

Datos del Expediente

Carátula: JUNCO NATACHA FABIOLA Y OTRO C/ CONSTRUCTORA ROCA SRL S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL (SIN RESP. ESTADO)

Fecha inicio: 17/12/2018

N° de

Receptoría: MP - 43330 - 2007

N° de

Expediente: 167150

Estado: Fuera del Organismo - En Juz.

Origen

REFERENCIAS

Sentencia - Folio: 904

Sentencia - Nro. de Registro: 172

11/07/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA

Texto del Proveído

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

REGISTRADA BAJO EL N° 172-S F° 904/11

Expediente n° 167.150– Juzgado n°1

// En la ciudad de Mar del Plata a los 11 días del mes de Julio del año dos mil diecinueve, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **“JUNCO Natacha Fabiola y otro c. CONSTRUCTORA ROCA S.R.L. s. Daños y perjuicios incumplimiento contractual”**. Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1) ¿Es justa la sentencia apelada?

2) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

I: En la sentencia dictada a fs. 330-339 el Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios por incumplimiento contractual promovida por Natacha Fabiola Junco y Martín Néstor Freijeiro contra Constructora Roca SRL por la suma de \$ 15.000 (\$ 5.000 en concepto de daño patrimonial y \$ 10.000 para reparar el daño moral) con más intereses a liquidar a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires, a partir del 10 de mayo de 2006, fecha en consideró configurada la mora.

Para así decidir consideró acreditado que los actores adquirieron a la empresa demandada una vivienda industrializada.

Ninguna de las partes agregó el contrato respectivo (la accionada admitió a fs. 62 vta. que no se había formalizado por escrito), por lo que la única prueba documental existente es el recibo de fecha 7.10.2003 (fs. 7), reconocido en su autenticidad por la constructora “Monteverde”, del que surge que recibió de los actores la suma de \$ 5.000 como “reserva y principio de ejecución (anticipo) de un total de \$ 8.100, correspondiente al precio del modelo de vivienda nro. 2880 I, que incluye los vidrios del inmueble (fs. 332, considerando I) apartado 1) segundo párrafo).

Tuvo por reconocidas también las cartas documento intercambiadas, de las que surge que los actores reclamaron esa entrega y la demandada los citó para establecer planos de planta escala y “detalles operacionales relativos a su adquisición” (CD de fecha 9.8.2005 a fs. 19), para luego responder que la vivienda se encontraba a su disposición “previo cumplimiento de las obligaciones a su cargo según contrato suscripto oportunamente” (CD de fecha 11.9.2005 a fs. 15).

Encuadró la relación jurídica dentro de las normas de la ley 24.240; como la falta de contrato escrito le impidió establecer cuáles eran las obligaciones de los actores, más allá de la determinación del saldo de precio en el recibo de fs. 7, consideró que la empresa demandada, como proveedor, había incumplido el art. 10 inc. e), f) y g) de esa norma, pues la instrumentación está destinada también a asegurar el cumplimiento del deber de información para con el consumidor (fs. 333 apartado b) y 333 vta.).

Valoró las declaraciones testimoniales que dieron cuenta de la adquisición y de los constantes reclamos formulados por los actores, indicando que el hecho de que algunos de los testigos estuvieran vinculados con las partes, no desmerece de por sí sus declaraciones, respecto a las que la demandada no planteó objeción alguna (fs. 334, 334 vta. y 335).

A ello sumó la presunción legal en favor del consumidor contenida en el art. 37 de la ley 24.240, para concluir que se los había “captado” recibiendo un adelanto de precio pero sin suscribir el contrato del que surgieran las obligaciones correlativas.

Consideró que existía en el caso un pacto comisorio implícito, que si bien no había sido ejercido por los actores en las cartas documento que enviaran, había operado en el trámite de las actuaciones administrativas por ante la Dirección General de Defensa del Consumidor y Usuario de la Municipalidad de General Pueyrredón, porque en la audiencia de conciliación habían reclamado el reintegro de las sumas abonadas; en su caso asignó el mismo efecto a la promoción de la demanda (fs. 336).

Hizo lugar al daño patrimonial por la suma de \$ 5.000, y al daño moral por la de \$ 10.000, con más intereses desde la fecha de la mora, y a distribuir por partes iguales en atención a que no se ha indicado otra participación.

II: Apeló el apoderado de los actores mediante escrito electrónico de fecha 18.9.2018, el recurso le fue concedido libremente a fs. 343, la expresión de agravios fue presentada el 3.2.2019 mediante escrito electrónico sin merecer respuesta de la demandada.

Los agravios pueden sintetizarse así:

i) El *a quo* ha fijado la suma de \$ 5000 para indemnizar el daño patrimonial sin advertir que en la demanda los actores reclamaron “la suma equivalente a un 62 % del valor de la vivienda adquirida oportunamente”, que al momento de entablarla ascendía a \$ 20.021,04 (el valor total según la página web de la demandada era de \$ 32.292).

Ese porcentaje del valor de la vivienda fue lo efectivamente reclamado y el Juez ha omitido su tratamiento alterando así el objeto de la demanda, por lo que solicitó que se fije para el rubro daño patrimonial el monto equivalente al 62 % del valor de la vivienda al momento de dictar sentencia , y subsidiariamente la suma de \$ 20.021,04.

ii) El sentenciante ha omitido “la fijación de oficio del daño punitivo contemplado en la Ley de Defensa del Consumidor”, incorporado por la ley 26.361 del año 2008, “dejando aclarado que la demanda fue iniciada en el año 2007”.

Con ello ha afectado “gravemente el derecho de defensa de la parte actora” causándole un “perjuicio grave e irreparable, lesionando, restringiendo y alterando en forma manifiesta derechos y garantías amparados en forma explícita por la Constitución Nacional”.

Solicitó la modificación de la sentencia en lo que fue objeto de agravio, con costas.

III: El recurso prospera parcialmente.

III.1: Tiene razón el apelante cuando afirma que en la demanda reclamó el daño patrimonial diciendo que “lo constituye el valor abonado, siendo el mismo LA SUMA EQUIVALENTE A UN 62 % DEL VALOR DE LA VIVIENDA ADQUIRIDA” (fs. 26 punto VII apartado a), con mayúsculas en el original).

En la audiencia celebrada el 10.5.2006 en la Dirección de Defensa del Consumidor municipal, también solicitó que se le restituyera la suma de \$ 5000 abonada “a valores actualizados a lo que vale hoy dicha vivienda pre fabricada” (fs. 37).

La martillera interviniente, en base a los puntos de pericia formulados a fs. 30, determinó el valor de las viviendas de uno y dos ambientes, de 34 metros cuadrados en \$ 80.000 a la fecha de la pericia “según lo informado por personal de la empresa” (julio de 2013, fs. 201), y en relación a julio de 2003, en base a “preciso retrospectivos, cálculos, cómputos, información del mercado de valores y divisas”, estimó un valor de entre \$ 28.000 y \$ 30.000 (fs. 201 cuarto párrafo).

El recibo de fs. 7 de cuenta de la entrega de \$ 5000, en concepto de Reserva y principio de ejecución (anticipo) mod. 28280 I por un total de \$ 8100 c/ vidrios incluidos”.

Claramente instrumenta un contrato de compraventa, del que surgen la cosa – el modelo 2820 I de las viviendas que comercializa la demandada-, y el precio total -\$ 8100-, conteniendo por ende la descripción del objeto del contrato celebrado (art. 1323 del CC ley 340; art. 1123 del CCCN).

Se corresponde por otra parte con el folleto de fs. 12, que si bien fue negado en su autenticidad, tiene el nombre de fantasía con el que opera la Constructora Roca SRL según surge del recibo reconocido.

En ese folleto el plano coincide con el tipo de vivienda que querían contratar los actores y con el precio indicado en el recibo; en el reverso se lee “\$ 1200 (reserva)” y al lado 5000, con una flecha se indica 3100 y dentro de un recuadro la variante 8100 – 5300 -2800.

Ello demuestra que para la vivienda cuyo costo total era de \$ 8100, podía reservarse abonando un 14 %, es decir \$ 1200, por lo que la entrega de \$ 5000 excedió al pago de una reserva y fue imputada, como surge del documento, a principio de ejecución del contrato como anticipo del pago del precio.

La suma abonada representaba en ese momento -2003- el 62 % del precio total pactado.

III.1.1: El *a quo* tuvo por operado el pacto comisorio implícito y consideró resuelto el contrato en decisión que no ha sido cuestionada (fs. 336), y los actores están reclamando los daños que les produjo el incumplimiento contractual del que fueron víctimas.

El monto de las indemnizaciones debe fijarse en valores que correspondan a la fecha más cercana a la sentencia (Alterini Atilio, Ameal Oscar, López Cabana Roberto, “Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1995, pág. 266; Zannoni Eduardo A., “El daño en la responsabilidad civil”, ed. Astrea, Bs. As. 2005, pág. 309; Pizarro Ramón Daniel, Vallespinos Carlos Gustavo, “Instituciones de Derecho privado. Obligaciones”, ed. Hammurabi, Bs. As. 1999, Tomo 3, pág. 224), por lo que resulta aplicable a esta decisión el art. 1083 del CC ley 340 modificada por ley 17.711, similar al art. 1740 del CCCN que prevé la reparación “plena” en concordancia con el art. 772 del mismo cuerpo legal.

La Suprema Corte provincial ha establecido que “ los jueces se hallan facultados para fijar el quantum indemnizatorio tanto a la fecha del hecho como al momento de dictar sentencia y aún diferirlo a las resultas del procedimiento que considere pertinente -art. 165 C.P.C.C.-, todo a fin de lograr una mejor reparación del daño causado” (causa C. 117.926, “P.M.G. y otros c. Cardozo Martiniano Bernardino y otros s. Daños y perjuicios”, sent. del 11-2-2015c), o cuando recurriendo al criterio de la CSJN, fija el valor del bien expropiado en el “valor objetivo” del bien, declarando que “... es el equivalente al valor en plaza y al contado, porque se tiene en cuenta el libre juego de la oferta y la demanda”. Agregando luego que “el criterio de la objetividad permite, a los efectos de su razonabilidad, ajustarlo en cada caso, no solamente a las cualidades intrínsecas de la cosa expropiada, sino también a las circunstancias de lugar y tiempo” (CSJN, Fallos 237:38; 305:1897, en SCBA, causa C. 101.107, “Arbizu Víctor Esteban y otros c. Provincia de Buenos Aires s.

Expropiación inversa”, sent. del 23-3-2010; esta Sala II, exped. n°131.976, 131.833 y 130.138, “Suárez Jorge Oscar y otra c. Mesa Argentino Enrique s. Daños y perjuicios”, “Caparrós María Soledad c. Mesa Argentino Enrique s. Daños y perjuicios”, “Royal Sunalliance Seguros Argentina SA c. Mesa Argentino Enrique s. Repetición de sumas de dinero”, sent. única del 16-3-2016, R 56-S F°269/93, exped. n°166.572, “Alonso Pehuén c. Badalini Claudio W. y otro s. Daños y perjuicios”, sent. del 24.10.2018, R 253-S F°1031/8; exped. n°137.518, “Santecchia Guillermo Juan y ot. c. Basile Rubén Alfredo y ot. s. Daños y perjuicios”, sent. del 14-2-2018, R 27-S F° 125/87; exptes. n°165.213 y 165.214, “Taddey Vanesa c. Maciel Eduardo y otro s. Daños y perjuicios”, y “Cerizola Dante Oscar c. Maciel Eduardo y otro s. Daños y perjuicios”, sent. única del 4-6-2018, R 138-SF° 723/39

En este mismo aspecto, Matilde Zavala de González (RCyS 2013-XI portada), advertía que “la plenitud indemnizatoria descarta sumas depreciadas, inservibles para obtener satisfacciones. Ello supone cuantías con poder adquisitivo real, sin cristalización al momento del daño o de la demanda, cuando ha disminuido a la fecha de la sentencia o la de su cumplimiento”.

La doctrina legal citada, implícita o explícitamente entiende que las sumas destinadas a reparar daños constituyen deudas de valor, en el sentido que siempre les ha reconocido la doctrina, aún antes de la vigencia del actual art. 772 del Código Civil y Comercial (Alterini, Atilio A., Las deudas de valor no se encuentran alcanzadas por la ley 23.928 de convertibilidad del austral en LL 1991-B,1048).

En el caso de autos, y tal como lo señaláramos en antecedentes de esta Sala (exped. 131.976 y 131.833 ya citados), ha mediado más que una mera petición o evaluación dineraria, limitada a someter la suma provisionalmente solicitada “a lo que en más o en menos resulta de la prueba a producirse” o al “prudente arbitrio de V.S.”.

Claramente se reclamó el equivalente al 62 % del *valor* de la vivienda adquirida, estimándolo en ese momento en la suma de \$ 20.021,04, según valores extraídos de la página web de la empresa demandada (fs. 26 punto VII apartado a), con más intereses, para luego someterlo al resultado de las pruebas.

Por ello, a la hora de cuantificar el rubro, estimo que pueden utilizarse las pautas del art. 772 del CCCN, es decir, tener en cuenta un “valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda”.

El *a quo* no se ha pronunciado sobre la ley aplicable al caso, pero consideró resuelto el contrato en la audiencia del 10.5.2006 (fs. 37), lo que unido a las normas citadas (arts. 1203 y 1204 del CC ley 340, fs. 335 vta. considerando I, punto 3) permite inferir que es el Código Civil derogado (art. 3 del CC ley 340; art. 7 del CCCN).

Esta circunstancia no es óbice para aplicar las pautas valorativas que propicio, pues como indica Aída Kemelmajer de Carlucci, la existencia del daño se rige por la ley vigente al momento del hecho, pero el modo de liquidar puede estar regido por la ley vigente al momento de la cuantificación (“La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, segunda parte, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2016, pág. 261).

En otro antecedente de la Sala (expte. n°161.169, “Ruiz Díaz José Aurelio c. Kreymeyer Iván y otra s. Daños y perjuicios”, sent. del 18.8.2016, R 196-S F° 1035/48), señaláramos al respecto que “la doctrina ha sostenido *la determinación del*

valor de reparación del daño al momento del efectivo pago, como modo de paliar las injusticias que genera el nominalismo, y sin tener que recurrir a la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 ratificados por la ley 25.561 (Ariza Ariel, "Senderos del nominalismo" en LL-2010-F-635 con cita de Félix A. Trigo Represas, Casiello-Mendez Sierra, y Alterini), con mayor viabilidad si cabe, luego de que éstas fueran admitidas en el art. 772 del Cód. Civil y Comercial en la medida en que ello implica una confirmación por ley posterior (no aplicable al caso) de que el sistema no es incompatible con las normas relativas al nominalismo (arts. 7 y 10 de la ley 23298)" (considerando IV.2, último párrafo).

III.1.2: Valoro también que el tiempo transcurrido desde el inicio de este expediente (11 años y 5 meses) y desde la compra de la vivienda (15 años y 7 meses) no puede imputarse a la pasividad de la actora, pues de ser así, implicaría trasladar la autoría del daño moratorio – comprensivo de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda- a quien tiene que indemnizar (esta Sala, causas 131.976, 131.833 y 130.138 ya citadas).

Pese a lo que afirmó la parte demandada sobre los accionantes, "el tiempo se detiene o acelera según sea su satisfacción y conveniencia" (fs. 63 vta. primer párrafo), el tiempo que se tomaron para enviar la primera carta documento o para iniciar esta demanda (fs. 64), y que lo que los caracterizaba era "su profunda y notoria desidia" (fs. 64 vta., apartado D), lo cierto es que nunca acreditó cuáles eran las obligaciones de los compradores a las que alude, más allá del pago del saldo de precio de \$ 3100 (fs. 62 vta., punto IV; art. 375 del CPCC), y de los "planos de planta escala y los detalles operacionales" de la adquisición a la que hizo referencia en la carta documento de fs. 19.

Admitió que el contrato nunca se instrumentó por escrito, porque esa instrumentación se iba a concretar con la presentación de "los correspondientes fiadores" para garantizar el saldo de precio, en abierta violación a lo dispuesto por el art. 10 de la ley 24.240; no obstante, en la carta documento de fs. 15, adujo que la vivienda estaba a disposición de los actores, "previo cumplimiento de las obligaciones a su cargo según *contrato suscripto oportunamente*" (la cursiva es propia).

En relación a la pretendida entrega de "documentación relativa a la vivienda al momento de celebrar el contrato" (fs. 64 primer párrafo), tampoco lo acreditó (a fs. 219 se tuvo por incumplida la carga de acompañar la documentación obrante en su poder haciendo efectivo el apercibimiento del art. 386 del CPCC; a fs. 301 se la tuvo por desistida de la prueba testimonial fuera de la sede del juzgado, y a fs. 328 se la declaró negligente en la producción de la prueba informativa y confesional de los actores).

Contradijo el relato de los accionantes relativo a que el vendedor de la empresa les había propuesto "ampliar" la vivienda con la entrega adicional de \$ 3100 (fs. 24), diciendo que era una "barbaridad" que jamás se les pudo haber ofrecido porque la empresa no realiza ese tipo de prestaciones (fs. 63).

Tal afirmación fue desmentida por la pericia producida a fs. 200-201, en la que la martillera, constituida en la sede de la sociedad, fue informada de que el metraje mínimo de construcción era de 34 m², en un tiempo aproximado de 30 días, "plazo en el cual también se le entregaría al cliente *los respectivos planos de construcción*. No obstante ello, si con posterioridad al metraje ya construido, el cliente deseara *ampliar su vivienda*, o sea extender los metros cuadrados cubiertos con

una nueva edificación en la vivienda ya existente, *esta opción está contemplada por la Empresa Constructora*, otorgando de esta manera la opción de construir en etapas..." (fs. 200 vta. y 201; ver testimonios coincidentes de Anabel Jiménez a fs. 128 vta., respuesta a pregunta 8, y de María Gabriela Companys a fs. 129, respuesta a pregunta 9).

Tampoco apeló la sentencia en la que se le atribuyó responsabilidad por incumplir las normas de la ley 24.240.

Los testigos de la parte actora, de cuyo testimonio el Sr. Juez no encontró razones para apartarse, también fueron contestes en cuanto a los reiterados reclamos de Junco y Freijeiro para que les entregaran la vivienda (respuestas a pregunta 11 del interrogatorio de fs., 125, Bustos a fs. 126 vta, Pereyra a fs. 127 vta., Jiménez a fs. 128 vta., Companys a fs. 129 vta.), a la falta de firma del contrato (pregunta 7 de fs. 125; con la sola excepción de Almirón a fs. 205 vta.), al dinero en efectivo entregado y a que buscaban la vivienda más chica porque era la que estaba a su alcance.

III.1.3: El valor actual de una vivienda de similares características a la adquirida por los actores puede consultarse en la página web de Viviendas Monteverde (<https://viviendasmonteverde.com.ar> nombre de fantasía bajo el que opera Constructora Roca SRL). El modelo 28.80 publicitado (art. 8 de la ley 24.240), tiene un costo total \$ 289.715, pagaderos con un anticipo de \$ 170.423 y 60 cuotas fijas de \$ 7105 (última entrada 5.6.2019).

Aplicando el porcentaje del 62 % a ese precio, resulta la suma de \$ **179.623,30**, que deberá abonar la demandada en concepto de daño patrimonial (arts. 1068, 1069, 1083 del CC ley 340; arts. 772, 1737, 1738, 1740 y ccdtes. del CCCN; art. 165 último párrafo del CPCC).

III.1.4: Al elevar la indemnización por el daño patrimonial teniendo en cuenta valores actuales, por aplicación de la doctrina legal de la Suprema Corte Provincial, en las causas "Vera" (causa C. 120.536, "Vera Juan Carlos c. Provincia de Buenos Aires s. Daños y perjuicios", sent. del 18.4.2018) y "Nidera" (causa n° C. 121.134, "Nidera SA c. Provincia de Buenos Aires s. Daños y perjuicios", sent. del 3.5.2018), los intereses deberán liquidarse a la tasa pura del 6 % anual desde la fecha de la mora fijada en el fallo, **10.5.2006** (fs. 338 vta.), que no ha sido materia de agravio (arts. 260, 266 y ccdtes. del CPCC), y hasta la fecha de notificación de esta sentencia.

A partir de allí, y hasta el efectivo pago, los intereses deberán ser liquidados a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires (SCBA, causa C. 119.176, "Cabrerá Pablo c. Ferrari Adrián s. Daños y perjuicios", sent. del 15.6.2016; esta Sala, exped. n°165.269, "Henestrosa Etelvina c. Amendolara Alejandro y otro s. Daños y perjuicios", sent. del 14.6.2018, R 155-S F°820/31, entre otras).

III.2: El agravio que pretende la aplicación de oficio de daños punitivos debe ser rechazado.

i) En primer lugar, porque se trata de una cuestión que no fue sometida a decisión del Sr. Juez de primera instancia (art. 272 del CPCC, ver demanda a fs. 26, punto VII, "Rubros indemnizatorios"), y la parte demandada no pudo oponer las defensas a las que tuviera derecho (art. 354 del CPCC).

ii) En segundo lugar, porque se trata de una sanción que fue incorporada por la ley 26.361 (B.O. del 7.4.2008), como art. 52 bis de la ley 24.240.

Se ha definido al daño punitivo como las “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a *punir* graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (Pizarro Ramón D., “Daños punitivos”, en “Derecho de Daños”, 2° parte, ed. La Rocca, Bs. As. 1993, pág. 291 y sgtes.; voto del Dr. Monterisi en exped. n°143.790, “Machinandiarena Hernández c. Telefónica de Argentina”, sent. del 27-5-2009, R 257 (S) F°1619/1640).

La pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños (arg. art. 1708, 1710 y cc.dtes. del CCCN), y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (Stiglitz Rubén S. y Pizarro Ramón D., “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, en LL-2009-B- 949).

El instituto es inaplicable al caso porque los hechos que dieron lugar a esta demanda se produjeron antes de la entrada en vigencia de la ley 26.361, y si bien el art. 7 del CCCN establece en su primer párrafo que las nuevas leyes se aplicarán con efecto inmediato a las consecuencias de situaciones y relaciones jurídicas existentes, la particular naturaleza sancionatoria o de pena privada que la figura reviste (art. 3 del CC ley 340; Pizarro Ramón Daniel, “Daños punitivos”, ob. cit., págs. 289 y 291; Picasso Sebastián, en “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada”, Ed. La Ley, Bs. As. 2009, Tomo I, pág. 593; voto del Dr. Monterisi en causa n°143.790, “Machinandiarena Hernández Nicolás c. Telefónica de Argentina s. Reclamo contra actos de particulares”, sent. del 27-5-2009; sobre el concepto de sanción, Guibourg Ricardo, “Colección de análisis jurisprudencial: Teoría del derecho”., pág. 26 “La ilicitud”, quien reproduce el concepto de Hans Kelsen en “Teoría pura del derecho”, Ed. Eudeba, pág. 56), **determina que no se la pueda aplicar a hechos producidos con anterioridad a su vigencia o a sus consecuencias, sin incurrir en retroactividad.**

La privación de bienes jurídicos a efectos de motivar al sujeto en lo sucesivo para que no vuelva a caer en similares incumplimientos, es lo que Zaffaroni denomina “prevención especial”, diciendo que *“Mientras el resto del orden jurídico provee a la seguridad jurídica mediante la sanción reparadora (salvo aquellas normas cuyas consecuencias jurídicas no son propiamente sanciones, como las medidas tutelares o asistenciales), y la totalidad de las sanciones reparadoras configura la función de prevención general, el derecho penal acude con la pena sólo cuando se hace menester la prevención especial, puesto que con la general no se satisface suficientemente la seguridad jurídica (hace a continuación referencia al derecho penal administrativo- y agrega en lo que nos interesa: “De allí que dicha legislación , por participar parcialmente de la función preventiva especial, debe respetar las garantías que rigen para la legislación penal. Dichas garantías deben ser respetadas por toda ley que participe –aunque fuere parcialmente- de la naturaleza penal, y aunque no sea, propiamente hablando, una ley penal”* (Zaffaroni Eugenio R., “Manual de Derecho Penal”, Ed. Ediar, Bs. As. 1988, pág. 111, la cursiva es propia; ver en igual sentido, Nino Carlos Santiago, “Introducción al análisis del derecho”, Ed. Astrea, pág. 173; Picasso Sebastián, ob. cit., pág. 618; en torno a la improcedencia de aplicar sanciones retroactivamente, esta Sala, causa n°150.414, “Banco Patagonia Sudameris S.A. c. Ganga José Horacio s. Cobro de pesos”, sent. del 7-8-2012; exped. n° 153.977, “Alonso Osvaldo Martín y otro c. Banco de Galicia y Bs. As. s. Nulidad de acto jurídico”, sent. del 30.10.2013, R 273 S F° 1183/1204).

La irretroactividad de las normas sancionatorias es una consecuencia del principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional, pues la aplicación de una ley posterior que alterara las condiciones o exigencias de la ley a la época de la celebración del acto, consagrando la faz punitiva del derecho de daños y alcanzando conductas que en aquél momento sólo eran pasibles de prevención o reparación, importaría hacer retroactiva una ley sancionatoria.

La solución no cambiaría si se atribuyera carácter de orden público a las disposiciones del art. 52 bis, en virtud de lo establecido en el art. 65 de la ley, porque el art. 7 del CCCN establece expresamente que las nuevas leyes no tienen efecto retroactivo –sean o no de orden público– salvo disposición en contrario, disposición que no se ha dado en el caso.

Esta circunstancia descarta cualquier posibilidad de aplicación de oficio de la figura con fundamento en la imperatividad de las normas de orden público, máxime cuando el propio art. 52 bis establece que la condena a pagar una multa procederá a “*instancias del damnificado*” (Picasso Sebastián, ob. cit., pág. 629).

En virtud de ello propondré el rechazo del segundo agravio.

VOTO POR LA NEGATIVA

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

Corresponde: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de los actores y modificar la sentencia apelada elevando el monto de la indemnización por daño patrimonial a la suma de pesos ciento setenta y nueve mil seiscientos veintitrés con treinta centavos (**\$ 179.623,30**). II) Los intereses serán liquidados a la tasa pura del 6 % anual desde el 10.5.2006 y hasta la fecha de notificación de esta sentencia. A partir de allí y hasta el efectivo pago se aplicará la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires. III) Las costas se imponen a la parte demandada en su carácter de vencida (art. 68 del CPCC) y se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967.

ASÍ LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

SENTENCIA

Por los fundamentos dados en el acuerdo que antecede se dicta la siguiente sentencia: I) Se hace lugar parcialmente al recurso de los actores y se modifica la sentencia apelada elevando el monto de la indemnización por daño patrimonial a la suma de pesos ciento setenta y nueve mil seiscientos veintitrés con treinta centavos (**\$ 179.623,30**). II) Los intereses serán liquidados a la tasa pura del 6 % anual desde el 10.5.2006 y hasta la fecha de notificación de esta sentencia. A partir de allí y hasta el efectivo pago se aplicará la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires. III)

30/8/2019

Las costas se imponen a la parte demandada en su carácter de vencida (art. 68 del CPCC) y se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPCC). Devuélvase

Roberto J. Loustaunau Ricardo D. Monterisi

Alexis A. Ferrairone

Secretario

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----

[Volver al expediente](#) [Imprimir](#) ^