



NEUQUEN, 29 de Septiembre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"IÑIGUEZ RIGATTIERI GUSTAVO D. C/ CENCOSUD S.A. Y OTRO S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."**, (Expte. N° 475522/2013), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 3 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO** dijo:

I.- Se dicta sentencia a fs. 501/509, haciéndose lugar a la demanda por un monto sensiblemente inferior al solicitado por el actor.

La decisión es apelada por la accionante y por las codemandadas Cerámica San Lorenzo y Cencosud S.A.

A fs. 523/525 expresa agravios Cerámica San Lorenzo, afirmando la improcedencia del daño emergente pues señala que la propia sentencia se apoya en testimoniales que expresaron que la diferencia de tonos era puntual en algunos cerámicos y no en las 207 cajas, de lo cual concluye que un resarcimiento por el total de lo erogado es desmedido y resulta en un enriquecimiento sin causa.

A lo dicho, agrega que la pericia técnica indicó que sólo era necesario remplazar alguno de los cerámicos y que el actor no pudo acreditar que los colocados originalmente hayan sido removidos, lo que a su juicio demuestra la conformidad del actor con la mayoría de las cajas compradas y que al día de la fecha se siguen utilizando los mismos cerámicos.

Se agravia de la imposición de costas, pues entiende que debieron imponerse en proporción al éxito



obtenido, ya que la demanda fue de \$ 541.200 y sólo prosperó por \$ 26.292.

Hace reserva del caso federal y solicita se revoque la sentencia.

A fs. 528/531 obran los agravios de Cencosud S.A., quien afirma que el Juez hace una interpretación errónea de la ley de defensa al consumidor a partir de la cual condena a su parte.

En esa senda, expresa que la adquisición de los cerámicos no fue para uso personal o familiar sino para generar una renta, ya que está demostrado que el actor adquirió los cerámicos para construir departamentos que destinaría para alquilar.

También, se agravia de la interpretación que hiciera el Juez de la pericia técnica pues la misma no tiene ni la relevancia ni la claridad que les atribuye el juzgador, agregando que el perito no respondió con solvencia las impugnaciones que efectuó su parte.

Expresa que el hecho de que la humedad apareciera desde las juntas hacia adentro del cerámico, da cuenta de que en realidad se trata de una falla en la colocación de los mismos y no de fallas del producto, conclusión que a su juicio se encuentra corroborada además por las declaraciones de los testigos Mancina y Larrión, las que también entiende han sido erróneamente apreciadas por el Juez.

Sostiene que no hay posibilidad de responsabilizar a su parte y subsidiariamente impugna los rubros indemnizatorios afirmando también la cuestión del enriquecimiento sin causa para el caso que se tengan en cuenta la totalidad de los cerámicos.



Hace reserva de recurrir en casación y también de caso federal.

A fs. 532/539 expresa agravios el actor, haciendo una síntesis de su reclamo y del encuadre normativo en la ley de Defensa del Consumidor.

Luego, refiere que la sentencia tiene por acreditado el hecho dañoso y la responsabilidad solidaria de las demandadas, agregando que Cerámica San Lorenzo no contestó la demanda y fue declarada rebelde, lo que entraña una presunción simple acerca de los hechos invocados por su parte.

A renglón seguido, se agravia que la sentencia no haya reconocido dentro del rubro daño emergente el gasto de remoción de los cerámicos defectuosos y la colocación de los nuevos, decisión que la sentencia basa en la falta de prueba.

Sostiene el quejoso que la sola existencia del daño lleva a concluir que es precisa la remoción de los cerámicos y la colocación de los nuevos, ejemplificando que al igual que a quien se le daña un vehículo no se le exige previamente la reparación del mismo para reclamar el daño, tampoco cabe exigirse a su parte la previa remoción para indemnizar el rubro, pues la responsabilidad civil no requiere la efectiva reparación del bien por parte de la víctima para que prospere al resarcimiento.

Alude a que el nuevo Código Civil en su artículo 520 establece la responsabilidad respecto de consecuencias inmediatas y necesarias lo que las ubica dentro de las previsibles, concluyendo en ese marco que la compra de cerámicos defectuosos, de los que sólo se advierten sus fallas al momento de la colocación pone en clara evidencia que el retiro de los mismos y su posterior remplazo es algo absolutamente previsible y lógico.



También se agravia por el rechazo del rubro lucro cesante, pues la sentencia alude también aquí a que no se probó la existencia de un contrato de locación en expectativa y que el inmueble hubiera estado inutilizable, ni el tiempo durante el cual duró esa indisponibilidad.

Cita jurisprudencia que alude a que el daño por privación de uso debe referirse al lapso que razonablemente pudo insumir la reparación del bien, por lo que acreditado el daño y la privación de uso que el mismo produce el rubro es inmediatamente indemnizable.

Asimismo, se agravia por el rechazo del rubro daño moral y argumenta fuertemente en relación al rechazo del daño punitivo, destacando que la sentencia no tuvo en cuenta que las codemandadas no ofrecieron compensación o solución alguna ni siquiera en la instancia del trámite ante la Oficina de Defensa del Consumidor, lo que a su juicio pone de relevancia la intencionalidad y malicia de aquellas abusando de la desprotección del consumidor.

Alude a que la norma no se refiere a un factor de atribución subjetivo, sino a una conducta antisocial como resulta la de alguien que actúa con grave indiferencia respecto a los derechos ajenos.

Cita jurisprudencia en apoyo de su postura y concluye que los tribunales han sido prudentes en la aplicación del daño punitivo y se ha considerado como presupuesto para su aplicación la conducta reprochable, antisocial y vejatoria del proveedor.

A su turno, las partes contestan los agravios solicitando el rechazo de los mismos, encontrándose la causa en condiciones de resolver.

II.- En primer lugar, es preciso abordar los agravios relativos a la determinación de la responsabilidad y



el marco legal aplicable, pues sólo en caso de confirmarse la decisión arribada en ese aspecto será posible abordar los expresados en cuanto a la composición de la reparación ordenada.

El reclamo se basa en las imperfecciones detectadas por parte del actor en 207 cajas de cerámicos que, fabricados por Cerámica San Lorenzo, fueron adquiridos en el supermercado Easy de la firma Cencosud S.A., cuestión que a juicio del actor da origen a diversos daños.

La decisión en crisis enmarca la solución en la ley de Defensa al Consumidor, reconociendo al actor el mencionado carácter pese a la pretensión de CENSCOSUD de excluirlo de las previsiones de la ley.

Argumentaba la quejosa: "... Resulta evidente que el actor adquirió los cerámicos para la construcción de dos dúplex en la ciudad de Plottier, que iban a ser destinados a alquiler, obteniendo ganancia por dicha actividad" -fs. 61 vta.-, sosteniendo en esa circunstancia el carácter de empresario del actor pues el destino final de las viviendas era la obtención de una renta.

Es dable aclarar que, desde el inicio, el actor sólo se refirió a uno de los dúplex como destinado a obtener una renta cuestión que, si bien no varía la solución en este aspecto, interesa destacar para evitar confusiones en caso de abordar las cuestiones relativas a los rubro indemnizatorios.

Señalado ello, cabe destacar que la sentencia apelada afirma que la calificación de consumidor se relaciona con la noción de consumidor final, diferenciándolo de aquel que adquiere un bien para reincorporarlo al proceso de producción.

Esta nota distintiva es impugnada por el apelante utilizando para ello un ejemplo: "Supongamos una persona que



adquiere una maquinaria que luego arrendará en el mercado petrolero. Si la persona que adquirió esa maquinaria decide reclamarle a quien se la vendió por un supuesto defecto, ¿el reclamo encuadraría en la Ley de Defensa al Consumidor? Claramente no, porque quien adquiere esa maquinaria no lo hace como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Por el contrario, la adquirió para generar con ella una renta.”

En el caso de autos, los cerámicos se adquirieron para ser utilizados en el destino final que tiene ese producto: ser colocados en una vivienda.

El accionante no los adquirió para revenderlos, lo cual podría llevarlo a revestir el carácter de empresario o comerciante, sino que fueron obtenidos para ser colocados en una vivienda sin que el posterior destino final de la vivienda obste caracterización del actor como consumidor de los cerámicos.

Esta situación es la que resulta decisiva para la aplicación de la ley, pues la normativa hace énfasis en la relación de consumo como la idea a partir de la cual se sistematiza la protección de usuarios y consumidores.

Cabe recordar que la evolución del estatuto de protección al consumidor ha llevado a incluir como sujetos protegidos hasta a personas jurídicas en la medida que la adquisición de los bienes o servicios resulte ajena al giro comercial de las mismas, cuestión que ya había sido antes receptada por la jurisprudencia, siempre teniendo en cuenta la lógica de vulnerabilidad de las relaciones de consumo.

Así: “El texto actual dispone que se entiende por consumidor o usuario “... toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su



grupo familiar o social... Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo." Hernández, Carlos Alfredo "La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar" en "Revista de Derecho Privado y Comunitario-2009-1 Rubinzal-Culzoni, 2009 268/269).

Continúa el autor: "Consumidor directo o contratante, entendido como "...toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social" (art. 1º, primer párrafo). Para ser considerado como tal es necesario asumir el rol de contratante al adquirir el bien o servicio de que se trata. Además, debe actuar como destinatario final, lo cual significa que el producto o servicio es retirado del mercado, no volviéndoselo a reinsertar en él mediante su incorporación a un nuevo proceso de elaboración o prestación, idea que aparece reafirmada en el texto vigente cuando se señala que el bien o servicio ha de ser empleado para uso privado, familiar o social".

"... la fórmula legal conserva el criterio amplio de considerar como consumidores a las personas físicas y a las jurídicas, en la medida que actúen fuera del ámbito de su actividad profesional, que en el caso de las últimas supone obrar fuera de su objeto social o giro comercial específico..."

En consecuencia, y por lo expuesto corresponde rechazar el agravio, y confirmar el encuadre normativo decidido en la instancia de grado.



Luego, y con respecto al incumplimiento contractual, la codemandada CENCOSUD S.A difiere en la interpretación que efectúa el Juez de las pruebas que respaldan la conclusión que tiene por acreditado el incumplimiento.

Argumenta en relación a la pericia y a los dichos de los testigos, de los cuales extrae que en realidad lo que ha sido acreditado es la negligencia del actor al colocar los cerámicos.

El quejoso expresa que las respuestas del experto avalan su postura pues afirmó que al volcar agua aleatoriamente, la humedad aparecía en las zonas de las juntas, por lo que ello habla de una mala colocación de los cerámicos.

Luego, expresa que el experto no indicó en que sectores del dúplex realizó la prueba para verificar si existía falta de material de mortero o pegamento, que tampoco aclaró si el cerámico utilizado para ser la prueba de sumergirlo en un balde con agua pertenecía a los mismos lotes y partidas de los colocados en el inmueble del actor y finalmente el experto termina señalando que la humedad ascendía por la parte posterior del cerámico.

Pues bien, en primer lugar y en lo que a la pericia se refiere he de coincidir con el análisis que efectúa el sentenciante, destacando de aquella pieza probatoria la sencillez de las expresiones y la claridad de las conclusiones.

Así a fs. 430 el perito afirma que el cerámico con el que se hizo la prueba fue extraído de una caja que se abrió en su presencia y que según la etiqueta señalaba: cerámico de 1º calidad, tipo Mara Carrara, con fecha de elaboración del 16-10-12 de la fábrica de Cerámica Scop.



En ese sentido, encuentro que la declaración del perito con respecto a la identificación de los cerámicos es suficiente pues a más de ello se advierte coincidencia con la descripción efectuada por el actor desde el inicio y con la denominación que aparece en la factura agregada a fs. 477.

La pertinencia de la factura con el reclamo está acreditada ya que sin perjuicio del desconocimiento por parte de la codemandada, las testimoniales de fs. 448/449 de los Sres. Contreras y Larrión, ambos empleados de la codemandada, reconocieron que el actor había efectuado la compra de cerámicos en ese comercio.

Luego y con respecto a la posibilidad que la codemandada argumenta respecto a que habría defectos en la colocación de los pisos, encuentro que las respuestas del perito son contrarias a dicha afirmación pues señala: "... No se observan defectos en la colocación en los lugares donde se detectó el problema... No se conservan defectos en la colocación en los lugares donde se detectó el problema..." -fs. 412- y luego frente al pedido de explicaciones: "... se concurrió nuevamente a las viviendas y se realizó una prueba de impacto utilizando un palo de escoba y golpeando en varias partes del piso entre las juntas y en el centro de los cerámicos, no encontrando diferencias de sonido que indicasen falta de mortero o pegamento. Además se revisó nuevamente las juntas con el objeto de detectar faltas de pastina que hubiesen permitido la infiltración del agua, pero a simple vista no se detectaron intersticios o falta de material." -fs. 430-

Y por último: "La detección del estado de la pastina se realizó en función de dos parámetros: a) Si la pastina estaba colocada sellando toda la junta con sentido de continuidad. No se encontró cortes ni faltantes. B) Si la pastina se salía al contacto, pasando la uña del dedo. En forma aleatoria en los sectores donde se realizó esta



constatación se obtenía un poco de material de pastina junto a la grasitud propia del uso, no dando la sensación de falencia del material..." -fs. 431-.

De este modo, la contundencia de las afirmaciones del perito, junto a las declaraciones testimoniales, acreditan con certeza que las fallas se encontraban en el material vendido.

Por otra parte, es preciso no perder de vista que para que prospere el reclamo no es preciso probar que todos y cada uno de los cerámicos tuvieran fallas, pues es claro que la adquisición de 207 cajas de cerámicos se efectuó para ser colocados en las viviendas a modo de piso.

Así, el resultado buscado es un piso sin fallas, de modo tal que aunque no está acabadamente probado que cada uno de los cerámicos tenían fallas, el daño que se produjo es mensurable en relación a la frustración del resultado final.

A fs. 402 y 406, el perito ilustra en dos planos numerosos lugares donde encontró las fallas, de modo tal que es preciso tener en cuenta ese resultado fallido para alcanzar la reparación integral que cabe reconocerle al actor.

Sentado así el régimen legal aplicable, el incumplimiento contractual de las demandadas, y la procedencia del artículo 40 de la ley 24.240 que establece la responsabilidad solidaria de las codemandas, es preciso abordar la cuestión de los rubros indemnizatorios aspectos que por distintas razones fueron cuestionados por todas las partes, ya sea por su procedencia o por su monto.

El actor se agravia por el rechazo al daño emergente referido a los gastos derivados de la remoción y colocación de nuevos cerámicos, argumentando la sentencia orfandad probatoria ya que el actor no habría demostrado que los cerámicos hubieran sido removidos.



En ese sentido, le asiste razón al actor en sus agravios pues acreditado el daño la obligación de reparar es independiente de que la víctima ya lo haya hecho.

El único modo de restituir el estado del patrimonio anterior a la existencia del daño es la reparación integral, y en este caso, como ya señalara, el daño se encuentra constituido no sólo por los cerámicos considerados individualmente, sino por la frustración del fin perseguido a partir de la compra de los cerámicos: un piso sin fallas.

En esa senda, el valor de los cerámicos es un aspecto del daño emergente que necesariamente debe complementarse con los importes que demande la remoción de los cerámicos y la colocación de nuevos, cuestión que implica un importante valor de mano de obra.

La carga probatoria del actor es acreditar la existencia del daño, siendo una facultad del Juez justipreciar los mismos.

Así: "... probado el daño pero no su monto, corresponde al tribunal fijarlo según su prudente arbitrio. Es decir que lo importante es que la prueba haya sido cabal respecto de la procedencia del daño demandado, sin haber obrado de manera negligente. La condición exigida es que se encuentre exteriorizada la configuración y sustancia del perjuicio a resarcir, aunque la medida económica de la indemnización no haya quedado determinada con igual certeza. La extensión de la indemnización es una circunstancia de algo ya reconocido y comprobado, que procesalmente puede quedar sujeta a la estimación jurisdiccional (art. 335 del CPC). Si bien la posibilidad de realizar una estimación judicial opera de manera objetiva e independiente de las razones por las que el actor no acreditó el monto que reclama, la apreciación pecuniaria del daño debe realizarse con un criterio



sancionatorio de la posible negligencia probatoria en que pudo incurrir el peticionante, por que el tribunal subsana tal falencia a través de sus facultades, por lo que la estimación debe ser mesurada o estricta" ("La ruptura del nexo causal, entre el principio de congruencia y de iura novit curia. Los fines de la ley y los límites de la aplicación judicial del derecho"- María Inés Ferreyra-AR/DOC/2962/2014).

De este modo, y frente a la afirmación de la demandada de que al haber desconocido el presupuesto elaborado por el arquitecto Mestete ello pondría a la actora en la necesidad de acreditar dicha circunstancia por otro medio fehaciente, es posible señalar que de conformidad a lo expuesto ello no es del todo exacto, pues acreditado el daño el presupuesto es posible de ser considerado a título indiciario.

En esa senda, a fs. 480/481 se encuentra agregado el contrato de locación y construcción de la obra en la que se pacta por la mano de obra detallada en la cláusula primera una serie de tareas entre las que se indicaba "Colocación de cerámicos en el piso de los dos dúplex, en ambas plantas", pactándose la suma de \$ 33.000 por todos los trabajos.

A la luz de esa circunstancia, encuentro que la suma de \$70.000 presupuestada aparece excesiva, aun teniendo en cuenta que el trabajo fue cotizado un año después, por lo cual he de proponer reconocer por el rubro la suma de \$ 25.000, que deberá adicionarse a los \$ 23.792, totalizando el daño emergente la suma de \$ 48.792.

En cuanto al lucro cesante, cabe destacar que: "El lucro cesante no indemniza la pérdida de una expectativa sino el daño que supuso privar al patrimonio del damnificado de una ganancia de la que efectivamente se vio impedido, se trata así de la concreta pérdida de un ingreso."



“En la pérdida de chance lo que se indemniza es la frustración de la posibilidad de obtener una ventaja, cuestión que se relaciona con la incapacidad, pues, lo que se indemniza es lo que representa esa incapacidad para el desarrollo de las actividades productivas que se desempeñaban antes del accidente.”

“De este modo una vez reconocida la existencia de una chance -lo que ya de por sí es dificultoso- es preciso determinar su monto, tarea en la cual el arbitrio judicial es determinante.”

“... El lucro cesante y la pérdida de chance son conceptos que se ubican dentro del anaquel del daño patrimonial, diferenciándose sólo por grados de certidumbre del daño. Sobre la diferencia entre ambos rubros ha dicho con agudeza el jurista francés Philippe Le Tourneau que “el lucro cesante no puede ser confundido con la pérdida de chance: el lucro cesante es una pérdida de ganancia cierta mientras que la pérdida de chance es una pérdida de ganancia probable ... También se ha dicho que en el lucro cesante está la convicción digamos más o menos absoluta que determinada ganancia se produzca, mientras que en la pérdida de chance hay un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla; diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio”

De esta manera, entiendo que lo peticionado por el actor en realidad se refiere más al concepto de pérdida de



chance que de lucro cesante pues y en esto le asiste razón a las codemandadas, no existía un ingreso anterior del cual se haya visto privado el actor.

De este modo, y del propio relato del actor, se advierte que lo reclamado es la frustración de la expectativa del alquilar uno de los dúplex, daño que no equivale a los montos de 24 meses de alquiler como podría resultar sí el lucro cesante, pues lo que se indemniza en este aspecto es: "... la pérdida de un beneficio probable futuro. El daño por la pérdida de chance u oportunidad de ganancia consiste en que el perjudicado pierde la posibilidad o expectativa de conseguir o tener un bien, material o inmaterial (cfr. López Mesa, Marcelo - Trigo Represas, Félix, "Tratado de la Responsabilidad Civil", Ed. La Ley, 2006, T "Cuantificación del daño", pág. 84 - "Sosa c/ Citibank" (P.S. 2011-IV, n° 125))".

Aun cuando la denominación de los rubros pretendidos es importante en orden a resguardar el principio de congruencia, entiendo que en el caso el modo en que fue solicitado en realidad implica la pérdida de chance y no el lucro cesante, aspecto que propongo indemnizar en la suma de \$ 40.000.

Abordando la cuestión del daño moral, encuentro que el criterio adoptado por el sentenciante es correcto.

En ese sentido, se trata de un reclamo por daño moral derivado del incumplimiento contractual y que en tal supuesto es mi criterio que su apreciación debe ser rigurosa y restrictiva, sin que en los presentes obren elementos que concretamente me lleven a tener por acreditados padecimientos que ameriten la procedencia del rubro.

Así he señalado en la causa "Manso" que: "Pues bien, sobre el tema tengo postura tomada desde hace tiempo, que la reparación del agravio moral en materia contractual



debe ser interpretada con criterio restrictivo, debiendo exigirse, en todos los casos, la prueba concreta del perjuicio que se alega haber sufrido. Ello por cuanto no cualquier afectación anímica o lesión a los sentimientos de una persona puede ser admitida, sino sólo aquella que, por su gravedad, puede dar lugar a un verdadero perjuicio espiritual en detrimento de los derechos personales. Porque como lo ha precisado la jurisprudencia, si bien el solo obrar antijurídico "puede" hacer surgir de los hechos mismos la demostración del daño moral, no lo es menos que se alude a hechos con virtualidad suficiente para producir lesión en las afecciones legítimas de la víctima, ello en virtud de que el derecho, que toma como cartabón al hombre medio, no puede atender a reclamos que denotan una susceptibilidad excesiva y eminentemente individual, desde que uno de los requisitos para la resarcibilidad del daño es que el mismo sea jurídicamente significativo (CNCom. Sala A, LL-1986-A-132)".

Luego, y en relación al daño punitivo pretendido, tampoco tendrá andamio el recurso.

En tal sentido, comparto la postura sustentada por la Dra. Pamphile, al adherir a la disidencia planteada en la causa 398675/09, cuando sostuvo, por expresar similar postura en la causa "Acuden c EPas":

"En efecto, recientemente he fijado mi posición con respecto a este instituto en la causa "SUHS JAVIER ALEJANDRO CONTRA ARMORIQUE MOTORS S.A.S/SUMARISIMO ART.321" (EXP N° 402344/9), adhiriendo a la corriente que entiende que su aplicación no es automática y frente a cualquier incumplimiento, sino que requiere de la concurrencia de determinados recaudos.

"Así señalé: "No cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo



de pena que condena al incumplidor a reparar más allá del daño producido. Creemos que la amplitud dada por el legislador a los -por así llamarlos- requisitos de procedencia, es extremadamente peligrosa al no brindar al juez un marco o parámetro de referencia al que atenerse a la hora de sopesar la conveniencia y oportunidad de condenar a pagar daños punitivos. En el derecho norteamericano se ha aludido a una conducta caracterizada por la "malicia", entendida esta como una actuación dolosa. También así se la caracterizaba cuando el demandado actuaba de una manera despreciable con indiferencia voluntaria y consciente de los derechos y seguridad de los demás (Civ. Code, par 3294 subd. -c-). No podemos exigir únicamente el aspecto objetivo del incumplimiento sino que además, consideramos que es necesaria una particular subjetividad. En este punto coincidimos con Alejandro Andrada en que la institución de las "penas privadas" propende al establecimiento de un derecho más igualitario y más justo. En ese marco no parece respetar elementales exigencias de justicia, la circunstancia de tratar igualitariamente a aquel que ha causado un daño por una mera negligencia o imprudencia, que a aquel que comete graves transgresiones, de manera consciente y aún, en ocasiones, obteniendo pingües ganancias con su reprochable accionar.

"En síntesis, aún para sus defensores como Pizarro y el citado autor, debe receptarse el daño punitivo "cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro", en este criterio decididamente nos enrolamos y *brevitatis causae* "..resulta contrario a la esencia del daño punitivo, y a más de 200 años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlos ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales. Para poder cobrar daños punitivos hace falta



algo más. Un elemento de dolo o culpa grave es necesario para poder condenar a pagar daños punitivos" -López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el Derecho argentino, Art.52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", JA, 2008-II, 1201..." (cfr. Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, "De La Cruz, Mariano Ramón c. Renault Argentina S.A. y otra" • 04/06/2010 Publicado en: LLLitoral 2010 (diciembre), 1264 Cita online: AR/JUR/53471/2010).

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

"Como indica Irigoyen Testa: "...De la literalidad del artículo 52 bis de la LDC no puede inferirse directriz alguna dirigida al juez sobre cuándo debe hacer lugar a una condena por DP. No obstante, una vez que el magistrado se encuentra habilitado para entender sobre el fondo de la cuestión, el mismo debe analizar, resolver y fundar en Derecho si es o no necesario o conveniente, en el juicio que lo ocupa, la imposición de los DP.

"Se podría afirmar que el magistrado debe interpretar el artículo 52 bis, conforme con el "espíritu de la ley", la "voluntad del legislador" o la "finalidad perseguida por la ley", atendiendo a la función que debe cumplir la figura en estudio, según lo define y justifica la doctrina comparada y nacional de los DP (fuente material del Derecho).

"Lo expuesto se fundamenta en la hermenéutica jurídica nacional que se desprende del artículo 16 del Código Civil y de la jurisprudencia pacífica actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual, recientemente, en



"Aban, Francisca América c. ANSES" (11/08/2009), reitera: "Que es jurisprudencia de este Tribunal que en la interpretación de la ley ha de tenerse en cuenta el contexto general y los fines que aquélla persigue (Fallos: 267:215) (LA LEY, 125-293) y que con ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de sus objetivos (Fallos: 308:2246, entre muchos otros); también ha dicho que en esa tarea no puede prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 307:1018 y 2200; 324:2107; 331:1262 "Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD)", y sus citas)".

"Asimismo, existen indicios suficientes para entender que, más allá de la ambigüedad conceptual que presentan, el "espíritu de la ley", la "voluntad del legislador" o la "finalidad perseguida por la ley" convergerían (y nunca se apartarían), en general, en la aspiración del logro de la función de los DP desarrollada por la doctrina especializada. Por lo tanto, la deseabilidad del cumplimiento de esta función es lo que motivaría a la norma ("ratio legis") y justificaría su creación. Así, en primer lugar, como presunción cierta de lo indicado, se destaca que el nuevo artículo 52 bis denomina esta multa civil conforme con la designación empleada por la doctrina dominante comparada y nacional: "Daño punitivo". En segundo lugar, como acreditación concluyente de lo expuesto, en los Fundamentos del Proyecto de Ley que incluye el artículo en estudio y del Dictamen de las comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia de la Cámara de Diputados de la Nación



que tratan a dicho Proyecto, se explica que: "el artículo propuesto incorpora al estatuto del consumidor la figura del daño punitivo del derecho anglosajón"...

"...En particular, con respecto a la función que deben cumplir los DP, tanto desde la Doctrina Jurídica Tradicional y el Análisis Económico del Derecho se podría distinguir una función principal y otra accesoria. La función principal es la disuasión (específica y general) de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente. Coincidentemente con lo expuesto, los Fundamentos del Proyecto de Ley y del Dictamen de las comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación (que examinan de forma particular el Proyecto) destacan que: "Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad".

"Por otra parte, la función accesoria de los DP sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición, tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria (la multa civil es sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria). Así, en los Fundamentos ya mencionados, se explica que los DP "consisten en una sanción de multa"... (cfr. Irigoyen Testa, Matías "Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por Daños Punitivos? Publicado en: RCyS 2009-X , 16)".

"Por ello es que, tanto la doctrina como la legislación comparada, establecen como criterios para su procedencia: a) el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado; b) la razonabilidad de la relación entre el importe de los daños punitivos y los daños compensatorios; c) el



alcance de las sanciones penales establecidas por las leyes para conductas comparables (cfr. Trigo Represas, Félix - López Mesa, Marcelo, "Tratado de la responsabilidad civil", Ed. La Ley, 2004, T. I, pág. 560)".

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

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

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

Bajo los conceptos aludidos, no encuentro que la conducta desplegada por las codemandadas justifiquen la procedencia del rubro reclamado, ya que no se advierte la grave negligencia imputada.

En cuanto a las costas, entiendo que sin perjuicio del rechazo de algún rubro o el otorgamiento en términos inferiores al solicitado, lo cierto es que el reclamo



principal del actor ha prosperado con éxito, de modo tal que corresponden imponer el 80 % de las costas a las codemandadas y el 20 % al actor.

Por todo lo expuesto, propongo que se haga lugar al recurso del actor parcialmente, revocándose la sentencia y ordenando a las codemandadas hagan pago al actor de la suma de \$ 88.792.

Los honorarios de la Alzada se fijarán en un 30% del monto que se determine en la Primera Instancia.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

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

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Hacer lugar parcialmente al recurso de la actora, y en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 501/509 condenando a Cerámica San Lorenzo S.A y CENCOSUD S.A a que abone a la actora en el plazo de diez días, la suma de OCHENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS (\$88.792), con más los intereses devengados desde la fecha de adquisición de los cerámicos, 15 de noviembre de 2012 según la tasa activa del Banco Provincia de Neuquén.

II.- Imponer las costas de Alzada en un 80 % a las codemandadas y un 20 % al actor.

II.- Dejar sin efecto los honorarios regulados a los letrados en la anterior instancia, con los alcances dispuestos en el considerando respectivo que integra este pronunciamiento, difiriéndose la regulación para el momento de contar con la base (art. 279, CPCyC).



III.- Los honorarios de la Alzada se fijarán en un 30% del monto que se determine en la Primera Instancia (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria