



NEUQUEN, 28 de Marzo del año 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**DIOMEDI MARTA INES C/ FORTALEZA DEL VALLE CONSTRUCCIONES S.R.L. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO**" (JNQC15 EXP 506309/2014) y sus acumulados "**VILLAR BENVENUTO MARCELA CELESTE C/ FORTALEZA DEL VALLE CONSTRUCCIONES S.R.L. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO**" (JNQC15 EXP 507382/15) y "**BEUNZA MARIA DANIELA Y OTRO C/ FORTALEZA DEL VALLE CONSTRUCCIONES S.R.L. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO**" (JNQC15 EXP 508251/15) 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 la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- La sentencia de grado es apelada por los actores, y sus letrados.

1.1.- La Sra. Diomedi cuestiona la estrechez de los montos económicos reconocidos y el rechazo del pedido de imposición de una multa civil a la empresa constructora demandada.

Señala que evidentemente la Jueza ha mal entendido el contenido del acuerdo suscripto el 30/04/13, cuyo cumplimiento ordena. Dice que ese acuerdo establece, en la cláusula primera, el importe indemnizatorio por dúplex por cada período de mora; en la segunda, la forma de pago de los períodos ya devengados al momento del acuerdo, y en la cuarta, da en uso un inmueble al hijo de la actora en compensación por la mora en la entrega de "uno de los dúplex".

Esgrime que la confusión de la sentenciante, determina un resultado injusto porque se condena a la demandada al pago de la indemnización correspondiente a diez



períodos por cada departamento, cuando la mora fue de treinta y nueve meses.

Aclara que el contrato que menciona la juez, nada tiene que ver con la demandada. Ya que justamente, es el contrato de alquiler que tuvo que celebrar el hijo de la actora para tener un lugar donde vivir con su mujer embarazada y luego con la hija recién nacida, pues las características del departamento dado en uso por la constructora no tenía mínimas comodidades.

Destaca que, además de la confusión de inmuebles y contratos en que incurre la Sra. Jueza, surge de su enunciado, que considera que la eventual dación en uso que menciona el acta acuerdo, compensaría la mora en los dos inmuebles comprados, pese a que la letra del acuerdo es clara con respecto a que la compensación es solo por uno de ellos.

Dice que consiente la decisión de no contemplar la indemnización por la mora en la entrega de la cochera, de lo que resulta que debe aplicarse lisa y llanamente el acuerdo celebrado entre las partes en el 2013 para el cálculo indemnizatorio. Pero lo que no es posible admitir es la tergiversación de las circunstancias fácticas y la falta de consideración de la letra escrita en el acuerdo.

En cuanto a los daños extrapatrimoniales, se queja de la falta de aplicación de intereses o actualización del monto dinerario acordado en concepto de tratamiento psicológico. Pide se apliquen desde la fecha de determinación del costo de la sesión por parte del perito y hasta el efectivo pago, ya que el criterio adoptado presenta un evidente desajuste a la realidad.

Por último, la agravia la desestimación de la multa civil por daño punitivo. Entiende que la magistrada no ha



considerado ni sopesado la gravedad de la conducta de la empresa.

Aquí alega que: a la fecha no se ha otorgado escritura traslativa de dominio; la posesión fue entregada más de tres años después de lo convenido; la instancia administrativa en Defensa al consumidor fue infructífera; la empresa redactó y no cumplió un acuerdo indemnizatorio, que consistió en una estrategia para licuar responsabilidades y el edificio todavía se encuentra sin terminar. Resalta que la conducta de la demandada, atento la cantidad de damnificados, constituye un *modus operandi* dañoso que es menester detener.

Por lo expuesto, entiende que la decisión de la juzgadora carece de fundamentos, ya que la empresa se despreocupó por la compradora y su conducta es grave.

1.2.- Daniela y Patricia Beunza, al expresar agravios, indican que la forma de cálculo de la indemnización a la que se condena a la demandada, arroja un resultado económico que las perjudica patrimonialmente.

Consideran que la sentencia debió declarar la nulidad o en su caso, integrar las omisiones del acuerdo, como se solicitó en la demanda, corrigiendo el resultado abusivo, según lo habilita la ley 24.240, en su art. 37.

Recuerdan que en la demanda solicitaron se consideren nulas las cláusulas abusivas del acta acuerdo y se integren las omisiones que desbaratan sus derechos y puntualizan que no encuentran en la sentencia fundamentos que den cuenta de la falta de consideración de su planteo ni explicación suficiente del criterio elegido.

Destacan que la única manera de interpretar el real sentido del acuerdo, es que el padre de las actoras pudo creer



que había un compromiso de entrega inmediata de los inmuebles. Pero resulta que el acuerdo implicaba que la empresa podía entregar los inmuebles cuando le plazca, con la única consecuencia de pagar \$2.000 por mes, y el consumidor no puede pretender el pago de valores locativos por falta de entrega, ni requerir actualización de valores acordados, desnaturalizando la obligación del vendedor y restringiendo los derechos de los consumidores.

Con relación al requerimiento de escriturar los inmuebles, dicen que la sentencia es ambigua y piden que en el texto resolutorio se aclare que se ordena a la demandada realizar los trámites previos y otorgar la escritura traslativa de dominio a favor de las actoras.

1.3.- Los letrados de la actora, en los tres expedientes acumulados, apelan sus honorarios por bajos.

2.- Resumidos de este modo los agravios, pasaremos a analizarlos.

"DIOMEDI" (EXP 506309/14):

La jueza tuvo en cuenta el acuerdo arribado por las partes, mediante el cual fijaron una compensación dineraria por la mora en la entrega de la posesión de las unidades adquiridas.

No obstante, coincido con el apelante en que los términos del mencionado acuerdo (ver hoja 11 y vta.) no han sido correctamente interpretados en el decisorio.

Es que, el departamento sito en calle Mitre cuyo uso se permitiera al hijo de la actora, solo compensa la falta de entrega de uno de los dúplex por un equivalente a \$2.000, tal como se desprende de la cláusula cuarta.



De modo que no encuentro correcto omitir la compensación -a partir de junio de 2013- por la falta de entrega del otro dúplex, como se hiciera en la sentencia recurrida.

En efecto, es claro que el marco general de cómo se compensaría la mora en la entrega de las unidades se fijó en la cláusula primera: \$2.400,00.- por cada dúplex a partir del 06/12, actualizable en un 20% por cada 12 meses que transcurran sin que se dé cumplimiento a la obligación de entregar la posesión. Esta concertación concreta, es la que cita a su vez la demandada en su responde de hojas 100vta.

Teniendo en cuenta los términos precisos de tal estipulación, y descontando los pagos realizados por la demandada que indicó la magistrada -por la suma de \$14.000.-, esta última debe las sumas devengadas desde septiembre de 2012 hasta la entrega de la posesión, en septiembre de 2015, con más los intereses dispuestos en la sentencia de grado.

A esos importes, habrá de deducirse las compensaciones pactadas en la cláusula cuarta, por el tiempo en que se hiciera uso del departamento de la calle Mitre (esto es, hasta octubre de 2014, conforme hojas 121), cálculos que, conforme se indicó en el decisorio y no ha sido materia de agravio, deberán efectuarse en la etapa de ejecución de sentencia.

No desconozco que la demandada señaló en su responde que en julio de 2014 ofreció entregar la unidad funcional y que por tanto a partir de ese momento ya no debían abonarse las sumas pactadas en el acta acuerdo.

No obstante, observo que conforme se pactó en el mencionado acta, las sumas compensatorias seguirían devengándose hasta "que la empresa dé cumplimiento a su



obligación de entregar la posesión de los dúplex en perfectas condiciones de terminación y habitabilidad" (cláusula primera). Idea que se reitera al final de cláusula quinta al estipular que: "la parte compradora puede negarse a recibir la posesión de los dúplex especificados en caso que la misma observe que los mismos no se encuentran en perfectas condiciones de terminación y habitabilidad, en este caso lo estipulado en la cláusula primera continuará su vigencia hasta la efectiva toma de posesión...".

Y en este punto, la magistrada consideró que conforme se desprende de las pruebas que individualiza, la demandada todavía debe realizar obras y reparar desperfectos, condenando a la accionada a concluir los trabajos en el plazo de 90 días, aspecto a esta altura firme por falta de agravio.

Más aún señaló: "... queda acreditado que la obra no ha finalizado, debiendo realizarse los distintos trabajos dictaminados por los peritos ingenieros... por lo que la negativa de la Sra. Diomedi a la entrega de la posesión se encontraba justificada".

Ergo, las sumas compensatorias pactadas deben calcularse hasta que la actora tomó posesión de las unidades adquiridas.

Consecuentemente, corresponde acoger este primer agravio en los términos precedentemente expuestos.

3.- La queja relativa al cómputo de los intereses aplicables al tratamiento psicológico, también habrá de prosperar.

Si bien el criterio de esta Sala ha sido que "los intereses de gastos por tratamientos futuros deberán computarse a partir de la sentencia y no desde la fecha del



hecho. Ello, por cuanto el dinero no ha salido del patrimonio de actor, por lo cual, no hay daño actual", (Sala II, en autos, "LOPEZ CARLOS ANTONIO C/ BELMAR BELMAR DOMINGA MIRIAM Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM C/ LESION O MUERTE", EXP N° 476036/2013, Sala I, "SALAMANCA PEDRO RUBEN C/ LOPEZ JOSE ONOFRE S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", JNQCII EXP 335908/2006), en este caso, y en suerte de revisión, creo pertinente realizar una precisión: aquí la necesidad de que la actora efectúe tratamiento psicológico existía ya en el momento en que se realizó la pericia, y por ende, la pretensión del recurrente de aplicar intereses desde esa fecha no aparece desacertada.

En la responsabilidad civil "rige el principio de reparación plena o integral para lo cual los intereses al ser accesorios de la obligación principal (reparación del daño) constituyen su expresión más concreta, pues tienden a preservar la integridad de la indemnización a que tiene derecho la víctima. Surge entonces la necesidad de reparar todos los rubros que componen la obligación principal, con su correspondiente interés" (TSJ Cba., Sala Penal, Sent. N° 18 del 09/03/05). Sin embargo, la fuente de los intereses moratorios es distinta a la de la reparación a la que accede; mientras que los ítems resarcitorios se deben por causa del daño derivado del hecho lesivo primario, la obligación de pago de intereses moratorios responde a otro hecho dañoso, claramente distinto, cual es el no cumplimiento oportuno de la obligación de reparar el daño.

Los intereses indemnizatorios o resarcitorios son también moratorios, pues al responsable se le impone la obligación de reparar el daño causado a partir del momento mismo de su producción, operando la mora automáticamente desde ese instante" (cfr. PIZARRO, Ramón D., Los intereses en la responsabilidad extracontractual, Sup. Esp. Intereses



02/07/2004, 75 Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales 01/01/2007, 1553; íb. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde MORENO, Graciela Melania, Los intereses en la responsabilidad civil, JA, 1985IV713; entre otros).

En este caso, la valoración del rubro señalado, no puede desconocer dos cuestiones: a) que el daño reflejado en la necesidad de realizar tratamiento psicológico no coincide temporalmente con el hecho que la engendró (en el caso, los incumplimientos de la constructora) y b) que el costo de la sesión determinado en la pericia, no representa el valor actual del tratamiento, atento el tiempo transcurrido entre la presentación del dictamen pericial y el dictado de la sentencia (sobre la improcedencia de tomar los valores históricos informados por los peritos, desconociendo el proceso inflacionario sufrido en nuestro país, los valores actuales y el equilibrio de las prestaciones, puede verse el fallo reciente de la Corte Suprema, en autos "Di Cunzolo, María Concepción c. Robert, Rubén Enrique s/ nulidad de acto jurídico", 19/02/2019, Cita Online: AR/JUR/90/2019I).

No debe olvidarse que la tasa de interés activa, según criterio de nuestro TSJ, no solo compensa la falta de uso del dinero, sino que también contempla la expectativa inflacionaria (Ac. N° 1590 en autos "ALOCILLA", expte. n° 1701/06), de modo que permitir su cómputo desde el momento en que el daño fue mensurado económicamente y en el que ya se constataba la necesidad de realizar tratamiento psicoterapéutico, como aquí se solicita, resulta un criterio adecuado a las circunstancias del caso.

Así, se ha dicho: "... a la suma mandada a pagar corresponde adicionar la tasa de interés mandada a pagar por el a quo pero desde la fecha en que fue presentada la pericia, momento éste en el que fue mensurado económicamente el



perjuicio. Va de suyo entonces que no resulta de recibo lo peticionado en la expresión de agravios en cuanto a que los intereses principien su curso desde el dictado de la sentencia, ya que la precisión del daño y su mensuración fue hecha en la pericia. A partir de ese momento estuvo claro para el dañador el monto que debía abonar a fin de reparar el perjuicio" (Cáma. 5a Apel. Civ. Com. de Cba, "Airasca, Henry Juan José y Otro c. Aguas Cordobesas S.A. s/ ordinario", 24/06/2016, Cita Online: AR/JUR/47362/2016).

Consecuentemente, habrá de modificarse este aspecto del decisorio, y disponer que el rubro tratamiento psicológico devengará intereses conforme la tasa activa del B.P.N., desde el 28/03/16 hasta el efectivo pago.

4.- El reproche vinculado al rechazo de la multa civil por daño punitivo, no tendrá, en cambio, favorable acogida.

He sostenido que el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, según modificación introducida por la ley 26.361, incorporó a nuestro derecho positivo la figura del daño punitivo. Expresamente contempla que 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.

Es que aquí, la cuestión se aleja del ámbito reparatorio, para centrarse, fundamentalmente, en la función preventiva de la responsabilidad civil (o, como prefieren otros señalar, del derecho de daños). Por ello, la ausencia de



condena de un rubro reparatorio, no obsta a la aplicación del daño punitivo.

Así, "...el denominado daño punitivo es una pena privada que consiste en una suma de dinero suplementaria o independiente de la indemnización que le pueda corresponder a la víctima para reparar los daños sufridos que tiene por finalidad castigar una grave inconducta del demandado, hacer desaparecer los beneficios obtenidos a través de ella y prevenir su reiteración en el futuro" (cfr. Barreiro, Rafael F. "La aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas anteriores a su vigencia y las relaciones de consumo". El daño punitivo, Publicado en: RCCyC 2016 (junio), 185 RCyS 2016-XI, 199).

En efecto "...La función preventiva de los daños punitivos no es desconocida en general por la doctrina autoral o jurisprudencial, sea alcanzada por el medio que pudiere utilizarse. Si se asigna a los daños punitivos una función preventiva, que comparte con la responsabilidad civil como categoría más amplia y continente de aquellos, aguardar a que se provoque un daño resarcible podría frustrar esa finalidad... De tal modo, la introducción de los daños punitivos implica reconocer que la responsabilidad civil, al lado de su función típica que sin dudas consiste en reparar, también puede y debe cumplir finalidades complementarias a los fines de la prevención y punición de ciertas conductas. Irigoyen Testa señaló que la función de los derechos punitivos habilita a distinguir un aspecto principal y otro accesorio: el principal es la disuasión de los daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente; y, por otra parte, la accesorio es la sanción del dañador ya que toda multa civil, por definición, tiene una finalidad sancionatoria por la



circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria”.

“Chamatropulos cree que la finalidad primordial es la disuasión, y que el aspecto sancionatorio es sólo un medio o una herramienta que se utiliza para llegar a aquélla. Esta visión presenta la cuestión desde una muy interesante perspectiva confiriendo prevalencia al aspecto preventivo – acorde con la novedosa regulación de la responsabilidad civil– en relación a la punición, que no tendría un propósito exclusivo y único en sí misma sino que sólo sería el vehículo para arribar a una finalidad que se estima socialmente valiosa...” (cfr. Barreiro, ya citado).

4.1.- He dicho también, siguiendo a Brodsky, que “...La prevención es hoy un objetivo crucial del Derecho Civil. Han pasado ciento cuarenta años desde la entrada en vigor del Código de Vélez Sarsfield, y mucho ha cambiado desde entonces. Por ejemplo, ha cedido la noción liberal según la cual no hay responsabilidad civil sin culpa, frente a una noción más solidaria, centrada en el daño y en el perjudicado, acompañada de factores objetivos de atribución de responsabilidad.

Pues bien, lo mismo debe abandonarse la idea de que el Derecho Civil existe únicamente para compensar un daño individual ya causado, puesto que en la sociedad actual, en su avanzado estadio de globalización y desarrollo tecnológico, es imprescindible prevenir al máximo la causación de futuras lesiones. Y especialmente debe procurarse desalentar aquellas conductas que pueden virtualmente dañar a la sociedad en su conjunto o a una vasta pluralidad de individuos, como es el caso del consumo. En este orden de ideas, señalan Pizarro y Vallespinos que “la función preventiva del derecho de daños ha agigantado su importancia en los últimos tiempos. Esta aptitud, de corte netamente disuasivo, se presenta como un



complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Tanto desde el punto de vista de la víctima cuanto del posible responsable, la prevención del daño es siempre preferible a su reparación. [...] un adecuado régimen de sanciones puede erigirse en un factor de prevención de consecuencias dañosas, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la Ley”.

Con igual criterio se ha indicado que “teniendo en vista ciertos daños particularmente graves [...], que son muchas veces irreversibles, ya no alcanza con tratar de repararlos a posteriori, sino que deben ponerse todos los medios para prevenir que ellos se produzcan. La idea de responsabilidad aparece como el telón de fondo de estos nuevos desafíos que le toca vivir a la sociedad moderna”. En el fallo dictado en la causa “Cañadas Pérez María c/ Bank Boston N.A.”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil señaló que el daño punitivo se impone ante “una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente” y que su función principal es la disuasión de daños conforme con dichos niveles...”.

Es que justamente, el punto central es la finalidad preventiva y disuasoria del daño punitivo, la que “...en definitiva, es la que da cuenta de la verdadera naturaleza de la figura. De acuerdo a la exposición desarrollada, sostenemos que el propósito de la institución bajo estudio es doble: prevenir futuros daños e impartir justicia en relación a perjuicios ya causados. Y como vimos, el Derecho Civil, independientemente de su tradicional corte resarcitorio, no es extraño en absoluto -más bien al contrario, debe perseguir también- a estas funciones...”

Y, desde allí, “... Habiendo establecido la naturaleza civil de los daños punitivos, es evidente que mal puede ser



inconstitucional la inobservancia de garantías penales en una materia no criminal. En efecto, "la Corte Suprema de los Estados Unidos, referente de la nuestra en materia constitucional, en reiteradas oportunidades, ha dicho que los punitive damages no son sanciones penales sino civiles, quedando por lo tanto al margen de las garantías propias del proceso penal...".

"...Finalmente, daremos respuesta al argumento expuesto en la primera de las corrientes mentadas según el cual las penas privadas no tienen cabida en nuestro sistema de responsabilidad civil. No controvertimos que, como regla general, la punición suele manifestarse en el ámbito criminal y no en el civil. Sin embargo, este principio no es absoluto. Por ejemplo, pactando de antemano intereses punitivos, el deudor puede obligarse a responder en caso de mora a una tasa generalmente superior a la compensación por el uso del capital ajeno. A su vez, aunque las astreintes que los jueces pueden imponer a quienes incumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial son definidas como condenaciones conminatorias, es posible observar en aquéllas un costado punitivo. Y en cualquier caso, se trata de sumas atribuidas al damnificado que son independientes del perjuicio sufrido. Estos son casos de instituciones pacíficamente aplicadas en la órbita civil que combinan un aspecto ciertamente sancionatorio con otro u otros de diferente índole (disuasorio, compulsivo, estimulativo, etc.). Ello conduce a concluir que, aun si aceptáramos (aunque no lo hacemos) que los daños punitivos tienen como función primordial el castigo al infractor, ello per se no sería óbice para excluir su admisibilidad en el Derecho Privado...".

Concluyéndose: "...A esta altura del desarrollo científico en la materia, es unánime el consenso en que el



consumidor se encuentra en una posición de inferioridad frente al proveedor. La relación de consumo no vincula a sujetos en pie de igualdad con absoluta libertad de negociación y contratación -como en el clásico esquema del codificador-, sino a personas que se hallan en planos desiguales. Por un lado, desde un punto de vista económico o material, el patrimonio del proveedor resulta por lo general mucho mayor que el del consumidor. En consecuencia, aquél suele contar con asesoramiento profesional en áreas contables, jurídicas y técnicas a las que el consumidor difícilmente tiene acceso, por carecer de los recursos necesarios para ello.

Por otra parte, desde una perspectiva subjetiva, el consumidor no puede -sin sufrir un importante menoscabo- dejar de consumir bienes y servicios: debe alimentarse, vestirse, trasladarse, adquirir medicamentos; puede necesitar un teléfono, una computadora o de acceso a Internet para desarrollar su actividad laboral, etc. Los ejemplos son incontables... Es por ello que, antes de abordar en detalle el tratamiento legal de los daños punitivos, nos parece apropiado finalizar esta parte del trabajo señalando un hecho fundamental: debido a las características propias de la relación de consumo, la vigencia de instituciones preventivas y aptas para dismantelar los efectos de las conductas dañosas es indispensable. Desde luego, en todo el ámbito civil aquéllos son propósitos deseables y necesarios; pero en el Derecho del Consumo, dado que los sujetos se hallan genéticamente en una situación muy desemejante y que las conductas lesivas de los proveedores pueden afectar a toda la sociedad o a una gran masa de personas, los daños punitivos resultan verdaderamente imprescindibles..." (cfr. Brodsky Jonathan M., Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores. Lecciones y Ensayos, Nro. 90,



2012, ps. 277-298, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/brodsky.pdf>).

4.2.- Ahora bien, tal como lo hemos indicado en otras oportunidades, para que proceda el daño punitivo es necesario que exista un factor de atribución calificado.

Así, Pizarro habla de "graves inconductas"; Kemelmajer de Carlucci, de "un hecho particularmente grave y reprobable"; en el precedente citado por el recurrente, y en la causa "Durán" se aludió a un grave reproche sobre la conducta del deudor, siendo necesario un análisis exhaustivo de la conducta del responsable, a efectos de desentrañar, por ejemplo, si ha mediado un desinterés manifiesto por los derechos de terceros. En suma, se trata de un serio reproche subjetivo al autor, ya sea a título de dolo o de culpa grave.

Es así que señalaba en la causa "Suhs":

"No cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo de pena que condena al incumplidor a reparar más allá del daño producido. Creemos que la amplitud dada por el legislador a los -por así llamarlos- requisitos de procedencia, es extremadamente peligrosa al no brindar al juez un marco o parámetro de referencia al que atenerse a la hora de sopesar la conveniencia y oportunidad de condenar a pagar daños punitivos. En el derecho norteamericano se ha aludido a una conducta caracterizada por la "malicia", entendida ésta como una actuación dolosa. También así se la caracterizaba cuando el demandado actuaba de una manera despreciable con indiferencia voluntaria y consciente de los derechos y seguridad de los demás (Civ. Code, par 3294 subd. -c-). No podemos exigir únicamente el aspecto objetivo del incumplimiento sino que, además, consideramos que es necesaria



una particular subjetividad. En este punto coincidimos con Alejandro Andrada en que la institución de las "penas privadas" propende al establecimiento de un derecho más igualitario y más justo. En ese marco no parece respetar elementales exigencias de justicia, la circunstancia de tratar igualitariamente a aquel que ha causado un daño por una mera negligencia o imprudencia, que a aquel que comete graves transgresiones, de manera consciente y aún, en ocasiones, obteniendo pingües ganancias con su reprochable accionar.

En síntesis, aún para sus defensores como Pizarro y el citado autor, debe receptarse el daño punitivo "cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro", en este criterio decididamente nos enrolamos y brevitatis causae "...resulta contrario a la esencia del daño punitivo, y a más de 200 años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlos ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales. Para poder cobrar daños punitivos hace falta algo más. Un elemento de dolo o culpa grave es necesario para poder condenar a pagar daños punitivos" -López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el Derecho argentino, Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", JA, 2008-II, 1201..." (cfr. Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, "De La Cruz, Mariano Ramón c. Renault Argentina S.A. y otra" 04/06/2010 publicado en: LLLitoral 2010 (diciembre), 1264 Cita online: AR/JUR/53471/2010).

Es que si esta "multa civil", aplicada en beneficio de la víctima, tiene como fin principal el de sancionar a los proveedores de bienes y servicios, que incurran en grave inconducta, supone la existencia de circunstancias excepcionales..."



Y agregaba:

Por ello es que tanto la doctrina como la legislación comparada, establecen como criterios para su procedencia: a) el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado; b) la razonabilidad de la relación entre el importe de los daños punitivos y los daños compensatorios; c) el alcance de las sanciones penales establecidas por las leyes para conductas comparables (cfr. Trigo Represas, Félix - López Mesa, Marcelo, "Tratado de la responsabilidad civil", Ed. La Ley, 2004, T. I, pág. 560).

Desde esta perspectiva, la aplicación del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor debe ser de carácter excepcional y, por lo tanto, más allá de la obvia exigencia de que medie el "incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales para el consumidor", se requiere algo más, lo que tiene que ver con la necesidad de que exista un grave reproche sobre la conducta del deudor, aún cuando la norma no lo mencione (cfr. Rúa, María Isabel, "El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales", JA - 2011-IV, fascículo n° 6, pág. 11/12)

De ello se sigue que su procedencia no puede ser determinada mecánicamente: ante el incumplimiento, la sanción; sino que requiere de un análisis exhaustivo de la conducta del responsable, a efectos de desentrañar si ha mediado un desinterés manifiesto por los derechos de terceros o un abuso de posición dominante, o un lucro indebido.

De otro modo, incluyendo la multa por daño punitivo como un rubro indemnizatorio más, siempre correríamos el riesgo de propiciar un enriquecimiento ilícito a favor de la víctima, extremo no querido por el sistema de reparación de daños del derecho civil" (cfr. "SUHS JAVIER ALEJANDRO CONTRA



ARMORIQUE MOTORS S.A. S/ SUMARISIMO ART. 321", EXP N° 402344/9).

4.3.- Traídos estos conceptos al caso analizado, concluyo, como anticipara, que la sanción no resulta procedente.

Como dijera, para la aplicación de la sanción se requiere más que el incumplimiento de las obligaciones, algo que tiene que ver con la necesaria existencia de un grave reproche sobre la conducta del deudor. Y el análisis de esa conducta me lleva a considerar que no ha mediado un desinterés manifiesto, un abuso de posición dominante o grave menosprecio hacia los derechos de las actoras.

Del relato efectuado en la demanda y de las pruebas obrantes, se observa que la parte accionada no se desentendió del atraso en la entrega de las unidades funcionales vendidas, ni del resto de los incumplimientos relativos a la obra en sí misma: se firmó un acuerdo en el que se reconocían sumas compensatorias, se autorizaba el uso de un departamento, y aunque quedaron trabajos de reparación pendientes, continuó realizando varios de ellos hasta lograr un avance significativo (ver notas adjuntas en el expediente administrativo de defensa al consumidor, hojas 753/6 y el estado de avance informado por el perito arquitecto, en hojas 512) .

Existió, sí, como ya se indicara, incumplimiento contractual de la demandada, por el tiempo que demoró la obra y los trabajos pendientes para finalizarla, sumado al retraso en la entrega de la posesión y la falta de escrituración, con los consecuentes daños ocasionados, pero su conducta no reviste la gravedad ni la intencionalidad que, conforme lo



explicara en los párrafos precedentes, requiere el daño punitivo.

Consecuentemente, propicio confirmar el rechazo de la multa solicitada por la actora.

5.- "BEUNZA" (EXP 508251/15):

Como señalara, las actoras sostienen que la aplicación del monto base de cálculo estipulado en el acuerdo suscripto entre las partes, a todo el período de la mora en la entrega de la posesión, disminuye exponencialmente el monto indemnizatorio que les corresponde por la privación -en más de dos años- del uso del inmueble que compraron, generando un resultado injusto.

Exponen que la sentencia no consideró el pedido de declarar nulas las cláusulas abusivas del acta acuerdo, ni explica suficientemente el criterio elegido.

Ahora bien, coincido con las apelantes en punto a que no surge claramente del decisorio por qué razón la sentenciante no hace lugar al pedido formulado en la demanda, consistente en que se declaren nulas las cláusulas abusivas del acta acuerdo y se integren las omisiones que, según sostienen, desbaratan sus derechos.

Dado que ningún tratamiento se realiza sobre este concreto planteamiento, la sentencia presenta un vicio que corresponde suplir en esta instancia. Veamos:

En primer lugar, debo señalar que no obstante la ley de defensa al consumidor es de orden público, es preciso realizar ciertas distinciones en cuanto al tipo de renunciaciones que pueden tener cabida. Tal como lo explicaba el Dr. Gigena Basombrío:



"Ahora bien, el orden público de una ley puede producir dos efectos que pueden o no concurrir conjuntamente: la imperatividad de sus normas y la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos.

Así hay situaciones de orden público relativo, en los que sus consecuencias jurídicas se limitan a la imperatividad de las normas mas no a la irrenunciabilidad de los derechos (efectos menos intensos en materia de limitación de la autonomía de la voluntad), y supuestos de orden público absoluto cuando se generan conjuntamente la imperatividad y la irrenunciabilidad (efectos más intensos donde la limitación de la autonomía de la voluntad es más acentuada).

Como criterio general cuando el derecho asignado por la norma imperativa tenga contenido patrimonial, se considera que sólo se encuentra en juego un interés individual y no el de la sociedad toda, por lo que una vez adquirido su destinatario podrá renunciarlo libremente. Esto es lo que ocurre en la gran mayoría de casos en el Derecho Privado, por lo que los derechos asignados por las normas imperativas pueden ser renunciados una vez adquiridos, como sucede en materia de prescripción, alimentos, legítima de derechos forzosos, ley de locaciones, sociedades, seguros, etc. La excepción es el supuesto de orden público absoluto, en donde la norma imperativa asigna derechos -generalmente de contenido extrapatrimonial- que son irrenunciables por encontrarse interesado el orden público, como sucede con los derechos a la personalidad (vbg. derecho a la vida, honor, intimidad etc.) o cuando la ley incluye deberes que no se pueden renunciar (vbg. patria potestad).

Precisamente en materia de derechos del consumidor, existe alguna doctrina que entiende que todos los derechos del consumidor son irrenunciables. (Alvarez Larrondo, Federico "El



rol de las autoridades administrativas en defensa del consumidor a la hora de homologar acuerdos conciliatorios" L.L. del 6/2/2008).

Sin embargo, otra doctrina que compartimos, sostiene por el contrario que cabe distinguir entre dos clases de renunciaciones: según se trate de derechos futuros o adquiridos. Así cuando la norma es imperativa, todo negocio derogatorio (vbg. la renuncia anticipada de derechos futuros) destinado a excluir o limitar la adquisición del derecho que aquella asigna es inválida y pasible de nulidad absoluta por encontrarse comprometido el orden público (vbg. la renuncia anticipada a un beneficio es nula).

Pero una vez que ha nacido el derecho, rige el principio de que todos los derechos adquiridos son renunciables, salvo que se encuentre interesado el orden público en el acto de disposición o por así disponerlo una norma especial.

Y en el campo de los derechos patrimoniales el principio general es que ellos son renunciables por cuanto se considera que solo se encuentra en juego un interés individual y no el de la sociedad. (Horacio H de la Fuente, "Renuncia de derechos y defensa del consumidor", J.A. 2009 III, pág. 1278 y sgtes.)" ("BANCO HIPOTECARIO S.A. C/ MONTENEGRO", JNQE1 EXP N° 505385/2013).

Llevados estos conceptos al caso de autos, se colige que aún cuando las partes habían pactado en el boleto de compraventa una fecha determinada de entrega de la posesión de las unidades funcionales, no se observa impedimento para acordar posteriormente una prórroga, a cambio del pago de una compensación dineraria por la mora en la entrega del bien.



Ello así, dado que, según entiendo, no cualquier renuncia implica, per se, abusividad.

Luego, con respecto a los términos del acta acuerdo, a mi juicio, no se advierte un desequilibrio significativo, desde el punto de vista estático, entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en detrimento de las actoras.

No debe perderse de vista que una estipulación abusiva es la que desarticula o altera injustificadamente el sinalagma, desnaturalizando el vínculo obligacional que une al consumidor y al proveedor (cfr. ZENTNER, Diego H., "Contratos de consumo", en RUSCONI, Dante D. (dir.), Manual de derecho del consumidor, Ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2^a ed., 2015, p. 436).

Nótese que la suma compensatoria pactada no se halla notoriamente alejada de los montos informados por una de las inmobiliarias oficiadas (hojas 546). Es que, sin perjuicio del valor locativo presunto, debe considerarse como un factor incierto la efectiva concreción de un alquiler, sumado a los gastos que genera el mantenimiento de un departamento (vgr. impuestos, expensas).

Tengo presente, además, que el legislador -recogiendo una posición jurisprudencial- ha previsto límites a la declaración de abusividad (art. 1121 CCyC), en los supuestos de cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado.

Y aquí, en definitiva, las partes estaban pactando el "precio" compensatorio por la mora en la entrega.

Señala la doctrina que: *"Esta norma tiene como su fuente principal el art. 4° de la Directiva Comunitaria*



Europea 93/13 ... Creemos que debe interpretarse en el sentido de que no pueden estimarse como abusivas la cláusula relativa al precio por "injusta", o "cara" la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado. Los fundamentos para precisar la materia "cláusulas abusivas" están dados en que a los fines del juicio de vejatoriedad de una cláusula, cuenta lo que se ha dado en denominar "el desequilibrio normativo" y no "el económico".

Este criterio ha sido reafirmado recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al sostener que en el derecho comparado se verifica una marcada tendencia de los diversos ordenamientos relativos a la defensa de los derechos del consumidor, en el sentido de excluir que el precio de un bien o servicio pueda ser, por sí mismo, considerado como abusivo por la autoridad judicial (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5/4/1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, art. 4.2, y Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25/10/2011, sobre los derechos de los consumidores). Ello así, con el evidente fin de evitar precisamente que, de admitir lo contrario, se generen de modo indirecto los efectos distorsivos del mercado (Corte Sup., 23/9/2014, "Municipalidad de Berazategui v. Cablevisión SA s/amparo", <http://www.revistarap.com.ar>).

Ello no quita que el precio pueda ser atacado por otros institutos como la lesión, la teoría de la imprevisión, el delito de usura, las regulaciones en materia de precios mínimos o máximos o sobre abastecimiento (ley 20.080), o sobre intereses por el Banco Central de la República Argentina, las normas de defensa de la competencia (ley 25.156), entre otros, en tanto se cumpla con los requisitos que dispone cada una de esas normas" (BAROCELLI, Sergio S. "La problemática de las



cláusulas abusivas en las relaciones de consumo y el Código Civil y Comercial, RCCyC 2016 (mayo), 235).

Decía entonces, que desde un punto de vista estático, la suma compensatoria acordada no merece reparos. No obstante, es necesario completar el análisis con una visión dinámica de la cuestión.

No debe olvidarse que "la problemática de las llamadas "cláusulas abusivas" es una derivación del instituto del abuso del derecho en materia contractual. En este sentido, el carácter de abusivo de cierta cláusula puede surgir de ella misma o de su combinación con otra. Asimismo, el análisis sobre la abusividad de una cláusula puede analizarse teniendo en cuenta su redacción (visión estática) o su aplicación (visión dinámica).

En este entendimiento, el instituto no debe circunscribirse a la noción de "cláusula contractual" en sentido estricto, sino, en sentido amplio, comprendiendo todo y cualquier pacto o estipulación contractual, escrita o verbal y de todas las formas posibles de hacer nacer relaciones de consumo" (ibid).

Bajo estos parámetros, y considerando la operatividad de la cláusula, juzgo fundado el reproche de las actoras en lo que refiere a la falta de previsión de un ajuste o incremento por el transcurso del tiempo en que se extendiera la mora.

Y aquí debo hacer dos observaciones: en primer lugar, que tal estipulación se había previsto en los acuerdos suscriptos por la empresa constructora con otros compradores (ver hoja 11 de la causa "DIOMEDI", que tengo a la vista), sin que se observen razones particulares para proceder distinto en con las Sritas. Beunza.



En segundo término, las accionantes indicaron que cuando su padre suscribió el acuerdo, se le había informado verbalmente que la entrega de la posesión sería inminente.

Esa circunstancia se condice con lo estipulado en la cláusula segunda (retención de la compensación devengada hasta ese momento para afrontar gastos escrituración) y con los propios dichos de la demandada (véase por ejemplo, nota de hoja 117).

Por ello, si la entrega estaba prevista en un tiempo cercano a la firma del acuerdo (febrero de 2013), y finalmente ello no fue así, dado que se concretó en noviembre de 2014 (hoja 9), deviene necesario integrar la omisión de no haber pactado algún tipo de ajuste para el caso en que la mora se prolongara en el tiempo.

Así, tomando como parámetro lo pactado en la causa "DIOMEDI", habrá de adicionarse a la compensación dineraria fijada en la cláusula primera, un 20% más por cada 12 meses transcurridos sin que la demandada hiciera entrega de la posesión.

Creo que de lo contrario se consolidaría una situación abusiva, íntimamente vinculada con la falta de información acerca de la posible demora en la entrega de las unidades funcionales (y consecuente falta de previsión contractual para suplir su impacto).

Es que, "una situación jurídica abusiva crea un entrelazamiento de derechos que producen falta de transparencia informativa, obstáculos para la expresión de la voluntad, y permiten consolidar una propuesta que no sería aprobada si tales restricciones no hubiesen existido. En este sentido, resultará también de especial aplicación el principio de realidad, que hace prevalecer, en caso discordancia, lo



fáctico, es decir, lo que realmente ocurre, sobre lo establecido en documentos o que ha sido asentado de alguna manera" (ibid).

Sentado ello, y con relación al segundo agravio, sin perjuicio de que el planteo pudo haber sido introducido mediante aclaratoria, corresponde interpretar que la sentencia dispone un plazo determinado para que la demandada finalice los trámites y otorgue la escritura traslativa de dominio a favor de las actoras, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 513 CPCC.

Por todo lo expuesto, corresponde modificar parcialmente la sentencia de grado en los términos que surgen del tratamiento aquí acordado. Las costas de Alzada se imponen a la demandada vencida en su condición de perdidosa, debiendo considerarse, a los efectos regulatorios, el monto del agravio involucrado (art. 68 CPCC).

6.- En los tres expedientes acumulados, los letrados de los actores apelan sus honorarios por bajos.

Al respecto, entiendo que dado que la determinación de las sumas compensatorias por mora se difirió para la etapa de ejecución de sentencia, sumado a que una de las pretensiones deducidas ha sido la escrituración de las unidades adquiridas, lo cual implica que opere en el caso lo dispuesto en los arts. 24 y 34 de la Ley Arancelaria, sin que se haya observado tal procedimiento, la regulación efectuada en el fallo a todos los profesionales y peritos intervinientes, deviene prematura. Propongo, entonces, dejarla sin efecto, hasta tanto se cuente con pautas para la regulación.

ASÍ VOTO.



El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome en idéntico sentido.

Por lo expuesto, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- MODIFICAR parcialmente la sentencia apelada del siguiente modo: **1.1.- "CAUSA DIOMEDI"**: a) Establecer que las sumas compensatorias pactadas en el acta acuerdo deben calcularse desde septiembre de 2012 hasta la entrega de la posesión, en septiembre de 2015, con más los intereses dispuestos en la sentencia de grado. A esos importes, habrá de deducirse -en la etapa de ejecución de sentencia- las compensaciones pactadas en la cláusula cuarta, por el tiempo en que se hiciera uso del departamento de la calle Mitre (hasta octubre de 2014); b) Disponer que el rubro tratamiento psicológico devengará intereses conforme la tasa activa del B.P.N., desde el 28/03/16 hasta el efectivo pago.

1.2.- "CAUSA BEUNZA": a) Establecer que habrá de adicionarse a la compensación dineraria fijada en la cláusula primera, un 20% más por cada 12 meses transcurridos sin que la demandada hiciera entrega de la posesión; b) Determinar que en el plazo fijado en la sentencia, la demandada deberá finalizar los trámites pertinentes y otorgar la escritura traslativa de dominio a favor de las actoras, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 513 CPCC.

1.3.- "CAUSAS DIOMEDI, BEUNZA y VILLAR": dejar sin efecto la regulación de honorarios efectuada a favor de todos los profesionales y peritos intervinientes, hasta tanto se cuente con pautas para ello.



2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida, debiendo considerarse, a los efectos regulatorios, el monto del agravio involucrado (art. 68 CPCC), difiriendo la regulación para su oportunidad.

3.- Déjese copia de la presente en los autos "VILLAR BENVENUTO MARCELA CELESTE C/ FORTALEZA DEL VALLE CONSTRUCCIONES SRL S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (JNQCI5 EXP 507382/15) y "BEUNZA MARIA DANIELA Y OTRO C/ FORTALEZA DEL VALLE CONSTRUCCIONES SRL S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (JNQCI5 EXP 508251/15).

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

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA