000722/2019

En la ciudad de C. R., provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en la ciudad de C. R., con la presidencia de su titular, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, y asistencia de las señoras juezas de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G., M. C. y otro c/ P. C. R. SA s/ SUMARÍSIMO", expte. nro. 722/19,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 185/18), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 236), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y Dra. María Fernanda Zanatta.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 200/205vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

Vino a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte actora a fs. 208 contra la Sentencia Definitiva nro. 63/2019 obrante a fs. 200/205vta. del Juzgado Civil nro. 2 de la jurisdicción.

El juez de primera instancia resolvió: 1) hacer lugar a la excepción de prescripción opuesta por la demandada P. C. R. S.A.; 2°) rechazar en su totalidad la demanda interpuesta por los actores M. C. G. y D. A. R.; 3°) imponer las costas a la parte actora vencida;

4) regular los honorarios de los profesionales intervinientes.

Los agravios lucen a fs. 210/219 y su contestación por parte de la contraria a fs. 221/229 vta.

Agravios:

Sostuvieron que les genera agravio los errores en el encuadre legal del caso que efectuó el juez, así como en el análisis de la prueba, afirmando que se vio vulnerado el debido proceso legal, el principio de igualdad ante la ley y muy especialmente la inviolabilidad al derecho de propiedad.

Calificaron de nula la sentencia alegando quebrantamiento al principio de congruencia por apartarse sin fundamento alguno del objeto del proceso a tenor del libelo postulatorio del escrito de demanda.

Afirmaron que de lo expuesto deviene en un perjuicio real y manifiesto a su derecho de propiedad.

En su primer agravio cuestionaron que el fallo estableciera erradamente que iniciaron un reclamo por vicios redhibitorios y en consecuencia la acción se encuentra prescripta.

Señalaron que la sentencia es arbitraria puesto que viola el principio de congruencia en tanto la demanda consistió en solicitar la condena a una obligación de hacer a la demandada; y en caso de tornarse de incumplimiento imposible en indemnizar los daños y perjuicios.

Dijeron que resulta claro de lo expuesto a fs. 98 que el objeto del litigio lo fue que se condene a la firma demandada a reubicar los caños de gas que se encuentran en el lote vendido, para así poder continuar con el proceso de mensura de dicho lote, ambas

obligaciones asumidas contractualmente por la demandada; más una indemnización de daños y perjuicios. Y que en caso de tornarse de imposible cumplimiento se extinga el contrato y se les restituya lo pagado con intereses más una indemnización por daños y perjuicios. Reiteraron que en modo alguno el objeto de la presente fue una acción por vicios redhibitorios como entiende el a quo.

Señalaron que surge de la cláusula primera del contrato de compra venta que es la demandada quien debe realizar la mensura particular del lote fraccionado y no lo realizó.

Aludieron al mayor perjuicio sufrido a causa de la mala fe con la que actuó la accionada al momento de celebrar el contrato como en su ejecución, en tanto surge del expediente administrativo tramitado ante la Oficina de Defensa al Consumidor (fs. 62) que fue P. C. R. SA quien solicitó la construcción del caño de gas en fecha 01/10/1980, que hoy impide avanzar con la mensura del lote conforme fs. 38.

Expusieron que omitió el juez a quo, al momento de sentenciar, considerar que a la firma del contrato las demandadas tenían pleno conocimiento de la existencia del caño de gas y lo ocultaron deliberadamente. Agregaron que tampoco fueron informados, ni consta en el contrato celebrado con la accionada que el lote se encuentra afectado por radios de seguridad de pozos petroleros abandonados, pese a que P. C. R. es quien explotó dichos pozos y realizó el abandono de estos (fs. 168/175 y 192).

Afirman que no resulta aplicable al caso el supuesto de vicio redhibitorio, y menos el plazo de prescripción anual.

Explicaron mediante transcripción doctrinaria que para que sea aplicable el plazo de prescripción de los vicios redhibitorios exige que el negocio base de la acción sea un contrato de compraventa y, además que demande su rescisión o la disminución del precio por los vicios ocultos, pero nada de ello ocurre en el caso, pues el derecho real de dominio sobre el inmueble comprometido en venta existe aún.

Puntualizaron que el terreno afectado a la operación es una cosa futura (art. 1327 del Cod. Civ.), a la fecha fracción de un lote de mayor dimensión.

Dijeron que en el Registro de la Propiedad Inmueble no tiene un folio real correlativo a una mensura pre-inscriptiva en la Dirección de Catastro de la Provincia.

Sostuvieron que mal puede encuadrarse el caso en una acción por vicios redhibitorios cuando ni el dominio ni la cosa todavía existen. A tal fin invocaron el art. 2164 del CC en cuanto establece que las existencia de vicios redhibitorios presuponen defectos ocultos de la cosa cuyo dominio de transmitió a título oneroso. Aludieron también al procedimiento administrativo de deslinde con fraccionamiento como previo y necesario para que el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia pueda nacer el dominio real
sobre la parcela (Ley 17.801 art. 13)

Afirmaron que con el plano N° 32084 que obra en el expediente de la Dirección General de Catastro de la MCR, se acreditó que a la fecha PCR no ha cumplido con este deber y que el inmueble como tal no existe.

Señalaron que prueba de ello es que la cláusula segunda del contrato, expresamente prevé que la superficie del terreno puede sufrir modificaciones al realizarse la mensura y de ahí pactarse un nuevo precio por la diferencia.

Reiteraron que no pueden existir vicios redhibitorios cuando la cosa aún no existe, y no fue lo demandado en autos.

Achacaron yerro además en el cómputo de plazo de la prescripción, en tanto en razón de la acción promovida -cumplimiento de contrato- correspondía aplicar el plazo ordinario de 10 años previsto en el art. 4023 del Código Velzano, sosteniendo que mal puede haber prescripto si el contrato fue celebrado en fecha 17 de abril de 2013.

Dijeron que además debe considerarse que existió un reclamo administrativo previo ante la Oficina del Consumidor que fue archivado recién en fecha 11/03/17 por lo cual el plazo de prescripción fue interrumpido en aquella ocasión.

Señalaron que a todo evento existió un reconocimiento de la parte demandada en cuanto a su obligación de avanzar con la mensura del lote, al realizar una propuesta conciliatoria y modificar las dimensiones del terreno, lo que quedó plasmado en el Acta de fecha 7/11/16 celebrada ante la Oficina de Defensa al Consumidor (fs. 78). A su entender ello provocó también la interrupción de la prescripción conforme establece el art. 3989 del Cod. Civ.

Por ultimó agregaron que el plazo de prescripción fue interrumpido también el 14/05/18 fecha en que se interpuso la demanda.

Seguidamente en su segunda queja, los recurrentes sostuvieron arbitrariedad en la sentencia por establecer erradamente que no existió una relación de consumo entre las partes, y que por ende no le son aplicables las normas de consumo.

Señalaron que resulta errada la conclusión de que la demandada no reviste la calidad de proveedor, pues no es su profesión habitual u objeto esencial la venta de terrenos en que se funda el juez a quo parra ello; en virtud de lo normado por los arts. 2, 3, de la Ley 24.240 y en concordancia con lo dispuesto por los arts. 1092 y 1093 del Código Civil y Comercial.

Explicaron que el hecho de que la firma se dedique o no de manera profesional a la venta de terrenos, es indiferente a los fines de establecer la relación de consumo, pues conforme el art. 2 de la LDC y el art. 1093 CCyC son proveedores todos aquellos que –aun ocasionalmente- produjesen comercialicen -entre otros- bienes y servicios.

En razón de ello, afirmaron que la nota de habitualidad o profesionalismo no resulta un requisito para ser considerado proveedor en el marco de una relación de consumo.

Expusieron que es de público y notorio conocimiento que la empresa demandada ha realizado múltiples proyectos de fraccionamiento de lotes para vivienda en diversas extensiones de terreno de su propiedad luego que desafectara estas de los emprendimientos productivos para el cual las adquiriera.

Señalaron que olvida el juez que son de tal magnitud los antecedentes urbanísticos de la empresa en nuestra ciudad que hasta un barrio recibe su nombre.

Agregaron que tampoco ha advertido el juzgador que se ha probado en autos que la operación contractual que motivó la presente no resulta un acto aislado, sino un convenio en el marco de todo un proyecto de comercialización de lotes (fs. 1 y 166/167). Hicieron referencia a lo prescripto en la cláusula primera del contrato. Consideraron que ello la califica como proveedora y al vínculo entablado como una relación de consumo.

Por otra parte argumentaron que la oficina de Defensa al Consumidor de C. R. no rechazó el reclamo prejudicial porque consideró verificados los presupuestos del caso para tomar el conflicto como derivado de una relación de consumo. Y continuaron diciendo que P. pudiendo hacerlo no rechazó por incompetencia la instancia prejudicial, todo lo contrario: aparentó voluntad conciliadora mediante el compromiso de realizar ofrecimientos que nunca llegaron a materializarse.

Por otra parte, denunciaron parcialidad en el fallo a partir de su descalificación como consumidores.

Dijeron que el juez de grado, sin que el demandado se pronunciara al respecto –con lo que no formaba parte de la traba de la Litis- los descalificó como consumidores en base a una declaración en la etapa prejudicial que ni siquiera surge el contrato- por lo que resulta inidónea para alterar la naturaleza del vínculo que nació con la celebración del acuerdo.

Achacaron al juez haberse apartado del principio que reza que en caso de duda debe estarse a favor de la existencia de la relación de consumo, aplicando la

normativa que les sea más favorable conforme art. 1095 CCyC con el art. 3 LDC.

A continuación afirmaron que además el juez de grado realizó una errada interpretación del art. 53 de la LDC que establece una verdadera inversión de la carga probatoria. Sostuvieron que quien debió acreditar que no es proveedor, y en su caso que no existió la relación de consumo fue la demandada, lo que no ocurrió. Transcribieron jurisprudencia de esta Alzada al respecto.

Consideraron que para el improbable caso que se determine en la instancia de grado que la presente demanda tiene por objeto reclamo por vicios redhibitorios, tampoco debe aplicarse el plazo que el juez dispuso, sino el de tres años contemplado en el art. 50 de la Ley 24.240.

Asimismo hicieron alusión a lo establecido por el art. 50 en cuanto a la interrupción del plazo de prescripción de las actuaciones administrativas.

Asumieron que en la audiencia celebrada el 07 de Noviembre ante la Oficina de Defensa al Consumidor la demandada reconoció la deuda en tanto realizó una propuesta conciliatoria, por lo que habiéndose archivado las actuaciones recién el 11/03/17 nunca se consumó el plazo de tres años de prescripción.

Peticionaron se revoque la sentencia en cuanto a que no existió relación de consumo y para el caso que se considere que el objeto del presente radica sobre vicios redhibitorios se aplique el plazo de prescripción de 3 años.

Por último cuestionaron la regulación de honorarios por resultarles lo resuelto violatorio de lo dispuesto

por los arts. 5,6 de la Ley XIII N° 4. Dijeron que se trató de un proceso sumarísimo donde la prueba y labor de la actora no tuvo mayor complejidad y el proceso no resulto dificultoso en su tramitación. Sostuvieron que el a quo de manera arbitraria reguló los honorarios de los abogados de la en el máximo legal del 20%", lo que viola su derecho de propiedad. Peticionaron la disminución lo honorarios regulados a favor del abogado de la demandada.

Asimismo se agraviaron de la imposición de costas.

Dijeron que la imposición de costas a su cargo resulta arbitraria, pues contradice lo dispuesto por el art. 11 de la Ley VII N° 22, en tanto habiendo iniciado los presentes en el marco de una relación de consumo, se encuentran exentos del pago de las costas, tasas, sellados, etc.

Contestación de los agravios.

En forma preliminar sostuvo que la acción entablada comprende una pluralidad de objetos que no necesariamente deben tratarse como unidad porque a cada una se le aplican normas distintas.

Dijo que como ocurre con el asunto de la mensura que está pendiente de realización, pues la actora lo supedito a la remoción de la cañería pero que, con la firmeza de la sentencia se podrá concluir asentando en la misma la existencia de la instalación como de los radios de seguridad de otras instalaciones que existen en la cercanía y no afectan el uso comercial que los actores proyectaron para el inmueble de modo que su pretensión quedará satisfecha.

Respecto a la violación al principio de congruencia denunciado por la actora, adujo que olvida

la actora que para cumplir con el principio aludido las pretensiones deducidas no se integran solo con las de la actora, sino también con las de la demandada.

En cuanto a la afirmación de que no se configuró en autos un reclamo por vicios redhibitorios, respondió que la tesis resulta ingeniosa pero carece de asidero legal. Expuso que la configuración de los vicios redhibitorios no requiere que la transferencia del dominio sea registrada, basta con que exista tradición de la cosa, hecho con el que no hay discusión.

Al planteo atinente a la configuración de la relación de consumo y el plazo de la prescripción, brindó respuesta afirmando que no obstante el esfuerzo recursivo a efectos de la aplicación de la prescripción trienal al caso, el art. 50 de la Ley 24.240, solo aplica a las sanciones que establece la ley. De ello, concluyó que el plazo de prescripción anual de las acciones que puedan originarse en los vicios redhibitorios, no resulta alterado por la caracterización de la relación como de consumo, por lo que el asunto es ajeno al caso.

Por ultimó afirmó que no cuestionará los agravios de la actora respecto a los honorarios de los profesionales actuantes en tanto no está en el ánimo lucrar con el caso.

Análisis

Surge de la lectura de la demanda de fs. 89/101, que el objeto del litigio es que la demandada cumpla con el procedimiento de mensura y fraccionamiento administrativo del loto individualizado como Parcela X de la mza. X, un resarcimiento por el incumplimiento contractual, o tenga por extinto el contrato de ser o convertirse en una prestación imposible de P. C. R. SA.

En el mismo escrito detalla que fueron mensuradas y se efectuó el deslinde de las demás parcelas vendidas en la misma oportunidad que a la actora, a excepción de la adquirida por esta. En su relato remite al contrato suscripto entre ambas remarcando que es compromiso contractual de la vendedora realizar la mensura particular con fraccionamiento.

A fs. 108 la demandada P. C. R. SA opone excepción de prescripción y solicita que se admita como defensa conforme el art. 2564 del Código Civil Comercial de la Nación, toma el relato de la accionante diciendo que del mismo emana la existencia de cañería en el subsuelo del inmueble que no eran visibles al momento de la compra y posesión, en tales términos esas cañerías constituirían un vicio redhibitorio.

A fs.131/133 el a quo por sentencia interlocutoria nro. 107/2018 confirmó la decisión de diferir el tratamiento de la excepción al momento del dictado de la sentencia definitiva, abrió a prueba a fs. 134, concluida la etapa se puso el expediente a sentencia lo que aconteció y vino en crisis a esta Alzada.

El planteo inicial de la recurrente es la arbitrariedad de la sentencia por incongruencia, desde ya adelanto que he de admitir el recurso en el punto.

Para señalar las pautas comunes y los criterios singulares de la congruencia procesal reseño, desde el cuadrante doctrinario, algunas descripciones de la misma:

José de Vicente y José Caravantes la describe como: "la conformidad de la sentencia con la demanda ha de ser refiriéndose exactamente á las personas que litigaron, al objeto sobre que se litigó, al motivo que se expuso

y a la razón que se dedujo. Debe ser también conforme Derecho, ha de recaer sobre cosa cierta y no ha de excederse de lo pretendido" (Tratado histórico, critico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva ley de enjuiciamiento, con sus formularios-Imprenta Gaspar y Roig, Madrid 1856 pag.290).

Define Jaime Guasp 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 -agrega- 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.

Cierto es que la congruencia aparece entonces como coherencia o correspondencia lógica, como comparación o confrontación entre lo peticionado por las partes y la parte dispositiva de la resolución. No significa acogimiento de lo solicitado, sino pronunciamiento acerca de lo requerido. El tribunal, en consecuencia, deberá decidir conforme al objeto del proceso (pretensión-oposición) y la sentencia -lato sensu- que emita o dicte.

Es un requisito interno de armonía -al decir de Ramos Méndez, Derecho Procesal Civil, Bosh Barcelona 1990- de la sentencia y de respeto a los principios de aportación de parte y de contradicción que rigen el proceso civil: Iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium. (ver Guillermo Jorge Enderle “La

congruencia procesal” –Rubinzal Culzoni-2007 pag.57 yss)

Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

En este orden de ideas observo que la sentencia de marras limitó su decisión a la lectura parcializada de la contestación demanda en la que se opuso la excepción haciéndose eco del argumento de esa parte, sin atender al objeto del pleito.

La congruencia es aquel principio normativo dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional, por el cual, debe existir identidad entre lo resuelto y lo controvertido, oportunamente, por los litigantes, dicho concepto procesal de incongruencia se reduce en su expresión más sencilla a la discrepancia o falta de adecuación entre las pretensiones deducidas por las partes, más su razón de pedir, y la resolución acordada por el juzgador.

De la simple lectura de lo planteado por las partes se observa que mientras la actora reclama incumplimiento contractual, (consistente en la mensura- cumplimiento de la cláusula primera) y en su defecto la reparación pecuniaria, la demanda opone al reclamo una excepción de prescripción basada en la distorsión de lo reclamado que es la razón por la cual esa parte accionada, no dio cumplimiento con el contrato celebrado oportunamente.

La petición, o sea lo que se reclama ante la justicia, puede resultar tanto de lo expuesto en el

escrito de demanda, 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 y es por ello que señalo que la actora requirió que cumpla con la cláusula primera del contrato celebrado, conforme lo pactado, y comprometido (fs.90)

En la demanda claramente expone la actora (la compradora) que la mensura a cargo de la vendedora conforme el contrato suscripto, a la fecha de interposición de la demanda (mayo/2018) no había sido realizada y fue excluida de la fracción comprometida para la venta. Reclamando a P. que realice la mensura y fraccionamiento, si para ello tienen que construir una nueva red de gas o cualquier otra obra, esa circunstancia pesa y pesó sobre la vendedora, no surge como detalle al inicio que la demanda versara sobre el motivo o fundamento por la cual la demandada no cumplió su prestación, sino sobre el incumplimiento. Por ello, rechazo la excepción de prescripción por ser un tema que no comprendió al objeto de esta litis.

Dicho esto entiendo corresponde a esta Alzada expedirse sobre los demás puntos controvertidos del litigio, dejando para abordar in fine el planteo de la accionada respecto de la aplicación en la especie de la ley 24,240

No está en discusión el contrato de compraventa y sus cláusulas. Ha quedado acreditado que la demandada incumplió con la obligación fijada en el contrato y no cuestionó en su escrito de responde que la sra. G. y el sr. R. hubieran cancelado el precio pactado.-

La doctrina procesalista, se ha pronunciado sobre los incs. 1o y 2o del art. 356 del CPN (art.360 CPCh) requieren negativas categóricas y circunstanciadas, pues la comodidad del demandado podría engendrar el entorpecimiento del proceso lógico que precede a la sentencia, ya que la respuesta vaga o ambigua pone de manifiesto un artificio defensivo.

Del mismo modo, la carga impuesta por el ritual no se satisface sólo con la negativa de los hechos afirmados por el demandado reconviniente o por el actor, ya que deben alegarse los hechos que hacen al fundamento de la defensa, pues no es admisible que el demandado, ante los hechos afirmados por el actor, se limite a una cómoda negativa que comúnmente sólo tiende a poner a cargo de la contraparte la prueba de los extremos y situaciones que, por un deber elemental de lealtad en el proceso, corresponde que sea inicialmente propuesta por las partes con claridad y veracidad.- (ver Fenochietto E. "cod.proc…"t.2 pag.403 Ed.Astrea)

No es suficiente para el demandado formular una negativa meramente general de los hechos invocados en el escrito inicial frente a las afirmaciones concretas de la demanda, la negativa sin una cierta explicación no constituyen para la ley una oposición a la pretensión, en tanto no comportan negación de los hechos. En síntesis, se considera que no existe contradicción (autor y obra citada pag. 405)

Por ello considero que debo hacer lugar a la demanda y ante la ausencia de propuesta de la demandada, considerar la pretensión subsidiaria de imposibilidad, por ello prospera la en este punto, condenando a PQCR a devolver el dinero abonado a esa

sociedad por la sra. G. y sr. R. con más los intereses a la tasa activa del Banco Nación Argentina desde que cada pago se efectuó hasta la efectiva cancelación, liquidación a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia. Decidido ello, y sin controversia considero que deberá devolverse a PQCR el predio, evitando de tal forma un enriquecimiento sin causa.

Además de la pretensión subsidiaria, los accionantes reclamaros el resarcimiento del daño por no contar con el predio para su proyecto, lo cierto es que no se estableció un monto en el curso del pleito, a excepción de lo propuestos en la demanda, sin contradicción del demandado, como señalé precedentemente.-

En esta situación y comprobado el daño pero no justificado su monto, y es sabido que corresponde usar la facultad judicial ante tal ausencia de elementos de juicio que permitieran evaluar con mayor precisión el perjuicio se vigoriza la pauta de máxima prudencia y criterio restrictivo en la determinación de la cuantía del resarcimiento, con el que ha de cubrirse no más que el perjuicio efectivamente sufrido, evitando el riesgo de colocar al damnificado en mejor situación a la que tendría si el hecho no hubiere acaecido, lo que equivaldría a sancionar un enriquecimiento incausado, por ello y actuando de manera objetiva sin prescindencia de las razones por las cuales el demandado no acreditó razón en contra del monto de la reparación, no debe denegarse su procedencia, pues existe una solución jurisdiccional aplicable, basada en la inequidad que significaría que un derecho probado dejara de ser amparado por no haberse demostrado su

preciso alcance cuantitativo más aun como aconteció que al responder la demanda no fue contradijo.

Se reclamó los siguientes daños: a) daño emergente basado en la privación de uso que evaluó en $100.000.- Hago lugar al reclamo por dicho importe para ambos actores –cincuenta mil a cada uno de ellos- con más los intereses desde la cancelación definitiva de lo pagado hasta el efectivo pago.

Con relación al daño moral, pretensión sobre la cual la demandada continuo con la misma conducta de omisión de una respuesta efectiva como establece la ley procesal y en el convencimiento que el accionar de PQCR ocasionó algo más que molestias e inconvenientes, sino que cercenó expectativas futuras, encuentro al reclamo admisible.

El monto fue fijado sin oposición alguna por ello estimo apropiado y lo establezco en $200.000 para ambos actores, variando la imposición de intereses que los fijo a partir del momento en que se canceló definitivamente el importe pactado.

Renglón aparte merece el daño punitivo reclamado. El mismo está regulado por el art. 53bis de la ley 24240, lo que implica abordar el tema referido a si esta relaciona jurídica estuvo o no regida por dicha norma.

No desconozco y no es ocioso recordar que esta Ley N° 24.240 -vigente- instauró un sistema de protección de la parte débil en la relación de consumo (con base irrestricta en el art. 42 incorporado en el año 1.994 a la Constitución Nacional reformada, recomponiendo el equilibrio de los vínculos entre usuarios y proveedores, afectados ante situaciones abusivas de la

vida cotidiana. Se trata de una ley de orden público por lo que cabe aplicar sus específicas disposiciones dirigidas, en términos generales, a restablecer el mentado equilibrio entre las partes en una relación que por su naturaleza claramente muestra al consumidor como su parte débil en la relación contractual; máxime, considerando que esta "relación de consumo" habitualmente se concreta por vías de formas de contratación masiva, instrumentadas mediante cláusulas predispuestas o también denominados contratos de adhesión, donde el consumidor sólo se limita a aceptar tales disposiciones. Considero que no se está frente a esta situación.

Aun esta postura tanto en la relación con los actores como la procesal de la demandada, considero que es una empresa cuya actividad habitual no es la de venta de lotes, aun incluso que los haya publicitado como ocurrió en el caso.

Los accionantes relataron en su demanda que adquirían el predio para construir locales para la locación, las cláusulas del contrato no son de adhesión puesto que la lectura de la séptima se observa la posibilita la modificación de lo convenido por cualquiera de las partes, no advierto en los términos del mismo abuso o preeminencia para que se instrumente y aplique en la especie la LDC. La circunstancia que invocan los recurrentes que la demandada tiene un barrio en la ciudad con su nombre, el mismo es un argumento que introduce nuevo, no obstante, he de señalar que dicho barrio es antiguo y destinado a los trabajadores de la empresa.

Bajo esta óptica, que excluyo la aplicación de la ley 24240 en la especie es motivo fundamento por el cual no habré de imponer la sanción prevista en el art.52bis.

Se probó en el expediente que P. conocía por haberlo solicitado a la empresa proveedora de gas que existía una cañería (fs.62 –Respuesta de C. G. del S.) y que no podía vender el predio como lo hizo y que desplazó a los actores, cuando en una conducta contraria, con los demás compradores, hizo las mensuras pactadas. Conducta esta que no pasa inadvertida al momento de disponer las costas del proceso.

Habiéndose modificado la sentencia de grado y conforme lo establece el art. 282 del CP, carece de virtualidad jurídica expedirse sobre el planteo de los actores sobre el beneficio de litigar sin gasto. El éxito parcial obtenido por la demandada en cuanto a la multa del art.52bis LDC, no enerva la condición de perdidosa, porque los actores se vieron compelidos a iniciar este pleito para obtener el reconocimiento de sus derechos y el resarcimiento por el incumplimiento contractual, por ello impongo las costas de la primera instancia a la accionada vencida (art.69 CP).-

En igual sentido las costas de esta Alzada se imponen a la demandada vencida.

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

Propongo

1.- Receptar parcialmente los agravios de los actores, revocar la sentencia venida en crisis condenando a la demandada P. C. R. SA a abonar a los sres. M. C. G. y D. A. R. la suma que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia por resarcimiento por daño moral, daño

emergente y devolución de lo abonado con más los intereses a la tasa activa del Banco Nación Argentina, y ordeno devolver a la demandada el predio, según considerando respectivo.

2.- Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida, según considerando. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias al momento del Acuerdo.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. 208, agravios 210/219). Corrido el traslado de los agravios, fueron contestados por la parte demandada (fs. 221/229). I. Antecedentes:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que la Sra. M. C. G. y el Sr. D. A. R. promovieron demanda contra la empresa P. C. R. a fin de que se la condene a: 1) Llevar a cabo un procedimiento de reubicación de la cañería que atraviesa el predio que les fuera comprometido en venta por boleta de compraventa de fecha 17 de abril de 2013, a su cuenta y cargo, y cumplido ello, 2) Culminar el procedimiento administrativo de mensura particular con fraccionamiento del lote individualizado por las partes en boleto de compraventa como parcela 2 de la manzana 34 el cual fuera ya abonado por los actores pero incumplido por presencia de la cañería, ello en un plazo a fijar prudencialmente en la sentencia y bajo apercibimiento del art. 517 del Cód. Procesal imponiendo una sanción conminatoria diaria de pesos argentinos equivalentes a U$S 50 al valor de cambio de esa fecha, 3) Abonar una indemnización por daños y perjuicios

derivados del incumplimiento contractual que cuantificaron en la suma de pesos ochocientos mil ($800.000), o lo que en más o en menos estime el señor juez, con más sus intereses, 4) Subsidiariamente, y para el caso en que se declare la prestación a cargo de la demandada como de cumplimiento imposible, se tenga por extinto el contrato y se la condene a restituir el precio de la cosa, más interese y daños y perjuicios, más intereses a tenor de los rubros que enunciaron en el capítulo de las partidas indemnizatorias. Solicitaron el beneficio de litigar sin gastos. Relataron hechos, Hicieron referencia a las actuaciones administrativas ante la oficina de Defensa del Consumidor. En relación con las partidas mencionadas antes, las identificaron como daño material emergente, daño moral y daño punitivo. Ofrecieron prueba. Corrido el traslado de la acción, se presentó en tiempo oportuno la demandada. Opuso al progreso de la acción excepción de prescripción. Contestó demanda. Cumplió el imperativo procesal, negando hechos. Ofreció prueba. Formuló reservas. Producida la prueba pertinente, pasaron los autos a despacho para resolver.

La sentencia dictada en la instancia de grado hizo lugar a la excepción de prescripción opuesta por la demandada P. C. R. S.A., en consecuencia rechazó en su totalidad la demanda interpuesta por los actores María C. G. y D. A. R. Impuso las costas a la parte actora vencida (art. 69 del CPr.). Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Agravios. Tratamiento y solución:

Contra el decisorio se alzó la parte actora. Criticó el mismo en razón de: a) arbitrariedad de la

sentencia al establecer erradamente que los actores inician un reclamo por vicios redhibitorios y en consecuencia la acción se encuentra prescripta; b) arbitrariedad de la sentencia al establecer erradamente que entre los actores y P. C. R. SA no existió una relación de consumo y por ende no le son aplicables las normas del consumo y; c) las costas y la cuantificación de los honorarios regulados.

Adentrándome entonces en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, suelo reiterar en mis votos que, tal como lo tiene dicho nuestro máximo tribunal, "los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos, 311:571) y para la correcta solución del litigio (311:836), y tampoco están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni analizar los argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (301:970 y 311:1191)".

Anticipo asimismo que, atendiendo al detallado relato que comprende tanto la plataforma fáctica del caso como los principales argumentos que componen la queja del apelante y que son desarrollados en los votos de la señora camarista que me ha precedido en el orden de votación, me eximiré de incurrir en reiteraciones innecesarias que entiendo solo dilatarían la extensión de mi juzgamiento, atendiendo a los principios de celeridad y economía procesal.

Aclarado ello, y en atención a la crítica de la sentencia por la supuesta incongruencia que se encuentra inmersa en el marco del primer agravio, recuerdo aquí que "El principio de congruencia ha sido definido como

la exigencia que obliga a establecer una correlación total entre dos grandes elementos definidores del esquema contencioso: la pretensión y la decisión, donde el término pretensión incluye tanto la pretensión propiamente dicha ejercida por el actor, cuanto a los términos de la resistencia del demandado (*cf*. Guasp, citado por Morello, Augusto Mario, en "Prueba, incongruencia, defensa en juicio", pág. 37, Abeledo Perrot, Bs. As., 1977). La congruencia es pues, 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 ese objeto.

Existen varios tipos de incongruencia: a) en cuanto a las partes; b) en cuanto a la cosa reclamada que puede darse por exceso o por defecto; y c) en cuanto a los hechos de la litis que puede darse por exceso (cuando la sentencia resuelve una cuestión no planteada), por defecto (cuando el decisorio omite resolver una cuestión oportunamente planteada) y mixta (cuando se resuelve una cuestión distinta) (*cf*. Ricer Abraham, "La congruencia en el proceso civil", Revista de Estudios Procesales, T. 5, pág. 122, 1970). En cuanto al objeto, el principio de congruencia exige que el juez emita pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, sobre las pretensiones y oposiciones formuladas por las partes y sólo sobre ellas, respetando sus límites cualitativos y cuantitativos. Es por ello que el fallo incurre en incongruencia cuando omite decidir sobre alguna pretensión u oposición, conteniendo, por lo tanto, menos de lo pedido, o cuando excede las peticiones contenidas en la pretensión o la oposición, concediendo o negando

más de lo reclamado por las partes" (Excma. CApel. Flia. Mendoza, "Pieza Separada en autos N° 1847/7/7F "I.P. A. c/ R.S. por Tenencia p/ Alimentos", 24-06-16).

En tal inteligencia, cierto es que en autos la cuestión vinculada a los vicios redhibitorios no formó parte del objeto de la demanda, pero lo es asimismo que cuando la parte accionada contestó el traslado la introdujo (fs. 108vta./109). Téngase además presente que ello fue materia de debida sustanciación y respondido por el actor (fs. 117vta.).

No puede por tanto, acusarse al decisorio dictado por incongruente desde que se sujetó a las pretensiones de las partes que compusieron la litis. Ahora bien, aún siendo congruente desde mi punto de vista, la sentencia resuelve erradamente el conflicto.

Cabe puntualizar, en orden con lo que vengo sosteniendo que, como lo ha definido la Corte Suprema en reiteradas ocasiones, "el principio *iuria curia novit* faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes, por lo tanto, el ejercicio prudencial de tal atribución, no configura una alteración del principio de congruencia y, por consiguiente, no importa un agravio constitucional" (CSJN, "M. a. B., R. J. C. c/ Banco Central de la República Argentina s/ reincorporación", sent. 28-10-2014).

En ese entendimiento, recuerdo aquí que el Código Civil y Comercial (CCyC) contempla los vicios redhibitorios al establecer la responsabilidad de

aquellos que denomina vicios o defectos ocultos, considerando a los primeros como "… los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor".

Luego, el CCyC dispone que el defecto oculto es un defecto cualquiera con excepción de lo dispuesto en el art. 1053. Allí se define oculto por oposición, sosteniendo que un defecto no será tal cuando "el adquirente conoció, o debió haber conocido -el vicio- mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición". En suma, lo oculto es lo no conocido, pero no se le aplicará el régimen si ese defecto desconocido no debiera haberlo sido si se hubiera realizado un estudio adecuado del objeto.

Ahora bien, lo que aquí importa es que cuando el "comprador no es experto no se le puede exigir que despliegue una diligencia media en orden a cerciorarse del estado de la cosa que pretende adquirir. Si soportara tal deber, carecería de justificación la obligación que a *sensu contrario* tiene el vendedor de informarle de los vicios de la cosa, que le sean conocidos o que hubiera podido conocer mediante el uso de una diligencia regular o media en atención a sus concretas circunstancias personales.

Bastan tales parámetros para sostener sin hesitación que mal puede el accionado invocar los vicios redhibitorios -y la prescripción del art. 2564 CCyC- desde que, de larga data, tenía pleno conocimiento de la existencia de la cañería de gas que afectaba al

inmueble objeto del contrato, ello según surge de la nota CR/JLI/afm nro. 0503 de fecha 5 de agosto de 2016 remitida por la firma C. Gas del Sur, incorporada al expediente administrativo que tramitara ante la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de C. R., que en copia certificada se encuentra agregada a fs. 62 de estos actuados, y que no fuera desconocida ni cuestionada en su autenticidad por la parte demandada al contestar el traslado de la acción.

Se dijo allí que "…les informo que la obra de extensión de gas que motivara vuestro reclamo fue solicitada a Gas del Estado el 01/10/1980 por la empresa P. C. R., fue construida por la empresa C. F. C. y habilitada al servicio el 03/04/1982…". Como lo sostuve antes, el absoluto conocimiento de la existencia de la cañería señalada echa por tierra el argumento de los vicios redhibitorios –defectos ocultos de la cosa-. No eran ocultos para P. C. R., quien deviene lógico concluir contrató con la actora a sabiendas de dicha realidad.

Adelanto así que lo sucedido no se me presenta –a consecuencia de lo expresado- como una circunstancia en que la accionada haya obrado respetando el deber de buena fe en la concepción que de ésta fórmula el CCyC, ni en el marco de las tratativas contractuales en las que "las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato" (art. 991), ni en general en la definición que se vincula con la vida del acto jurídico desde que "Los contratos deben celebrarse,

interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor" (art. 961).

Por lo expuesto, he de revocar la decisión del señor juez de grado respecto de la pretendida prescripción vinculada a los supuestos vicios redhibitorios, correspondiendo sea tratada a continuación la pretensión del actor en el orden que fuera planteada en el objeto de la acción.

En tal faena, destaco que allí fue solicitado por el accionante se condene a la demandada a: "1) Llevar a cabo un procedimiento de reubicación de la cañería que atraviesa el predio que nos fuera comprometido en venta por boleto de compraventa de fecha 17 de Abril de 2013, a su cuenta y cargo; Cumplido ello: 2) Culminar el procedimiento administrativo de mensura particular con fraccionamiento del lote individualizado por las partes en el boleto de compraventa como PARCELA X de la MZNA X el cual ya ha sido abonado por los suscriptos pero incumplido por la presencia de la cañería. Ello en un plazo que fije a tal efecto prudencialmente V. S. y bajo expreso apercibimiento del art. 517 del Cód. Procesal, imponiendo una sanción conminatoria diaria en pesos argentinos equivalentes a U$$50 al valor del cambio a esa fecha. 4) Abonarnos una indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual que cuantificamos en la suma de pesos ochocientos mil ($800.000,00) o lo que en más o en menos fije V.S., más intereses. 5) Subsidiariamente y para el caso que V.S.

declare la prestación a cargo de la demandada como de cumplimiento imposible, solicitamos se tenga por extinto el contrato y se la condene a restituirnos el precio abonado por la cosa, más intereses y daños y perjuicios, más intereses a tenor de los rubros que enunciamos en el Capítulo de las partidas indemnizatorias".

Así, y para dar solución al caso concreto, tendré presente el contenido de la nota CR/JLI/afm nro 0503 de fecha 05 de agosto de 2016, que fuera remitida a los actores por C. G. del S., en la que la empresa informó "… A vuestro pedido o de a empresa P. C. R. y conforme lo establecido en el art. 64 del Régimen de Ocupación del Dominio Público de la cita licencia, se elaborará el proyecto de modificación de la traza de la red de distribución en el sector. La provisión de los materiales y los trabajos necesarios estarán a cuenta y cargo de quien lo solicite, debiendo ser ejecutados por una empresa matriculada en C. G. del S. S.A. y serán supervisados y conectados a las instalaciones en servicio por personal de esta Sociedad…" (fs. 62/63). Ello, sumado a que el resto de la superficie lindante fue efectivamente objeto de mensura aprobada oportunamente (documental fs. 70/71), permite concluir que ninguna imposibilidad de cumplimiento existe aquí como para que la accionada cumpla con las obligaciones que contrajo en el boleto de compraventa, ni excusa que justifique el no haberlo hecho, provocando además los daños injustos a la parte actora como consecuencia de su proceder.

Como natural consecuencia de lo expresado hasta aquí, dispondré condenar a la demandada a que en el plazo de diez (10) días efectúe la tramitación

pertinente ante la empresa C. G. del S. para que la misma elabore el proyecto de modificación de la traza de la red de distribución de gas en el sector, a efectos de que sea retirado y reubicado el caño que atraviesa el lote objeto del boleto de compraventa suscripto por las partes. Culminado el mencionado proyecto, deberá la accionada ejecutar la obra respectiva en el plazo máximo de seis (6) meses. El costo del mentado proyecto, como la posterior ejecución de la obra, incluidos los trabajos necesarios y los materiales que ello conlleve serán por exclusiva cuenta y cargo de la accionada P. C. R. SA. Cumplida que sea la obra mencionada, deberá la demandada culminar el procedimiento administrativo de mensura particular con fraccionamiento del lote individualizado por las partes en el boleto de compraventa como Parcela X de la Manzana X.

Respecto ahora de la aplicación al caso concreto de las leyes que protegen al consumidor -que el señor juez *a quo* consideró no correspondía- anticipo que no comparto tal definición.

Coincido con Herrera en que la crisis del contrato, la masificación del consumo, la aparición de los contratos de adhesión, la desigualdad de los contratantes, el avance de las tecnologías, la publicidad, la oferta al público, la creación de "necesidades" reales o ficticias de consumo como forma de insertar en el mercado la mayor cantidad de productos, con el menor costo y en el menor tiempo posible, ha creado una categoría autónoma de contratación mercantil: el contrato de consumo. El nuevo Código Civil y Comercial, pareciera venir a revertir este desequilibrio sistémico. Si bien el código toma

principios ya contenidos en el Ley de Defensa del Consumidor, al realizarse una interpretación constitucionalizada de la nueva norma, no debe tomarse la misma de forma aislada, sino adaptándose a las normas de la Constitución Nacional, y a los fallos de la Corte Interamericana de DD.HH. y la Corte Europea de DD.HH.

Para despejar todo duda, debe tenerse presente que toda empresa se crea ante la necesidad de organizar factores de capital y de trabajo con la finalidad de lucrar con el intercambio de bienes y servicios. Es el sujeto que, en la actividad mercantil, cumple la trascendental función económica de satisfacer la demanda de bienes y servicios en el mercado. Y cuando dicha demanda se realiza con una finalidad de consumo o uso final –y no para incorporar las bienes o servicios adquiridos a un nuevo proceso productivo-, es cuando nace la relación de consumo, entendiéndose a la misma como el vínculo jurídico que existe entre el proveedor y el consumidor o usuario final, y cuyo concepto excede el de la existencia de un contrato de consumo, pues este último podrá o no existir (Herrera, Sabrina, "¿El contrato de compraventa es un contrato de consumo?", Diario Civil y Obligaciones nro. 182 - 08.04.2019)

Luego, la definición es clara, y la extracto para que lo sea más aún: cuando la demanda de bienes y servicios se realiza con una finalidad de consumo y uso final, vale decir no para incorporar bienes y servicios para un nuevo proceso productivo, es cuando nace la relación de consumo. La adquisición del bien como destinatario final define al consumidor. Dejo claro que, respecto del proveedor con quien aquél establece la

relación de consumo, que no se requiere habitualidad en su actividad, pudiendo ser ocasional.

Específicamente la Ley de Defensa del Consumidor es de suma importancia en los contratos de compraventa, al incluir las operaciones inmobiliarias como contratos de consumo, como también poder incluir toda operación de compraventa dentro de la órbita jurídica y proteccionista de esta norma de orden público. Tal el caso de autos.

A continuación y en relación con el reclamo por daños y perjuicios, y que el actor pretende respecto de los rubros daño moral, daño derivado de la privación de uso, y daño punitivo.

Ya en relación al daño moral, tengo dicho en anteriores ocasiones que, además de estar receptado en el art. 1741 del Código Civil y Comercial (antes 522 del CC), el daño o agravio moral ha adquirido rango constitucional a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, pues en los artículos 5 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23.054) encuentra recepción y tutela dicho bien jurídico. (SCJBA, Ac. 57.531, 16-2-99, "S., L. c/Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Salud y Acción Social s/demanda contencioso administrativa").

Comparto en tal sentido, la corriente que sostiene que "Sabido es que el daño moral supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor principal en la vida del hombre, tales como son –entre otros- la paz, la tranquilidad, el espíritu, el honor, y los más sagrados afectos, etc. Es jurisprudencia consolidada de este Tribunal que el daño moral tiene su carácter resarcitorio y no punitivo ni ejemplar, y su

cuantía no debe guardar necesaria relación con el daño de carácter patrimonial. Así para su determinación debe partirse del propio afligido, ya que de lo que se trata es de paliar, por un medio inidóneo pero considerado subjetivamente eficaz por quien lo pide, un estado espiritual irreparable subjetivamente" (CCiv. y Com. San Isidro, Sala II, 30-11-98, V. c/L. s/ds. y ps.)

Debe ponderarse aquí que quien adquiere mediante boleto de compraventa un inmueble lo hace con el ánimo de que su dominio le sea transmitido mediante la suscripción de la respectiva escritura pública, y los avatares que ha tenido que soportar la actora para ver materializado aquél derecho no sólo la han traído hasta esta instancia judicial -después de siete años de reclamos- sino que tampoco será posible en los hechos que aquella lógica pretensión se haga realidad.

Sentado lo anterior, sostengo que es justo acordar una indemnización por este concepto, resultando este reconocimiento misión de la judicatura de conciliar el derecho del individuo a no sufrir daños injustos y por razones de equidad. Por ende, en ejercicio de prudente arbitrio y en uso de las facultades que emergen del art. 167 del CPCCCh fijaré el monto de la partida en la suma solicitada de pesos doscientos mil ($200.000), la que generará intereses desde la fecha en que fue abonada la última cuota por parte de la actora, en el entendimiento en que esa fecha también se constituyó en límite para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la accionada, y hasta su efectivo pago, a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina.

Considero asimismo procedente hacer lugar a la indemnización por privación de uso de la cosa

contratada. He sostenido en votos anteriores que esta partida encuentra su fundamento en los perjuicios que causa la indisponibilidad de un bien determinado durante un determinado lapso, puesto que el damnificado lógicamente se ve imposibilitado, privado tal el término empleado, de utilizarlo, lo que origina la consecuente incomodidad. Está basada en la presunción judicial u *hominis* de que todo aquel que detenta un automóvil lo tiene para usarlo y de esta manera llenar una necesidad, importando su privación un daño que debe ser indemnizado.

Recuerdo que aquella privación, al entender de autorizada doctrina y jurisprudencia, resulta indemnizable con independencia de que exista o bien se reclame un resarcimiento por el lucro que se ha dejado de percibir. La mera indisponibilidad material -y jurídica- del bien raíz del obrar ilegítimo de la reclamada, configura por sí un daño indemnizable (Sala C in re: "G. J. c. H. L. B. A. C. de S. s. ordinario, del 19.4.2005; *in re*: "R. E. c. G. Au. s. sumario", del 5.4.2005; in re: "Z. R. A. c. C. de I. S.A. s. ordinario" del 18.3.2003) y que produce una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria que no requiere ser probada" (CSJN, fallos 319:1975; 320:1567; 323:4065; y *cf*. CNCom., Sala B, fallo citado; CNCom., Sala D, *in re*: "T., H. c. C. S.A. de S. s. Ordinario", del 21.9.2006; CNCom., Sala E, *in re*: "A., O. c. F. C. C. F. S.A. s. ordinario", del 22.8.2006). Juzgo así adecuada la pretensión, pero modificaré el monto requerido en la demanda fijando la indemnización por la partida en la suma de pesos cincuenta mil ($50.000), el que generará intereses desde el mismo momento y a la misma tasa

dispuesta para el rubro daño moral, y hasta su efectivo pago.

Por último, y en relación con el daño punitivo, diré que encuentro que la cuestión no debe analizarse aisladamente, sino de manera integral y tomando especialmente en cuenta la actitud asumida por la empresa demandada, ello bajo las directrices y principios sentados por la ley de defensa al consumidor aplicable al caso.

Los daños punitivos han sido definido como "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro, Ramón Daniel, “Daño Moral2, p. 453, Hammurabi, Bs.As., 1996).

El art. 52 de la mencionada ley consumeril: "Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

Este instituto tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares.

La doctrina ha reconocido como notas distintivas de los daños punitivos, las siguientes:

1) Resultan condenas extraordinarias, ya que son otorgadas en forma independiente de la indemnización, y asimismo, accesorias, ya que siempre se determinan en un proceso principal. Dicho en otras palabras, no existe acción autónoma para reclamar daños punitivos.

2) Su finalidad, justamente, no es mantener la indemnidad de la víctima ni restablecer las cosas al estado anterior. Por el contrario, tienden a prevenir y desalentar la reiteración de conductas dañosas similares. 3) Son verdaderas penas privadas con características propias que delimitan sus contornos de especialidad. Siguiendo a Stiglitz y Bru, se puede definir a los daños punitivos en nuestro sistema, como una institución jurídica vigente en el marco del derecho del consumidor, destinada a sancionar graves inconductas en que incurren los proveedores de servicios o cosas en la relación de consumo, a través de la imposición de una sanción pecuniaria adicional, a favor del damnificado, y que excede la cuantificación de la indemnización compensatoria correspondiente (Jorge Bru y Gabriel Stiglitz, en “Manual de Derecho del Consumidor”, pág. 389 y sgtes. Abeledo Perrot, 2009).

Si bien es cierto que el instituto debe ser empleado con prudencia, de lo que he expuesto antes, no puede negarse que la demandada conocía cabalmente la existencia del caño que ha sido ya individualizado y las

consecuencias del mismo, y aún así lo ocultó al comprador consumidor, y aún luego pretendió negar tal realidad, la que quedó al descubierto con la prueba que se produjo en autos. De ese modo, juzgo que aquí se evidenció una conducta contraria a derecho por parte de la codemandada, y lo que no es menor, obligó al consumidor a incoar el proceso judicial en procura de obtener el resguardo de su derecho, todo lo cual es merecedor de la sanción que prevé la ley de defensa del consumidor. Con todo, encuentro que el monto pretendido por el rubro resulta excesivo.

Es entonces que, valorando en el particular especialmente la conducta asumida por la demandada antes, durante y con posterioridad a la celebración del contrato, haré lugar al rubro daño punitivo, el que se fija en la suma de pesos cien mil ($100.000.). El mismo generará intereses a idéntica tasa a la antes dispuesta desde la mora en el pago, el que se establecerá en diez (10) días desde que la presente quede firme.

Resuelto así el recurso interpuesto, corresponde atender a la cuestión vinculada a costas y honorarios, los que deben ser readecuado por imperio de la letra del art. 282 del ordenamiento procesal, lo que torna carente de virtualidad el tratamiento sobre todo agravio vinculado a los mismos. Así, y en virtud del principio general de la derrota, impondré las costas de ambas instancias a la parte demandada (art. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de compartir mis distinguidas colegas de Sala mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto, condenando a la demandada a que en el plazo de diez (10) días efectúe la tramitación pertinente ante la empresa C. G. del S. para que la misma elabore el proyecto de modificación de la traza de la red de distribución de gas en el sector, a efectos de que sea retirado y reubicado el caño que atraviesa el lote objeto del boleto de compraventa suscripto por las partes. Culminado el mencionado proyecto, deberá la accionada ejecutar la obra respectiva en el plazo máximo de seis (6) meses. El costo del mentado proyecto, como la posterior ejecución de la obra, incluidos los trabajos necesarios y los materiales que ello conlleve serán por exclusiva cuenta y cargo de la accionada P. C. R. SA. Cumplida que sea la obra mencionada, deberá la demandada culminar el procedimiento administrativo de mensura particular con fraccionamiento del lote individualizado por las partes en el boleto de compraventa como Parcela X de la Manzana X.

2) Admitir asimismo el reclamo por daños y perjuicios, los que se fijan en la suma de pesos doscientos mil ($ 200.000.-) en concepto de daño moral, pesos cincuenta mil ($ 50.000.-) en concepto de privación de uso, y pesos cien mil ($ 100.000.-) en concepto de daño punitivo. Los montos reconocidos por daño moral y privación de uso generarán intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina desde la fecha en que la actora completó el precio convenido a través de la última suma abonada y hasta su efectivo

pago. Respecto del daño punitivo, generará intereses a idéntica tasa en caso de mora en el pago que se estableces en diez (10) días desde que la presente adquiera firmeza, todo ello según considerando respectivo.

3) Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada (arts. 69 y 282 CPCCCh)

4) Diferir la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La sentencia de fs. 200/205 vta. hizo lugar a la excepción de prescripción planteada por la demandada y rechazo la demanda interpuesta por los Sres. G. y R.

A fs. 208 los actores interpusieron recurso de apelación y expresaron agravios que se glosaron a fs. 210/219.

Quienes me precedieron en la emisión del voto, han reseñado suficientemente el contenido de los agravios asi como los antecedentes de la causa, razón que me exime de reiteraciones estériles.

Según las decisiones a las que arribaron los colegas de Sala, mi pronunciamiento debe abordar la cuestión relativa a la procedencia de la defensa de prescripción con fundamento en la existencia de vicios redhibitorios; la aplicabilidad al caso de la LDC y aplicación de multa civil y el monto de la partida indemnizatoria relativa a la privación de uso.

A fin de resolver las quejas que quedaron desacordadas entiendo necesario dejar sentado que los actores, reclama el cumplimiento del contrato de compraventa del inmueble que celebraron persiguiendo se condene a la demandada vendedora, a la reubicación de

la cañería que atraviesa el lote de terreno prometido en venta y concluya con el procedimiento administrativo de mensura particular con fraccionamiento del lote individualizado como parcela 2 de la manzana 34 en el plazo que se fije prudencialmente y abonar la indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual.

En subsidio, y para el caso en que se declare que la prestación a cargo de la demandada es de cumplimiento imposible, se declare extinguido el contrato y se lo condene a restituir el precio abonado, más intereses y daños y perjuicios.

En resumidas cuentas, y de acuerdo a la prueba aportada por los actores al presente proceso, la situación fáctica sobre la que versa este proceso es la siguiente: En abril de 2013 las partes suscribieron un boleto de compraventa de una fracción de terreno de propiedad de la demandada de aproximadamente 1022,91 mt 2 al precio de $215 el metro cuadrado. La vendedora asumió la obligación de realizar la mensura particular con fraccionamiento según los planos adjuntados al Boleto y acompañados a fs. 4. Dejaron constancia que la superficie vendida podría sufrir alguna modificación no sustancial en cuanto a su extensión una vez que la Municipalidad apruebe el proyecto de loteo presentado (Cláusula primera).

En la cláusula segunda, acordaron precio y forma de pago y volvieron a consignar que “hasta tanto se apruebe la mensura referida en la Cláusula primera que determinará la superficie total y definitiva de la fracción de propiedad a transferir…” y en la cláusula tercera se pautó que la escrituración del bien se

realizará una vez que la compradora haya abonado la totalidad del precio a exclusiva satisfacción de la vendedora.

En el trámite de mensura particular con deslinde y fraccionamiento, -que según los términos del contrato estaba inciado- la Municipalidad local por nota 379/2013 solicitó el visado de la mensura a C.

El 24/7/2014 C. observó el plano por encontrarse una tubería de Acero perteneciente a la red de distribución del Barrio Manantial Rosales. Informó que hasta tanto se reubique la cañeria en la vereda proyectada y se modifique la traza de la misma no será factible proceder al visado (ver fs. 38).

Tal informe fue remitido por la Municipalidad a la demandada el 3/9/2014 (ver fs. 37).

Surge de la documental acompañada que el 1/4/2015 la actora habiendo tomado conocimiento de la existencia de un caño de gas que pertenece a PCR atraviesa el lote, informó y solicitó a PCR que retire el caño para que pueda terminarse la mensura en el terreno que adquiriera (fs. 28).

Sin respuesta, efectuó la denuncia ante la Oficina de Defensa del Consumidor el 03/8/2016 contra PCR y C.

En tal instancia, la distribuidora de Gas informó que en 1980 PCR solicitó la extensión de red de gas a la empresa Gas del Estado. La obra fue construída por la Empresa C. F. C. y habilitada el 3/4/20182 (fs. 64) Asimismo que a pedido de la compradora o de PCR se elaborará el proyecto de modificación de la traza de red de distribución en el sector. Los materiales y trabajos estarán a cuenta y cargo de quien lo solicite (fs. 62/63).

Por su parte, PCR, se presentó a la primera audiencia en la que los denunciantes pidieron un cuarto intermedio por estar "en conversación con la vendedora" (fs. 73). A la segunda audiencia fijada no compareció (fs. 74), motI.do la fijación de una tercera el 7/11/2016 en la que concurrió con una propuesta que no fue aceptada por los compradores porque significada afectar la forma del terreno pretendido (originalmente de aproximadamente de 30 mt de ancho por 34.10 de largo) quedando reducido en su ancho en 9 mts e incorporado al largo un pasillo de 48 mt por 9 de ancho. Previo dictamen del Asesor Letrado, y petición de la demandada el 15/2/2017 se dio por concluida la etapa conciliatoria (fs. 76/78).

Conforme la documental acompañada, el 3/5/2017 quedó registrado en la Dirección de Catrasto de la Provincia el plano 32084 por medio del cual se fraccionaron una serie de lotes vinculados al proyecto urbanístico en el que, el lote en cuestión, quedó escindido del predio (fs. 85/86).

Habiendo tomado conocimiento de ello, el 14/5/2018 inició el presente reclamo judicial justamente solicitando como primera medida se ordene judicialmente la reubicación de la cañería y se efectúe la mensura particular que permita fraccionar el lote para extender la escritura traslativa e inscribirla en el Registro de la Propiedad.

Es decir, los actores han deducido una demandada persiguiendo el cumplimiento de obligaciones a cargo de la demandada para cumplir con lo convenido en el contrato base de la acción.

La demandada, postula que la existencia de cañerías en el subsuelo del inmueble, no visibles al momento de la compra constituyen vicios redhibitorios y por ello opuso excepción de prescripción con fundamento en el art. 2564 del CCyC, por haber transcurrido más de un año desde el día 17/4/2013 fecha en que la actora tomó posesión del inmueble. Dijo también que aun computando como interruptiva de la prescripción la actuación administrativa ante la Oficina de Defensa del Consumidor, la misma se archivó en marzo de 2017, con lo que al 14/5/2018 había transcurrido más de un año.

En subsidio contestó demanda sin poner en tela de juicio, el boleto y el cumplimiento de las obligaciones por parte de los actores. Sólo negó que hubiera ocasionado un daño y que deba suma alguna por daños material, moral y punitorio ni que tenga obligación de sanear el inmueble o retirar el caño.

Se opuso a la aplicación de la ley de Defensa del Consumidor mediante la transcripción de los arts. 1092 a 1095 y 2537 del CCyc.

Llegada a este punto y en atención a los agravios de la parte actora, se impone señalar que el principio de congruencia invocado por el recurrente constituye un principio derivado del sistema dispositivo, que impera en materia civil, consistiendo en la exigencia de identidad entre los sujetos, el objeto y los hechos de la pretensión y los de la sentencia.

El Código Procesal alude expresamente a ese principio en el art. 34, inc. 4° al incluir entre los deberes del juez el de "fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la

jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia".

A su vez, el art. 163 inciso 6° del citado Código establece que la sentencia de primera instancia debe contener "la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte".

Además, existe una íntima vinculación entre la congruencia, la garantía de la defensa en juicio y el principio "iura curia novit".

En virtud de este principio, el juez está facultado para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, independientemente de las alegaciones de las partes y del derecho por ellas invocado (Conf. FassiYañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado", Tomo 1, pág. 794).

Es decir que el juez puede suplir el derecho silenciado por las partes o mal invocado, pero no puede modificar el alcance de los hechos alegados, ya que de hacerlo terminaría por violar el principio de congruencia.

Lo cierto es que el juez no puede quedar atado sólo al "nomen iuris" utilizado por las partes, desatendiéndose de los hechos demostrados fehacientemente en la causa, porque si aquél no coincide con éstos, su deber es proveer a la hipótesis fáctica y no a la definición técnica empleada por los litigantes.

La naturaleza de un daño no se determina por el concepto jurídico que hayan usado el actor o el demandado para definirlo, sino por los hechos mismos probados y por las características del perjuicio, independientemente de toda calificación. La cortapisa a la que alude el principio de congruencia, impide que, bajo la presunta reformulación jurídica del caso, se produzca una modificación de oficio de la base fáctica que conforma la causa de pedir, supliendo la carga que compete al justiciable de relatar los hechos o causa remota que han dado origen a la demanda impetrada, pero ello no limita la aplicación del brocardo "iura novit curia", el cual se erige no sólo como una "facultad" sino también como un "deber" de todo Tribunal (Conf. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial, 16/09/2004, LLC 2005 (marzo), 170).

Por ultimo, es dable señalar que para poder oponerse a una demanda, no se necesita tener razón. El demandado puede también actuar con conciencia de su sinrazón y oponerse a una demanda fundada. Pero su razón o falta de razón no pueden ser juzgadas en el transcurso del juicio, para detener o para no dar andamiento a su oposición sino hasta el momento de la sentencia (Couture, Eduardo J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” Ed. IBdF, Bs. As 2014 p. 78).

De allí que, habiendo quedado trabada la litis con la defensa de prescripción opuesta, el a quo no incurre en el vicio de incongruencia por haberla tratado.

Ello sí, la defensa opuesta deber guardar relación con la acción entablada y conforme la situación fáctica descripta y comprobada en la causa conforme las

constancias que referí, no es dable admitir la inferencia de la demandada.

La existencia de un caño subterráneo, que no se aprecia a simple vista, en modo alguno, en el caso, deviene un vicio redhibitorio, pues no hace impropia la cosa para su destino por razones estructurales o funcionales desde que conforme la prueba reunida, la cañería puede ser relocalizada. Por esa misma razón, tampoco la falta una cualidad normal a la cosa vendida.

Se dice que los defectos determinantes de la operatividad de la responsabilidad o garantía redhibitoria además de ser desconocidos por el adquirente y existir al momento de la adquisición, deben ser de una gravedad que torne al bien impropio para su destino o que de haberlos conocido el adquirente hubiere pagado menos por el bien.

Se trata de defectos que desde un punto de vista técnico, jurídico o económico no son susceptibles de reparación.

Y como se ve, de la prueba que referí el caño puede ser removido y relocalizado. Constituye sin dudas un obstáculo para obtener la aprobación del plano de mensura y fraccionamiento más no vuelve impropio el inmueble para el destino que un inmueble normalmente tiene.

La existencia del caño, que era conocida por PCR, por ser su propietaria y haber encargado la construcción de tal red de gas en el año 1980, habilitada en el año 1982, en todo caso es una traba para que la vendedora cumpla con la prestación asumida de otorgar el título del inmueble.

Es por ello, que en los términos en que quedó trabada la contienda y de la prueba producida y detallada, no puede argüirse que se trate de un vicio redhibitorio u oculto. Y tal análisis fue soslayado por el juez de grado equivocando la solución de caso.

Entonces, no sólo del objeto de su pretensión que busca la ejecución específica del compromiso del demandado, sino también de la comprobación de que no se trata de un vicio oculto es que no puede admitirse la defensa de prescripción interpuesta.

Aduno a ello el principio de conservación del negocio, la voluntad expresada por los actores en el sentido que sólo en caso que medie imposibilidad del objeto se resuelva el contrato y la postura de la demandada, quien en ningún momento argumentó defensas en caso que sea desestimada la prescripción opuesta.

Si la demandada sabía que aún no estaba aprobado el proyecto de loteo por parte de la Municipalidad, sabía que existía posibilidad de no lograr la aprobación sin embargo vendió y cobró el lote. A más de eso luego surge que puede reubicarse el caño, no puede predicarse en tal situación la existencia de absoluta imposibilidad de cumplimiento.

En consecuencia, acreditado que resulta factible la reubicación de la cañería y toda vez que no medió oposición fundada por parte de la demandada, entiendo que corresponde viabilizar la acción como ha sido planteada haciendo lugar a la pretensión de los actores y ordenar a PCR la reubicación del caño, a cumplimentar con el procedimiento de mensura particular del lote y extender a los actores la escritura traslativa de

dominio del terreno adquirido y pagado según las constancias de la causa.

En este punto acordaré por tanto con la propuesta del Dr. Hayes.

2.- Otro tópico sobre el que no hay acuerdo, es el relativo a la aplicabilidad al caso de autos de la ley 24.240 (texto según ley 26.361 —BO 07/04/2008—).

En el ámbito del Derecho del Consumo se postula la necesidad de proteger también al "consumidor inmobiliario" y para garantizar ese fin tuitivo se toma como punto de partida el concepto de la relación de consumo, incorporado en un primer momento por la Constitución Nacional en su art. 42 (en la reforma de 1994), receptado posteriormente en la ley 24.240 (art. 3°) y cristalizado actualmente en el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación (art. 1092).

De allí, que cuando nos encontramos frente a una operación jurídica cuyo objeto es un bien inmueble adquirido con un destino final, en el ámbito del Derecho del Consumidor, ha cobrado protagonismo un criterio hermenéutico que, a través del reconocimiento expreso de la relación de consumo, encuadra la situación dentro de dicha normativa y permite que opere como mecanismo de tutela en el terreno de la contratación inmobiliaria (conf. Ariza, A., "Contratación inmobiliaria y defensa del consumidor", en Stiglitz - Hernández (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor, T. II, LA LEY, Buenos Aires, 2015, p. 476; Gregorini Clusellas, Eduardo, "El consumidor inmobiliario. Su tutela en la ley 24.240 reformada por la ley 26.361", Número Especial Jurisprudencia Argentina, "Régimen de Defensa del Consumidor. Análisis de su reforma", 28/05/2009, p. 57;

Verdura, Sergio W. “Sobre la protección del consumidor inmobiliario: información y vicios redhibitorios”, AP/DOC/1110/2016; Alvarez Larrondo, Federico M., “El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el Derecho del Consumo”, en Sup. Esp. Reforma de la ley de defensa del consumidor, LA LEY 01/01/2008, p. 25, y sus citas; Ariza, A., “Más que una reforma. Desplazamientos del Derecho del Consumidor en el Derecho Privado”, en Sup. Esp. Reforma de la ley de defensa del consumidor, LA LEY 01/01/2008, p. 49).

Asimismo, la modificación producida por la Ley 26.361 en el art. 1, derogando las limitaciones contenidas en la noción primigenia de consumidor, implica que se entienda por tal a «toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar o social», nos permiten verificar la inclusión de la noción amplia del consumidor inmobiliario. Explica la doctrina, que el legislador al agregar el vocablo bienes en sentido lato, comprende tanto la noción de cosa mueble o inmueble.

En tal sentido, Frustagli y Hernandez afirman: «creemos que ese agregado debe interpretarse en el sentido más favorable al consumidor, que supone afirmar la inclusión de las operaciones inmobiliarias» ("Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual", JA 2008II-6). Brindando algunos ejemplos, Gregorini Clusellas, explica que «los consumidores, compradores de inmuebles nuevos para vivienda, permanente o transitoria, o lotes de terreno adquiridos para tal fin, al igual que los

locatarios que contratasen para el mismo objeto no comercial, la construcción o reparación de sus viviendas, están indistintamente tutelados por la ley» (ver Arias Cáu, Esteban J. “El consumidor inmobiliario y los vicios en la Ley de Defensa del Consumidor” Cita: MJ-DOC-4451-AR | MJD445).

Y los elementos que caracterizan esta relación de consumo inmobiliaria son: a) que no se trate de una relación paritaria singular entre particulares; b) el carácter de destinatario final del inmueble por parte del consumidor; c) la profesionalidad del proveedor; d) la prescindencia de la naturaleza del inmueble (BARBAGALLO, Miguel Á.: "La protección del consumidor inmobiliario ante la Ley 26.361", ponencia presentada en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión de derecho interdisciplinario N° 5, Córdoba, 2009, pp. 191-109).

En cuanto a la prescindencia de la naturaleza del inmueble, dice el autor que “El hecho reviste importancia pues al carecer de trascendencia el tipo de inmueble, debemos centrarnos en la posición jurídica de las partes en el acto de consumo para verificar si nos hallamos o no frente a un caso alcanzado por la tutela o si por el contrario se trata de una relación singular paritaria regida por el derecho común».

Para determinar la inexistencia de una relación paritaria, adquiere relevancia analizar si en el caso los actores pueden categorizarse como consumidores y la demandada como proveedor.

La ley 24.240 establece en su art. 1 que el consumidor o usuario es “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma

gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social" (textual).

La norma admite tanto a las personas humanas como jurídicas, tomando como eje central el acto de adquirir o utilizar bienes o servicios para su consumo final, es decir, para que éstos queden dentro del ámbito personal, familiar o doméstico del consumidor, sin que vuelvan al mercado, insertados en un proceso de producción y/o comercialización (argto. arts. 1 de la ley 24.240, texto según ley 26.361; conf. Juan M. Farina, "Defensa del consumidor y del usuario", Ed. Astrea, 2008, p. 18 y ss.; Ricardo Luis Lorenzetti, "Consumidores", Ed. Rubinzal Culzoni, 2003, p. 16 y ss.; Tambussi, C. E., "Derecho del consumo: Vicios redhibitorios y personas jurídicas", nota pub. en La Ley Online, AR/DOC/1981/2013; Mezio, Eduardo, "El trabajador, el empleador, las ART y la Ley de defensa del Consumidor", nota pub. en La Ley Online, AR/DOC/1050/2014; Jurisp.).

En este aspecto y atendiendo a los fundamentos dados por el a quo al respecto, en cuanto consideró que los actores adquirieron para invertir y poner locales para alquilar, sin perjuicio que fue un extremo expresamente negado por la demandada en punto II. i) de la contestación de demanda (fs. 110), aquello que define el carácter de consumidor final teniendo en cuenta el destino de la adquisición, no atiende al elemento subjetivo del motivo personal que movió al individuo a consumir, sino objetivamente por la confrontación del destino del bien o servicio adquirido -objetivamente considerado conforme su utilidad reconocida-, con el área de profesionalidad del pretendido consumidor, si

está fuera de ella, es pues un acto de consumo (Santarelli en "Ley de defensa del Consumidor Comentada y Anotada" dir por Picasso – Vazquez Ferreyra, LL, Bs. As. 2009 p T. I 31).

Es decir, los compradores, en tanto particulares adquirieron el bien para uso personal, sin que surja del contrato otra finalidad. La pauta interpretativa que brinda el art. 3 de la LDC impone esta solución.

En el otro polo de la relación de consumo, encontramos al proveedor "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. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley" (textual).

La normativa de mención caracteriza al proveedor principalmente en razón de su actuación profesional en el mercado (aún de forma no habitual), lo verdaderamente relevante es que la nota de profesionalidad debe transitar por el andarivel de la integración del acto en cuestión en una lógica de mercado, es decir es menester tener una visión de contexto de ese acto tal que esté inmerso dentro una realidad de un proceso productivo o comercial, en definitiva empresario (autor cit. op cit T. I, Ed. LL, 2009, p. 45 y ss.).

En este sentido, no puede soslayarse la actividad de la demandada, que como propietaria de una vasta extensión de tierras, realizó un proyecto de loteo (cláusula primera), que no puede dejar de ser

considerado objetivamente como una actividad empresarial, pues la profesionalidad se distingue por la utilización de lo ofrecido como bien de cambio y no de uso.

En cuanto a la oferta a persona indeterminada, se refiere a aquella que está destinada a captar una clase o segmento por reducido y selecto que sea. En el caso, de los términos “proyecto de loteo” y la aprobación del plano de mensura en que se mensuraron y fraccionaron varios lotes de la chacra 88 autoriza a presumir que existió una oferta a persona indeterminada.

Por último, la dimensión empresarial de la actividad de PCR no puede desconocerse, se refiere al tipo de acciones encaradas con la vocación de permanencia en el mercado, ejercicio y desarrollo de alguna disciplina, especialidad o capacidad dirigida a satisfacer una necesidad; presencia del fin de lucro (directo o indirecto) en el desarrollo de la actividad de mercado.

Trasladando al caso particular los principios precedentemente expuestos considero que la contratación que unió a las partes en litigio puede calificarse como una “relación de consumo inmobiliaria” que, bajo este encuadre, debe quedar comprendida dentro de la tutela normativa prevista en el estatuto consumeril.

Efectivamente, nos encontramos frente al reclamo de cumplimiento contractual e indemnizatorio, formulado por dos personas físicas que adquirieron a título oneroso y en beneficio propio un bien inmueble, frente a una parte vendedora que reconoce su condición de enajenante, lo que permite presumir —a mi entender— la existencia de una vinculación jurídica entre un

“consumidor inmobiliario” y “proveedor”, respectivamente (argto. arts. 163 inc. 5°, segundo párrafo, 354 inc. 1°, 384, y conds. del CPC; arts. 1, 2, 3, 65 y conds. de la ley 24.240 —texto según ley 26.361—; art. 42 de la C. Nac., art. 38 de la C. Prov.; conf. conf. doctrina citada).

Claro está, que habiendo decidido la inexistencia de vicio redhibitorio y la inadmisilibidad de la prescripción opuesta en su fundamento, la aplicabilidad del régimen protectorio del consumidor es a los fines de fijar la multa por daño punitivo requerida con fundamento en el art. 52 bis LCD, cuestión de la que me ocuparé seguidamente.

3.- La fijación de una multa en concepto de daño punitivo (art. 52 bis LDC)

Respecto de la sanción civil económica, comúnmente llamada “daño punitivo”, reiteradamente la jurisprudencia ha dicho que resulta ser una herramienta de prevención del daño que se aplica como castigo a quien ha actuado con grave indiferencia hacía los derechos del consumidor. Es decir, que sólo procede, entonces, ante la intención o suficiente negligencia que, como tal, amerite sanciones con el fin de desanimar la ocurrencia futura de acciones similares.

Se ha resuelto que “...no basta con el mero incumplimiento legal o contractual para que sean aplicables los daños punitivos o multa civil por actos desaprensivos, sino que se requiere la concurrencia de un elemento objetivo y de otro subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, para la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis no es suficiente un simple daño, sino que debe tratarse de un daño o su posibilidad

que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional exija una sanción ejemplar. Desde el punto de vista subjetivo, la conducta del proveedor debe ser indignante, recalcitrante, desaprensiva o antisocial" (conf. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común del Centro Judicial de San Miguel de Tucumán — Provincia de Tucumán—, Sala II, del 27/07/2017, in re "E., N. E. c. C. y M. Q. S. s/ daños y perjuicios", Expte. N° 917/12").

La aplicación de la multa civil de que se trata tiene carácter verdaderamente excepcional y está reservada para casos de liminar gravedad, en los que el sujeto hubiera actuado, con dolo o culpa grave.

En el presente caso, coincido con el segundo votante en punto a que se encuentran configurados los recaudos de admisibilidad necesarios para acoger la multa civil impuesta, pues ha mediado una negligencia absoluta por parte de la demandada, quien siendo propietaria del terreno, solicitó la instalación de la red en el año 1980 y habiendo sido comunicada por distintas vías (Municipalidad y compradores)sobre la existencia del mencionado caño y la posibilidad de modificar la traza, hizo caso omiso y persistió en invocar su desconocimiento y acusar de mala fe a los compradores. No ofreció una solución adecuada pese a concurrió a dos audiencias de avenimiento en la instancia administrativa y sabiendo fehacientemente la existencia del reclamo continuó con el trámite de mensura y fraccionamiento permitiendo que se excluya sin más del mismo al lote vendido y cobrado en un 100% al mes de abril de 2015, con una particular e indolente

indiferencia respecto de los derechos de los reclamantes.

Sin que pueda tener cabida la justificación ensayada de haber tenido conocimiento de ello recién en la audiencia del 26/8/2017.

En el propio trámite municipal iniciado a instancia de PCR para obtener la mensura le fue debidamente informada la observación de C. mediante Nota Nro. 0435 que recibiera la demandada el 3/9/2014 –conforme sello de recepción-. No obstante, también la propia actora, cuando tomó conocimiento, le remitió nota, recibida el 1/4/2015 informando y solicitando la reubicación del caño de su propiedad.

Es decir, no puede ampararse la demandada en una supuesta buena fe de su parte, pues como quedó corroborado la existencia del caño de su propiedad data de 1980/1982 pero además fue comunicada al profesional que contratara para la mensura y fraccionamiento en el Expte. Municipal 3519-G-2013, A. A. G. conforme se advierte de fs. 38.

Surge también, de la respuesta brindada por C. en la instancia administrativa que el 27/5/2014 con personal afectado a la mensura, se hizo la marcación en campo de la cañería.

Por todo ello, a mi modo de ver, está fuera de toda discusión además del incumplimiento, la mala fe con que ha actuado la vendedora, ocasionando un daño injustificado por el que debe responder.

Se encuentra así conformado un concreto e insalvable supuesto de práctica abusiva, en atención al patente incumplimiento de la empresa en las obligaciones asumidas de escriturar una vez satisfecho el pago.

Por tales razones coincido con la propuesta de imponer una sanción en el monto estimado por el Dr. Hayes, con más los intereses, tasa y plazo de pago.

4.- Por último, existe acuerdo entre quienes han pronunciado su voto y asi también lo considero, en que definitivamente existió incumplimiento injustificado por parte de la vendedora que la hace pasible del deber de indemnizar los daños ocasionados.

Sin embargo no existe concordancia en el monto otorgado por la privación de uso y goce de la cosa por el tiempo que media desde que la escritura debió ser otorgada al momento de saldar el pago del precio y efectivamente se escriture.

Advierto que en el caso, el actor prometió ofrecer prueba respecto del precio en mercado del alquiler de un lote de estas características y ubicación y no lo hizo.

De allí, que no puedo sino coincidir con el monto que propone el segundo voto, pues aparece razonable frente a la falta de acreditación de la cuantía del perjuicio con más intereses desde el pago de la última cuota pactada.

5.- Costas y honorarios

En virtud de cómo se decide, las costas y honorarios de la primera instancia deben readecuarse por imperio del art. 282 CPr.

Por el principio objetivo de la derrota corresponde imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida.

Los honorarios correspondientes a la labor desarrollada en la primera instancia, deben ser

regulados teniendo en cuenta las pautas de los arts. 5 a 9 de la Ley XIII-4 DJPCh.

En consecuencia, propongo regular a favor de los Dres. I. A. V. y R. A. G. conjuntamente por los trabajos correspondientes a la primera instancia en el 20% del monto del proceso y al Dr. J. M. F. de las C. en el 15% a calcular sobre el monto del proceso constituido por el valor del inmueble según el boleto de compraventa base de la presente acción y los montos indemnizatorios otorgados.

Los honorarios correspondientes a las labores desarrolladas para esta instancia se fijarán de conformidad con las pautas establecidas en el artículo 5 de la ley de aranceles vigente y en un todo de acuerdo con la escala arancelaria prevista en el artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto, corresponde sean determinados a favor de los Dres. I. A. V. y R. A. G. en el 32% y al Dr. J. M. F. de las C. en el 25%, en todos los casos porcentajes a calcular sobre los que les corresponden por su actuación en la instancia de grado.

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

Con base en lo expuesto adhiero a la fórmula postulatoria propuesta por el Dr. Hayes en cuanto ha sido objeto de pronunciamiento y propongo la regulación de honorarios profesionales en la forma expuesta.

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

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto, modificar la sentencia recurrida y, en consecuencia, condenar a la demandada a que en el plazo de diez (10) días efectúe la tramitación pertinente ante la empresa C. G. del S. para que la misma elabore el proyecto de modificación de la traza de la red de distribución de gas en el sector, a efectos de que sea retirado y reubicado el caño que atraviesa el lote objeto del boleto de compraventa suscripto por las partes. Culminado el mencionado proyecto, deberá la accionada ejecutar la obra respectiva en el plazo máximo de seis (6) meses. El costo del mentado proyecto, como la posterior ejecución de la obra, incluidos los trabajos necesarios y los materiales que ello conlleve serán por exclusiva cuenta y cargo de la accionada P. C. R. SA. Cumplida que sea la obra mencionada, deberá la demandada culminar el procedimiento administrativo de mensura particular con fraccionamiento del lote individualizado por las partes en el boleto de compraventa como Parcela X de la Manzana X.

2) Hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios, los que se fijan en la suma de pesos doscientos mil ($ 200.000.-) en concepto de daño moral, pesos cincuenta mil ($ 50.000.-) en concepto de privación de uso, y pesos cien mil ($ 100.000.-) en concepto de daño punitivo. Los montos reconocidos por daño moral y privación de uso generarán intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina desde la fecha en que la actora completó el precio convenido a través de la última suma abonada y hasta su efectivo pago. Respecto del daño punitivo, generará intereses a idéntica tasa en caso de mora en el pago que se

estableces en diez (10) días desde que la presente adquiera firmeza.

3) Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada.

4) Regular, por los trabajos correspondientes a la primera instancia, los honorarios de los Dres. I. A. V. y R. A. G. conjuntamente, el 20% y al Dr. J. M. F. de las C. en el 15%; ambos a calcular sobre el monto del proceso constituido por el valor del inmueble según el boleto de compraventa base de la presente acción y los montos indemnizatorios otorgados. Regular, por los trabajos cumplidos ante esta instancia, los honorarios de los Dres. I. A. V. y R. A. G. en el 32% y al Dr. J. M. F. de las C. en el 25%, en todos los casos porcentajes a calcular sobre los que les corresponden por la actuación en la instancia de grado. En todos los casos, con más I.V.A. de corresponder.

5) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Presidente

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL NRO. DEL AÑO 2020
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS “CyC”