



NEUQUEN, 17 de Septiembre del año 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**ZEISS MARIA CRISTINA C/ MUTUAL DE DOCENTES DEL NEUQUEN Y OTROS S/CUMPLIMIENTO DE CONTRATO (SUMARISIMO)**" (JNQC15 EXP 517186/2017) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. Que a fs. 1039/1052 la *A-quo* hizo lugar a la demanda promovida por María Cristina Zeiss y en consecuencia condenó a la Mutual de Docentes del Neuquén (Mu.Do.N), Ignacio Vivas, Daniel Osvaldo Deve y HS Negocios S.R.L., a cumplir con la obra acordada, en el plazo de 120 días de la notificación de la sentencia y al pago de \$110.000 con más intereses y costas.

A fs. 1053 apelaron el demandado Ignacio Vivas y Mu.Don.N, a fs. 1054 lo hizo HS Negocios S.R.L. y a fs. 1076 lo hizo la actora.

A fs. 1055/1075vta. los demandados Ignacio Vivas y Mu.Don.N expresaron agravios. Luego de un relato de la causa, se quejan porque consideran que existe una evidente incongruencia en el fallo dictado y dicen que la *A-quo* falla *extra petita* de acuerdo al encuadre jurídico y al mismo trámite dado a la causa y en segundo lugar por incongruencia interna al descartar la aplicación de la ley 24.240 a las conductas del Sr. Vivas y la Mutual Mu.Don.N y sin embargo condenarlos.

Sostienen, que existe un acuerdo firmado con la actora en fecha 17/01/2015 que los exime de toda responsabilidad al dar por cumplidas las obligaciones asumidas por la Mutual en la rifa porque los premios fueron entregados y dicho convenio la Jueza no lo declaró inválido. Afirma, que en consecuencia surge evidente que la condena impuesta al Sr. Vivas y a Mu.Don.N carece de todo sustento jurídico y viola el derecho al debido proceso y a la defensa en juicio, incumpliendo los requisitos establecidos por el art. 163, incs. 5 y 6 del CPCyC en cuanto no expone el derecho ni los hechos en los que se sustenta la condena.

Alegan, que los demandados pidieron el rechazo de la demanda sustentada en la ley de defensa del consumidor por reconocer la propia actora que el destino que daría a la vivienda la excluye como consumidora y por ende su pretensión no encuadra en dicha ley.

Luego, dicen que no existe ningún incumplimiento que pueda reprochárseles a los mismos, en tanto quedó acreditado que la obra se paralizó a pedido de la actora y que corresponde analizar si ello ocurrió por vicios o irregularidades en la construcción y demoras atribuibles a la empresa constructora o por el contrario, como señala la codemandada HS Negocios S.R.L., las exigencias de la actora y sus parientes y asesores excedían el acuerdo celebrado por las partes pretendiendo materiales y terminaciones no previstos en la memoria técnica.

Manifiestan, que la *A-quo* sustenta la condena de todos los demandados en autos en el supuesto incumplimiento de la empresa constructora en la ejecución de la casa que Mu.Dó.N le abonara y en la aplicación de la ley 24.240, pero es la propia *A-quo* quien dice que tanto a Vivas como a Mu.Dó.N no se le aplica dicha norma.

Afirman, que la obligación de la mutual se limitaba a la entrega de la vivienda debidamente abonada, incluida su construcción, debiendo la actora firmar contrato con la empresa constructora y cumplir determinados requisitos. Expresan, que conforme el acuerdo que se firma con la actora en fecha 17/01/2015 se le transfieren todos los derechos sobre la vivienda, en tanto estaba comprada a nombre de Mu.Don.N y de ninguna manera ella podía ser propietaria si no se le cedían los derechos.

También plantean incongruencia entre el rubro pérdida de chance otorgado y la aplicación de la ley 24.240. Dicen, que la actora manifiesta que el destino de la vivienda en cuestión es el mercado de alquileres, es decir un fin comercial y en consecuencia perdió la calidad de consumidora para tener derecho a la protección por dicho cuerpo normativo. Sin embargo, la Sentenciante otorga a la reclamante el rubro pérdida de chance al considerar que la actora ha perdido sus ingresos por no poder alquilar la vivienda.

Por otra parte, alegan que la condena a concluir la vivienda es improcedente, en tanto no participaron de la elaboración de los planos, ni cargaban sobre ellos las obligaciones recíprocas de la actora y la empresa constructora, ni tuvieron posibilidad de participar de las mismas, enterándose un año y medio después de los supuestos inconvenientes producidos en este proceso productivo.

Luego, el codemandado Ignacio Vivas se queja porque entiende que no existe solidaridad con la mutual demandada. Se refiere al art. 15 de la ley 20321 y dice que surge palmario de la redacción del artículo que se aplica al manejo de los fondos sociales y a la gestión administrativa en el lapso del mandato en ejercicio de sus funciones. Afirma, que esta solidaridad está establecida a favor de los asociados e integrantes de la mutual y no a terceros.

A fs. 1080/1082vta. expresó agravios HS Negocios S.R.L. Dice, que no es cierto que se haya pactado en algún momento que la vivienda constaría de tres dormitorios, lo cual se encontraba en cabeza de la actora pues es ella quien alegó el hecho. Afirma, que desconoció el billete de rifa adjuntada por la Sra. Zeiss y la misma no acreditó la veracidad de tal documental. Agrega, que conforme lo pactado la obra sería de 72 m2 pero nada decía de la cantidad de dormitorios. Agrega, que este dato es sumamente relevante para la causa porque la actora determinó por ello la paralización de la obra.

Además, entiende que existió una errónea valoración de la prueba. Sostiene, que en la sentencia se cita el informe pericial partiendo de la idea de que la vivienda debía tener tres habitaciones lo cual es falso y a partir de ello la conclusión es falsa.

Manifiesta, que es el propio perito quien establece que el billete de la rifa difiere del plano municipal aprobado y no se entiende por qué se lo condena a hacer una obra distinta de la acordada en los planos y en el acta acuerdo. Dice, que se soslaya que fue la actora quien expuso en el escrito de demanda que se opuso a la continuación de la obra. Agrega, que la actora suscribió los planos de la vivienda a construir por parte de la empresa constructora, pero pese a ello luego pretendió la nulidad de dicho acto.

Sostiene, que el hecho de subsumir la relación sustancial entre la actora y esa parte en la esfera de la Ley de Defensa del Consumidor no puede ser óbice para relevar a la actora de acreditar el carácter abusivo de una cláusula y/o el contrato, toda vez que ello conllevaría la evidente desproporción en la defensa de los intereses tutelados.

También se queja por la condena a abonar daños y perjuicios. Dice que la suma en beneficio de la actora se determinó omitiendo la prueba aportada por la propia

accionante y en particular la prueba informativa de las Inmobiliarias Baldarotta e Inmuebles del Sur Administración de Propiedades, de las cuales surge un monto menor, y computa el ofrecimiento efectuado en la Dirección de Defensa del Consumidor. Dice que la finalidad de la audiencia era conciliar y no darle valor locativo al inmueble de la reclamante.

Manifiesta, que el rubro pérdida de chance resulta improcedente atento la relación de consumo existente entre las partes conforme lo expuesto por la Sentenciante.

Por último se agravia por la condena en costas y solicita que al revocar la sentencia se impongan las de ambas instancias a la actora.

A fs. 1083 y vta. la actora expresó agravios. Se queja porque la Sentencia limita el periodo en el que debe abonarse la pérdida de chance a tan solo 11 meses cuando debió fijarlo hasta que los demandados cumplan con la obra acordada.

A fs. 1085/1088 el codemandado Daniel Osvaldo Deve contestó los agravios expresados por la actora.

A fs. 1089/1095 la actora contestó los agravios de Ignacio Vivas y Mu.Dó.N y a fs. 1098/1100 los de HS Negocios S.R.L.

A fs. 1096 y vta. los codemandados Vivas y Mu.Don.N. respondieron los agravios de la actora.

Todos solicitaron el rechazo del recurso de la contraria con costas.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), en ese marco corresponde analizar el recurso.

Asimismo, también es necesario señalar que los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todos sus agravios sino sólo a aquellos que son conducentes para la resolución de la cuestión de fondo (cfr. FALLOS 305:1886; 303:1700, entre otros), ello teniendo en cuenta que los diversos agravios formulados se remiten a los mismos fundamentos.

1. Luego, con relación al agravio de los demandados Mu.Don.N. e Ignacio Vivas respecto al encuadre normativo, el mismo no es procedente porque la ley de defensa del consumidor resulta aplicable al caso, contrariamente a lo sostenido por los recurrentes. Es que, en punto a la noción de proveedor, se ha sostenido que *"Puede afirmarse que la noción de proveedor es deliberadamente amplia para incluir a todos los sujetos que actúan del lado de la oferta del mercado. En tanto la relación jurídica de consumo se asiente en el acto de consumo, es claro que este elementos distribuye los polos activos según los que ofrecen y los que consumen bienes. La noción de proveedor se separa de las tradicionales utilizadas en el Derecho Privado: Comprende a todos los que ofrecen [...]"*.

"Es decir, que lo que determinará que un oferente sea calificado como proveedor será definido con el foco puesto en el destinatario, que deberá ser el consumidor o usuario", (Lorenzetti Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo VI, Arts. 1021 a 1279, pág, 235, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 2.015).

En autos, no se encuentra controvertido que la demandada Mu.do.N. organizó una rifa de la cual la actora resultó adjudicataria de un auto y la entrega de una vivienda, (cfr. fs. 203, 184/186vta. y 280vta./282). Luego, si bien los demandados cuestionan su carácter de consumidora porque la

misma expresó que el bien sería destinado a arrendamiento, cabe señalar que *"Resulta relevante asimismo, a efectos de determinar si nos encontramos ante una relación regulada por la Ley N° 24.240, adentrarnos en el análisis del destino del bien o servicio en cuestión, toda vez que su utilización debe darse para consumo final o privado -sea propio o de su grupo familiar o social-, y no para incorporarlo al proceso de producción"*, (TSJ en autos *"A.C.U.deN. c. Banco Provincia del Neuquén S.A. s/ daños y perjuicios por Resp. Contractual"*, 31/10/2016, Información Legal, AR/JUR/90298/2016). En este mismo sentido se expidió la Cámara Nacional de Apelaciones, Sala C, en autos *"Tacco Calpini S.A. v. Renault Argentina S.A. y otro"*, 06/03/2009, Información Legal, 35031401).

En autos, si bien la actora reclama en su demanda por la pérdida de chance, (fs. 154), no surge de autos que la intención de la misma haya sido su inclusión en un proceso de producción o comercialización. En consecuencia, la queja de los demandados en cuanto a la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor resulta improcedente.

2. Luego, asiste razón al Sr. Ignacio Vivas, demandado por su carácter de Presidente de la Asociación Mutual, en cuanto a la extensión de responsabilidad. Ello, porque *"las previsiones del art. 15 de la ley 20.321 (Adla XXXIII-B, 1477), no imponen responsabilidad alguna a sus integrantes frente a terceros, sino que tan sólo los responsabilizan frente a la asociación"*, (CNTrab., Sala IX, en autos *"Antuña, Claudia A. c. Mutual Médicos Municipales la Mutua y otros"*, 15/03/2007, Información Legal, AR/JUR/1088/2007). En consecuencia, corresponde dejar sin efecto la condena con relación al Sr. Ignacio Vivas.

En punto a las costas de ambas instancias, atento que conforme surge de fs. 1046vta. pudo creerse la actora con

derecho a reclamarle al mencionado, se imponen por su orden, (art. 68 del C.P.C. y C.).

3. Luego, resta analizar el agravio de los demandados Mu.Do.N. y Deve con relación al acuerdo de fs. 9/12, cláusulas segunda y decimosegundas que establecen que cesa la responsabilidad de los mismos a partir de la suscripción de dicho acuerdo.

Al respecto, cabe señalar que *"En el contrato de consumo y en el celebrado por adhesión a condiciones generales o particulares, la renuncia de derechos sin una adecuada compensación o indemnización es una cláusula prohibida, porque el presupuesto de su régimen de protección es que estamos en presencia de un contratante débil frente a uno fuerte; uno es profano en los negocios y otro profesional"*, (Iñiguez Marcelo Daniel, "El principio de irrenunciabilidad a los derechos", Revista de Derecho de Daños, 2016-1 - Consumidores, Rubinzal Culzoni Editores, Julio de 2016, pág. 311). En el caso, no se observa que la actora haya sido favorecida con compensación o indemnización alguna en relación con la cesación de la responsabilidad dispuesta en el contrato en cuestión, y en consecuencia existe un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor (cfr. art. 1119 del CCyC), por lo que el agravio de Mu.Do.N. y Osvaldo Deve no resulta procedente.

4. Luego, en punto a la valoración de las pruebas respecto al incumplimiento de los demandados H.S. Negocios, Mu.Do.N. y Osvaldo Deve el agravio tampoco resulta procedente.

Es que, si bien los mismos señalan que la obra se paralizó a pedido de la actora, no rebaten lo expuesto por la A-quo en cuanto a que las dimensiones de las habitaciones de la planta alta son inferiores no sólo a la indicada en la rifa sino también a lo que surge de los planos conforme informa el perito a fs. 763/785 y 802/820. Además, que la superficie

habitabile es aún inferior en virtud de cómo caen los techos que hacen inhabitable parte de cada una de las habitaciones de la planta alta (fs. 1049).

Además, la testigo María Agustina Ramos dijo que había hecho el informe el 15 de junio del año pasado (su declaración es del año 2.017), y que transcurridos cinco meses todo estaba más deteriorado que en el momento que hizo el informe (5'). Además dijo que la actora pidió que paren de construir porque no estaban cumpliendo con la memoria técnica. Señaló que al estar supervisando cerca "ví que la vivienda estaba demorada, que llevaba un tiempo mayor de construcción" (22'). Además dijo "Como yo estaba supervisando veía que la vivienda no avanzaba, que hubo una época en la que había personas trabajando, se detenía la obra, volvía a continuar a trabajar, veía que no tenía continuidad el avance", (23').

Por su parte el testigo Javier Jofré dijo: "estuvo paralizada muchas veces justamente porque eran los grupos de gente que no iban a trabajar", "no sé si no se les pagaría porque en realidad no pregunto eso", "por ahí esperaban 15 días que le vengán los paneles, o por ahí esperaban 2 meses que le vengán las chapas" (12').

"Fueron muchos parates, continuidad de laburo, de gente trabajando en la casa más de una semana nunca hubo". "Pararon muchas veces, yo charlando con ellos muchas veces era que no nos mandan los materiales, que nos falta esto... "entre todas esas cosas me arriesgo a decir que han estado parados más de dos o tres meses" (17').

"Cuando Cristina empezó a reclamar más fuertemente a la mutual, ahí es como que se paró todo, se abandonó todo", (23').

A partir de lo expuesto, no se encuentra acreditado en autos que la actora haya impedido injustificadamente la continuación de la obra, tal como alegan los demandados, a partir de lo cual la queja al respecto no puede prosperar.

5. Asimismo, con relación a la condena cabe señalar que conforme surge de fs. 6vta. el primer premio de la rifa era la entrega de una *"vivienda americana de construcción en seco de 3 habitaciones (no incluye terreno)"*. En consecuencia, la queja de Mu.Don.N con fundamento en la falta de participación de los planos o en la construcción de la vivienda y además por la cesión de derechos de fs. 9/12 no resulta procedente, en tanto ello no resulta coincidente con la obligación asumida al organizar la rifa en cuestión.

6. Luego, el agravio de los demandados Mu.Don.N y H.S. Negocios S.R.L. en cuanto a la procedencia de la indemnización por la pérdida de chance y de la actora respecto a su cuantificación, no resultan procedentes.

Es que, *"La indemnización debida a título de pérdida de chance no consiste en una suma de dinero idéntica a la que se hubiese percibido por alquilar el departamento durante el período que se reclama, sino que contempla la privación de una posibilidad suficiente de obtener una ventaja patrimonial. Es decir, "la indemnización por pérdida de chance no puede identificarse con el eventual beneficio perdido, sino que lo resarcible es dicha chance la que debe ser apreciada judicialmente según el mayor grado de probabilidad de convertirse en cierta" (conf. CNCiv., sala D, "Cornejo Saravia Emilio J. c. Prospero Adolfo R. s/cobro de sumas de dinero", de fecha 10/09/92)"*.

"Por lo tanto, "en lo que atañe a la indemnización por pérdida de chance el juez no debe guiarse por pautas rígidas, pues la indemnización no puede identificarse con el eventual beneficio perdido, sino que lo resarcible es dicha chance, la que será apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta" (conf. CNCiv., sala D, "Sica Juan Carlos c. ENTEL y otros s/daños y perjuicios", de fecha 12/05/92, sumario 2286 del sistema de jurisprudencia de esta Excma. Cámara)", (CCNCiv. Sala K, en autos "Wernicke, Marcos c. Cons. Prop. Cabello 3667/69", 24/11/2004, Información Legal, 4617/2004).

A partir de lo expuesto, considerando que quedó acreditada en autos la falta de entrega de la vivienda en cuestión, que no se conoce el tiempo que podría haberse demorado en alquilar el inmueble y la variación que podría haber sufrido el canon locativo, comparto la justipreciación efectuada por la Sentenciante, (art. 165 del C.P.C. y C.).

7. Por último, en cuanto a la queja de H.S. Negocios S.R.L. con relación a las costas, a excepción de las impuestas respecto al co-demandado Ignacio Vivas, atento la forma en que se resuelve no se observan motivos suficientes que permitan el apartamiento del principio objetivo de la derrota, y en consecuencia corresponde su confirmación.

III. A partir de lo expuesto, corresponde rechazar los recursos deducidos por Mu.Dó.N a fs. 1055/1075, H.S. Negocios S.R.L. a fs. 1080/1082vta., y a fs. 1083 y vta. por la actora, y hacer lugar al recurso de apelación deducido por el codemandado Ignacio Vivas a fs. 1055/1075vta., y en consecuencia modificar parcialmente la sentencia de fs. 1039/1052 rechazando la demanda con relación al mencionado codemandado Ignacio Vivas y confirmarla en lo restante que fue

materia de recursos y agravios. Imponer las costas de ambas instancia con relación al codemandado Ignacio Vivas por su orden (art. 68 del C.P.C. y C.), y las restantes costas de Alzada en un 80% a cargo de los demandados y 20% de la actora teniendo en cuenta los agravios de cada parte y la forma en que se resuelve (art. 71 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- Adhiero al voto que precede, y me expido en igual sentido; sin perjuicio de lo cual, creo necesario exponer los siguientes fundamentos a fin de dar acabada respuesta a los planteos recursivos traídos a decisión.

La cuestión suscitada a raíz de la rifa organizada por la Mutual de Docentes del Neuquén, generó múltiples relaciones entre las partes involucradas, dando pie a la celebración de distintos contratos conexos, cuyos alcances son puestos en tela de juicio por los apelantes.

Cabe aclarar que el administrador de la rifa, Sr. Daniel Osvaldo Deve, ha consentido el decisorio de grado. No así, MUDON, su presidente -Sr. Ignacio Vivas, y HS Negocios SRL.

2.- El agravio de MUDON en punto a que no corresponde condenarla, toda vez que la sentencia consideró inaplicable a su respecto la Ley de Defensa al Consumidor y por ende, regiría el acuerdo de fecha 17/01/15 que la exime de responsabilidad, no puede ser admitido.

En primer lugar, debo señalar que la subsunción normativa que efectuó la magistrada no es óbice para que esta Alzada entienda aplicable la Ley de Defensa al Consumidor también con respecto a MUDON, tal como lo solicitó la actora en su demanda y aunque este punto no haya sido materia de agravio.

He sostenido sobre este punto:

"A esta altura debo señalar que no desconozco...que la ley de defensa del consumidor no fue invocada por la actora en su escrito de demanda, sino que lo hace al contestar la excepción de prescripción.

No obstante ello, considero que los hechos expuestos en la demanda claramente determinan su aplicación, resumiéndose la cuestión en un tema de encuadre normativo.

Por lo demás, su aplicación de oficio se encuentra determinada por el carácter de ley de orden público que encuentra fundamento, no sólo en su art. 65, sino en la base constitucional de la que nace, esto es del Artículo 42 de la Constitución Nacional.

En este aspecto, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha resuelto que: "la declaración de orden público expresamente prevista por el legislador en el art. 65 del mismo cuerpo legal, acarrea la aplicación de oficio del régimen tuitivo". (Expte: 101125 - Caja de Seguros S.A. En J 86.813/12.698 Lavarello Maria Antonieta C/Caja de Seguros S.A. P/Cuest. Deriv. de Contrato de Seg. S/Cas. Suprema Corte Justicia De Mendoza. fs 57. 23/03/2012).

Indicando, en línea coincidente nuestro TSJ: "...la quejosa omite considerar que la Ley 24.240 es de orden público (Art.65) y que, por ello, su aplicación es imperativa, según doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la que este Cuerpo adhirió in re: "GÉLIZ ANA MARÍA C/CAJA DE SEGUROS S.A. S/COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD" (Ac. N°46/10).

El extremo que pasa por alto la impugnante es que no cabe interpretar los términos del contrato con desapego a los alcances de la Ley de Defensa del Consumidor. Y como ya se sostuvo -en el precedente mencionado ut-supra-, por su

naturaleza, tal normativa es indisponible para las partes, las que no pueden alterar o modificar sus efectos.

En ese sentido, el orden público consolida derechos que por su trascendencia interesan a toda la comunidad. Y es precisamente este orden público de protección el marco desde el cual cabe interpretar las relaciones jurídicas de consumo. Al respecto, Lorenzetti expresa:

"El principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el Derecho del Consumidor... en los casos que se presenten colisión de normas, es importante tener en cuenta que no es la ley sino la Constitución Nacional, la que es fuente principal del Derecho consumerista. Se trata de uno de los derechos denominados derechos civiles constitucionalizados" (Lorenzetti, Ricardo Luis, "Consumidores", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2da. Edición Actualizada, año 2009, págs.44/45)... (cfr. R.I. N°62/2012, "IVANOFF GLADYS C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/SUMARÍSIMO ART. 321 CPCC" (Expte. N° 55 - año 2011), del Registro de la Secretaría Civil de Recursos Extraordinarios del Tribunal Superior de Justicia)" (mi voto en la causa "COSTAMAGNA MARIA ANGELICA C/ INDALO S.A. Y OTRO S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE", Expte. N° 476595/2013, del 5/02/15. Ver también: "VERDUGO DANIEL ANDRES C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGUROS", JNQLA3 Exp. N° 448753/201).

2.1).- Sentado entonces que es posible en esta instancia realizar una subsunción normativa distinta a la resuelta en la sentencia de grado, explicaré por qué entiendo que la ley de defensa al consumidor resulta aplicable al contrato de rifa.

En el caso de los juegos de azar, se ha dicho: "¿Dónde está el consumo en el caso de las apuestas o de los juegos de azar? ¿Qué adquiere el consumidor con carácter final? Lo que el consumidor adquiere es un "bien" en los términos del artículo 2.312 del viejo Código Civil. Esto es, un derecho a recibir el pago del premio ofrecido en caso de cumplir los requisitos publicitados e informados. En el proyecto 1061-d-2006 (posteriormente ley 26.361 que modificó el art. 1 de la Ley 24240 para incluir los "bienes") se dijo que anteriormente se habían excluido algunas situaciones como "...los contratos sobre derechos. Sirve a título ilustrativo el caso del reclamo de un apostador en una jugada de la Lotería Nacional que, luego de ser dictaminado por el Servicio Jurídico de la Autoridad Nacional de Aplicación, debió desestimarse al considerárselo en rigor excluido de la protección de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor" al no estar "...contemplada la adquisición de derechos como lo es la compra de un billete de lotería. Con base en estas circunstancias, y considerando que en el vastísimo escenario del consumo la dinámica tecnológica y de comercialización de productos y servicios es capaz de presentar situaciones novedosas a cada paso, se entiende de buena técnica legislativa acuñar un tipo lo más cercano posible al grado de generalidad y abstracción que toda ley formal debe ostentar...".

Como vemos, el caso fue precisamente tenido en cuenta por el legislador" (cfr. Alejandro Alvaro Alonso Perez Hazaña, "Jugando con los consumidores", Revista de Doctrina Judicial N°46, 18 de noviembre de 2015).

Y también: "El art. 1 de la ley 24240 hace referencia al término "bienes" como objeto de las operaciones de consumo. Esta expresión es jurídicamente mucho más correcta y abarcadora, desterrando los tres supuestos a los que la

anterior redacción acotaba el ámbito de aplicación. La relación de consumo recae sobre cualquier objeto material o inmaterial susceptible de tener un valor. Queda alcanzada la adquisición de derechos en general, como puede ser el que otorga la adquisición de un billete de lotería, o la participación en sorteos, concursos o certámenes, etc (cfr. RUSCONI, Dante D, "La Noción de "Consumidor" En La Nueva Ley De Defensa Del Consumidor", Cita Online: 0003/013843).

No debe perderse de vista que el art. 1 del Dec. 1798/4, reglamentario de la ley 24.240, dispone: "Serán considerados asimismo consumidores o usuarios quienes, en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo: muestras gratis)."

Teniendo en miras esta estipulación, se ha dicho: "Aun admitiendo que la actora haya celebrado un contrato de adhesión, ello no la excluye del marco jurídico que le da la ley de defensa de usuarios y consumidores y su regulación con carácter protectorio, aun siendo la prestación principal el otorgamiento gratuito de un premio. El dec. 1798/94 la incluye expresamente" (Cám. Apel. Civ. y Com. Posadas, SALA I, Perrusi, Laura L. c. Crucero del Norte S.R.L., 01/06/2005, Cita Online: AR/JUR/6383/2005).

En idéntico sentido: "La naturaleza jurídica de la accionada (asociación mutual) no es óbice a la aplicación de la legislación consumerista. No aparece irrazonable entonces el juicio realizado por los señores camaristas de extender la normativa mencionada a los sorteos que aquella realizó" (STJ, Pcia Chaco, SALA I, "Garay, Ramona Eugenia c. Asociación Mutual Acceder y/o Loteria Chaqueña y/o quien resulte

responsable s/ daños y perjuicios", 09/12/2015, Cita Online: AR/JUR/68285/2015).

De modo tal que, esta contratación, al estar enmarcada en el ámbito de la ley de defensa del consumidor, se verá imbuida del régimen tuitivo propio de este cuerpo normativo.

Por tratarse de un contrato de consumo, debe darse cumplimiento a las previsiones de la L.D.C. sobre seguridad, información, trato debido, responsabilidad, interpretación de los contratos, etc.

Ello sin perjuicio del énfasis en la buena fe (art. 1198 Cód. Civil) que debe penetrar la relación en todos sus aspectos, desde los mecanismos utilizados en la reglamentación, la información brindada al consumidor hasta la publicidad, ya que todo esto confluye integrando el contrato (PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, "Publicidad y falsas expectativas en los contratos aleatorios y accesorios de consumo", LA LEY 18/11/2008 , 5; LA LEY 2008-F , 518).

2.2)..- Ahora bien, la rifa es un contrato mediante el cual, una de las partes, el adquirente, se obliga a pagar un precio en dinero, pago que le acuerda el derecho a participar en un sorteo o en varios, con el número impreso en el billete, y la otra parte, la entidad promotora u organizadora, se obliga a pagar los premios estipulados al titular del billete favorecido, sin perjuicio de las demás condiciones que pueden incorporarse al contrato (cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, t. III, p. 551, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2000).

Se trata de un contrato por adhesión, en el que los adquirentes aceptan las condiciones predispuestas y el

reglamento del juego como contenido del acuerdo (cfr ESPER, Mariano, Manual de Contratos Civiles y Comerciales. Parte Especial, p. 627, Ed. Abeledo Perrot, 2011).

Es decir, el adquirente de una rifa ingresa al contrato comprando un billete, y adhiere, sin posibilidad alguna de discusión, a las condiciones previamente estipuladas por el otro contratante.

En el contrato de rifa, como en cualquier contrato, las partes asumen obligaciones que deben cumplir y debe ser celebrado, interpretado y ejecutado de buena fe y de acuerdo con lo que las partes entendieron o verosímilmente pudieron entender obrando con cuidado y previsión (art. 1198, Cód. Civil). Así, por regla general, el organizador no puede dejar de cumplir las obligaciones asumidas, y debe pagar el premio, tal como lo prometió y publicitó en el billete respectivo (ver al respecto, BORDA, Alejandro, "El contrato de rifa. Responsabilidad del organizador y contralor estatal", LA LEY 29/08/2014 , 5; LA LEY 2014-E , 144).

Como expliqué, si la relación jurídica existente entre las partes es aprehendida dentro del contexto del contrato de consumo, resulta de aplicación extensiva el art. 8 de la normativa aludida, que dispone que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares, u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor.

En el caso, el texto del billete, que integra el contrato de rifa, claramente estipulaba que el primer premio consistía en una vivienda americana de construcción en seco, sin terreno, de tres habitaciones y 72m² a instalar en el terreno designado por el ganador (ver hojas 413yvta).

Sin embargo, surge de la prueba rendida en la causa, que la vivienda construida no tenía tres habitaciones, ni tampoco 72m² habitables (ver pericia en arquitectura de hojas 763/785 y 802/820).

Es cierto que el billete de la rifa solo hacía referencia a "72m²", pero si esa superficie no era totalmente habitable, debió surgir con claridad de la publicidad respectiva. Por el contrario, se observa que en el billete figuraba el bosquejo de un plano que incluía tres habitaciones, e incluso las dos de planta alta tenían dibujadas camas (una de ellas, dos) y mobiliario.

Las dimensiones de la vivienda que finalmente se construyó, no se condecía con el premio publicitado, en tanto en planta alta se construyeron dos altillos en los que no cabían muebles, ni tenían medidas razonables para su habitabilidad, atento la pendiente de los techos (ver pericia en arquitectura y declaración de la arq. Ramos).

En ese contexto, resulta claro el incumplimiento contractual en que incurrió MUDON, al no entregar idéntico premio al que se había obligado, sin que pueda válidamente excusarse en los términos del acuerdo firmado en fecha 17/01/15, ya que la exoneración de responsabilidad allí prevista, debe tenerse por no convenida, en los términos del art. 37 LDC.

Más allá de esta disposición, la doctrina se inclina por no aceptar la validez de las cláusulas de irresponsabilidad o de dispensa de culpa si no fuese convenida con toda libertad y en un pie de igualdad, como ocurre en los contratos predispuestos o de adhesión, en que las partes se ven obligadas a aceptar las cláusulas sin discutir las (ALSINA,

Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", 8ª ed., 1993, p. 338). Tal posición fue luego receptada en el nuevo Código Civil y Comercial (art. 988, 1118 y 1119).

Estos argumentos, sumados a los expuestos por mi colega, me llevan a rechazar el recurso interpuesto por MUDON.

3.- El remedio de HS NEGOCIOS SRL, tampoco puede ser admitido.

En primer lugar, aun cuando dicha parte haya desconocido el billete de rifa, éste quedó corroborado con las constancias del expediente administrativo donde se tramitó la autorización estatal respectiva (ver hojas 402/598).

Luego, más allá que el acuerdo firmado entre la ganadora y la constructora solo hiciera referencia a la cantidad de metros cuadrados, lo cierto es que éstos no eran totalmente habitables, como ya referí anteriormente.

Por otra parte, debo señalar que HS NEGOCIOS SRL, en oportunidad de contestar demanda, señaló que su parte firmó un acuerdo con MUDON, en virtud del cual asumió la obligación de construir una vivienda de 72m² de superficie, pero no se pactó que debía tener tres habitaciones. Este argumento, que mantiene en esta instancia, constituye el eje central de su queja.

Ahora bien, según el acuerdo firmado el 17/01/15 entre las partes litigantes, tanto el administrador de la rifa como MUDON ceden y transfieren a la ganadora de la rifa, todos los derechos sobre la vivienda en construcción en seco adquirida previamente por éstos, dejando constancia que no quedan saldos ni montos pendientes de pago.

Sin embargo, debe remarcar que la constructora no acompañó copia del mentado acuerdo a fin de conocer los términos de las obligaciones asumidas con la Mutual o el administrador de la rifa.

Si lo hizo este último, que adjuntó un convenio firmado entre él y la constructora, donde se pacta la construcción de una vivienda de 72m², pero se alude a una "memoria descriptiva de construcción con todos los detalles", que no se adjunta (ver hojas 964/965).

Con ello quiero significar que la empresa constructora no probó en esta causa a qué se obligó concretamente con la mutual, o que se hubiera obligado a construir una vivienda diferente a la ofertada en la rifa. Tampoco, que la actora hubiese impedido injustificadamente la continuación de la obra.

En este contexto, no encuentro que la sentenciante, al remitir a las conclusiones de la pericia en arquitectura, en la que se alude al incumplimiento de la memoria técnica y a la necesidad de adecuar las habitaciones de planta alta, esté obligando a la recurrente a hacer una obra significativamente distinta a la acordada, como denuncia en su recurso.

Con respecto a la firma de los planos, no surge de las constancias de autos que la constructora hubiese informado con claridad a la actora que los ambientes de planta alta eran altillos y no habitaciones, o que la altura de los techos era inferior a la media y condicionaba su habitabilidad.

Del plexo normativo compuesto por los artículos que conforman el capítulo II de la ley 24.240 surge que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las

características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización (art. 4), obligación que subsiste cuando, como en los presentes, de los efectos de la suscripción se pueden derivar consecuencias que afecten a la operación o una ejecución satisfactoria del contrato (en este sentido Stiglitz, "El deber de información y los vicios del consentimiento" en LA LEY, 2005-C, 1444, "LOPEZ ROMINA VALERIA CONTRA VIV. ROCA DE CONSTR. DEL INT. SRL S/SUMARISIMO LEY 2268", EXP N° 415232/2010).

Todo ello me convence que el remedio de HS NEGOCIOS SRL, debe ser desestimado.

4.- Con respecto a la queja planteada por el Sr. Vivas, comparto como dije, los fundamentos vertidos en el voto que precede, en tanto "el régimen de responsabilidad que establece el art. 15 de la ley 20.321, no es más que la contractual del mandatario hacia su mandante toda vez que las asociaciones mutuales se encuentran comprendidas en las disposiciones de los arts. 33 y 39 del Cód. Civil que le otorgan el carácter de personas jurídicas y en consecuencia, la independencia de su patrimonio y el de sus miembros, como así también la responsabilidad que frente a terceros compromete la actuación de la entidad.... La solidaridad actúa sólo en el ámbito de la responsabilidad frente a los asociados, sin que quepa extenderla a terceros, quienes deben efectuar los reclamos pertinentes a la persona jurídica" (CNCiv., sala L, en autos "Luzuriaga Gamón, Juan c. Puente, Ramiro", 1994/08/05, JA, 1995-IV-420. En igual sentido confr. CCiv. Com. Fam. Trab. Marcos Juárez, 1997/12/02, "Girula, Dante R. c. Mutual de Asociados del Club Tiro Federal Gral. San Martín de Isla Verde y otros", LLC, 1998-867).

En idéntico sentido, se ha dicho: "Tales consideraciones se derivan del concepto de personalidad jurídica que la ley otorga a las personas jurídicas de carácter privado (las asociaciones y fundaciones, las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derecho y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar) (Cfr. Verón, Sociedades Comerciales. Ley 19.550. Comentada, Concordada y anotada, p. 24).

En otras palabras, la personalidad jurídica de tales entidades, implica que deban responder con los bienes que conforman su patrimonio social, por el incumplimiento a sus obligaciones asumidas, quedando obviamente excluidos del concepto de patrimonio social, los bienes personales de sus miembros directivos" (TSJ Cba, Sala Civil Y Comercial, "Girula, Dante R. c. Mutual de Asociados del Club Tiro Federal Gral. San Martín de Isla Verde y otros", 27/07/2001).

Y aun cuando no se siguiera esta tesitura, lo cierto es que la extensión de la condena a los miembros de los órganos de administración y fiscalización de una persona jurídica, implica prescindir de la distinción entre persona jurídica y sus miembros, de modo que serán las pautas de conductas aplicables en cada caso las que determinen o no la responsabilidad individual de tales sujetos.

En el caso de autos, el Sr. Vivas no formaba parte de la Comisión Directiva cuando se aprobó y tramitó la autorización de la rifa en cuestión ante las autoridades provinciales (ver hojas 244, 245, 251/2, 401/438), periodo en el cual la Mutual, además, encargó la organización y administración de la rifa a un particular (ver hojas 970/971), y concomitantemente, a través del mentado "organizador",

contrató la construcción de la vivienda prefabricada (hojas 964/965, 1014).

Estas circunstancias, determinan que el Sr. Vivas haya resultado ajeno a la gestación, promoción y venta de la rifa realizada por la entidad, participando únicamente en la entrega de premios, y que por ende, no se encuentren reunidos los requisitos para responsabilizarlo solidariamente por los daños causados a la actora.

Coincido entonces en rechazar la demanda en contra del Sr. Vivas, y en que las costas a su respecto, se impongan en el orden causado, atento a que el régimen legal de las asociaciones mutuales (art. 15 de la ley 20.321), pudo llevar a la actora a considerar que le asistía razón en su planteo (art. 68, 2do ap, CPCC).

Por todas estas razones, y las que se exponen en el voto que precede, coincido en que deben rechazarse los remedios deducidos, a excepción de lo considerado con respecto al Sr. Ignacio Vivas. **MI VOTO.**

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Rechazar los recursos deducidos por Mu.Dó.N a fs. 1055/1075, H.S. Negocios S.R.L. a fs. 1080/1082vta., y a fs. 1083 y vta. por la actora, y hacer lugar al recurso de apelación deducido por el codemandado Ignacio Vivas a fs. 1055/1075vta., y en consecuencia modificar parcialmente la sentencia de fs. 1039/1052 rechazando la demanda con relación al mencionado codemandado Vivas y confirmarla en lo restante que fue materia de recursos y agravios.

2. Imponer las costas de ambas instancia con relación al codemandado Ignacio Vivas por su orden (art. 68 del C.P.C. y C.), y las restantes costas de Alzada en un 80% a cargo de los demandados y 20% de la actora (art. 71 del C.P.C. y C.).

3. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE -JUEZA

Dr. Jorge D. PASCUARELLI- JUEZ

Estefanía MARTIARENA- SECRETARIA