

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los SIETE días del mes de diciembre del año dos mil doce, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces de la Sala Tercera de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes, Provincia de Buenos Aires, **CARLOS ALBERTO VIOLINI y LUIS MARIA NOLFI** con la presencia del Secretario actuante, para dictar sentencia en el **Expte n° 1.737, en autos caratulados: "ROSELLO HORACIO OSCAR C/ PRADO STELLA MARIS Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"**.

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código Procesal.

PRIMERA: ¿Es justa la sentencia dictada a fs. 337/344 y vta. en cuanto es materia de apelación y agravios?

SEGUNDA: Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Luis Maria Nolfi y Carlos Alberto Violini.

Luego de sucesivos trámites, incluido el llamamiento de "autos para sentencia", tras el sorteo, quedó este expediente en condiciones de ser votado.

VOTACIÓN:

A LA PRIMERA CUESTIÓN

PLANTEADA, el Sr. Juez Luis María Nolfi dijo:

I.- LA SENTENCIA.

En la sentencia dictada en estas actuaciones a fs. 337/344 y vta. la Sra. Juez *a quo* dicto sentencia en la cual **FALLO: 1)** Haciendo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por los codemandados Stella Maris Prado y Miguel Angel Fontana, con costas a la parte actora y **2)** Haciendo lugar a la demanda promovida por Horacio Oscar Rosello contra Maderas Don José S.R.L., y en consecuencia condenando a ésta a que dentro del plazo de diez días, abone al actor la suma de \$ 35.000, con intereses y costas.-

Para ello esencialmente considero, en cuanto al acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por los demandados Prado y Fontana, que el negocio jurídico por el cual el actor reclama

en autos ha sido celebrado por la co-demandada sociedad "Maderas Don Jose SRL" y no por sus socios en forma personal, por lo que entiende corresponde su desvinculación del presente entuerto.-

En cuanto a la admisión de la acción contra la mencionada sociedad demandada lo ha hecho ponderando que, por un lado, la vinculación contractual entre las partes se encuentra acreditada en autos y reconocida por las mismas a raíz de documentación anexada, y por otra parte, en cuanto a la atribución de responsabilidad a la accionada, la misma le cabe más allá que haya sido o no la encargada de la tarea de colocación del piso, pues a la luz de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de defensa del consumidor deberá responder por los daños causados. Con base en ello admite la demanda y pasa al tratamiento de la cuantía de los rubros indemnizatorios reclamados.-

Por daño material otorga la suma de \$ 25.000,00 al momento del hecho (fijado en septiembre de 2007), para ello meritó especialmente el dictamen de la Perito Arquitecta, que en sus aclaraciones formuladas a fs. 253/255 y fs. 272/273, estima los mismos en un importe total de \$30.863,58 al año 2009.-

Por daño moral, el que considera acreditado en autos, otorga la suma de \$ 10.000,00,

rechazando el rubro “privación de uso” por no haber la actora producido prueba en autos sobre la existencia de dicho perjuicio.-

A fs. 345 la parte actora deduce recurso de apelación, concedido libremente a fs. 346. A su turno, la demandada vencida en la Instancia de origen, hace lo propio a fs. 347, recurso concedido libremente a fs. 348.-

II. AGRAVIOS.

1) La actora, ya en esta Instancia, expresa agravios a fs. 367/375 y vta.

a) En primer término se agravia de la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por los accionados Prado y Fontana. Considera, esencialmente, al respecto que los recibos por las sumas de \$ 22.735 y \$ 4.765 de fecha 17 de enero de 2007 y 10 de marzo de 2007 respectivamente han sido suscriptos en forma personal por el demandado Fontana sin expresión alguna que lo hacia en nombre o representación de la sociedad, no identificándose como tal. Por otra parte desarrolla lo que en doctrina se denomina teoría del abuso de la personalidad jurídica, con cita de jurisprudencia y doctrina al respecto y de lo normado en el art. 54 de la ley de sociedades comerciales (ley 19.550). Entiende que a los demandados excepcionantes le cabe responsabilidad

personal por los daños devengados del negocio jurídico llevado a cabo. Por ultimo que la Magistrado de grado al admitir la defensa no ha aplicado el principio *in dubio pro consumidor* que emerge de la ley de defensa del consumidor (ley 24.240).-

b) Se agravia en cuanto en la sentencia de grado se admite y valora en su totalidad al dictamen pericial de arquitecto llevado a cabo en autos. Se expone una crítica detallada a la pericia. Entre otras observaciones detalla que del trabajo pericial no se desprende si se tuvo en cuenta el informe técnico llevado a cabo por su parte a través del arquitecto Culacciati al que se hace referencia en el acta de constatación notarial oportunamente anexada. Que no ha dado explicaciones del modo de construcción de la casa, que ha confundido el material de reemplazo del piso de madera, que hay preguntas concretas y respuestas hipotéticas, etc. En definitiva, que el dictamen posee orfandad argumental significativa.-

c) Se agravia del rechazo del rubro "privación de uso". Que en autos ha quedado demostrado la responsabilidad de los demandados y la descripción de los daños, lo que hace por si mismo razonable e imaginable que

la propiedad no podía ser utilizada ni arrendada en condiciones de habitabilidad.-

d) Por ultimo, se agravia de los montos de la condena. Allí el quejoso esboza e improvisa una liquidación del monto de costo original desde la época de la contratación, en lo que concluye a su entender la sinrazón de la suma otorgada en la sentencia en crisis. Hace referencia a supuesta demora procesal en recaer sentencia en autos. En definitiva concluye que los montos no alcanzan a una debida e integral indemnización.-

Dicha pieza ha sido debidamente sustanciada y replicada oportunamente en escrito de fs. 384/387.-

2. La demandada “Maderas Don Jose SRL” que dedujera recurso de apelación a fs. 347 expresa agravios a fs. 376/380.-

a) En primer lugar se queja de la atribución de responsabilidad que la sentenciante impone a su parte en el fallo en crisis. Alega que los materiales para la realización de un piso que le adquiriera la actora fueron entregados por su parte en tiempo y forma. Que el actor eligió el material para la colocación del mentado piso y que presto conformidad con el mismo con fecha 17 de abril de 2007 conforme recibo oportunamente agregado en autos.

Que la colocación del piso estuvo a cargo de un tercero ajeno a la presente litis, con quien el actor trato en forma directa la mano de obra en cuestión. Que la sentenciante de grado atribuye responsabilidad a "Maderas Don Jose SRL" más allá de que haya sido o no la encargada de la colocación del piso y en orden a lo normado en el art. 40 de la denominada ley de defensa del consumidor, pero que en autos no se encuentra acreditado de manera alguna el vicio o riesgo de los materiales –maderas- vendidas y entregadas a la actora en tiempo y forma.

A su criterio la sentencia resulta arbitraria por cuanto atribuye responsabilidad a su parte por el solo hecho de haber participado en la venta de los materiales, extensión de responsabilidad que considera peligrosa y absolutamente coloca a su parte en situación de indefensión pues no habría defensa alguna que los libere de responsabilidad.

Por otra parte considera que debe valorarse las fechas entre la entrega del producto y el reclamo por carta documento. Que los materiales se colocaron, por propios dichos del actor entre enero y marzo de 2007 y el reclamo se efectúa recién 6 meses después, en septiembre de 2007, que este lapso da cuenta que si hubiese existido un defecto en los materiales se hubiera evidenciado durante su colocación y no después.-

b) En subsidio se agravia de los montos indemnizatorios fijados.-

En cuanto al rubro daño material que se otorgara la suma de \$ 25.000,00 se pregunta el agravio-dicente por que razón la actora no acompañó a estos obrados recibo alguno por los gastos de reparación del piso. Lo que –a su criterio- evidencia que no existieron o bien fueron sensiblemente menores a lo reclamado. Que la actora, tan puntillosa en las impugnaciones a la pericia de arquitecto, pretende un enriquecimiento injustificado.-

Por ultimo, se agravia del otorgado daño moral (punto VI), considera que no ha habido prueba alguna que acredite la procedencia del rubro el cual requiere acabada prueba y no puede presumirse. Cita jurisprudencia al respecto.-

Dichos agravios han sido respondidos por la actora a fs. 382/383 y vta.-

III. LA SOLUCION.

III. a) En primer lugar corresponde el tratamiento de los agravios deducidos por la actora respecto de la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por los co-demandados Prado y Fontana.-

Que se encuentra en autos reconocido por la propia parte actora que el negocio jurídico,

por cuyo incumplimiento aquí se reclama, y que fuera el motivo que la trae a promover la presente acción, ha sido celebrado con la demandada “Maderas Don José SRL” (ver contestación a posición 1º de la absolución de posiciones de fs. 188) (conf. art. 384, 421 y ccs. del ritual).-

Así es que “Conforme al art. 146 de la ley 19.550, los socios encuentren limitada su responsabilidad a la integración de las cuotas de capital que suscriban o adquieran, (art. 2 ley 19.550). Y es recaudo para hacer excepción a tal principio que expresamente asuman en forma solidaria y personal las obligaciones y responsabilidades del contrato”. (CC0002 SI 77656 RSD-75-4 S 6-4-2004).-

Tal como emerge de los arts. 2 y 146 de la ley de sociedades comerciales la sociedad es un sujeto de derecho distinto de los socios que la integran, cuando ella contrata asume *per se* las obligaciones allí estipuladas, al margen de la actuación de las personas físicas que la componen, puesto que es obvio que las firmas en los contratos no pueden ser estampadas por personas de existencia ideal.-

Esta directriz de razonamiento, orientada por el propio ordenamiento jurídico no varía en el *sub lite* desde que los recibos de pago hayan sido suscriptos por uno de los socios sin indicar que recibía el

dinero en representación de la sociedad, desde que el contrato que origina el vínculo jurídico entre las partes -que en la especie esta representado con el instrumento que en original obra a fs. 37/38- sí es claro en cuanto a quien fuera el co-contratante de la aquí actora, se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, y en tal sentido debe ser juzgada la excepción en tratamiento.-

Es que “Tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, su representación la ejercen los socios gerentes”. (CC0203 LP, B 74035 RSD-227-92 S 22-9-1992). En estas actuaciones se encuentra anexada la escritura de constitución de la SRL demandada, del cual se desprende el carácter de socio gerente del Sr. Fontana, que es quien suscribiera los recibos de fs. 35/36 (ver fs. 68/71 y fs. 195/197).-

Por otra parte la actuación del socio gerente no ha excedido los límites impuestos por el objeto social de la SRL en cuestión, por lo que su responsabilidad personal no se encuentra comprometida, en el negocio jurídico que motiva el presente litigio (art. 58 y 59 ley 19.550), en definitiva, no se ha excedido la capacidad de la sociedad, limitada por su objeto social, comprometiendo la responsabilidad personal de sus socios (doctrina de *ultra vires* nacida en el derecho anglosajón en el año 1873 con

motivo de la causa "Ashbury Carriage v. Rihe" de la Cámara de los Lores).-

En cuanto a lo que el quejoso pretende aplicar en la especie a efectos de lograr el rechazo de la excepción en tratamiento, lo normado en el art. 54 de la ley 19.550 "inoponibilidad de personería jurídica" (teoría del "*disregard of the legal entity*: corrimiento del velo societario), ello es a todas luces inaplicable en la especie, desde que aquí la sociedad contratante -al margen de su posible y supuesto incumplimiento contractual (se consigna en potencial pues ello deberá ser objeto de tratamiento a continuación)- no ha obrado, con el negocio jurídico celebrado con el actor a efectos de encubrir fines extrasocietarios, es decir no se advierte un abuso de la personalidad jurídica (art. 54 de la ley 19.550).-

La inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria es una especie de "sanción" prevista para el caso de que la sociedad se constituya en un recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para la frustración de derechos de terceros (art. 54, L.S.). En este marco, la posibilidad de imputar las consecuencias de un determinado negocio jurídico a los socios que participaron en ella queda habilitada cuando la sociedad fue un mero "instrumento" para perjudicar a terceros o para violar la ley.

(SCBA, L 81550 S 31-8-2005, SCBA, L 100124 S 4-5-2011).-

El instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria opera cuando el o los actos ilícitos aislados cometidos por la sociedad son, en rigor, actos cometidos por los socios valiéndose de la sociedad como instrumento, situación que no se configura cuando una entidad regularmente constituida, con auténticos fines, en su actividad social comete actos ilegales sancionados expresamente por la ley, como es el caso del empleo no registrado o deficientemente registrado, toda vez que en dicho supuesto no se utilizó la sociedad como un instrumento para la comisión de dichas irregularidades. (SCBA, L 81550 S 31-8-2005).-

Como he dicho, ello no resulta de aplicación en *sub-lite* puesto que no se advierte, con el negocio jurídico llevado a cabo entre la sociedad demandada y la aquí parte actora, que la misma haya obrado a efectos de encubrir fines extrasocietarios.- (art. 54 de la ley 19.550).-

Del contrato social nace una persona jurídica (titular de derechos y obligaciones) distinta de la persona de los socios. La personalidad societaria es, simplemente, un recurso técnico destinado a facilitar el cumplimiento del objeto social. Por ello el ejercicio de la actividad (empresa) dentro de los cánones que la disciplina

normativa reconoce legítimos, es el justo límite al empleo de dicho recurso técnico. Ello así, la sociedad es un sujeto de derecho y, como tal, una unidad jurídica diversa y distinta de toda otra persona, inclusive de los socios que la integran (arts. 1, 2, 11, 56, 58 y conchs. de la ley 19.550 y 39 del Código Civil).-

Por ello es que considero que la excepción de falta de legitimación pasiva oportunamente articulada a fs. 73 se encuentra ajustadamente admitida en la sentencia en crisis, cuya parcela, a mi criterio deberá ser confirmada.-

III. b). Ahora sí, por una cuestión de buen orden y lógica argumental, es que corresponde pasar al tratamiento de los agravios deducidos por la demandada condenada, en cuanto a la admisión de la acción.-

Ante todo cabe aclarar y dejar sentado que nuestro más Alto Tribunal ha decidido que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso. (Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; etc). En sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso. (Fallos 274:113; 280:3201; 144:611), por lo tanto me inclinaré por las que produzcan mayor

convicción, en concordancia con los demás elementos de mérito en la causa. En otras palabras, se considerarán los hechos que Aragonese Alonso llama “jurídicamente relevantes” (Proceso y Derecho Procesal, 1960, Ed Aguilar, Madrid. P 971, párr. 1527), o “singularmente trascendentes” como los denomina Calamandrei (“La génesis lógica de la sentencia civil”, en Estudios sobre el Proceso Civil”, p. 369 y ss).-

Es dable y como pilar fáctico básico de la cuestión, dejar sentado que la relación jurídica que vinculó a las partes, a mi criterio, según se desprende de lo actuado en autos, se trata en forma conjunta por un lado de un contrato de compraventa de mercaderías y al mismo tiempo locación de obra, ello así puesto que tengo para mi, que la sociedad demandada se ha obligado tanto a la venta del producto como a la colocación del mismo –mano de obra- (conf. art. 1137, 1197, 1198 y ccs. del CC).-

Ello es lo que se desprende del instrumento base del negocio, cual es el documento obrante a fs. 37/38, que fuera oportunamente reconocido expresamente por la accionada (ver fs. 192, 2º posición), lo que motivo el oportuno desistimiento de la actora de la prueba pericial caligráfica ofrecida (conf. art. 384, 421 del ritual).-

Así es que del presupuesto se desprende expresamente que por el monto allí indicado se incluía la mano de obra de colocación y laqueado del piso, monto por otra parte que la actora ha acreditado haberlo abonado. Nadie abonaría la totalidad del precio de un presupuesto que incluye servicios o trabajos que no se le prestaran (ver recibos de fs. 35 y 36, reconocidos por el socio-gerente a fs. 189: ver posiciones 2º, 6º y 7º).-

Y sentado ello, con lo que allí se difiere en lo argumental, con la sentencia en crisis, puesto que la Sra. Juez *a quo* en los considerandos del fallo no ha alcanzado a definir la relación contractual entre las partes y determinar si la demandada estaba o no a cargo de la colocación del piso de madera (mano de obra) (Véase el primer párrafo del considerando III de fs. 342 vta. donde expresamente dice "más allá que haya sido o no el encargado de la colocación del piso..."). Y ello no es un dato menor a la hora de dar solución al presente, puesto que, a mi criterio, no resulta indistinto a la luz de lo normado en el art. 40 de la ley 24.240. De allí que, entiendo otra sería la solución si se encontrara en autos acreditado que la colocación del piso estuvo a cargo de un tercero ajeno a la litis, tal como pretende hacer valer la accionada condenada.-

Se aclara ello puesto que de autos si bien surge el daño sufrido o padecido por la actora, no se

encuentra acreditado que el mismo sea producto del vicio o riesgo de los materiales vendidos por la sociedad demandada (es decir si la madera al momento de su colocación se encontraba mal estacionada o verde), sí en cambio la perito arquitecta lo ha atribuido a un problema de colocación del piso, lo que como he dicho no le es ajeno a la demandada, de allí su responsabilidad por el daño sufrido por la actora a raíz de aquel incumplimiento contractual (ver fs. 219/220 punto 12º fs. 220; conf. art. 512, 902 del CC; art. 384, 474 y ccs. del ritual).-

La perito arquitecta ha concluido expresamente: “Al observar el material mucho tiempo después de su colocación es difícil determinar si estaba húmeda o no, a mi entender los problemas que presenta la madera es en cuanto a su colocación, como se puede observar en las fotos que se presentaron en el expediente la madera presenta un efecto de “abarquillado” esto es producto de la humedad proveniente del contra-piso y/o carpeta la cual presenta un porcentaje alto de humedad, y produce ese efecto...” (ver punto 12º de fs. 220; art. 474 del ritual). Dictamen pericial, que a pesar de las impugnaciones que le fueran efectuadas, no encuentro merito para apartarme del mismo (art. 384, 473, 474 y ccs. del ritual).-

Asimismo la experta en contestación de impugnación de fs. 272/273 explica los recaudos necesarios

antes de la colocación de un piso de madera como el que pretendía instalar la actora en su vivienda: "Lo ideal es verificarla con un medidor eléctrico para que la humedad de la carpeta no sobrepase el máximo del estándar establecido. En caso de que los niveles de humedad sean superiores a los requeridos, se puede asilar con un triple manto: brea polietileno de 200 micrones y brea... La construcción de la carpeta le corresponde al albañil, mientras que realizar la barrera antihumedad (brea, nylon, fenólico) y verificar la humedad de la misma corresponde al colocador del piso de madera" (ver punto g).-

De allí que es dable sostener que los daños ocasionados al actor se debieron a defectos o impericia en la colocación del piso respectivo, lo que como ya he dicho, a mi criterio -en virtud de la relación contractual entablada- se encontraba a cargo de la sociedad demandada, de allí su responsabilidad por incumplimiento contractual (art. 512, 902, 1197, 1198 y ccs. del CC).-

A mas del presupuesto que detalla expresamente la inclusión de la mano de obra a cargo de la sociedad demandada, lo que se complementa con el pago acreditado del monto allí indicado, no puede la demandada sostener la ajeneidad de tal tarea cuando en contestación de demanda relata que "Maderas Don Jose SRL, luego de proveer los materiales, y cuando termina la obra, la

inspecciona para ver el trabajo terminado y sobre todo la conformidad del cliente con los mismos" (ver fs. 77 vta. 1º párr.; art. 354 del ritual). A ello debe anexarse el testimonio rendido en autos que hace referencia también a ello, es decir respecto a quien estaba a cargo de la colocación del piso (ver fs. 281 vta. respuesta 7º, e informe de entrada emitido por el Club de Campo donde se encuentra la vivienda de la actora de fs. 123) (conf. art. 384 del ritual).-

La demandada pretende exonerarse de responsabilidad a raíz de la conformidad suscripta por la actora oportunamente al recibir la obra termina (con base en documento de fs. 66), lo que a todas luces resulta improcedente, en la especie, por tratarse los daños sufridos por la actora a consecuencia de vicios en la obra que a ese momento se encontraban ocultos, vicios no aparentes. Los defectos en la colocación del piso -locación de obra- producen al tiempo el efecto adverso (todo lo que se infiere de la pericia practicada en autos). Es decir los desperfectos se manifiestan con posterioridad a la entrega de la obra, y allí, en estos casos, la recepción no libera al empresario (art. 1647 bis del CC).-

Un vicio será "aparente" si pudo ser advertido en el momento de la recepción de la obra, mediante una revisión de común prolijidad realizada con el

criterio y conocimientos de un hombre igualmente común. En caso contrario será "oculto" y la recepción no lo cubre, pues nadie (en su sano juicio) puede dar conformidad respecto de algo que no conoce o que no puede percibir con sus sentidos (arts. 512 y su nota, 797, 897, 901, 902, 903, 909, 919, 923, 926, 927, 928, 1198 párrafo primero, 1647 bis, 2170 y conchs. del Código Civil, su letra y doctrina). (LP 86905 RSD-495-97 S 9-12-1997).-

El artículo 1647 bis, poniendo fin a una controversia doctrinaria, dispone ahora que recibida la obra, el empresario queda libre por los vicios aparentes sin que pueda oponérsele la falta de conformidad del trabajo con lo estipulado. Pero el principio no rige cuando ellos no pudieron ser advertidos en el momento de la entrega o los defectos eran ocultos. (CC0100 SN 6498 RSD-68-9 S 26-5-2009).-

Por otra parte, y para cerrar el capítulo de la responsabilidad que le cabe a la accionada, diré que del mismo instrumento que ésta pretende usar para desligarse, aquel documento suscripto por la actora, acompañado por la accionada al responder demanda (fs. 66), surge expresamente que "Maderas Don José SRL" estaba a cargo de los trabajos realizados en la obra sito en barrio Privado La Concepción.-

Así es que la sentencia deberá ser confirmada en cuanto a la condena impuesta a la demandada “Maderas Don José SRL”, restando ahora el tratamiento de los agravios deducidos respecto de la cuantía y procedencia de los rubros indemnizatorios reclamados.-

III. c) 1. Daño Material. La Sra. *Iudex a quo* otorgó en tal concepto la suma de \$ 25.000,00.-

A tal efecto la distinguida Magistrada de grado ha ponderado la estimación efectuada por la perito arquitecta a la hora de contestar las impugnaciones a fs. 253/55 y 272/273. A mi criterio ello no puede tomarse lisa y llanamente, tal como lo consigna la demandada en sus agravios, pues allí la experta incluye el material de reemplazo del piso de madera en cuestión, lo que es ajeno a esta litis. Es decir a la hora de valorar el daño es indiferente que material de reemplazo elija la actora para la vivienda.-

Se desprende de la constatación notarial de fs. 23/24 y de la pericia de arquitecto llevada a cabo en autos que los desperfectos en el piso colocado ha sido total, es decir en planta baja 120 metros cuadrados y en escalera y planta alta de la vivienda (conf. art. 384 del ritual; 979, 993 y ccs. del CC), por lo que el daño debe medirse desde lo oportunamente abonado a la accionada con mas los gastos estimados de reparación y desmonte del piso, lo

que ha sido valuado oportunamente por la experta (todo, como he dicho, al margen de la colocación del nuevo material).

Entonces, lo oportunamente abonado, es decir la suma de \$ 34.500,00 con más \$ 2.825,00 por desmonte de madera de living comedor y pasillo, \$ 425,00 por mano de obra desmonte peldaños escalera, \$ 550,00 mano de obra reparación de carpeta y grietas en escalera, a lo que deberá agregarse otra suma estimativa por desmonte de piso en dormitorios dado que la experta allí calculo la reparación de piso en ese sector, pero en atención a los principios de *in dubio pro consumidor* que emergen de la ley 24.240 y sus modif. la indemnización deberá ponderar su reemplazo (art. 165 del ritual).-

Por todo ello estimo el rubro en la suma de **\$ 41.000,00**, lo que deberá oportunamente ser calculado en atención a los intereses sentenciados, accesorios que no arriban cuestionados a esta Instancia (art. 165, 384 y ccs. del ritual, arts. 519, 520, 902, 1197 y ccs. del C.C. y ley 24.240 y sus modif.).- 2.

Daño Moral.

La sentenciante de grado ha admitido el rubro y estimado en la suma de \$ 10.000,00. El mismo llega a esta Instancia cuestionado por ambas partes.-

El *iudex a quo* lo ha dado por acreditado con la declaración testimonial de la testigo Burgos (fs. 165/167), en cuanto la misma refiere expresamente a lo extremadamente amargado que se encontraba la actora con el problema suscitado en su vivienda.-

Lo cierto es que el reclamo de marras debe ser resuelto a la luz de las normas que rigen la responsabilidad por incumplimiento contractual, y en tal campo es doctrina del máximo Tribunal local, que: “En materia contractual -donde resulta de aplicación el art. 522 del Código Civil- el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica quedando a cargo de quien lo invoca la acreditación precisa del perjuicio que se alega haber sufrido. En tal sentido se requiere la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos o de los negocios”

“En materia contractual el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo y queda a cargo de quien invoca la acreditación del perjuicio que se alega haber sufrido”.

(SCBA, L 78588 S 29-10-2003; SCBA, C 96271 S 13-7-2011).-

Lo cierto es que de las constancias de autos no encuentro acreditado el daño de esta índole que hubiera padecido el reclamante, ello siempre descontando el propio sinsabor y malestares propios que trae aparejado cualquier incumplimiento contractual a la parte perjudicada.

A más de ello no se encuentra acreditado en autos circunstancias especiales que ameriten concederlo, tales como si al momento de producirse el daño en la propiedad era ese el hogar del actor, junto a quien vivía en el mismo, si a raíz de ello a debido mudarse de vivienda, sí se encontraba terminada la construcción de la casa, etc. Todas posibles "*circunstancias particulares*" de las cuales no hay registro en autos, lo que me lleva a la convicción de no tener por acreditado el daño moral jurídicamente indemnizable padecido en autos por el actor (art. 522 y ccs. del C.C., art. 384 y ccs. del ritual).-

3. Privación de Uso.

El rubro llega a esta Instancia desestimado por la sentencia de grado y ello es motivo de agravio de la parte actora.-

La sola privación del uso del inmueble no supone inexorablemente la existencia de frutos y por no ser un hecho notorio, depende de la prueba que se

produzca, cuya apreciación queda librada a los jueces de los hechos. (SCBA, Ac 39734 S 6-12-1988).-

Como lo ha puntualizado el superior tribunal provincial en esta materia, la mera privación de uso de un inmueble no resulta suficiente "per se" para acreditar el perjuicio sufrido, desde que, por no tratarse de un daño "in re ipsa", debe demostrarse su existencia fehacientemente para ser indemnizable; de consiguiente, la sola privación de uso no supone inexorablemente la existencia de frutos y, por no ser un hecho notorio, depende de la prueba que se produzca. (CC0101 LP 218685 RSD-23-95 S 28-2-1995; CC0101 LP 221020 RSD-157-95 S 13-7-1995).-

La sola privación del uso del inmueble no supone inexorablemente la existencia de daño, y por no ser un hecho notorio, depende de la prueba que se produzca. Es que la mera privación de uso no resulta suficiente "per se" para acreditar el perjuicio sufrido, desde que, por no tratarse de un daño "in re ipsa", debe demostrarse su existencia fehacientemente para ser indemnizado. (CC0101 MP 110470 RSD-394-00 S 31-10-2000).-

En el punto coincido con la sentenciante de primera instancia, pues de autos no se desprende la acreditación del perjuicio que pretende la actora sea reparado, tal como he hecho hincapié en el punto

anterior al tratar el daño moral, no se han acreditado circunstancias particulares o especiales que den cuenta de la procedencia de este rubro, el cual no se trata de un daño “in re ipsa”, tal como insiste aquí el agraviado.-

Esta parcela del fallo deberá, a mi criterio, ser confirmada.-

IV.- COSTAS de Alzada:

En atención a la propuesta precedente, propongo al Acuerdo la imposición de las costas de Alzada, al igual que lo fuera en la Instancia de origen, impuestas a la actora perdidosa en cuanto a la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por los co-demandados Prado-Fontana, e imponiendo por la acción admitida a la parte demandada “Maderas Don Jose SRL”, por su condición de vencida, no existiendo ninguna circunstancia de excepción que autorice el apartamiento al principio objetivo de la derrota (art. 68 del rito).-

V. MEDIDA ORDENATORIA

En atención a lo que se desprende de la pericia contable efectuada en autos (ver fs. 198/199) y en especial a la contestación del punto 2, en el que el experto informa que la operación comercial ventilada en el caso marras no ha sido asentada en los libros respectivos de la parte demandada, a lo que se agrega que en autos las

partes no han acompañado constancia de emisión factura alguna, y en atención a lo normado en el art. 287 del CPP, frente a la posible comisión de un delito, corresponderá que por la Instancia de origen con copia de las piezas pertinentes de las presentes actuaciones (en especial fs. 35/38, 40/41, 43/51, 73/80, 198/199, 337/344 y de la presente sentencia) se **oficie a la AFIP** a efectos de que se estime corresponda proceder (art. 34 y 36 del ritual y 287 del ordenamiento adjetivo local del fuero represivo).-

A esta primera cuestión **VOTO parcialmente POR LA AFIRMATIVA.**

A LA MISMA PRIMERA CUESTIÓN:

El señor Juez Dr. Carlos Alberto Violini, aduciendo análogas razones, dio su voto también parcialmente por la **AFIRMATIVA.-**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN

PLANTEADA, el Sr. Juez Luis María Nolfi dijo:

En mérito al resultado de la votación que antecede, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1º) Confirmar la sentencia de fs. 337/344 y vta. en cuanto admite la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por los demandados Prado y Fontana, con costas de Alzada a la parte actora vencida.-

2º) Modificar la sentencia de fs. 337/344 y vta. en cuanto al rubro “daño material” el que se eleva a la suma de \$ 41.000,00 y rechazar el rubro “daño moral”, confirmando la misma en todo lo demás que ha sido materia de apelación y agravios, con costas de Alzada a la demandada vencida.-

3º) Ordenar que por la Instancia de origen se de efectivo cumplimiento a la medida que surge del acápite V del voto a la primera cuestión.-

ASÍ LO VOTO.

A LA MISMA SEGUNDA CUESTIÓN, El señor Juez Carlos Alberto Violini., aduciendo análogas razones, dio su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Mercedes, 07 de diciembre de 2012.-

Y VISTOS:

Considerando que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, y jurisprudenciales, ha quedado establecido que la sentencia apelada debe ser modificada y confirmada.

POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede **SE RESUELVE:**

1º) Confirmar la sentencia de fs. 337/344 y vta. en cuanto admite la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por los demandados Prado y Fontana, con costas de Alzada a la parte actora vencida.-

2º) Modificar la sentencia de fs. 337/344 y vta. en cuanto al rubro “daño material” el que se eleva a la suma de \$ 41.000,00 y rechazar el rubro “daño moral”, confirmando la misma en todo lo demás que ha sido materia de apelación y agravios, con costas de Alzada a la demandada vencida.-

3º) Ordenar que por la Instancia de origen se de efectivo cumplimiento a la medida que surge del acápite V del voto a la primera cuestión.-

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-

FDO. DR. LUIS MARIA NOLFI. JUEZ, DR. CARLOS ALBERTO VIOLINI. JUEZ; CARLOS LORENZO ILLANES. SECRETARIO.-