



Poder Judicial de la Nación
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

SALA D

En Buenos Aires, a los 5 días del mes de agosto de 2021, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “INMOBILIARIA URBANA S.R.L. Y OTRO c/ CERRO NEGRO S.A. Y OTRO s/ ORDINARIO”, registro n°14323/2016/CA1, procedente del JUZGADO N°30 del fuero (SECRETARIA N° 59), en la cual como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Garibotto, Vassallo, Heredia.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:
¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el señor Juez de Cámara, doctor Juan R. Garibotto dijo:

I. La litis y la sentencia de primera instancia

i. Inversion Group HM S.A. e Inmobiliaria Urbana S.R.L. demandaron a Cerro Negro S.A. (en rigor, Canteras Cerro Negro S.A.) y a Blaisten S.A. por un total de \$1.000.000 por los daños que les produjo la provisión de 1100 cajas de un revestimiento que, luego de ser colocado en los baños de dos edificios de propiedad de los actores, se verificó diferencia de color y textura entre las piezas, además de un espesor más delgado que el correspondiente, lo que provocó mayor fragilidad al manipular los cerámicos con las consecuentes roturas que se produjeron.

Explicaron que a pesar de los reclamos el material no fue repuesto y no se hicieron cargo de los gastos de retiro, compra de nuevo material y colocación, ni del retraso que todo ello generó en la entrega de los departamentos que ya **estaban vendidos.**

Fecha de firma: 05/08/2021

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#28607792#297126560#20210805093656374

Sostuvieron estar amparados por la ley 24.240 y reclamaron \$800.000 en concepto de daño material y \$200.000 por la demora y el perjuicio que implicó sacar el revestimiento ya instalado y colocar el nuevo.

ii. Contestó la demanda Blaisten S.A. (luego, Cencosud S.A. debido a la fusión informada en fs. 196), quien opuso excepción de prescripción y solicitó la desestimación del reclamo de las contrarias. Rechazó ser aplicable la ley de Defensa del Consumidor ya que las accionantes aplicaron el material a una obra en construcción que explotan, integrando las cerámicas al proceso de comercialización, pues su actividad comercial consiste en la construcción de edificios de departamentos para su venta.

Indicó que las demandadas no efectuaron el reclamo correspondiente dentro de los tres días de recibida la mercadería y que el régimen aplicable a la diferencia de calidad del producto es análogo al de los vicios aparentes. Sostuvo que si se entendiera que el caso encuadra dentro de las normas referidas a los vicios ocultos, la solución no variaría pues también habían transcurrido los 6 meses allí previstos para efectuar el reclamo, dado que se declaró la caducidad de instancia de la mediación celebrada originariamente por haberse excedido del plazo previsto en el art. 51 de la ley 26.589, por lo que no se produjo la suspensión del plazo dispuesta por dicha normativa.

Luego de negar en forma general y particular los hechos alegados por la contraparte, desconoció la documentación acompañada y señaló que en la demanda se reclama una suma global sin indicar cuánto correspondería a cada una de las personas jurídicas accionantes.

Señaló que Blaisten S.A. no es la fabricante del material, por lo que tampoco es responsable por los vicios de fabricación que éste pudiera tener. Explicó además que los cerámicos varían según su producción, en color y medida, y que ello está especificado en las cajas, para que antes de colocarlas, se las presente y se pueda colocar eligiendo la tonalidad similar en cada sector. Refirió también que si el material no estaba en buenas condiciones no debió ser colocado y que no se produjo la prueba pericial prevista por el ordenamiento para determinar los vicios aparentes u ocultos en el producto.



Impugnó los rubros reclamados. Sostuvo que no se acompañaron presupuestos o facturas que justifiquen los montos invocados.

Por último, formuló reserva para citar como tercero a Canteras Cerro Negro S.A. para el caso de que se desista de la acción en su contra.

iii. En la sentencia de primera instancia se resolvió rechazar la demanda en todos sus términos contra ambos demandados. Se juzgó el reclamo aplicando las normas contenidas en el Código de Comercio vigente al momento de los hechos y se consideró que no correspondía regirse por la ley 24.240 dado que los revestimientos no fueron adquiridos como “*destinatarios finales*” sino para aplicar al proceso productivo.

Sostuvo el sentenciante que no se produjo la pericia arbitral, siendo ésta un medio de prueba insoslayable para determinar los vicios de la cosa vendida. Se refirió a las demás pruebas producidas y concluyó que ninguna de ellas aportó certezas sobre la existencia de vicios en el material o sobre la causa en las diferencias de tonalidades.

Consideró que tampoco fueron probados los daños, que no se determinó cuántas cajas compró cada sociedad, ni cómo se arribó a la suma reclamada.

Por último, impuso las costas a las accionantes vencidas y reguló honorarios.

En esos términos la sentencia fue pronunciada.

II. El recurso.

Apeló la parte actora el 18.12.2020, y presentó su memorial el 6.5.2021, el cual recibió respuesta de la contraria el 19.5.2021.

Asimismo fueron recurridos los honorarios regulados en la sentencia por Cencosud S.A. (antes Blaisten S.A.) y por su letrado el 16.12.2020; por la perito en informática, el 17.12.2020, y por las accionantes en la misma presentación del 18.12.2020.

Agravios de Inversion Group HM S.A. e Inmobiliaria Urbana S.R.L.

Como primer agravio señalaron que no se aplicó de manera correcta el instituto de la rebeldía respecto de Canteras Cerro Negro S.A. pues su falta de presentación implicó el reconocimiento íntegro de la pretensión de las actoras.



Se quejaron además por lo que consideraron una errónea aplicación del derecho invocado por el *a quo*. Sostuvieron que en la resolución de la defensa de prescripción no se declaró que entre las partes no existe una relación de consumo, sino que ello fue utilizado sólo como argumento para fundar el rechazo de la excepción. Insistieron en que el caso debe ser resuelto a la luz de lo dispuesto por la ley 24.240 y del Código Civil y Comercial de la Nación. Asimismo, señalaron que no se reclamó por vicios en la cosa, sino los daños y perjuicios que ocasionó la sustitución y nueva compra del material.

Alegaron que supeditar la acción al procedimiento del perito arbitrador no tiene sentido, que debe existir amplia capacidad probatoria y que por ello se demandó por daños y perjuicios y no por los vicios ocultos de la cerámica. Expusieron que si el sentenciante entendía que debía realizarse la pericia arbitral, debió rechazar la demanda sin mandar producir la prueba.

Agregaron que no se tuvo en cuenta que a través de los mails y de la pericia informática se demostró que los problemas de colocación fueron informados a las demandadas, que la pericia en arquitectura indicó que los daños fueron reales, que se debió a errores en la fabricación, y que de las declaraciones testimoniales surge la mala calidad del producto por lo que tuvo que ser retirado.

Por último sea agraviaron de la imposición de costas.

III. La solución.

i. La recurrente cuestiona el modo en que resolvió el juez *a quo*, rechazando la demanda, aún frente a la rebeldía declarada respecto de Canteras Cerro Negro S.A.

Debe recordarse que la mera rebeldía declarada respecto del demandado no determina la suerte favorable de la acción intentada (conf. Morello, A. y otros, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Buenos Aires - La Plata, 1985, t. II-B, p. 30; CNCom., Sala B, 23/2/1999, “Rodolfo Alonso Editor S.H. c/ Latinexport S.A. s/ ordinario”). La rebeldía, ciertamente, no conlleva *ipso iure* al acogimiento de la acción intentada, pues el tácito reconocimiento que la actitud omisiva del rebelde comporta no releva al tribunal de dictar sentencia “...según el mérito de la causa...”, tal como lo prescribe el art. 60 del Código Procesal (conf. CNCom.,



Sala A, 16/10/1985, “Guillermo Ameijeiras S.A. c/ La Vascongada S.A.”; Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Santa Fe, 1989, t. 3, ps. 41/42).

Dicho con otras palabras, en ningún caso la rebeldía impone al juez una decisión favorable a las pretensiones de la parte actora sino que lo autoriza para acceder a ellas sólo si fueran justas, debiendo el magistrado establecer los efectos jurídicos pertinentes con relación a las circunstancias particulares de la causa y demás elementos que obren en el proceso (conf. CNCom., Sala B, 24/04/1981, “Argentina Televisora Color c/ Globopharm s/ ordinario”; íd., Sala D, 17/10/2012, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Fontana, Ernesto Luis s/ ordinario”; íd., 25/6/2015, “Colorantes Industriales Argentina S.A. c/ International Leather Group S.A. s/ ordinario”; íd., “Malia, Diego Martin c/ Galeano, Antonio Luján”, 14.11.2017).

La declaración de rebeldía de fs. 171 importó la pérdida del derecho de contestar demanda, pero ello no implica por sí el reconocimiento ficto de lo afirmado por la contraria, sino que constituye fundamento de una presunción para que el juez, valorando los elementos probatorios arrimados a la causa, determine si la incomparecencia importó el reconocimiento de los hechos aseverados por la otra parte (esta Sala, “Mac S.C. c/ Las Lilas Genética S.A.”, 12.12.2011; íd., “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Fontana, Ernesto Luis”, 17.10.2012; íd., “Gire S.A. c/ Cobialco S.A.”, 30.4.2013; CNCom., Sala C, “Trafina S.A. c/ Galarraga de Villar, Mabel”, 30.6.1989; íd., “Bainver S.R.L. c/ Asoc. Mutual de obreros y empleados Municipales de Posadas”, 7.6.2005), y esto fue lo que realizó el juez de anterior grado.

Por este motivo, la queja deberá ser rechazada.

ii. En lo que concierne al derecho aplicable, debemos analizar primero si la causa deberá juzgarse según las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, y luego si nos encontramos frente a una relación de consumo.

En primer lugar, corresponde determinar la fecha en que se produjeron los hechos relatados en la demanda. Explicaron las accionantes que en diciembre de 2014 realizaron el pedido del material y que fue entregado en abril de 2015.



La factura de fs. 31 por medio de la cual se instrumentó la compra de 963 unidades de cerámica Glaciar Cerro Negro está datada el 23.2.2015. Por último, el 8 de junio de 2015 se emitió la nota obrante en fs. 27 y el 9 de junio del mismo año se labró el acta notarial a la que se adjuntaron fotografías de los baños en los que se aplicó el revestimiento cuestionado.

No cabe duda entonces que dada la época de ocurrencia de los hechos enjuiciados en autos, corresponde examinar el caso de acuerdo a las normas contenidas en el Código Civil y en el Código de Comercio vigentes hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, producida el 1.8.2015 (cfr. Busso, en “*Código Civil anotado*”, Buenos Aires, 1944, tº. I, pág. 31, nº 111 y pág. 34, nº 141; Moisset de Espanés, en “*Irretroactividad de la ley*”, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1976, pág. 44; Heredia, en “*El derecho transitorio en materia contractual*”, RCCyC, año 1, nº 1, julio 2015, pág. 12, cap. VII; Galdós, en “*La responsabilidad civil y el derecho transitorio*”, LL del 16/11/2015, cap. III, 2, a y b), solución jurídica que no impide la cita de la ley nueva pero sólo cuando ella venga a confirmar la orientación o pertinencia de las soluciones aplicables. En efecto: el plexo normativo aplicable para examinar la responsabilidad de las demandadas no es otro que el que se encontraba en vigor al tiempo en que se produjo el hecho generador de los invocados daños y perjuicios que se les imputan. Como bien lo señaló mi distinguido colega, el Dr. Heredia, en la causa “Falivene, Denis Javier c/ Mercado de Valores de Buenos Aires S.A.”, sentenciada el 18.12.2018, “...en todos los casos, es la ley del día en que el daño se causó la que fija las condiciones de la responsabilidad civil, siendo ella la que dirá si una obligación ha nacido, o no, a favor de la víctima del daño, y la carga que esa obligación trae. Es igualmente dicha ley la que fija el derecho de reparación y los límites del crédito... (conf. Roubier, en “*Les conflicts de lois dans le temps*”, Librairie Recueil Sirey, París, 1933, tº. II, págs. 4/5, nº 76; mismo autor, en “*Le droit transitoire – Conflits des lois dans le temps*”, Éditions Dalloz, Paris, 2008, págs. 188/189, nº 42)”. Tal es el criterio que aprobó el art. 3º del Código Civil, texto según ley 17.711 (conf. Llambías, en “*Tratado de Derecho Civil–Parte General*”, Buenos Aires, 1997, tº. I, pág. 130, nº 167, espec. nota nº 68 bis “3”), y el que también refleja el art. 7º del Código

Fecha de firma: 05/08/2021

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#28607792#297126560#20210805093656374

Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994), cuyo texto permite interpretar que los presupuestos esenciales de la responsabilidad civil no se rigen por la ley nueva, sino por la vigente en la fecha en que se produjeron los hechos de los que deriva el deber de reparar (esta Sala, “Calderas y Tanques La Marina S.A. s/ quiebra” s/ acción de responsabilidad por la sindicatura”, 12.5.2016; íd., “Barbeito, Gabriel Fernando c/ Círculo de Inversores de Ahorro p/f Determinados S.A.”, 7.6.2018; íd., “Falivene, Denis Javier c/ Mercado de Valores de Buenos Aires S.A.”, 18.12.2018; íd., “Bozzi, Gustavo c/ GyG S.A.”, 27.8.2019; íd., “Betalux S.A. c/ AMX Argentina S.A.”, 17.9.2020; íd., “Flores, Virgilio Rolando c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires”, 22.4.2021; íd. “Liberman, Alejandro Marcelo c/ Bavarian Motors S.A.”, 1.7.2021).

Sentado ello, corresponde analizar además si nos encontramos frente a una relación de consumo, siendo aplicable la ley 24.240 o no.

Veamos.

La ley 26.361 introdujo importantes modificaciones al art. 1º de la ley 24.240, extendió su aplicación a numerosos actores que anteriormente no eran considerados consumidores o usuarios; también asimiló la situación de éstos 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”, e incluyó a las personas jurídicas, siempre y cuando el bien hubiere sido adquirido para su consumo final (cfr. Santarelli, en “*Hacia el fin de un concepto único de consumidor*”, LL. 2009-E-1055; Gregorini Clusellas, en “*La responsabilidad en el régimen de protección al consumidor*”, LL. 2008-D-1007).

Al respecto, indica Lorenzetti (en “*Consumidores*”, Santa Fe, 2003, pág. 90 y sig.), que los empresarios han sido tradicionalmente excluidos de la noción de consumidor, porque no usan los bienes para consumo final sino para aplicarlos al proceso productivo. Explica ese autor que si bien la cuestión ha provocado no pocas discusiones pues existen supuestos dudosos, tras analizar distintos casos de “integración parcial” en los que una empresa adquiere un bien que ingresa al proceso productivo y que también es usado para otras finalidades,



concluye que un criterio utilizado para dirimir el tema es el del criterio objetivo, referido al uso que se le da a la cosa.

Corresponde también señalar que el art. 2º de la ley 26.361 suprimió la exigencia que, con discutible técnica legislativa, contenía la norma de idéntica numeración de la ley 24.240, atinente a la exclusión de la noción de consumidor a quienes consumían bienes y servicios para integrarlos a procesos productivos; modificación ésta de trascendente importancia pues ha de verse que la norma amplió el concepto del sujeto merecedor de la tutela legal.

Esa modificación introducida por la ley 26.361 al art. 2º de la ley 24.240 me lleva a interpretar, entonces, el espíritu del legislador por contraposición, de manera que aquéllos que adquieran un bien o servicio en su carácter de comerciantes o empresarios quedarán igualmente protegidos por esta ley siempre que el bien o servicio no sea incorporado de manera directa a la cadena de producción. De tal forma, las personas jurídicas y los comerciantes ven ahora ampliado el campo de supuestos en el que podrán revestir el carácter de consumidores y, en consecuencia, bregar por la protección de la ley.

De su lado, el artículo 1092 del Código Civil y Comercial define al consumidor casi con iguales palabras, lo cual importa una ratificación de la vigencia conceptual de las características y particularidades de este sujeto. Podemos, pues, sostener (i) que se mantiene la noción de consumo final como directiva prioritaria para circunscribir la figura del consumidor, (ii) que se extiende la categoría también al “destinatario o usuario no contratante”, y (iii) que se suprime el criterio de exclusión que contenía la versión anterior del art. 2º en cuanto que no eran consumidores quienes integren bienes y servicios a procesos productivos, de forma tal que en su actual redacción, la Ley de Defensa del Consumidor aprecia la posición del consumidor o usuario como aquella persona que agota, en sentido material o económico, el bien o servicio contratado (la consunción final, material, económica o jurídica). En síntesis, si bien se reconoce que la ley no abandonó terminantemente el criterio finalista en punto a la calificación del consumidor, que sigue siendo el destinatario final, la eliminación antedicha en el texto del art. 2º permite examinar en cada caso si el acto de consumo se origina, facilita o integra en un proceso de producción de

Fecha de firma: 05/08/2021

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#28607792#297126560#20210805093656374

bienes o servicios, en cuya virtud el sujeto no sería consumidor en términos estrictos.

Así pues, para que tal calidad pueda ser otorgada en los hechos, tanto el texto original de la norma como su redacción actual e igual dispositivo del Código de fondo ahora vigente (cfr. Lorenzetti, en “*Código Civil y Comercial de la Nación comentado*”, Buenos Aires, 2015, tº. VI, pág. 232) requieren que la persona física como la jurídica, adquiera o utilice bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Tal exigencia importa encuadrar como consumidor a la persona física que adquiera un producto o goce de servicios con destino a un uso esencialmente privado.

Con sustento en lo anterior concluyo que el carácter de consumidor final, que se define por el destino de la adquisición, no atiende al elemento subjetivo del motivo personal que movió al individuo a consumir, sino objetivamente a la confrontación del destino del bien o servicio adquirido también objetivamente considerado conforme su utilidad reconocida, con el área de actividad del pretendido consumidor, de modo tal que si el bien o servicio adquirido se encuentra fuera de dicha área de actividad debe presumirse que se trata de un acto de consumo, lo que no ocurre si se advierte que se está dentro de dicha área, por quedar excedida -en este último supuesto- la noción de destinatario final (v. mi voto como vocal preopinante durante mi desempeño en la Sala C de esta alzada comercial, en la causa “Lucky Marchand S.A. c/ Motorcam S.A.” sentenciada el 17.3.2016; también esta Sala, en autos “Cooperativa de Vivienda, Crédito y Consumo Credikot c/ AMX Argentina S.A.”, 5.9.2017; íd., “Hojobar S.A. c/ Volkswagen Argentina S.A.”, 9.5.2019).

En esa misma línea se ha pronunciado la doctrina (v., entre otros, Farina, en “*Defensa del consumidor y del usuario*”, Buenos Aires, 2004, pág. 62; Álvarez Larrondo, en “*El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el Derecho del Consumo*”, y Ariza, en “*Más que una reforma. Desplazamientos del Derecho del Consumidor en el Derecho Privado*”, ambos artículos publicados en “*Suplemento Especial Reforma de la ley de defensa del consumidor*”, LL., 1.1.08, págs. 25 y 49, respectivamente; Hernández, en “*La*



noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar”, en “Consumidores, Revista de Derecho Privado y Comunitario”, 2009-I-264; Santarelli, en “*Ley de Defensa del Consumidor*”, dirigida por Sebastián Picasso y Roberto Vázquez Ferreyra, tº I, pág. 28).

La Sala ha sido clara en cuanto a imponer, a quien invoca su carácter de consumidor o la aplicación de la ley 24.240, la carga probatoria en punto a tales extremos (esta Sala, “Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c/ Banco Santander Río S.A.”, 26.3.2013; *íd.*, “Asociación Prot. Cons. del Merc. C. del Sur Proconsumer c/ Banco Patagonia S.A.”, 27.8.2013; *íd.*, “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ ICBC S.A.”, 18.9.2014; *íd.* “Beck, Ricardo Alberto c/ Nissan Argentina S.A. y otro”, 17.11.2020; *íd.* “Nexus Negocios Informáticos S.A. c/ Cicliutti Guerini S.A. y otro”, 23.2.2021, entre otros).

Pues bien. En el escrito de inicio se aclaró que el revestimiento fue adquirido a los fines de ser instalado en los baños de departamentos de las obras propiedad de las accionantes, que antes se había instalado el mismo material en los departamentos modelo, y que parte del daño producido, fue la demora que generó retraso en la entrega de los departamentos que ya tenían vendidos.

No cabe duda entonces que las sociedades accionantes no son las destinatarias finales de los revestimientos, sino que fueron colocados en departamentos destinados a la venta, por lo que el vínculo entre las partes no integra una relación de consumo.

Por ello, corresponde desestimar este agravio.

iii. Como tercera queja, las demandantes consideraron inconstitucional que el procedimiento fuera supeditado a la prueba pericial arbitral, pues si esa prueba fallara, la parte quedaría sin poder probar sus dichos.

En primer lugar, debo señalar que el planteo de inconstitucionalidad fue recién incorporado en esta instancia, de modo que resulta vedado a este Tribunal el tratamiento de esta novedosa cuestión porque como lo señalan Fenochietto-Arazi con cita de Chiovenda y de diversos precedentes, la expresión de agravios no es la vía pertinente para introducir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal (en

Fecha de firma: 05/08/2021

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#28607792#297126560#20210805093656374

“Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires”, tº. I, pág. 852).

Así, pues, la recta interpretación de la norma contenida en el art. 277 del Código Procesal impide a este Acuerdo el examen de esa cuestión (esta Sala, en un supuesto parecido, “Mut, Darío Javier c/ Dietrich S.A.”, 23.5.2017).

Ahora bien, sostuvieron las accionantes que demandaron por los daños y perjuicios producidos, y no por los vicios ocultos de las cerámicas. Según surge del relato de la demanda esos daños se habrían originado en la diferencia de espesor y de tonalidad existente entre las cerámicas adquiridas. Como el material ya había sido colocado cuando la falla fue advertida, hubo que retirar el material defectuoso, comprar nuevo para luego colocarlo, con los costos que ello implica. Además, indicaron que ello provocó el retraso de la obra con la consecuente demora en la entrega de los departamentos que ya estaban vendidos.

Si el daño invocado es el costo de retirar, comprar y volver a colocar el material, más la demora que ello acarreó, debió probarse no sólo que la falla existió, sino cuál fue el motivo que la originó, si fue falla de fábrica del revestimiento, del pegamento, un problema de la colocación, o si es parte de la diferencia de tonalidades tolerada según las partidas.

Las accionantes afirman que el material tenía fallas de fábrica: diferencia de espesor y de tonalidad. En consecuencia, eso debió probarse, es decir, que las cosas vendidas tenían vicios o defectos o diferencias en sus calidades y que ello provocó los mayores costos por la extracción y reposición de material nuevo. Eso es lo contemplado en el art. 476 del Código de Comercio, en donde se establece además que debe probarse mediante peritos arbitradores, no mediando estipulación contraria.

Ya fue dicho por esta Sala que los vicios o defectos en la mercadería deben ser probados ineludiblemente mediante pericia arbitral -art. 773 del Código Procesal- sin que, su omisión pueda ser salvada por la aceptación tácita de las partes de dirimir la cuestión por un peritaje común, habida cuenta el carácter de prueba “legal” de aquella otra forma probatoria (conf. Seijas, R., “La prueba de la falta de adecuación en los contratos de compraventas de cosas



muebles”, RCCyC, año IV, n° 10, nov. 2018, p. 36, espec. 42), salvo que se trate de una adquisición hecha por un consumidor o catalogable como derivada de un contrato de consumo que, ya se dijo, no es el caso.

Es que el especial régimen probatorio impuesto por el art. 476 del Código de Comercio (hoy art. 1157 del Código Civil y Comercial de la Nación) tiene exclusiva aplicación en adquisiciones que no califican como contratos de consumo (esta Sala D, “Gisler, Rodolfo Ernesto c/ Carlos Termini S.R.L. y otra s/ ordinario”, 9.10.2014; García Allende, Oscar Alberto c/ Le Mont S.A. y otro s/ ordinario”, 22.2.2018). Por el contrario, cuando la adquisición sí califica como un contrato de consumo, el consumidor puede acreditar el vicio de la cosa o de la prestación del servicio por cualquier medio de prueba (conf. CNCom. Sala F, “Silvestri, Pedro Carlos Alberto c/ Renault Argentina S.A. y otro”, 29.3.2012), incluso por la de peritos regulada en el art. 457 y ss., de la ley de rito, como ha pretendido hacerse en el caso (esta Sala, “Rosano, Valeria Alejandra c/ D’Arc Libertador S.A. y otro”, 27.8.2019).

En un reciente fallo de este Tribunal, el Dr. Vassallo transcribió lo dicho por el Dr. Heredia al referirse a aquel procedimiento y, particularmente, a su obligatoriedad en estos casos: “...el art. 476 del Código de Comercio enfáticamente prescribe que ‘...Los vicios o defectos que se atribuyan a las cosas vendidas..., serán siempre determinadas por peritos arbitradores, no mediando estipulación contraria...’. De tal suerte, toda contestación que se suscite entre comprador y vendedor respecto de vicios, defectos o diferencia de calidades debe ser determinado, salvo pacto en contrario, por una pericia arbitral (conf. CNCom., Sala C, 29/6/84, “Corupel S.A. c/Laboratorios Promeco S.A.”)”.

“Tal pericia arbitral es un medio específico, insoslayable, insustituible y vinculatorio para el juez, a los fines de determinar los vicios de la cosa vendida (conf. CNCom., Sala C, 11/6/84, “Zumos S.R.L. c/ Ro-Dia S.R.L.”; *íd.*, Sala C, 28/7/89, “Rolling Forms c/ Diseco S.A. s/ sumario”). En otras palabras, la designación de peritos arbitradores es ineludible (conf. CNCom., Sala A, 14/2/85, “Molduper S.C. c/ Flamex Talamoni S.A.”; *íd.*, Sala C, 4/6/84, “Associated Metals & Minerals Co. c/ Gurmendi S.A.”), ya que lo dispuesto por el art. 476 del Código de Comercio implica el establecimiento de un

Fecha de firma: 05/08/2021

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#28607792#297126560#20210805093656374

procedimiento legal (conf. CNCom., Sala C, 28/7/89, “Rolling Forms c/ Diseco S.A. s/ sumario”) o, más bien, como lo ha precisado la jurisprudencia de esta cámara, el establecimiento de una “prueba legal” (conf. CNCom., Sala B, 13/12/84, “Aserradero Martín Fierro S.A. c/ Marchand S.R.L.”; íd., Sala B, 23/8/90, “Dely S.A. c/ Fun S.A. s/ordinario”), que, como tal, no puede ser reemplazada por ninguna otra, ya que ella es el camino legalmente contemplado para zanjar este tipo de controversias en materia de compraventa comercial (conf. CNCom., Sala B, 29/12/08, “Establecimiento Rural Indígena S.A. c/ Cavero, Oscar s/ordinario”; íd., Sala D, 5/12/95, “Directo S.R.L. c/ Proserquim S.A.”; íd., Sala E, 5/3/91, “Dubano S.A. c/ M.K. Química S.R.L. s/ ordinario”; íd., Sala E, 6/5/94, “Rodolfo y Roberto Tucci S.R.L. c/ Romeo”; íd., Sala E, 28/2/2000, “Planolux S.A. c/ Vaplas S.A. s/ ordinario”).

“En tal sentido, la previsión del art. 476 del Código de Comercio hace ineludiblemente procedente la pericia arbitral regulada por el art. 773 del Código Procesal (conf. CNCom., Sala B, 23/8/90, “Dely S.A. c/ Fun S.A. s/ ordinario”; íd., Sala C, 24/4/97, “Estructuras Magdalena S.A. c/ Corporación Cementera Argentina S.A. s/ pericia arbitral”; íd., Sala C, 28/7/89, “Rolling Forms c/Diseco S.A. s/sumario”), cuya producción no puede ser reemplazada por la declaración de testigos (conf. CNCom., Sala B, 13/12/84, “Aserradero Martín Fierro S.A. c/ Marchand S.R.L.”; íd., Sala B, 27/2/87, “Fornax S.R.L. c/ Carlos A. Palo S.R.L.”; íd., Sala B, 23/8/90, “Dely S.A. c/ Fun S.A. s/ ordinario”), como tampoco por un peritaje técnico llevado a cabo en la sustanciación de la causa (conf. CNCom., Sala E, 27/2/90, “Donato, Vicente c/ Papelera San Justo”, ED 140-745; íd., Sala E, 27/2/04, “Homecare S.A. c/ Telinver S.A. Meller Comunicaciones S.A. UTE s/ ordinario”), pues lo que exige la ley mercantil es un verdadero laudo de peritos arbitradores desarrollado antes del juicio ordinario y no meramente un estudio pericial cumplido en su curso y sujeto a las reglas de la sana crítica (conf. Fernández, R., Código de Comercio Comentado, Buenos Aires, 1950, t. II, ps. 356/357 y 381). Cabiendo observar, al respecto, que ciertamente un peritaje técnico no es asimilable a la pericia arbitral desde que, como lo ha explicado la doctrina, el dictamen pericial constituye un medio de prueba que, como tal, sólo puede tener lugar



durante el transcurso del proceso y que tiende a generar la convicción del juez, quien se halla facultado, conforme a las reglas de la sana crítica, para apartarse de sus conclusiones; en cambio, la pericia arbitral puede producirse con motivo de un proceso o fuera de él y conduce al pronunciamiento de una decisión provista de fuerza vinculatoria para el juez (conf. Palacio, L., *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1992, t. IX, p. 180; Fenochietto, E. y Arazi, R., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, comentado y concordado, Buenos Aires, 1987, t. 3, p. 560; Kielmanovich, J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, comentado y anotado, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 1181; Fernández, R. y Gómez Leo, O., *Jurisdicción arbitral – El arbitraje en el Código de Comercio*, LL 1981-D, p. 1309)”.

“Por razones análogas, valga señalar, la pericia arbitral tampoco puede ser reemplazada por informes de consultores técnicos (conf. CNCom. Sala C, “Zumos S.R.L. c/ Ro-Dia S.R.L.”). Así pues, siendo imperativo lo dispuesto por el art. 476 del Código de Comercio, una vez que es rechazada la mercadería corresponde al adquirente hacerla reconocer, sin más, por peritos arbitradores; y de mediar falta de colaboración de la otra parte, debe acudir a la vía judicial para que mediante la convocatoria a una audiencia, los contratantes acuerden el nombramiento de peritos árbitros, bajo apercibimiento de efectuarse de oficio su designación (conf. Anaya, J., *La olvidada pericia arbitral*, ED 134-605; Colombo, C. y Kiper, C., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, anotado y comentado, Buenos Aires, 2006, t. VI, p. 767; CNCom., Sala E, 27/2/90, “Donato, Vicente c/ Papelera San Justo”, ED 140-745)” (esta Sala, 8.10.20, voto del Dr. Vassallo en “Medicina Tecnológica del Oeste c/ Proveeduría Médica S.R.L.”, *íd.*, 11.5.2011, “Mendoza Hnos. S.R.L. c/ Alasud Argentina S.R.L. s/ ordinario”).

Nada de esto fue hecho en el caso. No se analizaron las cerámicas, ni se guardó una muestra para ello. Entonces al no haberse realizado la pericia arbitral indicada por el art. 476 del ordenamiento mercantil, no se ha acreditado la invocada falla o diferencia de calidad en el revestimiento adquirido.

Lo dicho hasta aquí es suficiente para rechazar los agravios de la parte actora.

Fecha de firma: 05/08/2021

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#28607792#297126560#20210805093656374

Sin embargo, y dado que una de las quejas radicó en la falta de apreciación de las demás pruebas producidas, me referiré a ellas brevemente.

La pericia en arquitectura que se llevó a cabo en el curso de la *litis* se cumplió a través de la observación de unas fotografías, pues, como informó el perito, era ocioso constituirse en el edificio porque *“no queda elemento alguno de interés que eche luz sobre los reclamos aquí planteados”* (ver informe del 24.8.2020). El profesional actuante dijo que no tenía muestras del material en su poder que *“le permita emitir opinión respecto a la calidad del material colocado”*, que *“debió haber habido evidentemente un problema en la planta donde fueron elaboradas”*, y agregó que *“sólo puedo conjeturar que... es muy probable que las temperaturas a las que han sido sometidas en el horno de Cerro Negro S.A. sean diferentes, provocando una absorción distinta en cada una de ellas”* y que *“no descarto que la temperatura de la cocción haya variado en los hornos de la planta de Cerro Negro S.A. y sea esa la causa de diferentes grados de absorción del bizcocho, pero a este perito le es imposible determinar que ese hecho se haya producido”*.

Ello corrobora que mediante las fotos no se puede determinar si la diferencia de color se debió a una falla de fábrica. Así, lo que se diga en torno a ello es una mera especulación.

Las demás pruebas que las recurrentes mencionan que no se tuvieron en cuenta al sentenciar tampoco permiten verificar que la diferencia de tonalidad de las cerámicas hubiere sido causada por una falla de fábrica. Ello sucede con los correos electrónicos en los que se reclama por el revestimiento adquirido para los departamentos modelo entre febrero y marzo de 2014, es decir, un año antes de lo que aquí se discute. Téngase en cuenta además, que a pesar de esas quejas manifestadas, las accionantes compraron el mismo material para todos los baños de la construcción.

Tampoco las declaraciones testimoniales arrojan luz sobre el tema, pues sólo dan cuenta de la diferencia de tonalidad y de reclamos efectuados por correo electrónico.

Es decir, no se logró demostrar la diversa calidad del material adquirido por el cual se decidió retirarlo y cambiarlo por uno nuevo.



Respecto de los daños, no se adjuntó factura de compra de los nuevos cerámicos, pegamento, etc., que debieron utilizarse para reemplazar el material supuestamente fallado, sino una cotización realizada en febrero de 2016. Tampoco se informó el costo de mano de obra, ni se acreditó la alegada demora en la entrega de los departamentos.

Es aplicable, aquí, la regla del art. 377 del Código Procesal. Esto, porque según esa norma lo dispone, la carga de la prueba actúa como un imperativo establecido en el propio interés de los litigantes; es una distribución que no se refiere al “*poder de probar*”, que lo tienen las dos partes, sino una distribución del “*riesgo de no hacerlo*”, no supone, por lo tanto, ningún derecho del adversario, y es por ello mismo que cada parte soporta la carga de probar los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende; de manera que si no lo hace pierde el pleito, si de esa carga no satisfecha depende la suerte de la *litis* (CSJN, *in re*: “Kopex Sudamericana S.A.I.C. c/ Buenos aires, Provincia de y otros” 19.12.95; esta Sala, “Sistemas Analíticos S.A. c/ Becton Dickinson Argentina S.R.L.”, 1.11.16; *id.*, “Cellular Time S.A. c/ Telefónica Móviles Argentina S.A.”, 3.11.16; *id.*, “Caran Automotores S.A. c/ Volkswagen Credit Compañía Financiera S.A.”, 14.2.17; *id.*, “Charrúa, María Juana c/ Assist Card Argentina S.A. de Servicios”, 13.6.17; *id.*, “Ringer S.R.L. c/ Telefónica de Argentina S.A.”, 4.7.17; *id.*, “Intellect Posware Solutions Group S.R.L. c/ Y.P.F. S.A.”, 16.5.17; *id.*, “Actividad Médica S.A. c/ Well Being S.A.”, 19.10.17; *id.*, “Toy Store S.A. c/ Prisma Medios de Pago S.A.”, 28.12.17; “Anzalone, Diego c/ Vía Bariloche S.A.”, 22.9.2020; *id.* “Etiguel S.A. c/ Vortex Argentina S.A.”, 17.11.2020; *id.* “Azalia Catering S.R.L. y otro c/ Pepsico de Argentina S.R.L.”, 3.12.2020; *id.* “Booth, Aidan James y otro c/ Matercell S.A.”, 16.3.2021; *id.* “Fideicomiso Metro Office I c/ Ascensores Condor S.R.L. y otro”, 21.6.21).

Como consecuencia de ello, el recurso no será admitido.

iv. Por último, en cuanto al régimen de costas, dada la forma en que se decide, no corresponde variar su imposición a la parte perdidosa.

IV. Conclusión.

Fecha de firma: 05/08/2021

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#28607792#297126560#20210805093656374

Propongo entonces al Acuerdo rechazar el recurso interpuesto por las actoras y en consecuencia confirmar la sentencia apelada, con costas de Alzada a las accionantes vencidas (cpr. 68).

Así voto.

Los señores Jueces de Cámara, doctores Gerardo G. Vassallo y Pablo D. Heredia adhieren al voto que antecede.

V. Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

- a) Rechazar el recurso interpuesto por las actoras;
- b) Confirmar la sentencia apelada;
- c) Imponer las costas de Alzada a las accionantes que han resultado vencidas (cpr. 68).
- d) En cuanto a las pautas que deben regir el cómputo de los honorarios, debe comenzar por precisarse que, conforme los argumentos expuestos en un caso análogo (esta Sala, 13.3.18, “Skillmedia S.R.L. c/ Estudio ML S.A. s/ Ordinario”, expte. n° 36208/2015), la presente regulación de honorarios habrá de efectuarse con el arancel vigente al momento en que las tareas profesionales, objeto de retribución, fueron cumplidas.

Asimismo, la regulación de que se trata se practicará aplicando el principio de proporcionalidad, es decir, meritando –por un lado– que cada estipendio guarde una proporción adecuada y razonable con la cuantía de los intereses en juego y con la labor desarrollada, y –por el otro– que exista una equitativa relación armónica entre todas las remuneraciones profesionales; principio operativo también para los peritos (art. 478, Código Procesal); y, que el hecho de que desestimara la pretensión obsta a la operatividad de la limitación contenida en el art. 505 in fine del Código Civil, actual 730 del Código Civil y Comercial de la Nación (esta Sala, 11.7.17, “Grupo Advance S.A. c/ Renault Argentina S.A y otros s/ ordinario”; 11.11.14, “Budani, Carlos María c/ Molinos Río de la Plata S.A. s/ ordinario”; 30.6.11, “Goñi, Héctor Jesús c/ Ing Bank N.V. s/ ordinario”; v. también en similar sentido, CSJN, 19.05.10, “Contreras Hnos. S.A. c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales Soc. del Estado s/ cobro de sumas de dinero”).



Conforme ello, en atención a la naturaleza, importancia y extensión de las labores efectuadas, como así también las etapas procesales efectivamente cumplidas durante la vigencia de la ley 21.839 (1era etapa) y ponderando las pautas arancelarias allí establecidas, elévase el honorario a \$ 161.650 (pesos ciento sesenta y un mil seiscientos cincuenta), para el letrado apoderado de la parte demanda, Rómulo Rojo Vivot.

Por estar apelado solo por alto, confírmase el estipendio en \$113.155 (pesos ciento trece mil ciento cincuenta y cinco), para la letrada apoderada de la parte actora, Noemí Elisa Di Vito.

Por la incidencia resuelta en fs. 174/175, elévese el emolumento a \$21.210 (pesos veintiún mil doscientos diez), para el letrado apoderado de la parte demandada, Rómulo Rojo Vivot.

Por esa misma incidencia, y por estar apelado solo por alto, confírmase el emolumento en \$7.900 (pesos siete mil novecientos), para la letrada apoderada de las accionantes, Noemí Elisa Di Vito (arts. 6, 7, 9, 19, 33, 37 y 38 de la ley citada).

Por las tareas cumplidas bajo la órbita de la ley 27.423 (2da y 3ra etapas), fíjase el estipendio en 110,96 UMA, equivalente a la fecha a \$552.358,88 (quinientos cincuenta y dos mil trescientos cincuenta y ocho pesos con ochenta y ocho centavos), para el letrado apoderado de la parte demandada, Rómulo Rojo Vivot.

Por estar apelados sólo por altos, confírmense los honorarios en 34,71 UMA, equivalente a la fecha a \$172.786,38 (ciento setenta y dos mil setecientos ochenta y seis pesos con treinta y ocho centavos), para la letrada apoderada de la parte actora, Noemí Elisa Di Vito; en 3 UMA, equivalente a la fecha a \$14.934 (catorce mil novecientos treinta y cuatro pesos), para el letrado apoderado de la actora, Diego Nicolás Burlaile -por su actuación en las audiencias testimoniales de fs. 264/274-; y en 2 UMA, equivalente a la fecha a \$9.956 (nueve mil novecientos cincuenta y seis pesos), para la letrada apoderada de la parte demanda, Lucía Rojo Vivot -por su actuación en la audiencia de fs. 216/217 - (arts. 16, 20, 21, 22, 24, 29 y 51 de la ley citada, y Acordada CSJN 12/21).

Fecha de firma: 05/08/2021

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#28607792#297126560#20210805093656374

Por las tareas cumplidas desde la aceptación del cargo (fs. 220), elévase el emolumento a 23,41 UMA equivalente a la fecha a \$116.575 (ciento dieciséis mil quinientos setenta y cinco pesos), para la perito ingeniera en sistemas, Andrea Viviana Di Pietrantonio (cpr. 478; y art. 21 y 51 de la ley 27.423, y Acordada CSJN 12/21).

Por estar apelado solo por alto, confírmase el honorario en 9,97 UMA, equivalente a la fecha a \$49.630,66 (cuarenta y nueve mil seiscientos treinta pesos con sesenta y seis centavos), para el perito arquitecto, José Daniel Cau (cpr. 478; y art. 21 y 51 de la ley 27.423, y Acordada CSJN 12/21).

En lo que concierne a la retribución de la mediadora, Silvia T. Salvia, por estar apelado sólo por alto, confírmase su emolumento en 29 UHOM -Decreto 2536/2015-

Por las tareas realizadas ante esta Alzada, que motivaron el presente pronunciamiento, fíjase el honorario en 71,17 UMA, equivalente a la fecha a la suma de \$354.284,26 (trescientos cincuenta y cuatro mil doscientos ochenta y cuatro pesos con veintiséis centavos), para el abogado del demandado, Rómulo Rojo Vivot (arts. 30 y 51 de la ley 27.423 y Acordada CSJN 12/21).

Notifíquese electrónicamente, cúmplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ley 26.856 y Acordadas 15 y 24/13), agréguese copia certificada de lo resuelto, y una vez consumido el plazo previsto por el artículo 257 del Código Procesal, devuélvase la causa en su soporte electrónico y físico al Juzgado de origen.

Gerardo G. Vassallo

Pablo D. Heredia

Juan R. Garibotto

Horacio Piatti

Secretario de Cámara

Fecha de firma: 05/08/2021

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#28607792#297126560#20210805093656374