sentencia dictada por la Corte Suprema de Estados Unidos, en los autos 'State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al', del 7/04/2003). Otros autores, se refieren a diversos casos en los cuales la Corte Suprema Norteamericana estableció condenas que superaban en mucho el daño realmente padecido por la víctima, sin que ello afectara garantías constitucionales de quien deban soportarlas: "En derecho comparado hay experiencia respecto a estas importantísimas cuestiones. Por ejemplo el caso "Philip Morris vs. Williams referido a los daños provocados por el consumo de tabaco. Un primer fallo, luego apelado con éxito, le impuso a la tabacalera una multa punitiva que superó en más de 100 veces el valor de la indemnización total" (Fernando SHINA, "Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos", en

Jurisprudencia Argentina – Número Especial, "Obligaciones", del 30/09/2009, página 50).

El mismo autor explica que los jueces deben ponderar, para graduar correctamente las penas que aplican, si la conducta desplegada por el infractor es habitual o constituye un caso aislado. "…el monto de las penalidades surge de un múltiple análisis que los jueces deben hacer antes de firmar sus veredictos:

…3) Se analiza si la conducta desplegada por la empresa es habitual o constituye un caso aislado. Si los jueces no hacen una estimación acertada del monto del castigo, pueden pecar por defecto, impidiendo que los 'punitive damages' cumplan su finalidad disuasoria…" (Fernando SHINA, artículo citado, página 50).

Debo decir que, en el caso la conducta infractora registrada de B. constituye un caso aislado, que a mi modo de ver resulta discutible que se trate de una empresa o una persona excluida del régimen de la Ley 24240, como ocurre entre ambos votantes en este caso. A lo que incluyo que existió un factor de responsabilidad que fue valorado por la jueza *a quo* por parte del "consumidor" como así también la indiferencia, la evasión de sus obligaciones, por parte del empresario.

En suma: entiendo que la graduación punitiva efectuada se ajusta a los parámetros legales establecidos en el artículo 49° de la LDC. Por ello confirmo el monto por daño punitivo establecido en primera instancia de $100.000.

Rechazo los agravios de las partes.

VIII. La actora se queja de la fecha a partir de la cual se impusieron los intereses.

Sostiene que el plazo se computó desde la fecha en que debía la demandada finiquitar la obra.

Solución:

La fecha de la resolución se fijará a la fecha de comunicación de la voluntad de los actores encaminada a dejar sin efecto el contrato, que en el presente caso lo constituye la fecha de la recepción de la CD obrante a fs. 238, el 27 de octubre de 2011, desde que como

anticipé, se aplica a modo de consecuencia el art. 10 bis de la ley del consumidor, sobre pacto comisorio, que participa de los caracteres del pacto comisorio expreso. Por lo cual al capital de condena –con excepción del daño punitivo que es a partir de la sentencia- se aplicaran los intereses de la tasa activa del Banco Nación Argentina para operaciones de descuento que es la utilizada en el foro local a partir del 27/10/2011.

IX. Mantengo la imposición de las costas de primera instancia (art. 282 CP) aun con las modificaciones impuestas por este voto, la condición del art. 69 del CPr de pérdida y ganancia subsiste. En cuanto a la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al haber sido fijados en porcentuales los confirmo.

X. Las costas de la alzada deben ser soportadas por la demandada, el éxito parcial obtenido no modifica la condición de perdidosa, aun evaluando los rechazos de los planteos de la parte actora, quien se encuentra comprendida en la protección que se debe conforme los derechos de los consumidores. Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Por ello propongo:

1) Rechazar parcialmente los agravios de la demandada y rechazar los correspondientes a la actora. Modificar la sentencia venida en crisis en cuanto al rubro de condena daño emergente, y la imposición de intereses que se dispone a partir del 27 de octubre de 2011, a la tasa activa para operaciones de descuento del Banco Nación Argentina.

2) Costas de la alzada a la demandada. Diferir la regulación de los honorarios profesionales al momento del acuerdo.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusieran la parte actora (fs. 539, agravios fs.

543/546) y por la parte demandada (fs. 541, agravios fs. 548/557). Corrido los traslados de rigor, fueron contestados por ambas partes (fs. 559/561 y fs. 563/566).

I. Antecedentes:

En breve síntesis, y a efectos de evitar repeticiones innecesarias que solo dilatarían la extensión del voto, diré que los Sres. R. D. S. y N. A. A. C. promovieron demanda sumarísima contra el Sr. G. B. a efectos se lo condene a abonar la suma de pesos quinientos setenta y cinco mil setecientos treinta y tres con quince ctvs. ($575.733,15) correspondientes a pesos cincuenta y cuatro mil novecientos ochenta ($54.980) en concepto de restitución de lo pagado en los términos del art. 10 bis de la Ley 24240, e indemnización por daños y perjuicios por la suma de pesos quinientos veinte mil setecientos cincuenta y tres con quince ctvs. ($520.753,15), o lo que en más o en menos surja de la prueba y del criterio del sentenciante, con más intereses, costas y costos del juicio. Discriminaron y cuantificaron los rubros indemnizatorios. Ofrecieron prueba. Reservaron el caso federal. A su turno, contestó demanda el accionado. Negó hechos. Desconoció documental. Dijo de la falta de legitimación activa de la Sra. N. A. A. C.. Pidió se rechace la aplicación de la Ley 24240 y pidió se decrete la inconstitucionalidad de su art. 2°. Ofreció prueba. Reservó el caso federal. Pidió se rechace la acción, con costas. Produjeron las partes la prueba. Pasaron los autos para resolver.

La sentencia de grado declaró aplicable al caso la Ley 24240 y, en consecuencia, rechazó el planteo de inconstitucionalidad opuesto por el demandado contra el art. 2 de la misma. Declaró que la Sra. N. A. A. C. se encontraba legitimada para entablar la demanda instaurada. Hizo lugar parcialmente a la demanda, declarando la responsabilidad del demandado Sr. G. P. B. y condenándolo a que en el plazo de diez (10) días de quedar firme el decisorio abone a los actores Sres. R. D. S. y N. A. A. C., en forma conjunta, la suma de pesos

cuatrocientos cinco mil ciento setenta y nueve con veintiocho centavos ($405.179,28), más los intereses correspondientes a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento comerciales desde que cada rubro es debido y hasta el 31 de julio de 2015 y desde el 1ero. de agosto de 2015 hasta su efectivo pago, la tasa activa promedio del Banco de la Nación Argentina en materia de préstamos personales, a calcular según considerandos respectivos.

Impuso las costas a la parte demandada vencida. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios:

Llega a tratamiento de esta alzada el recurso interpuesto por ambas partes, actora y demandada. La primera expresó sus agravios vinculados a lo resuelto en la sentencia respecto de la restitución de lo pagado, la cuantificación del daño emergente, daño por indisponibilidad del bien, el monto fijado como daño punitivo y la fecha de cómputo de los intereses. Por su lado, la segunda lo hizo por lo decidido en torno a la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor y la inconstitucionalidad planteada en relación con su art. 2°; la admisión de la legitimación activa de la Sra. N. A. A. C.; el rubro restitución de lo pagado; daño emergente; indisponibilidad del bien; daño moral, daño psíquico y daño punitivo.

Mis distinguidas colegas integrantes de Sala han emitido ya su voto y resuelto los agravios que fueran expresados por los apelantes existiendo discordia, en rigor de verdad, en los siguientes puntos: aplicación al caso de la Ley de Defensa del Consumidor, legitimación activa de la Sra. N. A. A. C., restitución de lo pagado, indemnización por daño emergente, monto daño moral, monto daño psicológico, daño punitivo, intereses derivados de la restitución de lo pagado y del daño emergente, e imposición de costas en esta alzada

Por lo expuesto precedentemente y en atención a la letra del art. 274 del CPCCCh, por el que se dispone que

> los miembros del tribunal emitirán su voto fundado examinando en el mismo las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios y que la decisión se adoptará por mayoría, "bastando para formarla los votos en sentido coincidente de quienes se expidan en primero y segundo término", dejando a salvo la facultad del tercero de emitir su opinión; en razón del lugar que me ha sido asignado para votar, en el caso particular me expediré exclusivamente sobre los puntos a que hiciera mención en el párrafo anterior.

Antes de hacerlo, destaco que tal como lo ha sido sostenido por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, la mayoría legal consiste en la coincidencia de opiniones de por lo menos dos de los tres jueces que integran el tribunal y equivale a unanimidad cuando solo actúan en los casos en que está permitido. Debe producirse respecto de cada cuestión esencial y para lograr coincidencia que forma mayoría, los jueces deben arribar a una conclusión idéntica (*cf.* SD N° 45/95; 26/SRE/99; 30/SRE/99; 04/SRE/04).

Ahora, ello no implica exigir fundamentos iguales. Cada juez puede dar los suyos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros miembros. De otra manera, la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que pedir una reiteración de fundamentos de cada miembro del tribunal. La coincidencia hace referencia a que estos no sean contrapuestos, contradictorios, antagónicos, incompatibles o excluyentes entre sí. Es decir, lo que se procura es que estos puedan acumularse (*cf.* Loutayf Ranea, Roberto G. "El recurso de apelación en el proceso civil", pág. 292 y sgtes. ed. Astrea).

También he de formular una consideración previa más, ello en razón de la hora en que me toca expedirme en el presente y la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (CCyC). En el caso puntual, y en atención a la letra del artículo 7 del cuerpo normativo, resulta de aplicación la ley vigente al momento en que se constituyera la relación

jurídica, aquí el contrato suscripto entre las partes, razón por la que corresponde sea juzgado a la luz de las disposiciones del anterior Código Civil.

Habiendo sido detallada minuciosamente la plataforma en los votos de mis colegas preopinantes, me eximiré de reiterar aquí lo que fuera allí expuesto por considerarlo innecesario. Es así que, adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, acostumbro recordar en mis votos que no es preciso que el Tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Entonces, y como dijera párrafos atrás, la discrepancia de mis respetadas colegas preopinantes transita en primer término la cuestión vinculada a la aplicación al caso concreto de la Ley de Defensa del Consumidor respecto del contrato de locación de obra otrora celebrado entre las partes.

Es oportuno recordar que la locación de obra es la relación jurídica en virtud de la cual una de las partes (empresario, constructor, contratista, y en su caso, profesional liberal, autor, artista, etc.), se compromete a alcanzar un resultado, material o inmaterial, asumiendo el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica y la otra parte, denominada locatario de obra (dueño, propietario, comitente, patrocinado, paciente, cliente, etc.), se obliga a pagar un precio determinado o determinable en dinero (Spota, “Tratado de locación de obra”, T I, n° 2-g). Interesa el “opus”, el resultado del trabajo y no el trabajo mismo.

En tal sentido, la doctrina mayoritaria ha sostenido que el elemento determinante de esta figura es la obligación de resultado, que asume quien se compromete a

ejecutar la obra (art. 1493), por lo que se ha entendido que la expresión "trabajo" del art. 1629 alude al trabajo concretado en un resultado, diferenciándola así de la locación de servicios, donde se trata de un trabajo, en dirección a un resultado, pero que se independiza de la obtención de él (Belluscio, "Código Civil Comentado, anotado y concordado", T° 8 Pág. 56). El objeto del contrato puede consistir en una actividad o un resultado, tanto material como inmaterial, incluyendo todos los casos en que se retribuye con un precio cierto en dinero el esfuerzo, la actividad o el trabajo ajeno, cualquiera que sea su clase o naturaleza. Así, el contrato de locación de obra considerado en toda su amplitud reúne una serie de figuras jurídicas, siendo una suerte de contrato madre (Rezzónico, Contratos, T ° II, p. 746; Borda, Contratos, T° II , n° 1967).

Precisamente por ello, mal puede generalizarse en torno al contrato de mención, ubicándolo fuera o dentro de los alcances de la Ley de Defensa del Consumidor, siendo viables ambas alternativas de acuerdo al caso concreto. Y justamente por dicha razón, es que debe estarse a demás condiciones particulares de la relación jurídica para determinarlo.

Es claro que una de ellas se encuentra definida por los sujetos que la integran, aquí el maestro mayor de obras y el contratante. Es en relación con el primero –más bien con su actividad- que se ha expresado la negativa para que el litigio se resuelva bajo las normas de la legislación consumeril.

Al respecto, el art. 2 de Ley 24240 (conforme modificación de la Ley 26361) define a todo proveedor como "la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios".

Mas, en su párrafo segundo prevé una excepción a lo antes dispuesto, ordenando: "No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello".

En el caso de autos, el Sr. B. ha celebrado un contrato de locación de obra asumiendo el carácter de "director técnico de la obra" (ver cláusula tercera, contrato de locación de obra agregado a fs. 86).

Resulta evidente que deviene necesario poseer el conocimiento técnico para desarrollar la labor encomendada, y por tanto la necesidad de poseer un título habilitante o una matrícula pertinente para ello, por lo tanto, y surgiendo de las constancias aquí obrantes que el profesional se encuentra matriculado, pensar lo contrario no resultaría coherente con los hechos acontecidos en autos.

Podría cuestionarse, como se lo hizo, la falta de título universitario –elemento mencionado en la norma– mas sucede que la misma refiere asimismo a la "matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello", la que aquí efectivamente existe, por lo que darle prioridad a un elemento sobre otro comportaría una interpretación subjetiva pudiendo aún interpretarse como arbitraria. Quiero decir, a la ausencia del título universitario se opone la existencia de matrícula. Pretender ceñirse a la falta del primero para justificar la aplicación de la ley especial atentaría contra el argumento por el que la matrícula justificaría la exclusión de la mentada legislación.

No me parece que la discusión deba centrarse exclusivamente allí, de hecho bien puede observarse que la entidad que otorga la matrícula resulta ser el Colegio de Ingeniería y Agrimensura de esta provincia (fs. 180 y fs. 590), que nuclea por igual a profesionales con título de grado como a los maestros mayores de obra que de común

poseen título terciario. Entiendo que debe estarse a demás elementos que permitan inferir si existe una relación de consumo.

A esa hora, bien claro se aprecia a través de las probanzas reñidas en el proceso que en el caso no surge

que la actividad prestada por el Sr. B. integre una cadena comercial o se encuentre inmersa en un proceso de producción, transformación o comercialización, en la que incluso se publicite su actividad, y que resulte pasible de aplicación de la normativa antes citada, habiendo sido simplemente contratado por el actor en atención a la profesión liberal que desarrolla. Tampoco se está en presencia de un contrato con cláusulas predispuestas, conclusión a la que se arriba con tan solo reparar que en él se consignan características, plazos y detalles de la obra encargada, producto de una negociación previa.

Como conclusión de lo expuesto, juzgo que no resulta de aplicación en el caso de autos lo normado por la Ley de Defensa del Consumidor, sin que resulte necesario para ello acudir a la declaración de inconstitucionalidad de parte de su articulado –última ratio- siendo de aplicación en consecuencia lo normado por el Código Civil vigente al momento de la celebración del contrato. En sintonía con ello, debe revocarse asimismo la condena por el daño punitivo.

En esa sintonía, y desde que se trata aquí de un incumplimiento contractual en relación a un contrato de locación de obra, no cabe duda de que los eventuales efectos jurídicos que del mismo se derivan no pueden tener lugar sino entre los sujetos integrantes de la relación jurídica, es decir entre aquellos que contrataron, razón bastante por la que carece de toda legitimación activa para reclamar persona alguna que no lo haya hecho, para el caso la Sra. N. A. A. C..

Adelanto entonces que, en virtud de lo resuelto hasta aquí, tanto los rubros daño moral como daño psicológico –gastos de tratamiento en rigor de verdad-

procederán solo respecto de la parte legitimada Sr. R. D. S., debiendo reducirse a la mitad los montos fijados en la sentencia. Y en esa inteligencia, corresponde desde luego establecer el debido curso de los intereses derivados de dichas partidas, debiendo ser calculados los derivados del daño moral desde que se verificara la mora operada en virtud del incumplimiento contractual, y los correspondientes a los gastos de tratamiento, desde la fecha de la sentencia.

Aclarado ello, discrepan mis colegas, en segundo término, en relación con el rubro indemnizatorio reclamado como "daño emergente". Resulta propio a esta altura, diferenciar el mismo del denominado “lucro cesante”. El primero ha sido definido como “el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio. El "lucro cesante", en cambio, contempla la ganancia frustrada, es decir los daños que se producen por la falta de ingreso de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido. Hay, pues, una clara distinción entre "daño emergente" y "lucro cesante", y la doctrina suele coincidir en señalar como notas diferenciales las que hemos destacado más arriba. Las mismas notas han sido señaladas por la jurisprudencia que ha afirmado, por ejemplo: "El daño emergente comprende las pérdidas que el acreedor ha sufrido a consecuencia de la inejecución del contrato de transporte (gastos farmacéuticos, honorarios médicos, incapacidad física, etc.), en tanto que el *lucrum cessans* se refiere a las utilidades que dejó de percibir" (Luis Moisset de Espanés, G. Tinti y Maximiliano Calderón, “Daño emergente y lucro cesante”).

Pidió la actora en la demanda se estipule el daño emergente en el valor actual de los trabajos pactados en virtud del contrato de locación de obra celebrado con más los honorarios convenidos por la dirección de obra. La sentencia hizo lugar al reclamo, más allá de que otorgara

un valor diferente al peticionado en el marco de la acción impetrada.

Frente a lo decidido, ambas partes expresaron su desacuerdo. Ninguna cuestionó el rubro en sí mismo, sino que ambas se quejaron por el monto que fuera dispuesto en tal carácter. Luego, siendo el marco de los agravios es el que establece el alcance de la cuestión sometida al entendimiento de la alzada, entiendo corresponde no me pronuncie sobre la procedencia, y sí sobre el alcance de la reparación.

En dicho contexto, pongo de resalto que la cuestión a resolver en esta instancia pasa exclusivamente por la cuantificación del daño emergente, criticada por ambos recurrentes.

No encuentro a esa hora errada la pretensión original del demandante, ello respecto del reclamo del daño emergente actual en estricta relación con la obra inconclusa, claro está que dicha opción provoca la orfandad de la problemática presentada ahora por ambos apelantes y vinculada al monto relacionado con la restitución de lo pagado. Sin perjuicio de que esta última fuera planteada en el marco de la ley consumeril por el actor (fs. 161) –la que he resuelto párrafos arriba no corresponde aplicar aquí– tampoco podría ser aceptada cuando se reconoce en concepto de daño emergente justamente el que resulta necesario para la finalización de la obra pendiente. En tal sentido, corresponde a mi juicio englobar los conceptos dentro del daño emergente.

Ahora bien, para su cálculo la señora jueza estuvo al contenido del informe pericial (fs. 343/356), como así también a los argumentos vertidos en el marco de su oportuna impugnación (fs. 365/367). Reitero una vez más que ambas partes han llegado hasta aquí discutiendo el importe base del daño emergente, que no es otro que el que deriva de las actuaciones citadas.

Sobre ese piso de marcha, la pretendida culpa concurrente que pretende introducir el demandado apelante en su agravio con la intención de aumentar el porcentaje de obra realizado es a todas vistas

improcedente, ello en tanto no representa la cuestión aquella objeto de apelación ante esta alzada, por lo que en consecuencia será desestimada. Del mismo modo, los argumentos de la actora apelante resultan vagos y no ofrecen sustento objetivo que permita avalar su posición, más aún frente a la claridad esbozada en la sentencia y los parámetros tenidos en cuenta por la señora juez. Es que, en efecto, de la impugnación de la pericia surgen algunos datos concretos referentes a valores que permiten evaluar adecuadamente el monto indicado primigeniamente en el informe elaborado por la perito y reajustarlos en consecuencia. Luego, entiendo corresponde confirmar el fallo de grado y la suma allí fijada en concepto de daño emergente. Los intereses han de calcularse sobre el capital de condena desde el día en que fuera efectuada la impugnación del informe pericial en tanto de allí es que ha sido tomado el monto base sobre el que se ha determinado el rubro, hasta su efectivo pago.

Respecto ahora de la disidencia existente en torno al reconocimiento del rubro indisponibilidad del bien, cuestiona la actora apelante la fecha de inicio y finalización dispuesta en la sentencia para su cálculo, y del otro lado la contraria acusa su improcedencia.

Recuerdo aquí, que al impetrar la demanda dijo la actora que fundaba su reclamo en el hecho de haberse visto imposibilitada de continuar la obra a efectos de la instalación de una casa prefabricada o una casa de material y así dejar de generar mayores gastos de vivienda, reconociendo entonces que no poseía contrato de locación.

En la solución, adelanto que haré lugar al agravio del demandado. Es que, bien claro queda que el propio actor reconoció no contar con contrato de locación – base concreta del reclamo-, por lo que en nada incide el resultado de la pericia que determina un valor locativo para el inmueble en que reside, máxime cuando del informe dominial surge que el padre del actor resulta titular de aquel (ver fs. 489, fs. 280), razón por la que bien puede presumirse, más aún frente a la ausencia de contrato u

otro elemento probatorio que indiciariamente permita inferir su existencia, que este no existe y en consecuencia ninguna erogación efectúa el demandante.

Resta resolver lo atinente a las costas, las que han de readecuarse por imperio de la letra del art. 282 del CPCCCh. Así, y en virtud de cómo se resuelve, entiendo corresponde confirmar las de la instancia de grado en la forma en que fueran impuestas. En cuanto a las de esta alzada, y por idéntico motivo, se impondrán en forma proporcional en un 30% al demandado y en un 70% a la parte actora (art. 72 CPCCCh).

Los honorarios profesionales serán regulados según las pautas establecidas por le Ley XIII N° 4 del Digesto Jurídico provincial (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 38), por lo que fijaré los correspondientes al Dr. P. C. en el 32% y los del Dr. L. M. en el 25%, en todos los casos a calcular sobre los regulados en la instancia de grado.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, así voto:

Por concordar con la solución dada al caso por la Dra. María Fernanda Zanatta, adhiero a su fórmula postulatoria en cuanto fuera sometido a mi decisión.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia de la Dra. García Blanco, la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios del actor.

2) Admitir parcialmente los agravios del demandado y en consecuencia revocar parcialmente la sentencia de fs. 520/534 y declarar inaplicable al presente caso de la Ley 24240 y admitir la falta de legitimación de la Sra. N. A. A. C.. Hacer lugar parcialmente a la demanda condenando al Sr. G. P. B. a abonar al Sr. R. D. S. la suma de ciento cincuenta y un mil cuatrocientos veintisiete pesos con ochenta centavos ($151.427,80), correspondiente a los rubros daño emergente, daño moral y gastos futuros, con más los intereses fijados de acuerdo a los considerandos respectivos.

3) Mantener la imposición de las costas y regulación de honorarios de primera instancia.

4) Imponer las costas de esta instancia en proporción al éxito obtenido en un treinta por ciento (30%) al demandado y en un setenta por ciento (70%) al actor.

5) Regular los honorarios profesionales por las tareas desarrolladas en esta instancia al Dr. P. A. C. en un treinta y dos por ciento (32%) y al Dr. L. I. M. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

RICARDO R. ENRIQUE HAYES
Presidente

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2017
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

MARCELO ANDRÉS NICOTERA
Secretario de Cámara