

**Datos del Expediente**

**Carátula:** GAITA SANTIAGO Y OTRA C/ TIERRAS DEL VULCAN S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)

**Fecha inicio:** 13/12/2018      **N° de Receptoría:** MP - 28116 - 2012      **N° de Expediente:** 167120

**Estado:** En Letra

**REFERENCIAS**

**Sentencia - Folio:** 912

**Sentencia - Nro. de Registro:** 173

**16/07/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA**

**Texto del Proveído**

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

**REGISTRO N° 173-S FOLIO N° 912/21**

**EXPEDIENTE N° 167120 JUZGADO N° 10**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 16 días del mes de julio de 2019, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "**GAITA SANTIAGO Y OTRA C/ TIERRAS DEL VULCAN S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)**", 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 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 de fojas 742/8?**

**2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

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

**I.** En la sentencia que obra a fojas 742/8 el Sr. Juez de primera instancia rechazó la demanda promovida por Santiago Gaita y Yanina Gisel Jubin contra Tierras del Vulcán S.A. y Ricardo Heberto Stoppani. Impuso las costas a la parte actora vencida y difirió la regulación de honorarios.

Para así decidir comenzó dejando establecido que la ley que corresponde aplicar al caso es el Código Civil (ley 340) que estuvo vigente hasta el 31 de julio de 2015. Aclaró que, pese a tratarse de un caso de vicios ocultos, el actor no utilizó la acción por vicios redhibitorios ni la *quantum minoris*. Según lo

expuesto a fojas 106 vta. del escrito de demanda, recalcó que la pretensión entablada tiene por objeto la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato.

Luego de desarrollar los antecedentes del caso, explicó que, en la medida en que los arreglos en el inmueble fueron realizados por encargo del propio actor, no puede hacerse cargar la responsabilidad por su mala confección a los demandados.

Tras referir al informe de la perito arquitecta que intervino en el caso, tuvo por probada la ruptura en la relación de causalidad y, basándose en el artículo 40 de la ley 24.240, eximió de responsabilidad a los demandados.

Finalmente, tuvo en consideración "la liberalidad que se desprende del recibo agregado a fojas 185" –consecuencia del acuerdo celebrado por las partes en sede administrativa (Oficina de Defensa del Consumidor y del Usuario de Balcarce, v. fojas 349)– y decidió el rechazo de la pretensión.

**II.** Contra dicho pronunciamiento apeló el actor. El recurso fue interpuesto a fojas 749 y concedido a fojas 755 (art. 496 inciso 4 CPCC). El escrito de fundamentación fue presentado electrónicamente en fecha 31/01/2019 y su contestación luce agregada a fojas 757.

**III.** Los agravios del actor son los siguientes:

**a.** Equivocado encuadre jurídico de la sentencia. El apelante señaló que la jueza centró el análisis del objeto de la demanda solo en los vicios ocultos, cuando se accionó por incumplimiento contractual en base a dichos vicios y al defecto de la calidad de la cosa vendida, a la luz de la ley de defensa del consumidor.

**b.** Predisposición de los demandados. El recurrente manifestó que la jueza incurrió en un error al afirmar que "la parte requerida se mostró en todo momento dispuesta a solucionar los inconvenientes". Sostuvo que "los accionados no tuvieron buena predisposición" y que, de haberla tenido, ello no los hubiera hecho desligarse de su responsabilidad por el incumplimiento contractual.

Citó antecedentes a fin de justificar su postura y remarcó que el enunciado relativo a que los trabajos de impermeabilización exterior de la unidad fueron realizados por su parte, es incorrecto.

**c.** Errónea apreciación y omisión de la prueba producida. El actor argumentó que la pericia fue interpretada de manera incompleta y errónea. Señaló que se omitió indicar: 1) que el cielorraso y mueble de la cocina se encuentran afectados debido a la filtración de agua por el tiraje del calefón; 2) que la franja longitudinal de una placa de policarbonato que cubre el semicubierto de la cochera nunca se colocó; 3) que los informes técnicos acompañados en la demanda demuestran no solo la existencia de daños que intentaron repararse sino también de nuevos desperfectos acaecidos; 4) que la unión entre caños de zinguería fue colocada correctamente pero aún ingresa humedad por el sector.

Se agravio de la falta de consideración de lo dictaminado por la perito en relación a las causas de los desperfectos, poniendo énfasis en lo señalado respecto de la deficiente técnica en la construcción y los materiales utilizados.

Reiteró que las fisuras exteriores fueron reparadas por los propios demandados y que su parte solo se hizo cargo de los arreglos interiores conforme el presupuesto agregado a fojas 363.

Finalmente, indicó que la demanda no se inició únicamente por los defectos que existían y fueron defectuosamente reparados, sino también por los nuevos daños producidos, acreditados según el informe técnico de fojas 29/30 y respecto de los cuales la jueza no puntualizó.

**d. Apartamiento del dictamen del Fiscal sin fundamento serio y valedero.** El actor sostuvo que la jueza se apartó del dictamen del agente fiscal sin expresar los motivos por los cuales decidió en sentido contrario a lo allí expuesto.

**e. Relación de consumo: ley de orden público y omisión de principios que rigen la materia.** El recurrente se agravió de la falta de consideración de los contenidos de la ley de defensa del consumidor. En concreto, resaltó que no se ha aplicado e interpretado el ordenamiento de la manera más favorable al consumidor (art. 3, ley 24.240) y destacó la falta de aplicación de la doctrina de las cargas dinámicas de la prueba.

#### **IV. Antecedentes.**

No está controvertido que el actor reviste carácter de consumidor, dado que adquirió un bien en forma onerosa como destinatario final para su propio uso. Tampoco está cuestionado que los demandados sean proveedores en los términos del artículo 2 de la ley 24.240 y sus modificatorias.

En fecha 20/04/2011 el actor compró un departamento sito en calle 18 nro. 741, primer piso, depto. "H" (U.F. 45) de la ciudad de Balcarce (v. boleto de compra venta a fojas 140/4 y escritura de fojas a 132/7). El inmueble fue adquirido como nuevo y sería destinado a la vivienda personal del actor.

En su escrito inicial el actor explicó que "a pesar de ser un inmueble a estrenar, a solo quince días de tomar posesión, el inmueble [...] comenzó a sufrir varios desperfectos, entre ellos rajaduras en las aberturas del dormitorio y del living comedor" (v. fojas 106 vta.).

En el acto escriturario (02/05/2012) se procedió a reservar la suma de U\$D 13.000 a los fines de reintegrar los montos que el actor gastara en virtud de los arreglos que debieron realizarse y así dar cumplimiento con lo pactado en la Dirección de Defensa del Consumidor de Balcarce. En virtud de ello, el día 06/08/2012, se abonó al accionante la suma de \$34.000 (v. fojas 185/6).

La existencia de los desperfectos no está cuestionada. Su descripción surge del acta de constatación notarial de fecha 24/08/2011 (v. fojas 31/45) y del informe técnico realizado con fecha 05/09/2011 por el arquitecto Oses (fojas 46/7), ambos instrumentos incorporados en el expediente administrativo (v. fojas 473/9).

De acuerdo con lo denunciado por el actor, "a mediados de julio de 2012 aproximadamente, más o menos un mes después de terminar los arreglos, se suscitaban nuevos desperfectos", conforme una nueva acta de constatación notarial, de fecha 30/08/2012 (v. fojas 6/28) y un nuevo informe técnico emitido por el arquitecto Oses (v. fojas 29/30, del día 27/11/2012).

El detalle de las fallas que presenta la unidad, obrante en dichos instrumentos, fue ratificado por la perito arquitecta interviniente en autos (v. punto "i", fojas 554/66 y fojas 573/4).

## V. Consideración de los agravios.

### V. 1. Encuadre legal.

#### V.1.1. Demanda judicial y acuerdo en sede administrativa.

Los alcances del acuerdo celebrado en la Oficina de Defensa del Consumidor y del Usuario de Balcarce en relación al reclamo que aquí se pretende, son los que siguen.

La ley 24.240 prevé la posibilidad de accionar en sede judicial y administrativa. Un consumidor puede formular una denuncia ante la autoridad de aplicación y, a su vez, iniciar una acción judicial. O bien solo alguna de ellas dos. E iniciada cualquiera de ellas, no tiene impedimento en iniciar la otra acción en cualquier tiempo (Vázquez Ferreyra, R. A, "Capítulo XII –Procedimiento y sanciones", en Picasso-Vázquez Ferreyra (Directores) *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, Buenos Aires: La Ley, 2009, T. I, 556/7).

En el caso de autos, el trámite en sede administrativa se inició por la denuncia realizada en fecha 09/02/2012. El actor reclamó por "rajaduras en las aberturas del dormitorio y del living comedor" (v. fojas 322) y las partes arribaron a un acuerdo, conforme surge del acta agregada a fojas 377.

De acuerdo al presupuesto agregado a fojas 363, los arreglos respecto de los cuales se acordó en sede administrativa fueron interiores. Consistieron en "reparar fisuras en paredes interiores de estar-comedor y dormitorio; quitar revestimientos cerámicos fisurados en pared de cocina y colocarlos nuevamente, realizar el contra-piso, carpeta niveladora y colocar el piso de cerámica y los zócalos; dar dos manos de pintura látex al agua en paredes de estar comedor, cocina, pared de dormitorio con fisuras y pasillo hacia el baño" (v. contestación de demanda, fojas 187/209 y 224).

Si bien en el expediente administrativo se acompañó el informe del arquitecto Oses de fecha 05/09/2011 (en el cual se describen desperfectos tanto interiores como exteriores), en la audiencia celebrada el día 11/04/2012 (v. fojas 349) se hizo expresa referencia a que los demandados se ofrecieron a "compensar los gastos abonados por el denunciante por la reparación objeto de este reclamo" (sic) –esto es, los señalados en la denuncia de fojas 322 y el presupuesto de fojas 363.

Sin perjuicio del recibo agregado a fojas 185 y del contenido del acta de fojas 377 –en donde "el denunciante manifiesta que su reclamo ha sido satisfecho por la denunciada solicitando el archivo de las actuaciones" (23/05/2012)–; de los presupuestos acompañados en el expediente administrativo (v. fojas 363/6) no surge que las partes hayan acordado sobre los puntos reclamados en la demanda. Las declaraciones del actor plasmadas en aquellos instrumentos deben circunscribirse a los arreglos interiores que motivaron el acuerdo.

En efecto, según la carta documento acompañada a fojas 73 [09/03/2012], los trabajos de impermeabilización en el exterior de la unidad fueron llevados adelante por los demandados y la parte actora se basó en esa circunstancia para iniciar la demanda judicial.

De la copia certificada de fojas 349 se desprende que el denunciante aceptó el arreglo ofrecido "reservándose el derecho de accionar" por privación de uso y por los daños materiales en caso que los vicios subsistieran. Si bien los derechos no se reservan, sino que deben ejercerse en la forma y en la oportunidad debidas (conf. doctrina SCBA causas nro. 56388 S del 28/02/2001; 75134 S del 16/07/2003, entre otras), de las manifestaciones vertidas en el acta de fojas 377 surge que el actor pretendió dejar aclarado que lo resuelto en sede administrativa no debía entenderse como comprensivo de eventuales reclamos judiciales.

Teniendo en cuenta lo expuesto, no puede afirmarse –como se concluye de la sentencia apelada–, que el reclamo patrimonial que se persigue con la presente acción quede alcanzado por lo decidido en la Oficina de Defensa del Consumidor de Balcarce.

En sede administrativa solo se acordó por la reparación de las paredes interiores (conf. fojas 322, 363). Aquí, en cambio, se reclama por los nuevos daños originados –y que, según afirma el actor, obedecen a la forma en que fue construido el inmueble y la defectuosa reparación de los muros exteriores (v. fojas 28/30, informe de fecha posterior al recibo de fojas 185; 113/4 y 116vta)–, así como por la privación de uso y el daño moral que se derivaron del incumplimiento pero que no fueron objeto de debate en la OMIC.

Lo que se decidió en sede administrativa fue el reintegro por los arreglos realizados en el interior y ello no obsta a la posibilidad de accionar en sede judicial por el resto de las consecuencias que se derivan de la entrega defectuosa del bien.

#### **V. 1. 2. Incumplimiento contractual: artículo 10 bis, ley 24.240.**

Asiste razón al actor en cuanto a que la sentencia ha sido estructurada sobre un encuadre legal distinto al planteado en la demanda.

El régimen previsto en el artículo 10 bis de la ley de defensa del consumidor difiere de lo regulado en el artículo 40. El primero refiere a acciones fundadas en el incumplimiento del contrato por parte del proveedor, que habilitan la reparación del daño intrínseco o extrínseco según los casos. En cambio, el artículo 40 contempla los daños al consumidor en su persona u otros bienes –distintos de aquellos que constituyen el objeto del contrato– derivados del defecto o riesgo de la cosa o prestación del servicio, lo que marca también su diferencia con el régimen de garantías (conf. Hernández Carlos A. y Frustagli Sandra, "Capítulo X - Responsabilidad por daños", en Picasso-Vázquez Ferreyra (Directores) *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, Buenos Aires: La Ley, 2009, T. I, 491 y ss.).

En virtud de lo anterior, teniendo en cuenta que del escrito inicial surge que el actor reclamó por: vicios redhibitorios, defecto de la calidad de la cosa vendida e incumplimiento contractual (fojas 113, 114 vta.), la afirmación de la sentencia apelada que tiene por acreditada la ruptura de la relación causal en los términos del artículo 40 de la ley 24.240 (v. fojas 748) –en tanto éste último no resulta aplicable al caso–, no es acertada.

Además, la demanda agregada a fojas 106/125 persigue una indemnización más amplia que el reclamo por vicios redhibitorios analizado en la resolución apelada. El fundamento de la presente causa resulta ser el incumplimiento de la obligación principal de los vendedores. Este extremo queda probado, por ejemplo, si se advierte que se accionó por los defectos de la cosa vendida (v. fojas 114/5 del escrito de

demanda) y que, con el dictamen de la perito arquitecta, quedó probada la falta de colocación de una franja longitudinal de una placa de policarbonato que cubre el semicubierto de la cochera (v. fojas 562 vuelta).

Si bien en la sentencia recurrida se dejó expresamente asentado que "la acción entablada tiene por objeto la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato" (v. fojas 746), el análisis está centrado en los vicios redhibitorios, su conceptualización, requisitos y, en especial, la valoración de la buena fe de los demandados, sin reparar en la aplicación del artículo 10 bis como marco legal para analizar la procedencia del reclamo.

Sin perjuicio de lo resuelto por esta Sala en cuanto a que, en el caso de los vicios ocultos, "tratándose de una garantía legal, la acción por daños y perjuicios solo es viable cuando se ejerce pretensión redhibitoria y se acredita que el vendedor ha obrado de mala fe" (argto. causa nro. 122.898, RSD 219-1379/97, del 12/05/2009); el accionante no se ha circunscripto a la invocación del régimen especial por la garantía de vicios, sino que acudió indiscutidamente al régimen general de responsabilidad contractual bajo la órbita de la ley de defensa del consumidor (doct. arts. 2, 3, 4, 10 bis *in fine* y 11 de la LDC y arts. 521, 902, 904 y ccetes del Cód. Civil; v. demanda fs. 106/25 y su ampliación a fojas 125/6, arts. 330, 332, 374 y doct. 384 del ritual).

De esta forma, "[p]ese a lo dispuesto por el artículo 2176 del Código Civil, en el ámbito del derecho del consumo el consumidor no se encuentra atado al ejercicio de la acción redhibitoria para perseguir el resarcimiento de los daños que le ha causado el incumplimiento del proveedor, incluso si este se traduce en la existencia de un defecto oculto. Por el contrario, la posibilidad de reclamar la reparación de tales daños se encuentra expresamente establecida en el artículo 10 bis *in fine* de la LDC –por cuya aplicación puede optar el actor libremente– que la consagra de manera autónoma y sin condicionarla al ejercicio de ninguna otra acción" (CNCiv, Sala A, causa "N. C. L. B. y otro c. Edificio Seguí 4653 S.A. s/ vicios redhibitorios", del 20/02/2014).

En el caso, el defecto consistió en haber entregado el inmueble con una cualidad diversa de la ofrecida por el vendedor y querida por el comprador. La divergencia entre la cosa o la cualidad de ésta y lo entregado, constituye el fundamento del reclamo por el inexacto o defectuoso cumplimiento del contrato. Y cuando lo pactado no se cumple en su integridad, entre otras cosas, el acreedor se encuentra habilitado para reclamar el resarcimiento de los daños, cuando hubiese conocido con posterioridad –sin culpa de su parte– el deficiente cumplimiento del deudor (argto. Cám. Nac. Comercio, Sala C, causa 11.371 del 9/9/2011, cit. por esta Cámara, Sala I, causa nro. 144.475, RSD 257-1003, del 09/10/2012).

A la luz de lo normado por la Ley de Defensa del Consumidor y atendiendo a las cuestiones fácticas relatadas, resulta viable el reclamo indemnizatorio por incumplimiento contractual en los términos del artículo 10 bis de la ley 24.240, debiendo determinarse si los daños reclamados están en conexión causal adecuada con el accionar de la parte demandada.

## V. 2. Predisposición de los demandados.

La jueza ha descartado la mala fe de los demandados y ello es conteste con la estructuración de la solución en base a los vicios redhibitorios (v. fojas 745vta./746, punto "II" de los considerandos de la resolución apelada; conf. arts. 2167, 2176 y ccetes. CPCC).

Sin embargo, tal como lo establecen los últimos párrafos de los artículos 10 bis y 17, el consumidor puede reclamar por daños y perjuicios, aun sin tener que probar que el vendedor conocía o

debía conocer los vicios o defectos de la cosa vendida (conf. Fariña, Juan, *Defensa del consumidor y del usuario*, Buenos Aires: Astrea, 1995, 275).

La aclaración que efectúa el artículo 10 bis *in fine*, en relación a la posibilidad de accionar por los daños y perjuicios, pierde su carácter evidente cuando se conjuga con lo dispuesto al inicio de esa norma. Frente al incumplimiento material de la obligación, el proveedor no estará habilitado para demostrar su falta de culpa para eximirse para responder, con lo cual nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva (argto. Picasso Sebastián "Artículo 10 bis - Incumplimiento de la obligación", en Picasso-Vázquez Ferreyra (Directores) *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*. La Ley, Tomo I, 161/2).

En consecuencia, teniendo en cuenta que en el marco del artículo 10 bis de la ley de defensa del consumidor la obligación del proveedor tiene el carácter de una obligación de resultado y la responsabilidad es de naturaleza objetiva, el análisis de la buena predisposición de los demandados deviene innecesario a los fines de determinar su responsabilidad por el incumplimiento contractual acaecido.

### **V.3. Causa del daño: valoración de la prueba pericial.**

La pericia agregada a fojas 562/66 y 573/5 –que no fue cuestionada por los demandados–, fue erróneamente valorada.

La jueza afirmó que: "la perito indica que al cotejar las fotografías agregadas a la causa y el estado actual del inmueble, verifica que se efectuaron reparaciones, las que –agrego por mi parte– hizo realizar el actor" (sic).

Dicha afirmación no se corresponde con la prueba producida en el expediente. No todas las reparaciones fueron realizadas por la parte actora.

Con la prueba acompañada a fojas 73 –carta documento de fecha 09/03/2012, reconocida por la parte demandada a fojas 216/7– quedó acreditado que se realizaron trabajos de impermeabilización en el exterior de la unidad y que éstos fueron llevados a cabo por los demandados (fojas 68 y 71; en el mismo sentido, actas de audiencias testimoniales de fojas 448/9, 450).

De allí que, sin perjuicio de que el Dr. Stoppani expresó en la audiencia celebrada en fecha 21/05/2019 que "no le consta quien hizo el arreglo exterior", dicha declaración debe ser valorada en relación al resto de la prueba producida en el expediente.

De la carta documento agregada a fojas 68, surge que los demandados manifestaron al actor que a partir del 15/02/2012 se procedería a "impermeabilizar y eventualmente reparar los muros exteriores de la unidad funcional". Una vez finalizados esos trabajos se le requeriría al actor que indicara fecha y hora para ingresar y realizar el saneamiento de los desperfectos hallados en la constatación realizada el 20/12/2011 instrumentada bajo acta notarial agregada a fojas 183/5 y donde estuvieron presentes ambas partes.

Contrariamente a lo que se indica en la resolución apelada, de la carta documento agregada a fojas 67 no se deriva que las reparaciones exteriores hayan sido realizadas por el accionante; lo que sí ocurre, en cambio, respecto de los arreglos interiores (v. punto "b", el actor indicó que: "por mi cuenta, a través del

Arq. Oses, los primeros días de septiembre de 2011 se colocaron testigos en yeso sobre el interior de las paredes del living").

La jueza fundó la solución citando las conclusiones de la perito por los arreglos exteriores pero atribuyendo erróneamente su realización a la parte actora. Del desarrollo de los antecedentes surge que los demandados decidieron asumir la reparación exterior de los desperfectos y realizaron tareas de impermeabilización (v. fojas 68 y 73). Luego, y sin que en nada se modificara lo anterior, por el acuerdo realizado en sede administrativa se decidió que el actor se haría cargo de las reparaciones internas.

A partir de esta distinción, no puede sostenerse que todos los arreglos, y menos aquellos sobre los cuales dictaminó la perito cuando refiere expresamente a la fisuras exteriores, fueron realizados por el actor. En consecuencia, tampoco puede tenerse por acreditada la ruptura de la relación causal como surge de la sentencia recurrida.

El dictamen de la perito es claro al describir los desperfectos que presenta el inmueble, puntualizando en la forma en que fue construido y refiriendo a "fisuras en mampostería a nivel superficial y grietas que toman el espesor del muro de ladrillo hueco y fisuran el revestimiento texturado exterior" (v. fojas 562 vuelta, pregunta "a").

Al señalar las posibles causas puntualizó cuestiones relativas a las técnicas de construcción empleadas (v. fojas 563, pregunta "b"). Seguidamente, describió las reparaciones que se realizaron en el exterior (fojas 463 vuelta, pregunta "c"), expresando que "no fueron realizadas de acuerdo a las normas del buen arte de la construcción" (remite a las fotografías nro. 5 y 6, fojas 558/9, ambas del exterior). Agregó que "el resultado no fue satisfactorio desde el momento que aún persisten los problemas de humedad y las fisuras" (fojas 564, pregunta "f").

Del acta de la audiencia celebrada en fecha 21/05/2019 surge que la perito contestó afirmativamente a la pregunta referida a si los desperfectos que se observan en el exterior de la unidad influyen en el interior del inmueble. Específicamente respondió "no se utilizó correctamente el sellamiento exterior, ni la impermeabilización y cubierta". Asimismo, aludió al muro de carga y expresó que "podría haber microfisuras que permiten el paso del agua hacia el interior. Todo eso sigue afectando al inmueble a pesar de los arreglos que pudieran haberse efectuado" (v. fojas 767).

En virtud de ello, el enunciado de la sentencia apelada relativo a que "esos arreglos [por la reparación de la fisuras exteriores] fueron hechos por encargo del propio actor, de modo que no puede hacerse cargar la responsabilidad de su mala confección a los demandados" no puede confirmarse. Las constancias de fojas 109 y 596 citadas por la sentenciante, no constituyen argumentos válidos en apoyo de tal premisa.

En relación a la constancia de fojas 109 vuelta, no se desprende de lo allí narrado que las reparaciones exteriores hayan sido efectuadas por el accionante.

A fojas 596, en su absolución de posiciones, el actor negó que se hubiera realizado un primer arreglo de los desperfectos a costa de los demandados y que aquéllos consistieran en pequeñas rajaduras y filtraciones cerca de las ventanas. Si bien el actor afirmó: "nos hicimos cargo de las reparaciones",

conforme surge del análisis del resto de las pruebas producidas, el acuerdo se limitó a las reparaciones interiores.

Por los fundamentos expuestos, de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal a fojas 734/9, teniendo en cuenta que el actor accionó con fundamento en el artículo 10 bis de la ley 24.240, encontrándose acreditado que los desperfectos objeto de reclamo tienen origen en la forma en que fue construido el inmueble y la defectuosa reparación de los muros exteriores, probada su extensión conforme el informe pericial de fojas 554/566 y no habiéndose producido la ruptura de la relación causal –como se afirma erróneamente en la sentencia apelada–, corresponde hacer lugar al recurso y revocar la solución de fojas 742/8.

## **VI. Resarcimiento.**

Sin perjuicio de que el actor divide su reclamo en tres rubros, señalando "daño emergente", "daño moral" y "privación de uso", debe aclararse que éste último queda comprendido en el nombrado en primer término, con los alcances que a continuación se exponen.

### **VI. 1. Daño emergente.**

**VI.1.1.** Encontrándose probados los daños materiales resultantes de la deficiente construcción del inmueble, así como por la mala reparación de las paredes exteriores, conforme la prueba pericial agregada a fojas 554/66 y 573/4, corresponde hacer lugar a lo reclamado por este rubro (arts. 375, 384 y ccdtes. CPCC; 519 y ss. CC).

Conforme la doctrina de la SCBA 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, CPCC), todo ello a fin de lograr una mejor reparación del daño causado [causas nro. 44.415, 117.926; en igual sentido este Tribunal Sala II causas nro. 131.976, 131.833, 130.138, 159.764, entre otras "...el momento al cual corresponde realizar la cuantificación del daño, es el más cercano al efectivo pago resultando aplicable a esta decisión el art. 1083 de la ley 340 (modificada por ley 17.711), similar al art. 1740 del CCyC que prevé además la reparación 'plena', en coincidencia con el art. 772 del mismo ordenamiento"].

Con fundamento en los presupuestos por materiales acompañados y las reparaciones que deben realizarse según los informes técnicos y el acta de constatación acompañados (v. fojas 28, 29/30, 45, 46/7), el actor estimó por este rubro, a valores del año 2012, la suma de pesos \$13.630,45 (v. fojas 116 vta.).

Al realizar la pericia, la arquitecta determinó que los informes técnicos acompañados demostraban los daños existentes en el inmueble y presupuestó un monto mayor para su reparación –\$21.205, comprensivo del material y mano de obra (v. fojas 565 vuelta, presentación de fecha 04/05/2015).

Teniendo en cuenta lo expuesto por la profesional en la audiencia celebrada en fecha 21/05/2019 en cuanto a que para saber el costo real de las refacciones necesarias tendría que actualizar el presupuesto (v. fojas 767 vuelta), la cuantificación por este rubro debe diferirse para la oportunidad de ejecución de sentencia (arts. 164, 165 CPCC; argto. esta Sala, causa nro. 165.348, RSD 141 748/52, del 05/06/2018).

En dicha instancia, se deberá requerir a la perito la presentación de un nuevo informe en el que determine el valor económico actual de la prestación incumplida, que en el caso equivale a los gastos necesarios para reparar en forma adecuada los defectos en la construcción que quedaron probados en el expediente, conforme lo dictaminado en el punto "n" de la pericia agregada a fojas 5554/566.

**VI.1.2.** En lo que hace al concepto de "privación de uso", esta Sala ha tenido oportunidad de expresar que acreditada la indisponibilidad del bien, ello es suficiente para hacer lugar a la privación de uso en tanto daño emergente, ante la ausencia de prueba en contra que debió aportar a tal fin la parte demandada (esta Sala, causas nro. 167.440, RSD 145/769/77 del 25/06/2019; 158.384, RSD 278-1300/6, del 22/10/2015; 137.160 RS 508, del 14/09/2009, entre otros).

Así, la prueba del perjuicio es posible mediante el uso de presunciones *hominis*, que el Juez practica sobre la base de los datos aportados en la causa. Estas presunciones importan en la práctica trasladar al demandado la prueba adversa a la existencia del daño, en razón del principio de sentido común, conforme el cual quien alega un hecho contrario al curso normal y ordinario de las cosas, soporta la necesidad de acreditarlo (conf. Zavala de González, Matilde, *El proceso de daños*, Buenos Aires: Hammurabi, páginas 187, 193, 201, 203 y ss.; esta Sala causa nro. 147.849, RSD 108 590/4 del 07/07/2011; 165.348 RSD 141-748/52, del 05/06/2018).

Sin embargo, para poder presumir la efectividad del daño resarcible, debe estar acreditada la indisponibilidad del bien, extremo que no ocurre en autos (v. causa nro. 166.734, RSD 106-559/65, del 15/05/2019, *a contrario*).

Aunque el reclamo se circunscribe a los meses que transcurrieron desde que se hizo entrega de la unidad (mayo de 2011) hasta que se culminaron los arreglos interiores, luego de arribar al acuerdo en sede administrativa (agosto 2012; v. fojas 185 recibo de fecha 06/08/2012), la perito fue clara al determinar que los daños que se presentaron en el inmueble –con anterioridad y al momento de realizarse la pericia– no impidieron su habitación (v. fojas 564, pregunta "j").

En el mismo sentido, sin perjuicio de lo expuesto en la audiencia testimonial de fojas 625/7 en cuanto a que los actores se vieron obligados a posponer la mudanza que habían programado en el mediano o corto plazo (v. pregunta décimo tercera, fojas 625 vuelta), ello no equivale a afirmar que el bien se encontrara indisponible para su habitación. Nótese que el Sr. Migliavacca sostuvo que los arreglos podían resultar incómodos para quienes pretendían vivir allí pero no hizo referencia a una imposibilidad concreta de uso.

En consecuencia, no habiéndose aportado elementos objetivos al proceso que permitan tener acreditada la privación de uso, no puede presumirse la existencia de daños derivados de tal situación (art. 375 CPCC, *a contrario*). La forma en que esta situación pudo afectar a los adquirentes en su persona debe ser contemplada al analizar el reclamo por el daño moral, no así por el daño emergente.

## **VI.2. Daño moral.**

Puntualmente, en la audiencia testimonial de fojas 625/6 se hizo referencia a las consecuencias disvaliosas que trajo aparejada la imposibilidad de mudarse al inmueble en forma inmediata, haciendo énfasis en los efectos que provocó la situación en el ámbito personal y sentimental (v. respuesta a

pregunta décima y décimo cuarta). La perito también señaló que la reparación de los desperfectos "pudo haber afectado el normal desarrollo de las actividades de quienes habitan" la propiedad (v. fojas 564, pregunta "j", in fine).

Puede concluirse entonces, que se encuentra justificado el resarcimiento por los padecimientos que en su esfera personal sufrió la parte actora. La compra de un inmueble a estrenar que sería destinado a la vivienda familiar, llevaba ínsito un proyecto de vida que se vio alterado con motivo de la aparición de los desperfectos. La realización de los arreglos interiores así como la convivencia con los deterioros que no fueron satisfactoriamente reparados, implicaron cambios en la vida cotidiana que no pudieron ser imaginados al momento de comprar un inmueble con las características descriptas.

Por lo expuesto, en razón del impacto lesivo que tuvo el suceso en la esfera espiritual de la actora, corresponde hacer lugar al reclamo por daño moral y fijarlo en la suma de \$150.000 (arts. 34 inciso 4, 163 inciso 6, 375, 384 y ccctes. CPCC; arts. 1068, 1078 y ccctes. CC).

### **VI.3. Mora e intereses.**

La prueba producida en autos no permite identificar el día exacto en el que aparecieron cada uno los vicios ni cuándo el actor tomó conocimiento, en particular, de cada uno de ellos. En consecuencia, la fecha de mora se fija el día 29/09/2011, fecha del reclamo por el hecho dañoso según la recepción de la carta documento librada el 28/09/2011 (v. prueba informativa de fojas 521/5; fojas 59/60, 210vta., 325, 464; argto. y doct. art. 509 CC; argto. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, causa nro. 4383 RSD 152, del 29/09/2016).

El capital por los daños materiales que se fijará a valores actuales conforme lo expuesto en el punto "VI.1.1.", devengará intereses que se liquidarán a la tasa pura del 6% anual desde el día 29/09/2011 hasta el dictado de la sentencia que lo determine y, a partir de allí, conforme la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires, hasta el efectivo pago (SCBA doct. causa "Vera Juan Carlos" del 18/04/2018 y "Nidera S.A." del 3/05/2018; arts. 622 y 623, CC; 7 y 768 inc. "c", CCyCN; 7 y 10, ley 23.928 y modif.).

En cuanto al capital fijado por daño moral los intereses se liquidarán desde la fecha de mora hasta el efectivo pago, conforme la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (SCBA causas B 62.488 "Ubertalli", del 18/05/2016 y C. 119.176, "Cabrera", del 15/06/2016).

### **VII. Daño punitivo.**

El actor solicita la aplicación de la multa civil prevista en el artículo 52 bis de la ley 24.240 en la suma de \$40.000.

En su escrito inicial sostuvo que "la aplicación de la norma tendría un resultado disuasivo en los demandados, haría que los mismos, ante una nueva oportunidad de comercializar algún bien o producto, tomen todos los recaudos necesarios para evitar la producción del daño a potenciales clientes, o que acaecido los mismos, su conducta sea responsable y asuman un compromiso frente al cliente, lo cual no ha sucedido en el caso de autos" (v. fojas 120vta./121, punto "d" del escrito de demanda).

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., *Derecho de Daños*, 2º parte, Buenos Aires: La Rocca, 1993, 291 y ss.).

El criterio mayoritario en la materia establece que los daños punitivos sólo proceden en supuestos de gravedad, en los que el proveedor haya incurrido en dolo o culpa grave, en casos en que se evidencie un abuso de la posición dominante, particularmente cuando ella muestra menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, o permite obtener un beneficio económico derivado del incumplimiento (argto. esta Sala causa nro. 162.615 RSD 90- 462/71, del 27/04/2017 con cita de Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL 2009-B, 949).

Esta idea se acompasa con la función económica que se le ha asignado al instituto, funcionando como un elemento disuasivo para que el proveedor de un producto o servicio no continúe, mantenga o repita conductas similares a las que motivaron la multa, destruyendo la denominada "ecuación perversa", conforme la cual al empresario le resulta menos costoso dañar y reparar en el caso individual antes que prevenir y evitar en la generalidad de los casos (confr. Irigoyen Testa, Matías, "¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?". RCyS 2009-X, 16; Cám. Ap. Civ. Com. de Rosario, Sala IV, "Vázquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/ daños y perjuicios", del 07/08/2012; esta sala causa 162.615 citada).

En el caso de autos, los objetivos que plantea el actor como fundamento de la imposición de la multa no justifican tal proceder.

No se advierte que con la demora injustificada en el cumplimiento de su obligación los demandados hayan perseguido obtener un beneficio que los lleve a repetir la conducta asumida en detrimento de otros potenciales clientes. Tampoco surge de las constancias de la causa que hayan judicializado la cuestión de manera abusiva, lucrando con el pago tardío de una indemnización licuada por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda (v. esta Sala, causas nro. 158.197 RSD 323 del 11/12/2014; 158.009 RSD 78 21/04/2015).

El actor refiere a que la imposición de la multa estaría dirigida a lograr que la "conducta [de los demandados] sea responsable" y éstos asuman un "compromiso" frente al consumidor. Al respecto corresponde señalar que las incomodidades y disgustos que el incumplimiento provocó se encuentran comprendidos en la reparación del daño extrapatrimonial, no presentando la conducta de los accionados una gravedad suficiente para justificar la aplicación de la multa.

De la lectura de las constancias de la causa se advierte que los demandados asistieron a la Oficina de Defensa del Consumidor en Balcarce, arribaron a un acuerdo en sede administrativa y concurrieron luego a la etapa de mediación prejudicial. Es decir, sin perjuicio de la responsabilidad que les corresponde por el incumplimiento conforme lo analizado en la presente sentencia, no puede afirmarse que su accionar conduzca, por sí solo, a la aplicación de la sanción en estudio (argto. esta Sala, causa nro. 167.624, RSD 138-707/12, del 11/06/2019). No hay elementos objetivos que permitan inferir que los demandados reiterarán su proceder ni que, de acuerdo a la actividad desplegada por los demandados, deba prevenirse daño alguno (v. absolucón de posiciones de fojas 402/5 y 406/9, punto 8).

No desprendiéndose de las constancias de la causa la necesidad de "disuadir" la actividad desplegada por los demandados, ni encontrándose fundado el requerimiento conforme las pautas previstas en la ley, corresponde desestimar la aplicación de daño punitivo prevista en el artículo 52 bis de la ley 24.240.

**Así lo voto.**

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

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

Corresponde: **I.** Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte actora y revocar la decisión de primera instancia de fojas 742/8 (arts. 164, 242, 267 y ccdtes. CPCC). **II.** En consecuencia, hacer lugar, con los alcances indicados, a la acción interpuesta a fojas 106/25 y condenar a los demandados a abonar los daños materiales –cuya cuantificación se difiere conforme lo expuesto en el punto "VI.1.1."– y la suma de \$150.000 en concepto de daño moral, con más los intereses según lo dispuesto en el punto "VI.3" de los considerandos (art. 1, 2, 3, 10 bis, 52 y ccdtes., ley 24.240 y sus modificatorias). **III.** Rechazar la aplicación de daño punitivo (art. 52 bis, ley 24.240 y sus modificatorias). **IV.** Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada vencida (art. 68, 69, 274 y ccdtes. CPCC). **V.** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31, ley 14.967).

**Así lo voto.**

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

En consecuencia se dicta la siguiente

**S E N T E N C I A**

Corresponde: **I.** Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte actora y revocar la decisión de primera instancia de fojas 742/8 (arts. 164, 242, 267 y ccdtes. CPCC). **II.** En consecuencia, hacer lugar, con los alcances indicados, a la acción interpuesta a fojas 106/25 y condenar a los demandados a abonar los daños materiales –cuya cuantificación se difiere conforme lo expuesto en el punto "VI.1.1."– y la suma de \$150.000 en concepto de daño moral, con más los intereses según lo dispuesto en el punto "VI.3" de los considerandos (art. 1, 2, 3, 10 bis, 52 y ccdtes., ley 24.240 y sus modificatorias). **III.** Rechazar la aplicación de daño punitivo (art. 52 bis, ley 24.240 y sus modificatorias). **IV.** Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada vencida (art. 68, 69, 274 y ccdtes. CPCC). **V.** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31, ley 14.967). **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** (art. 135 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](#) ^