

Nulidad Contractual Relacion De Consumo Art 42 De La Constitucion Nacional

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Nulidad contractual. Relación de consumo. Art. 42 de la Constitución Nacional En el marco de un juicio sumario, se rechaza el recurso interpuesto y se confirma la sentencia que admitió la demanda que perseguí-a un resarcimiento de daño moral y multa civil. En Mendoza, a los ocho dí-as del mes de mayo de dos mil diecisiete, reunidos en la Sala de Acuerdo, los Sres. Jueces de esta Excma. Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, trajeron a deliberar para resolver en definitiva los autos N° 52.012 - 250.853 caratulados "De Luca, Diego Alberto c/ Viviendas Americanas Monteverde de Viviendas Mendoza S.R.L. p/ sumario», originarios del Décimo Quinto Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de Mendoza, ve-nidos a esta instancia en virtud del recurso de apelación inter-puesto a fs. 110 por la demandada en contra de la sentencia de fs. 103/108. Llegados los autos al Tribunal, se ordenó expresar agravios a la apelante, lo que se llevó a cabo a fs. 114/117, los que fueron respondidos a fs. 119/126. A fs. 133 corre intervención del Sr. Fiscal de Cámaras. Practicado el sorteo de ley, quedó establecido el siguiente orden de estudio: Dres. MÁRQUEZ LAMENÁ, COLOTTO y MASTRASCUSA. En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del CPC, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver. PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es justa la sentencia apelada? SEGUNDA CUESTIÓN: Costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. MÁRQUEZ LAMENÁ DIJO: 1º) La sentencia de primera instancia admitió la demanda presentada por el Sr. Diego De Luca y condenó a Viviendas Mendoza S.A. a restituirle la suma \$ 35.000 más los intereses calculados a la tasa activa que informe el Banco de la Nación Argentina desde el dí-a del desembolso (09-08-2012) y hasta su efectivo pago y a abonar la suma de \$ 60.000, en concepto de resarcimiento de daño moral y de multa civil, con más los intereses de la ley 4.087 desde el 9 de agosto de 2.012 y hasta dicha sentencia y, a partir de allí-, los intereses calculados a la tasa activa que informa el Banco de la Nación Argentina. Contra dicho fallo se alza la accionada en los siguientes términos: a) La sentencia es arbitraria. Resulta infundado que la demandada no haya entregado la documentación al actor, violando el deber de información establecido por el régimen de defensa del consumidor. En este sentido, de las constancias de fs. 11 surge que el plano de vivienda sí-le fue entregado. El mismo actor lo adjunta con su demanda. Por otra parte la entrega de dicho plano y una especificación del detalle de los materiales a emplear surge del artí-culo octavo, segundo párrafo, del contrato firmado por el propio actor. La juzgadora ha decidido arbitrariamente otorgar valor a los dichos del actor en su demanda y restárselo a los términos del instrumento contractual suscripto por las partes. Tampoco es cierto que la demandada hubiera incurrido en violación del principio de buena fe contractual pues, de la carta documento obrante a fs. 13 así- como la declaración confesional obrante a fs. 70, surge que la unidad comercializada fue puesta a disposición del actor en debida forma. b) La juez presupone que la demandada, al momento de la celebración del contrato, conocí-a la existencia de una disposición de la Municipalidad de Godoy Cruz que impedió-a el emplazamiento de viviendas prefabricadas que comercializa. Se trata de una mera conjetura que no se sustenta en prueba alguna rendida en el proceso. En primer lugar, no es cierto que su parte se haya comprometido a entregar la vivienda para ser instalada en Godoy Cruz, pues surge del contrato que la vendedora se ha obligado a hacer la entrega de la vivienda en fábrica. En segundo lugar, no ha quedado acreditado que el municipio haya prohibido la instalación de vivienda en ese departamento. Tampoco que la demandada haya obrado a sabiendas de que no podí-a ser instalada. En sí-ntesis, no se acredita la existencia de un impedimento por parte de la Municipalidad de Godoy Cruz para la instalación de viviendas en dicha localidad. No puede el fallo bastarse en prueba instrumental aportada por el actor cuando su parte expresamente la desconoció. La resolución en crisis se asienta sobre meros dichos de la actora y algunas copias simples acompañadas en auto, las cuales carecen de autenticidad para fundar el decisorio. c) Cuestiona la sentencia por errónea interpretación de los hechos y en la aplicación de la ley de defensa del consumidor. Se equivoca la juez cuando entiende aplicable al caso el régimen del Código Civil y Comercial de la Nación puesto que se trata de situaciones jurí-dicas agotadas bajo la vigencia del Código Civil de Vélez Sársfield. Otro error de la misma naturaleza está constituido por la aplicación indiscriminada del principio de interpretación en favor del consumidor pues, para que sea viable su aplicación, debe existir razonable duda en la interpretación normativa. No existe duda interpretativa pues es clara la exención de responsabilidad para el caso de que la vivienda no pueda instalarse en el lugar elegido por el comprador por causas ajenas a la voluntad del vendedor. No puede soslayarse el hecho de que el lugar de instalación fue elegido por el comprador, corriendo por su cuenta las consecuencias de sus negligencias al no tomar los recaudos propios de un buen hombre de negocios, los que en el caso concreto hubieran consistido en averiguar ante los organismos pertinentes si la instalación de las viviendas que pretendí-a realizar en Godoy Cruz se ajustaba a la normativa municipal de edificación. Se trata de un claro caso culpa de la ví-ctima por la cual no debe responder. d) Cuestiona la

procedencia de los rubros daño moral y daño punitivo. Argumenta que el rubro daño moral fue reconocido con exceso de lo reclamado por el actor. Además plantea que resulta infundada la procedencia en tanto se omite toda consideración de los recaudos exigidos, tanto como por la ley como por la jurisprudencia, para reconocimiento excepcional de este rubro en materia comercial. En cuanto al daño punitivo, arguye que no ha existido por su parte ninguna conducta negligente u de omisión, ni dolo o culpa grave, ni la obtención de un enriquecimiento derivado de ilí-cito, ni abuso de poder o menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva. 2°) La actora rebate el recurso, pidiendo su desestimación y la confirmación de la sentencia apelada. 3°) El Sr. Fiscal de Cámaras asume a fs. 133 la intervención que por ley le incumbe, manifestando no tener objeciones que formular. 4°) En forma preliminar, debo destacar que la apelación no supone una reedición del juicio habido, sino que constituye un procedimiento cuyo objeto consiste en verificar, sobre la base de la resolución recurrida, el acierto o el error con el que sean valorado los actos desarrollados durante la primera instancia (ver: Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, Tomo V, 2° edición actualizada, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001, p. 73). En esta segunda instancia se revisa el decisorio recurrido, no se renueva el debate. Es decir, se realiza una actividad indirecta y mediata sobre el mismo material trabajado en la instancia precedente (Prieto Castro, Leonardo, Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Madrid, Reus, 1950, p. 587; Morón Palomino, Manuel, Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales), Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 359). Con lo evocado queda claro que no es posible aquí- atender cuestiones que no fueron alegadas oportunamente ante el Juez de Primera Instancia (compulsar: Hitters, Juan Carlos, Técnica de los recursos ordinarios, 2° ed., La Plata, LEP, 2004 p. 388). Si alguna circunstancia fáctica no fue alegada en la instancia precedente, no puede ser tratada por la Cámara, sin violentar el principio de congruencia en la alzada, que sufre una doble limitación: los agravios vertidos por el recurrente y el modo en que quedó trabada la litis con la demanda y la contestación respectiva (cfme: Cuarta Cámara Civil de Mendoza, "Pérez Casana", 07/septiembre/2012, LS 241-206). Otro aspecto a considerar es que los lí-mites de la revisión están dados por el alcance que el apelante haya impuesto a su recurso (tantum devolutum quantum appellatum). De tal modo, este Tribunal no podrá decidir cuestiones expresa o implí-citamente relegadas por el recurrente (véase: Azpelicueta, Juan José - Tessone, Alberto, La alzada. Poderes y deberes, Bs. As., Editora Platense, 1993, p. 165). 5°) Efectuadas las aclaraciones teóricas, pasaré a tratar el recurso. Lo haré de una manera integradora, procurando abordar todos los agravios. No está en debate que nos hallamos frente a una relación de consumo. Un ví-nculo, por tanto, amparado por el art. 42 de la Constitución Nacional que establece, en lo que aquí- interesa: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz...». La ley 24.240 precisa: "El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las caracterí-sticas esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización» (art. 4). Con relación a ello, su decreto reglamentario preceptúa: "En caso de venta de viviendas prefabricadas, de los elementos para construirlas o de inmuebles nuevos destinados a vivienda, se facilitarán al comprador una documentación completa suscripta por el vendedor en la que se defina en planta a escala la distribución de los distintos ambientes de la vivienda y de todas las instalaciones, y sus detalles, y las caracterí-sticas de los materiales empleados» (art. 1, inciso b), decreto 1798/94). A fs. 11 encontramos un plano traí-do por el actor, el que es señalado por la apelante como el plano a escala. La recurrente invoca además el segundo párrafo de la cláusula 8 del contrato que dice: "Información. Asimismo el comprador declara que durante la etapa precontractual y contractual ricibio (sic) y conoció toda la información detallada y necesaria relativas (sic) a las caracterí-sticas de los materiales empleados para fabricación del bien adquirido recepcionando la documentación donde se describe la planta escala, la distribución de los distintos ambientes sus medidas, instalaciones y detalles aceptándola de conformidad» (ver fs. 10). Supongamos que el primer agravio fuese admisible. Es decir, tengamos que, por efecto de esa cláusula contractual bastante mal redactada por cierto, la actora haya recibido la información y documentación exigida por el decreto reglamentario de la ley 24.240. ¿Ello cambiarí-a la solución judicial cuestionada? Considero relevante recordar que la demanda presentada en autos contiene dos pretensiones. Una principal, de nulidad contractual, fundada en que la empresa no entregó al actor la documentación completa suscripta por el vendedor que defina la planta a escala de la vivienda y sus instalaciones, así- como sus detalles y las caracterí-sticas de los materiales empleados. Una pretensión subsidiaria, en la cual se persigue la resolución contractual por incumplimiento, sobre la base de que la vivienda comercializada no estaba habilitada para su instalación en el Departamento de Godoy Cruz. Cabe aquí- señalar una disposición legal que fue especialmente invocada por la actora en su demanda (ver fs. 27). Dice la Ley Provincial de Defensa del Consumidor que "en el caso de ventas de viviendas prefabricadas, económicas o similares, se facilitará al comprador una documentación suscripta por el vendedor en la que se defina en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas las instalaciones y de los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tenga acceso directo. No podrá efectuarse la promoción sin previa aprobación del municipio respectivo, de los planos y demás documentación de la vivienda». Podemos ver que esta norma provincial, que data del año 1990, nos anticipa el resultado del recurso. Por más de que fuere aceptable el primer agravio, no

podemos admitir el segundo ni el tercero. Tengo claro que la Municipalidad de Godoy Cruz no ha aprobado la vivienda objeto del contrato, por lo cual mal pudo la demandada promocionarla y comercializarla. La falta de aprobación por parte del municipio surge de los siguientes elementos: a) Por más de que la recurrente se empeñe en desconocer el instrumento de fs. 4, tenemos que es un instrumento público y, por tanto, debió redarguirlo de falso (arg. art. 993, Código Civil). Aclaro no se trata de una copia simple, sino que el actor trajo dicho instrumento en el formulario que le fue extendido, con firma y sello original, siendo así digitalizado por la Mesa de Entradas Centralizada Civil (ver constancia de fs. 24). Tal cual se expresa podemos apreciarlo en el soporte digital que posee el Juzgado de origen y nos fue remitido. Ese instrumento público menciona, de puño y letra del inspector municipal Jorge Castro, que la vivienda o sistema constructivo Monteverde no se encuentra a la fecha (esto fue, el 19 de noviembre de 2.012) aprobado, ya sea para solicitar permiso de instalación, colocación, etcétera y que, conforme a la normativa, se ordena el desmantelamiento. b) A fs. 17 tenemos un informe evacuado por la comuna en donde se trajo un listado de sistemas constructivos prefabricados aprobados por el municipio. En él no hallamos a la empresa demandada. Vale precisar que ese es el informe respondido por la municipalidad a pedido del actor, conforme lo solicitara mediante el formulario que hallamos a fs. 18. Nótese que ambos documentos poseen firma y sello original de la repartición pública. Las Viviendas Monteverde no están habilitadas para su instalación en jurisdicción de Godoy Cruz. Tenemos entonces de que la accionada no debió promocionarla frente a este consumidor, menos comercializarla. Tanto prejudicial como judicialmente la accionada ha tratado de achacar la responsabilidad al Sr. De Luca, pero ello es inaudito. La ley 5.547 le impide al proveedor la promoción y contratación en tal caso. Es de destacar que en la cláusula tercera del contrato se especifica que la vivienda prefabricada será colocada en el domicilio de calle Paraná 1.638 de Godoy Cruz. El actor no compró esa vivienda para que le sea entregada en fábrica. Es claro que el transporte y armado de la vivienda será ejecutado por la demandada, pues así surge de la cláusula quinta del contrato en donde leemos: "Gastos extras adicionales: el transporte y armado será por cuenta exclusiva del comprador, quien se obliga a abonar la suma de cero pesos por kilómetro de traslado (\$ 0 por km) un día antes de la fecha de entrega de la vivienda. En caso de incumplimiento el vendedor queda facultado a suspender la entrega de la vivienda hasta el efectivo pago de los gastos de transporte e instalación y armado» (ver fs. 9). De nuevo, la redacción es deficiente, pero -en todo caso- ello perjudica a la demandada como predisponente del contrato. Lo que es evidente es que, si la vivienda iba a ser entregada en fábrica, ¿por qué entonces el comprador debí-a pagar al vendedor los gastos de traslado y armado de la misma? Y no se diga que el hecho de que haya precio cero en esa cláusula embrolla dicha conclusión pues, en todo caso, ello demostrarí-a nada más que al comprador se le bonificaron dichos gastos. A pesar de ello, es decir, aun si se creyere que al actor se le debí-a entregar la vivienda premoldeada en fábrica, la empresa accionada siempre supo que la vivienda será instalada en Godoy Cruz, con lo cual la ley 5.547 le impidió-a celebrar ese contrato con el Sr. De Luca. Dados los términos de la cláusula octava del contrato, entiendo que no debió declararse la nulidad como se hizo. Sin embargo, considerando todo lo analizado hasta aquí-, no puede alterarse la solución. Veamos. Para el caso de que no prosperara la nulidad, el actor dejó planteada en subsidio la resolución del contrato por incumplimiento en los términos del art. 10 bis de la ley 24.240. Esta es, en mi opinión, la acción que debe prosperar. Dicha norma legal establece: "Incumplimiento de la obligación. El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan». Nos situamos en la opción c). Va de suyo que Viviendas Mendoza S.R.L., tanto por exigencias de la buena fe (art. 1.198, Código Civil) como por imposiciones de la ley provincial 5.547, se obligó a entregar y armar una vivienda premoldeada aprobada según la normativa de edificación propia del departamento de Godoy Cruz. Esa obligación no fue cumplida. ¿Por qué digo que no fue cumplida? Porque según queda patente en la misiva de fs. 13, la accionada se empeñó en entregar una vivienda que sabí-a que no estaba aprobada por la comuna. Aclaro que por efecto del principio de que no puede invocarse la ignorancia de la ley (art. 20, Código Civil) así- como por la diligencia propia que les cabe a los proveedores de bienes de consumo, es inútil cualquier alegato de la apelante en cuanto a sortear la falta de aprobación municipal exigida por la ley 5.547. En un caso muy similar al presente y en donde tenemos a la misma empresa accionada, la Cuarta Cámara Civil de Mendoza consideró que se considera incumplido el deber de información previsto en la Constitución Nacional y en la ley de Defensa del Consumidor, y por tanto posible la resolución de los contratos de compraventa de viviendas prefabricadas, si el proveedor vendedor omitió toda información respecto a la imposibilidad de instalar las viviendas en una determinada localidad que habí-a sido elegida por el comprador y pactada expresamente al momento de contratar (Expte.: 51491 "Maronese, Sonia C/ Viviendas Mendoza S.R.L. p/ ordinario», sentencia de fecha 24 de junio de 2016). La obligación nuclear del vendedor es la de dar al comprador la cosa para transferirle el dominio de ella (art. 1.323, Código Civil). Ahora bien, esa cosa es la cosa prometida. Si el vendedor no observa la calidad de la cosa, incumple el contrato pues, estudiando

oferta y aceptación, encuentro que se pactó la entrega de una vivienda premoldeada para ser instalada en Godoy Cruz, con lo cual la aprobación municipal era requisito esencial. La calidad diferente de la cosa importa un incumplimiento pues se pretende entregar una cosa distinta a la debida (cfme: Lorenzetti, Ricardo Luis, Contratos - Parte especial, Tomo I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 155/156). Es que el cumplimiento de la obligación es el pago y, con ello, debe cumplimentar sus condiciones. Partiendo del presupuesto de que el objeto de toda obligación se corresponde con un proyecto de conducta enderezado a colmar un interés, el pago, en efecto, será el cumplimiento idéntico, íntegro, oportuno y exacto de ese plan o programa prestacional o, dicho de otro modo, la adecuación entre la prestación proyectada y la prestación realizada (véase: Boragina, Juan Carlos - Meza, Jorge Alfredo - Ferrari, Gloria, "Naturaleza jurídica del pago», La Ley Online: AP/DOC/3030/2013). Si la vivienda ofrecida no estaba apta para ser instalada en Godoy Cruz, pues falta esa identidad. Por tanto, ha mediado incumplimiento. Estamos frente a lo que los españoles denominan "incumplimiento en sentido material», es decir, cualquier falta de realización, realización irregular, defectuosa o incompleta de las conductas (prestaciones, si se prefiere) asumidas contractualmente. En definitiva, cualquier desviación del programa contractual (véase, por ejemplo: Gómez Pomar, Fernando, El incumplimiento contractual en Derecho español, Revista In Dret 3/2007, p. 7). Digo junto a Bueres que el fundamento mismo del pacto comisorio hay que buscarlo en la teoría de la causa y, más concretamente, dentro del ámbito de ésta, en la finalidad "categórica" o "abstracta": propósito recí-proco de los agentes de obtener el cumplimiento íntegro del programa de prestación supuesto "ab initio». Como bien señala este destacado jurista "el incumplimiento contractual hiere la causa, conforma un estado de alerta sobre la posibilidad de que la incolumidad de dicho elemento esencial del acto se deteriore. Puede suceder que al acreedor, a despecho del injusto contractual, le interese el cumplimiento del negocio, en cuyo caso mantendrá su vigencia auxiliado por la justicia y, con ella (la vigencia), obviamente, la de la causa. Pero también es perfectamente factible que aunque la obligación del deudor incumplidor todavía pueda ser satisfecha -supuesto que de darse haría permanecer inalterada la causa "estructural" o "institucional" (genética)-, al acreedor ya no le interesa esa solución, en razón de haberse frustrado la finalidad funcionalmente apreciada, es decir, el resultado económico perseguido, la utilidad esperada, las ventajas o atribuciones que debí-a redituár la consumación del programa o plan de prestación» (Bueres, Alberto, El pacto comisorio tácito y la mora del deudor, RCyS 2016-VI, 237). De Luca no se propuso adquirir una vivienda premoldeada sin más. Se dispuso a comprarla para que sea instalada en ese domicilio de Godoy Cruz que figura en el propio contrato. Si allí no puede instalarse la vivienda por razones de ejercicio de poder de policía del Estado en materia de construcciones, claro está que todo se fue del plan contractual. No estamos hablando de frustración del fin del contrato en sentido estricto, es decir de esa figura que se perfiló básicamente con motivo de los denominados "Casos de la Coronación» en Inglaterra y que hoy nuestro Código Civil y Comercial la contiene en su art. 1.090. No hablamos de esa figura porque ella requiere un acontecimiento extraordinario e imprevisible. Aquí- el desajuste es imputable a la vendedora, por lo que se aplica la figura de la resolución por incumplimiento (ver: Gianfelici, Mario César, La frustración del fin del contrato, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 120). De todos modos, la solución dada por el fallo apelado no provoca ninguna necesidad de cambio por el hecho de que yo entienda que procede la resolución y no la nulidad. Tanto la nulidad del acto jurídico como la resolución del contrato tienen efectos retroactivos. La diferencia más relevante entre ambas es que mientras la nulidad se produce por un vicio originario, la resolución presupone un contrato válido que deviene ineficaz por un hecho posterior a su celebración: el incumplimiento de una de las partes (ver, entre muchos: Suprema Corte de Mendoza, Expte.: 13006338180 "Lucero, Gerardo En J° 85945/50390 Lucero Gerardo Darío c/ Cuyo Invest S.A. y ots. p/ nulidad de acto jurídico p/ rec.ext.de inconstit-casación», sentencia del 13 de agosto de 2015). Con todo esto encuentro que cabe mantener la decisión de reintegrar la suma de \$ 35.000 que pagó el actor a la accionada, pues es el mismo efecto retroactivo perseguido tanto por ambos institutos. Esto me releva de considerar dos quejas contenidas en el tercer agravio, esto es, tanto la alegada aplicación indebida del Código Civil y Comercial así- como la operatividad del principio in dubio pro consumatore. No hay duda que considerar aquí- y la solución que propicio es la adecuada conforme al derecho vigente al tiempo de los hechos que conforman el caso (arts. 3 del Código Civil y 7 del Código Civil y Comercial). Me resta considerar el último agravio. ¿Resultan procedentes los rubros "daño moral» y "daño punitivo»? Con respecto al primero, la recurrente se queja desde dos perspectivas: a) la cuantía, que considera excesiva con respecto a lo que el actor reclamó; b) la procedencia, que estima inviable en materia comercial. Por razones metodológicas, trataré estas cuestiones en orden inverso. ¿Procede en este tipo de casos el resarcimiento del daño moral? Cuesta encontrar una verdadera crítica del apelante en este punto, pero se vislumbra un mínimo agravio, lo que me lleva a analizar el particular. Más allá de la comercialidad de ese contrato que puede considerarse en los términos de los arts. 7 y 8 del viejo Código de Comercio, vigente por aquellos años en que las partes se relacionaron, lo cierto es que estamos frente a un contrato de consumo, a una relación de consumo. Debemos tener presente que el consumidor opta en función de diferentes estrategias empresariales (publicidad, marketing, información etc.) por un determinado producto o servicio descartando otras posibles alternativas por lo que la frustración de sus expectativas y de la confianza depositada frente al incumplimiento

indudablemente habrá de proyectarse más allá del ámbito económico sin que resulte necesario una prueba específica de su existencia (cfme: Lovece, Graciela I., "Las relaciones de consumo. La prevención, la seguridad y el riesgo empresario", La Ley 2016-D, 549). En realidad, el criterio restrictivo a la admisión del daño moral se ha dado en materia contractual, a la luz de la interpretación literal que se le prodigara al art. 522 del Código Civil. Yo concuerdo con juristas como Sebastián Picasso para quien entender -en ese artículo- el vocablo "podrá" en sentido meramente potestativo para el juez, supondría validar la arbitrariedad del juzgador (ver su voto en: Cám. Nac. Civ., Sala A, "M., M. y otro c. M., C. J. y otros s/ cumplimiento de contrato", 11/agosto/2015, La Ley Online AR/JUR/34939/2015). Si el juez verifica daño extrapatrimonial debe procurar su resarcimiento en la medida de que haya sido pedido por el afectado. Es más, en materia de consumo, la ley especial no distingue entre daños patrimoniales y no patrimoniales. El art. 10 bis de la ley 24.240 habla de "daños". Donde la ley no distingue, no debemos distinguir. Basta revisar la jurisprudencia en materia de Derecho del Consumidor para apreciar la procedencia del rubro en este tipo de casos. Para cerrar el asunto, coincido con la Sra. Jueza en que "en el caso, se encuentra involucrado el derecho constitucional a acceder a la vivienda (art. 14 bis), también reconocido en los tratados internacionales como uno de los derechos económicos, sociales y culturales, por lo que la imposibilidad de concreción de la finalidad perseguida al celebrar el contrato genera angustias que exceden el parámetro de la normal tolerancia». Este agudo argumento no es siquiera mencionado por la quejosa y sostiene razonablemente el resarcimiento. Vamos a la cuantía. El actor en su demanda pidió \$ 25.000 por daño moral. La sentencia reconoce \$ 30.000 a la fecha del fallo. No hay vicio de incongruencia. Explicaré porqué. Primero, porque el actor dejó librado su reclamo a la suma con lo que en más o en menos el juez considere equitativo (ver fs. 25), lo que reiteró en sus alegatos (fs. 98). Segundo, él pidió en su demanda intereses moratorios a tasa activa Banco Nación (ver fs. 33 vta.). Si calculásemos esos \$ 25.000 más tasa activa llegaríamos a más de los \$ 30.000 más intereses de ley 4.087 que la Sra. Jueza terminó reconociendo. Tercero, hemos dicho en esta Cámara que la operación de cuantificación del daño es una consecuencia pendiente y que el Código Civil y Comercial indica que el juez debe cuantificar las deudas de valor a valores reales al tiempo de tasar la deuda (art. 772). Me queda tratar la cuestión de los daños punitivos. La ley 24.240 establece, en su artículo 52 bis: "Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley» (artículo incorporado por art. 25 de la Ley N° 26.361, B.O. 07/04/2008). Esta Cámara en autos n° 34.441 caratulados "Protectora Asociación de Defensa al Consumidor y ots. c/ Instituto Provincial de Juegos y Casinos p/ amparo» (junio/2012) perfiló a la figura. Siguiendo a Pizarro, enumeró las notas típicas de la "multa civil": a) la gravedad de la falta; b) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; c) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito; d) la posición de mercado o de mayor poder del punido; e) el carácter antisocial de la conducta; f) la finalidad disuasiva futura perseguida; g) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta; h) el número y nivel de empleados comprometidos en la conducta de mercado; i) los sentimientos heridos de la víctima. La Corte de Mendoza ha expuesto que, como presupuestos para que proceda su aplicación, suele requerirse una conducta especialmente grave o reprochable del dañador, caracterizada por la existencia de dolo o una grosera negligencia. Efectivamente, ha señalado que, pese al tenor literal del art. 52 bis de la Ley 24.240, no puede bastar con el mero incumplimiento. Es necesario por el contrario, que se trate de una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia (autos n° 110.849, "Guerrero, Cristian Adrián", sentencia del 04 de julio de 2014 y precedente allí citado. Ver además: Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, 2° edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 559). Cabe resaltar que la función del llamado "daño punitivo", mejor calificado como "multa civil", es la de evitar que el proveedor perpetre las mismas conductas dañosas. A la par, conlleva una finalidad represiva. Yo estoy convencido que Viviendas Mendoza S.R.L. se ha empeñado en litigar y resistir la pretensión del actor de un modo que desprecia los derechos del consumidor. No pretendo recortar ni desconocer su garantía de defensa en juicio. Lo que digo es que la empresa se ha desentendido del interés contractual de su cliente, un sujeto protegido constitucionalmente. La demandada sabe que las viviendas que comercia no están aprobadas para su instalación en el Departamento de Godoy Cruz. Gracias a la jurisprudencia que consulté de la Cuarta Cámara Civil pudimos saber que tampoco son aptas para el Departamento de Luján de Cuyo. Sin embargo y patente la infracción al art. 41 de la ley 5.547, la accionada mantiene su resistencia a dar por decaído el contrato, reteniendo a porfía las sumas que hace ya casi cinco años recibiera de manos del consumidor afectado. Por todo lo analizado, en cuanto a la primera cuestión, mi voto es por la afirmativa. Los Dres. Mastrascusa y Colotto adhieren al voto que antecede por idénticos fundamentos. **SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. MÁRQUEZ LAMENÁ DIJO:** Las costas de alzada deben ser a cargo de la recurrente por resultar vencida (art. 36-I, CPC).

Este es mi voto. Sobre la misma cuestión los Dres. Mastrascusa y Colotto adhieren al voto que antecede. Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta: SENTENCIA: Mendoza, 08 de mayo de 2.017. Y VISTO: El acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: I. Rechazar el recurso de fs. 110. II. Costas de alzada a cargo de la apelante. III. Regular los honorarios de segunda instancia del siguiente modo: a los Dres. Mari-a del Valle Cejas en la suma de pesos un mil trescientos sesenta y ocho (\$ 1.368), Mari-a Clara Cejas en la suma de pesos cuatro mil quinientos sesenta (\$ 4.560), Esteban Garcés en la suma de pesos novecientos cincuenta y siete con 60/100 (\$ 957,60) y Emilia Giudice en la suma de pesos tres mil ciento noventa y dos (\$ 3.192), sin perjuicio de los complementarios e IVA que pudieren corresponder (arts. 3, 15 y 31, ley 3.641). NOTIFÍQUESE Y BAJEN. Dra. Graciela MASTRASCUSA - Juez de Cámara Dr. Gustavo Alejandro COLOTTO - Juez de Cámara Dr. Sebastián MÁRQUEZ LAMENÁ - Juez de Cámara Dra. Alejandra Iacobucci - Secretaria de Cámara 024061E