

Resistencia, 07 de agosto de 2019.-ns.

Y VISTOS:

Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "CANTERO, JOSE EMANUEL C/VIVIENDAS TECNOHOUSE DE SISTEMA DE VIVENDAS TECNOHOGAR S.R.L. S/INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO Y DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte. N°3.590/18, de cuyo estudio,

RESULTA:

Que a fs. 36/38 vta. comparece el Dr. Alejandro Luis La Regina, en calidad de apoderado del Sr. Rómulo Ramón Cantero, acreditando a su vez que el legitimado para accionar en la presente, Sr. José Emanuel Cantero, ha instituído a su padre con amplias facultades de ley. Y en tal carácter promueve demanda de daños y perjuicios contra la firma Viviendas Tecnohouse de Sistema de Viviendas Tecnohogar S.R.L., por la suma de \$1.314.832,00.

En cuanto a los antecedentes del caso, refiere que el Sr. José E. Cantero, suscribió con la empresa demandada dos contratos (N°5-1579 y 5-1580), en fechas 30/06/14 y 01/07/14, los que tenían el objeto del armado de una vivienda cada uno. Afirma que la obra entregada bajo contrato N°5-1580 no cumplía con las calidades convenidas, contando con varias falencias técnicas que debieron ser solventadas por su parte.

Por tal motivo, y con las intenciones de obtener su reparación, evaluando la rescisión del contrato N°5-1579, el 10/12/14, al accionante efectúa el reclamo ante la Subsecretaría de Defensa del Consumidor, formándose Expte. N° E-4-2014-1332-E que ofrece como prueba. Señala que en dicho expte. se presenta la firma demandada y ofrece efectuar reparaciones y la devolución del 50% de lo entregado por el contrato N°5-1579 ante la solicitud de la rescisión del mismo, aceptando el Sr. Cantero dicho ofrecimiento, no obstante insiste en la rescisión del contrato N°5-1579 con devolución de la suma de \$114.832,00 que fuera entregada con la suscripción del mismo.

Continúa exponiendo que no habiendo dado cumplimiento la empresa con lo pactado en la conciliación, el organismo debió dictar sentencia administrativa condenando a la demanda a abonar una multa y determinándose la nulidad de la cláusula 6º de ambos contratos. Por los motivos expuestos inician la presente acción con el fin de obtener la rescisión del contrato N°5-1579, debiendo la accionada no sólo devolver las sumas percibidas, sino también el daño punitivo previsto.

Finalmente describir la indemnización de los rubros que reclama, entre los que señala: 1) Devolución de la suma por rescisión contractual: afirma que al no ver satisfecha la contraprestación de lo pactado y habiendo abonado ya una suma, negándole la firma su devolución, requiere el importe de \$114.832,00 que fuera abonado por el Sr. Cantero. Aclarando que el contrato N°5-1579, no tuvo principio de ejecución, por lo que ambas partes podían dejar sin efecto el mismo. 2) Daño material: por el contrato N°5-1580, el cual no resultó entregado en las formas pactadas, tal como surge de las actuaciones administrativas, por lo que reclama estimativamente la suma de \$100.000,00, sin perjuicio de requerir la correspondiente pericia valuativa, que especifique los gastos que la misma demandará. 3) Daño punitivo: requiere por tal concepto el importe de \$1.000.000,00, por aplicación del art. 52 bis de la ley 24.240. Cita jurisprudencia. 4) Finalmente solicita por el Daño moral la suma de \$100.000,00 como resarcimiento del sufrimiento y calvario que debió pasar el actor para obtener un resultado favorable en una contratación donde fue él quien cumplió en todo momento con las obligaciones a su cargo.

Funda en derecho, ofrece pruebas, hace reserva del Caso Federal y culmina con petitorio de estilo.

A fs. 41 se imprime a la causa el trámite de los procesos sumarísimos y se ordena correr traslado de la demanda por el término de cinco días.

A fs. 62/64 vta. comparece la Dra. Patricia Lorena Unamuno, en representación de la firma Sistema de Viviendas Tecnohogar S.R.L., y en tal carácter contesta la demanda entablada en contra de su representado. Luego de efectuar la negativa de rigor, brinda su versión de los hechos afirmando que según lo pactado en los dos contratos, signados en forma voluntaria, se realizaría la construcción de dos viviendas, bajo el sistema que vende Tecnohogar, no estando incluidos cerámicos, artefactos de baño, revestimientos, pintura, encintados ni bajo mesadas, siendo todo ello entregado conforme al anexo que se pactó.

Asimismo menciona que el reclamo del actor por las falencias técnicas halladas en la vivienda, no se condice con la firma del recibo conforme que fuere signado, sin hacer ningún tipo de observación, el cual refiere ser un instrumento importante, por medio del cual la firma puede verificar la conformidad del cliente, siendo esa la oportunidad concreta que tiene el cliente para efectuar los reclamos y la empresa tomar conocimiento fehaciente de los problemas.

Seguidamente efectúa aclaraciones respecto a la confección de facturas y al sistema de viviendas que ofrece, para finalmente concluir manifestando que la empresa se comprometió a reparar los desperfectos que presenten algún inconveniente en la construcción, previa supervisión del personal de la empresa para llevar a cabo una auditoria y que el contrato N°5-1579, se puso a disposición ya que se encontraba lista para ser entregada al cliente, quedando pendiente solo pactar la fecha para su armado.

Ofrece pruebas. Funda en derecho. Hace reserva del Caso Federal. Formula petitorio de rigor.

A fs. 66 se tiene por contestado en término el traslado y se ordena correr traslado de la documental acompañada a la parte actora. Siendo evacuado por el actor a fs. 67.

A fs. 68 se señala fecha de audiencia preliminar la que es celebrada a fs. 69 en donde se da por fracasada la instancia conciliatoria y existiendo hechos conducentes que deben ser objeto de comprobación se recibe la causa a pruebas por el término de 30 días, las que son proveídas conjuntamente a fs. 70/71.

A fs. 120 ref./128 ref., obra agregado dictamen pericial arquitectónico.

A fs. 149 se llama Autos para dictar Sentencia, providencia que a la fecha se encuentra firme y consentida.

CONSIDERANDO:

I.- Hallándose trabada la litis y cumplimentados los principios de raigambre constitucional, de bilateralidad y contradicción del proceso, corresponde me avoque a dar respuesta a los planteos deducidos en autos, para lo cual habré de analizar los hechos expuestos, a la luz de las pruebas rendidas por las partes en apoyo de sus respectivas posturas, en conjunción con el derecho que resulte aplicable, sin dejar de mencionar que la omisión a referirme a alguno de los elementos acreditativos colectados, no significa no haberlo meritado, ya sea en forma singular como en conjunción con los restantes, legalmente incorporados; todo ello a fin de hacer efectivo el deber legal impuesto a los jueces de fundar sus decisiones, bajo pena de nulidad.

II.- Previo al tratamiento de las distintas cuestiones planteadas en la causa, entiendo necesario determinar el marco jurídico-normativo que regula el tema en debate; ello sin embargo, no sin antes señalar que en virtud de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, el artículo 7, al igual que el art. 3 de la ley 17.711, establece la regla de la aplicación inmediata del nuevo ordenamiento, como así también la barrera a la aplicación retroactiva, o sea, la nueva ley rige para los hechos que están en su curso de desarrollo al tiempo de su sanción y no para las consecuencias de los hechos pasados, que quedaron sujetos a la ley anterior. Por lo tanto la nueva ley toma a la relación o situación jurídica en el estado en que se encontraba al tiempo de ser sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos, en tanto que los cumplidos se los considera regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron.

Ahora bien, en las relaciones regladas por los particulares cabe aclarar que la nueva ley imperativa es de aplicación inmediata, contrariamente a ello, si resulta supletoria, sólo se aplica a los contratos acordados con posterioridad a la vigencia de la ley y no a los que se encuentra en curso de ejecución.

En este sentido se ha dicho: "...si la nueva ley es supletoria, sólo se aplica a los contratos acordados con posterioridad a la vigencia de la ley y no a los que se encuentran en curso de ejecución..." (La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Aída Kemelmajer de Carlucci. ed. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires 2015, pág. 36).

Conforme ello, y habiéndose celebrado el contrato de locación en el mes de junio/2014, la regla que rige -por ser estas de carácter supletoria- será la vigente al momento de su constitución, por lo tanto resulta de aplicación al caso el Código Civil.

Aclarado ello, procedo a efectuar el encuadre jurídico normativo del caso en estudio.

En tal cometido, dable es señalar que la responsabilidad de los arquitectos, ingenieros y constructores -y en general de los profesionales de la construcción- se halla comprendida en el campo más amplio de la responsabilidad de los profesionales liberales. No obstante se diferencia de la de otras profesiones en el sentido que además de los principios generales de responsabilidad también le son aplicables normas específicas que regulan el contrato de locación de obra, como los art. 1646 y s.s. del C.C. (conf. Mazzinghi, Jorge A., Aspectos de la responsabilidad civil de ingenieros, arquitectos y empresas constructoras, en La Ley 1993-D- 1133; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad civil de los profesionales de la construcción, Revista del Colegio de Abogados de San Isidro, num 18-enero-junio 1982, p. 113).

La denominada responsabilidad de los profesionales de la construcción se genera, normalmente, por incumplimiento contractual.

Es oportuno recordar que la locación de obra es la relación jurídica en virtud de la cual una de las partes (empresario, constructor, contratista, profesional liberal, etc.), se compromete a alcanzar un resultado, material o inmaterial, asumiendo el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica y la otra parte, denominada locatario de obra (dueño, propietario, comitente, patrocinado, paciente, cliente, etc.), se obliga a pagar por dicha obra un precio en dinero. Su elemento determinante es la obligación de resultado que asume quien se compromete a ejecutar la obra, con abstracción de la mayor o menor exigencia que implique obtenerlo, por lo que se diferencia de la locación de servicio, donde se trata de un trabajo en dirección a un resultado pero independiente de su obtención (Spota, Tratado de locación de obra I, num. 2, p.7; Garrido Cordobera Gonzalez de Garrido, Contratos Típicos y atípicos, p. 23 y ss; Borda, Contratos T.II, num 979, p. 15).

Este resultado, contratado entre las partes, implica para el empresario o locador ejecutar la obra según lo estipulado, o de un modo probable, o conforme a las reglas del arte, lo que surge de la inteligencia del art. 1632 del C.C. y que no es sino consecuencia de la norma general contenida en el artículo 512 del mismo cuerpo legal, como así también asegurar la solidez de la cosa entregada (art. 1646 del C.C.).

Así el interés del locatario no es la mera diligencia del empresario a fin de obtener el resultado pactado, sino el resultado mismo, con lo que la obra se concreta en una cosa susceptible de ser entregada. Por esa razón, la obligación del empresario no se cumple con la prestación de mera actividad, ni es suficiente para liberarlo la demostración de la falta de culpa en su obrar. Se trata de una obligación cuyo incumplimiento genera una responsabilidad, de la que sólo se libera demostrando la culpa ajena (cf. Lorenzetti, Ricardo Luis "Tratado de los Contratos", T. II, Rubinzal Culzoni Ediciones 2004, pag. 714).

Entonces, no cabe duda que en una locación de obra, la obligación del demandado surgirá de la norma contenida en el art. 1646 del C.C.; y en la indagación de tal responsabilidad, emergente de un contrato de construcción, cuyo objeto resulta ser una obligación de resultado a cargo del deudor (constructor, contratista, profesional liberal), debe recaer sobre éste el onus probandi liberatorio.

Dicho de otro modo, si se trata de una obligación de resultado, el actor sólo debe probar su no obtención, ya que de tal forma acredita el incumplimiento. Demostrado éste y el daño, el deudor sólo puede exonerarse por causa ajena que destruya el nexo causal entre el incumplimiento y el daño.

Tal conclusión es la dicha reiteradamente por la jurisprudencia: "Cuando se trata de obligaciones de resultado en las que el deudor asegura el logro del interés final pretendido por el acreedor, basta a este último demostrar la falta de obtención de ese interés, es decir, el mero incumplimiento material o estructural de la obligación asumida, para que al igual que en cualquier hipótesis de responsabilidad objetiva, surja una presunción de adecuación causal contra el deudor, siendo éste el hecho constitutivo de la pretensión que el acreedor demandante debe probar de acuerdo al art. 377 del CPCCN. Ello así, cumplida por el acreedor demandante dicha carga probatoria, se trasladará al deudor demandado la carga de demostrar los hechos impeditivos o extintivos en los que basa su defensa o excepción, es decir, la ausencia de cualquiera de los elementos constitutivos del acto ilícito contractual nacido del incumplimiento de una obligación de resultado, con aptitud para romper el nexo causal; y en caso, que el deudor demandado no cumpla con ese onus probandi, debe ser condenado por haber omitido la realización de la conducta probatoria del caso" (Argentoil S.A. c/ Soft Pack S.A. s/ Ordinario", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D; 13-05-2008, Rubinzal Online; RC j 1882/09).

Por otro lado, corresponde en primer lugar destacar que el juez, está convocado a contribuir con la efectivización de los derechos de los más débiles, en este camino, no existen dudas en nuestros días, sobre que la tutela del consumidor o usuario se alza como una directriz central de todo el ordenamiento jurídico reconociendo no solamente su especial protección, sino también exigiendo que los procedimientos la efectivicen al declararla que es de orden público.

Así tanto la Doctrina como la jurisprudencia indican los alcances que debe tener la Ley de Defensa del Consumidor. Al reglamentar esta nueva dinámica judicial en las distintas normas, la Ley de Defensa del Consumidor, asegura la concreción de sus fines tuitivos para con el consumidor, de ahí la importancia que tiene conocer la función que se le ha asignado a la jurisdicción; "en esa tarea no puede dejar de reconocerse que el sendero ya ha sido recorrido con medular motivación por el sector mayoritario de la Justicia Nacional en lo Comercial" ("Criterios Jurisprudenciales Imperantes en Materia de Declaración Oficiosa de Incompetencia en Juicios Ejecutivos de Consumo" -Ivarez Larrondo, Federico M. en "Revista De Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa" Año I N° 1 Septiembre 2010); además de numerosos y destacados fallos de distintas provincias de nuestro país, ello a través de pronunciamientos analíticos, en donde se ponderan razones que fortalecen el entendimiento de estas cuestiones, sosteniendo que la LDC integra nuestro derecho positivo y se debe aplicar, máxime teniendo en cuenta la incorporación que de sus principios se hace al nuevo CCyC, normas estas que además deben conjugarse con la CN.

III.- Establecidos los principios jurídicos que informan la cuestión traída a mi consideración, paso a analizar el tema central debatido en autos, para lo cual me avoco a examinar la pretensión del actor frente al demandado y luego, su postura en defensa de sus intereses.

La plataforma fáctica que se extrae de la posición que asume el actor y el demandado, permite tener por acreditado que en fecha 30/06/14 y 01/07/14, se suscribieron dos contratos N°5-1579 y N°5-1580, respectivamente, entre el Sr. Cantero y la firma Tecnohouse, en donde se pactó la obra de dos (2) viviendas (Modelo 71 Confort y Modelo 4320 Confort) respectivamente, estableciéndose como precio y forma de pago, la primera fijada en la suma total de \$229.665,00, recibiendo en el acto de suscripción el importe de \$114.832,00, obligándose el actor al pago del saldo -cf. fotocopia certificada del contrato fs. 22-. En relación al segundo contrato N°5-1580, se fijó como precio final la suma de \$150.620, habiendo recibido la firma demandada el importe de \$75.310,00 en fecha 28/06/2014, obligándose al pago del saldo restante, suma que conforme los recibos adjuntados fuera abonada en fecha 17/09/2014. -ver fs. 10/11-. Es decir, que dicho contrato se encontraría cancelado, no así respecto al primero en el cual se encontraría un saldo pendiente.

Cabe mencionar que, los pagos aportados por el actor y reconocidos por el demandado, además de acreditar que la firma Tecnohouse percibió distintas sumas de dinero por los trabajos de construcción de la obra que le fue encomendada, revelan la prestación asumida por el demandado (aceptación del pago y entrega del inmueble respecto al contrato N°5-1580), no así respecto al N°5-1579, por el cual sólo se abonó el importe de \$114.832,00 y el cual el actor pretende rescindir mediante la presente acción.

1.- a) Ahora bien, en relación al primer reclamo, el accionante requiere la indemnización de los daños materiales, producto de la construcción defectuosa, que menciona haber recibido, lo que resulta reconocido por la firma demandada en su escrito de contestación, al mencionar a fs. 62 vta./63 "...si es cierto que ante el reclamo del Sr. Cantero, se realizaron services a la obra, ya que presentaba deterioros propios de la exposición a humedad (ya que la zona de construcción es una zona húmeda), y al cambio de paneles de durlok y otro elementos constitutivos de la vivienda...". No obstante ello, la demandada no acompañan tan sólo un elemento probatorio que lo corrobore.

A los fines de lograr acreditar el reclamo, acudo a la pericial arquitectónica glosada a fs. 120 ref./128 ref., llevada a cabo por el Arq. Pedro A. Tymkiw, que determinó conforme lo constatado, los vicios, defectos y mala calidad de terminaciones de la obra, los que valuó en la suma de \$149.801,55, teniendo en cuenta costos de materiales y mano de obra, a la fecha de la pericia -03/2019-.

Entre los defectos que observara menciona: "...elementos de cierre de la cubierta desprolijos, mal resueltos y ausencia de componentes necesarios...carpinterías: las puertas presentan deficiencias en la apertura y cierre...columnas de galería no empotradas al suelo: esto compromete la estabilidad de la cubierta y su estructura...paneles de placas de yeso interior sin encintado y tomado de juntas, desprolijidad en terminaciones y encuadres...instalaciones: la provisión de agua tuvo que repararse dado que presentó deficiencias en interconexiones mal resueltas con pérdidas de agua..." . Acompañó a la misma fotografías de la obra, que corroboran lo detallado en su dictamen.

Es decir, que no cabe dudas de la existencia de vicios que fueron consecuencia de errores en la fase de ejecución de la obra o deficiencia en el proyecto. Por lo que entiendo que el actor tiene derecho a reclamar responsabilidades para la reparación de estos vicios.

Asimismo, cabe señalar que dicha pericial no resultó impugnada por las partes. Resultando dicho instrumento, de suma utilidad a los fines de ilustrar el estado de la construcción al momento de la constatación.

Dicho ello, y no existiendo pruebas que acrediten que la firma demandada haya efectuado algún tipo de refacción con posterioridad a la entrega de la obra, estimo que resulta procedente, el reclamo indemnizatorio que efectúa el accionante.

Y si bien es cierto que el actor en su escrito postulatorio, reclama por éste concepto la suma de \$100.000,00, ello se debe a que ha tomado un valor de mercado inferior al probado en autos, amen de que efectúa reserva de ampliar dicho monto, señala que su estimación dependerá de la pericia valuativa a practicarse oportunamente.

En este sentido así lo autoriza el art. 335 del CPCC cuando establece "...se tendrá la carga de precisar en la demanda el monto reclamado, salvo cuando al actor no le fuere posible determinarlo al deducirla, por las circunstancias del caso, o porque la estimación dependiera de elementos aún no definitivamente fijados...".

Consecuentemente la procedencia de tal indemnización debe ser receptada, estimando justo y equitativo fijar la suma prudencial de \$149.801,55, en concepto de costo de materiales y mano de obra, por los defectos observados en la misma, teniendo en cuenta que dicho valor es estimado a la fecha determinada en la pericia 15/03/2019. Monto al que se le adicionarán intereses a tasa activa del Banco Nación Argentina, desde dicha fecha.

b) Asimismo, el accionante reclama la aplicación del art. 52 bis de la ley 24.240, como multa civil por la gravedad del incumplimiento y como forma de disuadir futuras inconductas contra el consumidor, por la suma de \$1.000.000,00 en concepto de daño punitivo.

Al respecto, cuadra destacar que la interpretación de la extensión que asumen las partes en la celebración de un negocio jurídico, debe ser efectuada con sustento en el derecho de la seguridad, previsto constitucionalmente para los consumidores y usuarios, dado que la incorporación del vocablo seguridad en la carta magna es una decisión valorativa que obliga fundamentalmente al prestador de un servicio u obligación, en este caso la empresa demandada como constructora de un inmueble, encaminada a satisfacer las aspiraciones o derechos que le corresponden al comprador. La noción de seguridad, trata de impedir que el poder de dominación de una parte en la relación contractual, no afecte los derechos de quienes se encuentran en situación de debilidad, es decir el consumidor y el usuario.

El criterio general de interpretación en materia de Derechos del Consumidor, que surge de los arts. 3 y 37 de la ley 24240 es que en la duda debe estarse a la interpretación más favorable al consumidor. Este principio no solo se refiere a la interpretación del derecho, sino también en los hechos y a la prueba rendida en el ámbito jurisdiccional. La tutela general del derecho del consumidor, se sustenta en el reconocimiento de su situación de debilidad y desigualdad frente a los proveedores de bienes y servicios, situación que se acrecienta aún más con los fenómenos de globalización económica y la irrupción de las técnicas de marketing, junto a la evolución de la publicidad y a la revolución de las comunicaciones (Conf. PICASSO – VAZQUEZ FERREYRA (directores) en Ley de Defensa del Consumidor: comentado y anotada”, Bs. As. La Ley 2009, t I ps 59 / 60; idem OSVALDO ALFREDO GOZAIN, en “Derecho Procesal Constitucional – Protección constitucional del usuario y consumidor”, ed. 2005, ps. 448 y sgtes).

En el presente caso no me caben dudas en cuanto a que al actor, le alcanzan los principios expuestos, quien por otra parte fue el único que cumplió con lo pactado, desde que quedó demostrada una conducta reprochable de la empresa demandada, al no realizar adecuadamente la obligación que asumió, a pesar de haber recibido la totalidad de la contraprestación pertinente.

De manera tal que las vicisitudes que siguieron a la celebración de contrato, la conducta negligente y omisiva asumida por la empresa demandada, hace perfectamente viable la sanción que prescribe el art. 52 bis de la ley 24240, teniendo en cuenta el grado de incumplimiento de la parte demandada.

Sin obviar la violación de la confianza que puso el consumidor al entregarle a la empresa constructora desde el mismo momento de la celebración del contrato una importante suma de dinero por el precio de la operatoria. "...El actuar desaprensivo es dirimente pues el desprecio a los derechos de la contraparte, el aprovechamiento económico de los obstáculos procesales que hacen reducido el número de reclamos, la existencia de "microdaños" (daños ínfimos para cada consumidor perjudicado que, sumados, resultan jugosas ganancias ilícitas para el proveedor) y toda conducta que violenta desdeñosamente el derecho del consumidor o usuario es pasible de la aplicación de los daños punitivos, variando únicamente su cuantía" (Conf. Álvarez Larrondo, Federico M., "Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación", L. L., 29/11/2010).

Estamos ante una actitud ciertamente reprochable de una empresa constructora que pueden no ser casuales y sólo pueden aventarse en el futuro (y este es el fin primordial del "daño punitivo") con sumas en concepto de multa civil que disuadan al infractor de la alternativa de reincidir.

Fijar su monto es una tarea delicada, siendo premisas ineludibles: a) que no es un resarcimiento; b) que es una sanción; c) que tiene incidencia la gravedad de la falta; d) que no tiene relación directa y lineal con los rubros indemnizatorios; e) que debe cumplir una función preventiva disuadiendo al infractor de reincidir en conductas análogas.

El quid de la cuantificación del daño punitivo radica en una cantidad encuadrable en el concepto de sanción con función estrictamente preventiva que no sea inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de incurrir en conductas análogas. Se trata de que el deudor internalice las consecuencias de la baja probabilidad de condena, lo que se logra obligándolo a pagar a un damnificado los daños provocados a los demás afectados que no hicieron el reclamo ante la autoridad jurisdiccional; se compensa con daños punitivos la escasa probabilidad de ser sentenciado.

Con fórmula matemática o sin ella, no existe otra alternativa que acudir a presunciones hominis derivadas del sentido común y la experiencia del juzgador (art. 181 del CPCC).

Destaco que parte de la doctrina considera importante, a la hora de fijar el daño punitivo, el caudal económico del infractor (Tinti, Guillermo Pedro y Roitman, Horacio: "Daño punitivo" en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2012-1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pág. 222) o su posición en el mercado (Alterini, Atilio Aníbal: "Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor: primera lectura, 20 años después", L. L., 9/4/2008). No adhiero a estos puntos de vista, porque si bien el instituto es ontológicamente sancionatorio, tiene una estricta función preventiva que impide que su cuantificación actúe como función del patrimonio del dañador. Empero, aun de admitirse estas posturas, es evidente que la parte demandada es merecedora de la multa propuesta, pues hará mella en sus arcas. No obstante la suma que se fije debería proporcionar suficientes incentivos a quienes toman las decisiones respectivas para que busquen corregir conductas como la ventilada en autos, evitando así la repetición de sanciones semejantes que, multiplicadas, sí tendrían un efecto importante en la economía del proveedor. De paso, como externalidad positiva, es probable que otras empresas constructoras que incurren en análogos incumplimientos contractuales tomen nota de lo decidido y corrijan su irregular accionar sin necesidad de recibir ellas mismas una condena semejante.

De ello se sigue que esta sentencia beneficiará, indirectamente, a todos los consumidores que se hallan en situaciones similares, actuales o potenciales, lo que constituye uno de los fines específicos del daño punitivo. Esto es particularmente valioso porque, a la hora de tomar una decisión, los jueces no debemos prescindir de las consecuencias que naturalmente habrán de derivarse, toda vez que su valoración constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y aplicación del Derecho (Corte Suprema de Justicia de la Nación; Fallos: 302-1284).

En suma, atendiendo a "la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso" -que son las únicas y raquíticas pautas contenidas en el art. 52 bis de la Ley 24240 y sus modif.-, y en uso de la facultad discrecional que me otorga el art. 181 del CPCC, considero ajustado a derecho establecer esta multa en la suma de \$300,000,00 pues interpreto que es una cantidad significativa de dinero que con seguridad no le será indiferente desembolsar a la demandada, y que seguramente corregirá su accionar para el futuro desde que no le resultará eficiente incumplir la conducta debida y así se ajustará a los estándares sociales de diligencia requeridos tanto para la protección de los intereses económicos de consumidores y usuarios, cuanto para que no se viole el derecho a recibir un trato equitativo y digno, todo lo cual halla amparo en el art. 42 de la Constitución Nacional.

Resta finalmente aclarar, que teniendo en cuenta el carácter sancionatorio antes expuesto del daño en tratamiento, éste recién nace como consecuencia del imperio jurisdiccional, por lo que la adición de intereses a su respecto deviene evidentemente improcedente en éste momento.

Sin embargo, la condena por daños punitivos sí devengará intereses, de tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina, pero recién a partir de los diez (10) días de quedar firme la sentencia (plazo que propongo otorgar para su cumplimiento -art. 179 del CPCC)-, pues como dije antes no se trata de un resarcimiento y, por ende, a su respecto no se halla en mora.

c) En relación al rubro daño moral reclamado, es dable recordar que el daño a resarcir es aquél que no tiene efectos sobre el patrimonio, pero que afecta a la persona que lo sufre, en su interés tutelado por la ley. Es así que, se ha consagrado el criterio común según el cual, su reparación debe determinarse ponderando esencialmente los sufrimientos de quien los padece y no mediante el establecimiento de una proporción que lo vincule con los otros daños cuya indemnización se reclama, desde que no existe una relación forzosa entre el perjuicio material o el moral, razón por la que puede variar en función de las particularidades de cada caso.

A la luz de tales parámetros, cabe reseñar brevemente la diferencia entre la responsabilidad extracontractual que se funda en la violación al deber genérico (se trata de un deber y no de una obligación en sentido técnico) de no dañar a otro, sin que medie entre dañador y dañado un vínculo obligacional previo. Asimismo, no existe una obligación preexistente que vincule a las partes, es independiente de cualquier obligación preexistente; sino que a partir del evento dañoso se crea una nueva relación jurídica obligatoria, que tiene por objeto la obligación de resarcir el daño causado a la víctima (acreedor de la reparación) por parte del responsable (deudor de la reparación).

Por su parte, la responsabilidad contractual u obligacional, deviene cuando el comportamiento del sujeto responsable viola un deber jurídico impuesto por una obligación preexistente, cualquiera sea su fuente generadora. Cabe aclarar que la responsabilidad contractual no sólo se configura en los casos de incumplimiento de una obligación emergente de un contrato, sino que, con una visión más amplia de la cuestión, puede configurarse ante el incumplimiento de una obligación preexistente generada por otras causas distintas que no sean un contrato. Debe ser susceptible de apreciación pecuniaria y su existencia no puede ser cuestión de puro derecho sino que debe estar vinculada a cuestiones de hecho que dependen de las circunstancias de cada caso.

Esto conduce a la necesidad de probar el daño por quien pretende reparación y si no se acredita ningún perjuicio económico, no debe producirse indemnización por este concepto. Para la procedencia del mismo, la prueba de su existencia, certeza, como así también la relación causal e imputabilidad son requisitos sine qua non. La presencia del perjuicio material, debe ser comprobada para poder condenar al pago de la indemnización, no bastando la mera conjetura con la pretensión objetiva de que la existencia del mero hecho reprochable infiera el daño.

Cabe destacar, que no basta la simple alegación de los perjuicios sufridos, para que los mismos se consideren acreditados, existiendo diversos mecanismos de valoración judicial, es decir, en el caso de autos la accionante no se libera de la carga de probar cual fue el perjuicio moral, afirmando simplemente, como lo hiciera en su escrito postulatorio, que: "...atento al sufrimiento y calvario por el cual debe pasar el actor para obtener un resultado favorable, por una contratación donde fue él quien cumplió en todo momento con su obligación, pese a encontrarse en una situación económicamente desfavorable con relación a la empresa demandada..." (cfr. fs. 37 vta.).

En este sentido ha dicho la jurisprudencia: "...la ley no consagra una presunción sino que exige la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones, de tranquilidad anímica, que no puede ni debe confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos y de los negocios..." (Cám. Civ. y Com. 7º, autos: "Criado, Nélica c. Vicente Alvarez s/ordinario" Sent. nº 84, 18/8/93).

A más de ello, la mera invocación de la existencia de daño moral, sin siquiera especificarse concretamente en que forma incidió sobre la persona en su faz espiritual, no puede justificar tal reclamo, porque entiendo que no toda perturbación o incomodidad es resarcible. Todo debido a que "...no son resarcibles en concepto de daño moral, las incomodidades molestias o angustias, no habiéndose acreditado en debida forma que lo sucedido provocase depresiones u otros estados psíquicos que por su importancia adquiriesen relevancia suficiente en la personalidad del individuo..." (CNEspecial Civ. y Com., Sala IV, septiembre 4-980, "Ledigiani de Caprera y otra c. Consorcio de Propietarios Güemes 4070, Res. LL XLI, A-I, 895, sum. 37).

Por ello, corresponde establecer que el accionante debió acreditar fehacientemente cuales fueron los perjuicios morales sufridos, o que incidieron económicamente, o bien acompañar constancias que acrediten haber efectuado erogaciones por tratamientos psicológicos, ello deviene necesario, en virtud que si no se proporcionan elementos probatorios necesarios y suficientes para poder establecer la fijación del daño, no puede el sentenciante fijarlo sobre bases hipotéticas, por lo que si falta tal comprobación, lleva inexorablemente al rechazo del rubro.

2.- Finalmente, sentado lo que antecede, corresponde expedirme acerca del reclamo efectuado por el actor, que consistió en solicitar la rescisión del contrato N°5-1579 y la devolución de los fondos abonados por el mismo.

En primer lugar cabe determinar el marco jurídico temporal aplicable y teniendo presente que a partir del 01/08/15 rige el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, conforme ley N° 26994, y surgiendo expresamente de su texto que: ARTICULO 7º. Eficacia temporal: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo."

Así, el art. 7 hace referencia a la eficacia de las leyes en el tiempo, y si bien sigue los lineamientos del art. 3 del Código Civil derogado, en su último párrafo establece que las nuevas leyes supletorias son aplicables de manera inmediata a las relaciones de consumo en curso de ejecución en caso de resultar más favorables al consumidor.

Sin perjuicio de ello, a palabras de Aída Kemelmajer de Carlucci "...las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata. La norma tiene clara raigambre constitucional y esta estructurada sobre la base de una razonable aplicación del principio protectorio propio del Derecho del Consumo. Se ha sostenido que esta norma asignó "efecto retroactivo de los principios que rigen a las relaciones de consumo a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley. En mi opinión, la norma no dispone la aplicación retroactiva de la nueva ley sino su aplicación inmediata. Fundo mi posición no sólo en las palabras de la ley que en el párrafo tercero se refiere a la aplicabilidad inmediata, sino en el párrafo segundo que impide la aplicación retroactiva, sean o no de orden público." Continúa señalando a modo de resumen que respecto a "... Constitución, extinción y efectos ya producidos al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley: regidos por la vieja ley; ... En la relación de consumo, efectos aún no producidos, extinción aún no operada, regidos por la nueva ley, si es más favorable para el consumidor." (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. 1ª ed. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni, 2015. Pp.60-63.)

Por ello, en el supuesto de autos, sin perjuicio de tratarse de una cuestión de derecho del consumidor, cuyo contrato base resultó celebrado durante la vigencia del Código Civil (Ley 17.711), entiendo que la rescisión solicitada, implica una situación en curso y extinción no operada, por lo tanto corresponde aplicar la nueva ley (Código Civil y Comercial) para consecuencias de las relaciones jurídicas de manera inmediata y en el caso en tratamiento, siempre que resulte más favorable al consumidor.

Ahora bien, resulta sabido que el contrato puede extinguirse antes de su cumplimiento por la decisión común de ambas partes y, en determinados casos, también, por la voluntad de una sola de ellas. Si ambos contratantes deciden de común acuerdo ponerle fin al contrato se configura el desistimiento bilateral, que se denomina distracto o mutuo disenso. Cuando la extinción de la relación contractual se produce por la voluntad de una sola de las partes facultada para ello, se conforma lo que podemos denominar de manera genérica: el desistimiento unilateral.

Recordemos que el art. 1077 del CCyC, dispone la extinción por declaración de una de las partes, señalando que el contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad.

En cuanto a las disposiciones generales para la extinción excepto disposición legal o convencional en contrario, se aplican a la rescisión unilateral, a la revocación y a la resolución las siguientes reglas generales:

a) el derecho se ejerce mediante comunicación a la otra parte. La comunicación debe ser dirigida por todos los sujetos que integran una parte contra todos los sujetos que integran la otra; b) la extinción del contrato puede declararse extrajudicialmente o demandarse ante un juez. La demanda puede iniciarse aunque no se haya cursado el requerimiento previo que pudo corresponder; en tal situación se aplica el inc. f); c) la otra parte puede oponerse a la extinción si, al tiempo de la declaración, el declarante no ha cumplido, o no está en situación de cumplir, la prestación que debía realizar para poder ejercer la facultad de extinguir el contrato; d) la extinción del contrato no queda afectada por la imposibilidad de restituir que tenga la parte que no la declaró; e) la parte que tiene derecho a extinguir el contrato puede optar por requerir su cumplimiento y la reparación de daños. Esta demanda no impide deducir ulteriormente una pretensión extintiva; f) la comunicación de la declaración extintiva del contrato produce su extinción de pleno derecho, y posteriormente no puede exigirse el cumplimiento ni subsiste el derecho de cumplir. Pero, en los casos en que es menester un requerimiento previo, si se promueve la demanda por extinción sin haber intimado, el demandado tiene derecho de cumplir hasta el vencimiento del plazo de emplazamiento; g) la demanda ante un tribunal por extinción del contrato impide deducir ulteriormente una pretensión de cumplimiento; h) la extinción del contrato deja subsistentes las estipulaciones referidas a las restituciones, a la reparación de daños, a la solución de las controversias y a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la extinción -cfr. art. 1078 CCyC-

Dicho ello, es dable señalar al respecto, que de los instrumentos firmados de común acuerdo entre las partes surge que se ha pactado la rescisión de ambas partes, más sólo menciona la rescisión unilateral por parte de la locadora -ver cláusulas 6º fs. 22 y fs. 29-.

Sin perjuicio de ello, toda vez que se han acreditado las deficiencias e irregularidades técnicas, las que reciben suficiente apoyo de las constancias de la causa en relación a la construcción y cumplimiento del contrato N°5-1580, mediante la pericial previamente analizada -cfr. fs. 120 ref./128 ref.-, las que cabe aclarar, subsisten a la fecha de la constatación, entiendo que ello autorizaría el ejercicio de dicha facultad, es decir que justifican suficientemente la rescisión unilateralmente del contrato por parte del actor, no siendo arbitrario tal solución.

El hecho que la obra que fuere entregada por la demandada con las deficiencias que ostentan los trabajos realizados, no respondiendo a los parámetros consignados en el contrato, y habiendo la parte actora cargado con la prueba de los vicios y defectos comprobados; implican razones más que suficientes para pretender rescindir el otro contrato que jamás se perfeccionó y ello por las múltiples deficiencias denunciadas por el anterior. Ya que su capacidad empresaria fue puesta de relieve en la ejecución de la obra -Contrato N°5-1580-.

La falta de capacidad técnica de la parte demandada que celebró contrato de obra con el actor, fue puesta en evidencia mediante la pericial arquitectónica llevada a cabo, la que detalla una serie de desperfectos en la misma, los que si bien fueron reconocidos por la demandada, ésta aduce haber efectuado las reparaciones correspondientes, no obstante ello

no se encuentra acreditado en autos, por lo que -reitero- estimo adecuado que el accionante ejerza su facultad rescisoria atento la falta de cumplimiento de lo pactado en dicho contrato.

Por todo ello, las graves faltas en que incurrió la firma demandada encuadran en lo establecido y por lo tanto la postura del actor resulta legítima, no arbitraria al pretender hacer uso de las herramientas previstas en el derecho para quien no cumple con sus obligaciones.

Ahora bien, demostrado el incumplimiento de las obligaciones de resultado de la firma constructora, es evidente su responsabilidad frente al actor. En consecuencia, corresponde rescindir el contrato suscripto N°5-1579, debiendo la firma demandada restituir la suma abonada por el actor de \$114.832,00, que fuera entregada con la firma de dicho pacto, lo cual se encuentra reconocido por la firma accionada y acreditado con el recibo N°0002-00005329, glosado a fs. 9. Monto al que se le adicionarán intereses a tasa activa del Banco Nación Argentina, desde el momento en que la emplazada quedó notificada del Expte. administrativo E-4-2014-1332-E que tramita ante el Ministerio de Industria, Empleo y Trabajo, Subsecretaria de Comercio, cuya recepción de cédula fue en fecha 10/03/15 -ver fs. 26 del mencionado expte-.

IV.- Por todo lo expuesto, la demanda entablada por el actor deberá prosperar en la suma de \$ 564.633,55 (por devolución del precio pagado: \$114.832,00; por daño material: \$149.801,55; por daño punitivo:\$300.000,00).

Consecuentemente, procede hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios por incumplimiento contractual incoada por el Sr. José Emanuel Cantero, condenando a la empresa Viviendas Tecnohouse de Sistema de Viviendas Tecnohogar S.R.L. a abonar al primero la suma total de PESOS QUINIENTOS SESENTA y CUATRO MIL SEISCIENTOS TREINTA y TRES CON CINCUENTA y CINCO CENTAVOS (\$564.633,55), con más los intereses ya establecidos en cada uno de los rubros admitidos y desde las fechas allí indicadas.

V.- COSTAS Y HONORARIOS: Atento al resultado arribado, las costas deben imponerse a la parte demandada perdidosa, conforme al principio objetivo de la derrota consagrado en el art. 83 del CPCC.

Los honorarios se regulan teniendo en cuenta las pautas indicativas de los arts. 3, 5 (16%), 6 (40%), 7 (70%) y 10 (de acuerdo a la etapa en que intervinieron los profesionales) de la Ley arancelaria 288-C, tomando como base de cálculo el monto por el que prospera la demanda (\$564.633,55) debidamente actualizado, aplicando la tasa activa del Banco Nación Argentina. Respecto al rubro devolución del precio pagado: \$114.832,00 desde el 10/03/15 al 07/08/19 = \$284.458,22; daño material: \$149.801,55 desde el 15/03/19 al 07/08/19 = \$184.068,97; por daño punitivo: \$300.000,00, resultando un total de \$768.527,19, y ponderando fundamentalmente el mérito, la calidad, extensión y eficacia del trabajo desplegado en esta instancia por los profesionales actuantes.

Por lo demás, en el entendimiento de que resultaría mucho más conveniente ilustrar a las partes acerca de la incuestionable vigencia de la ley 24432, concretamente su art. 1º, considero oportuno aclarar que la aplicación al caso de la ley 288-C debe hacerse en consonancia con lo dispuesto en la citada normativa en cuanto establece en su art. 1º que la responsabilidad por costas será en primera instancia del 25% del capital condenado.

Es que, como ya lo afirmara el Alto Cuerpo al fijar el alcance que cabe asignar a dicho precepto legal: "...la modificación introducida por el art. 1º de la ley 24.432 desde la ley de fondo (art. 505 CC), en cuanto limita la condena en costas, no tiende a la alteración de los aranceles locales, sino simplemente condiciona en beneficio del vencido, los alcances de "su responsabilidad por el pago de las costas..."

Es más, el máximo tribunal ha entendido que resulta correcto hablar de "tope de responsabilidad por costas" que de un "tope regulatorio" (Sent. N° 401 del 28/11/01 en Expte. N° 48.329/00).

Consecuentemente debe quedar debidamente aclarado que debe aplicarse la ley 288-C en consonancia con la Ley 24.432; en resumidas cuentas, regular los honorarios conforme leyes arancelarias locales, determinando que a los fines de la responsabilidad por costas deberá aplicarse lo dispuesto en la citada Ley 24.432.

Por todo lo expuesto, Normas, Doctrina y Jurisprudencia reseñada y aplicable al caso,

FALLO:

I.- HACIENDO LUGAR a la demanda de daños y perjuicios por incumplimiento contractual instaurada por el Sr. José Emanuel Cantero contra la empresa Viviendas Tecnohouse de Sistema de Viviendas Tecnohogar S.R.L., y en consecuencia, CONDENANDO a esta última a abonar al primero, dentro del término de diez (10) días de quedar firme la presente, la suma de PESOS CUATROCIENTOS CUARENTA y NUEVE MIL OCHOCIENTOS UNO CON CINCUENTA y CINCO CENTAVOS (\$449.801,55), con más los intereses establecidos en los considerandos.-

II.- DECLARANDO la rescisión del contrato N°5-1579 celebrado entre las partes, por exclusiva culpa del demandado; CONDENANDO en consecuencia, a la empresa Viviendas Tecnohouse de Sistema de Viviendas Tecnohogar S.R.L., a reintegrar al actor la suma de PESOS CIENTO CATORCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA y DOS (\$114.832,00), a la que se adicionarán los intereses condenados, en la forma y condiciones dispuestas conforme lo expresado en los considerandos.-

III.- IMPONIENDO LAS COSTAS del litigio a la parte demanda -Viviendas Tecnohouse de Sistema de Viviendas Tecnohogar S.R.L.- en su calidad de perdidosa, conforme lo consagrado por el art. 83 del CPCC; a cuyo fin REGULO los

emolumentos de los letrados actuantes del siguiente modo: a) Al Dr. Alejandro Luis La Regina, en el doble caracter, en la suma de PESOS CIENTO VEINTIDOS MIL NOVECIENTOS SESENTA y CUATRO (\$122.964,00), y en la suma de PESOS CUARENTA y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA y SEIS (\$49.186,00). b) A la Dra. Patricia Lorena Unamuno, en el doble caracter, en la suma de PESOS OCHENTA y SEIS MIL SETENTA y CINCO (\$86.075,00), y en la suma de PESOS TREINTA y CUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA (\$34.430,00). Todos con más IVA, si correspondiere. Notifíquese a Caja Forense y cúmplase con los aportes de ley.-

IV.- REGULANDO los honorarios del perito técnico, Arq. Pedro Augusto Tymkim, en la suma de PESOS VEINTITRES MIL CINCUENTA y SEIS (\$23.056,00), de conformidad al art. 87 (3%) de la Decreto N° 2340/63.-

V.- COMUNICAR a las partes que de conformidad con lo dispuesto por el art. 179, inc. 9, del CPCC el expediente se encuentra a disposición en Mesa de Entradas para su retiro por el plazo de hasta tres días como máximo, para cada una de ellas, a contarse a partir del día 12/08/19, estableciéndose el siguiente orden para su retiro: parte demandada, Viviendas Tecnohouse de Sistema de Viviendas Tecnohogar S.R.L. y, parte actora, sin perjuicio de ser independiente al retiro el cómputo del plazo para recurrir la presente.-

VI.- REGÍSTRESE, PROTOCOLÍCESE, NOTIFÍQUESE POR MEDIOS ELECTRONICOS.-

ORLANDO J. BEINARAVICIUS

Juez - Juzg. Civ. y Com. N° 17

|DIA DESPACHO.....08.....AGOSTO..... 2019|

|DIA NOTIFICACION...09.....AGOSTO..... 2019|

Dra. ALEJANDRA PIEDRABUENA

Secretaria Juzgado C. y C. N° 17