

Vicios redhibitorios. Defensa del consumidor

Mariano Verzero e Ignacio Vignoni

Sumario: 1. Datos del fallo. 2. Hechos. 3. Derecho aplicable. 4. Conclusiones.

1. Datos del fallo

- Tribunal: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A**
- Fecha: **20/2/2014**
- Autos: **“N. C., L. B. y otro c/ Edificio Seguí 4653 SA y otros s/ vicios redhibitorios”**

2. Hechos

Los adquirentes de un inmueble a estrenar interponen demanda por daños y perjuicios derivados de los vicios que presentó el objeto de la compraventa luego de su entrega. La acción es interpuesta contra ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA, en su carácter de vendedora, y solidariamente contra las sociedades S. S. de E. SA, Criba SA y Clarean SA, que intervinieron en la dirección, construcción y proyecto de la obra, respectivamente. El reclamo fue sustentado en lo normado por el artículo 40 de la [Ley de Defensa del Consumidor \(LDC\)](#).

3. Derecho aplicable

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción incoada, rechazando las excepciones de falta de legitimación pasiva y prescripción opuestas por los codemandados, condenándolos a la reparación de los daños y perjuicios mediante el pago de los conceptos de daño patrimonial, daño moral, con más los intereses y las costas del proceso.

En el régimen general establecido en el [Código Civil](#) (arts. 2164-2181), para que prospere la acción por vicios redhibitorios, el defecto de la cosa objeto del contrato de compraventa debe ser oculto, como contraposición a aquellos que podrían descu-

brirse con un simple examen minucioso de la cosa, e importante, a tal punto que el comprador, de haberlo conocido, no hubiera adquirido la cosa o hubiera dado menos por ella. Con esos dos requisitos, el comprador dispone de distintas opciones para subsanar el vicio oculto: la acción redhibitoria destinada a hacer dejar sin efecto el contrato, entregar la cosa viciada y reclamar el precio pagado por ella; o la acción *quanti minoris* para reclamar la desvalorización de la cosa.

Asimismo, cabe distinguir si el vicio era o debía ser conocido o no por el vendedor al momento de la entrega. El artículo 2176 establece:

Si el vendedor conoce o debía conocer por razón de su oficio o arte, los vicios o defectos de la cosa vendida, y no los manifestó al comprador, tendrá este además de las acciones de los artículos anteriores, el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos si optare por la rescisión del contrato.

El enfoque en la LDC es dispar. Distingue entre dos tipos de obligaciones a cargo de los proveedores. Un cúmulo de obligaciones llamadas principales o deberes de prestación, a cargo del proveedor, y otro grupo de obligaciones llamado de tutela o deberes de protección, que se dirigen, en cambio, al resguardo de la persona y los bienes distintos del producto o servicio que constituye el objeto del contrato de consumo. Encontramos la protección del consumidor con respecto a los primeros expresamente en el juego de los artículos 10 bis, 11 a 17 y 18 de la mencionada ley.

El artículo 10 bis faculta al consumidor a optar por exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible (a salvo quedan el caso fortuito o fuerza mayor), aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente, o rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. (Cualquiera de las opciones con más los daños y perjuicios que correspondan).

Como vemos, aquí no se imponen requisitos de ningún tipo para el reclamo de los daños y perjuicios sufridos por el comprador, ni se hace mención alguna a la importancia de la desvalorización sufrida, pero, como no es de valorar esta circunstancia en el caso de análisis, no nos detendremos en esta cuestión.

Asimismo, la LDC está regida por el principio *pro consumatore*, plasmado en el artículo 3: “en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”. Por su parte, el artículo 40 fija la responsabilidad del vendedor, cuando la cosa dañada causare algún daño a los bienes o la persona del consumidor; y en este supuesto extiende la responsabilidad por el daño causado por la cosa al productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.

Cabe recordar que, durante el proceso, el actor renunció al ejercicio de la acción redhibitoria.

El voto distingue entre las diferentes opciones para llegar a resolver la cuestión planteada: la aplicación del régimen general de vicios redhibitorios o los remedios

incluidos en los artículos 10 bis y 40 de la LDC. Teniendo en cuenta las normas en juego y las circunstancias del caso, la sala resuelve admitir la excepción de falta de legitimación pasiva, opuesta por S. S. de E. SA, Criba SA y Clarean SA, revoca la sentencia condenatoria a ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA respecto del daño patrimonial, por cuestión estrictamente procesal, y confirma el pronunciamiento de primera instancia en lo demás que decide, daño moral e intereses, aplicando a la solución del caso en estudio el artículo 10 bis de la LDC. En consecuencia, responsabiliza al vendedor por la entrega de la cosa con vicios ocultos, como así también condena a la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el comprador.

4. Conclusión

La *Ley de Defensa del Consumidor* viene a remediar las dificultades probatorias que enfrenta el accionante por vicios ocultos dentro del régimen general, poniendo a su disposición un menú de opciones para reparar no sólo la desvalorización de la cosa o la rescisión del contrato, sino además los daños y perjuicios sufridos en la relación de consumo, en la cual el consumidor es la parte débil del contrato. Así, pone al proveedor (definido en su art. 2) en la obligación no sólo de reparar el vicio sino además de responder por los daños y perjuicios que esa prestación, inculpable pero defectuosa causare al consumidor.

Asimismo, creemos que la interpretación lineal y literal del artículo 40 de la LDC, sin distinguir el tipo de obligaciones y al sujeto activo, llevaría a conclusiones injustas y poco equitativas. Más aún, cuando se trata de productos o prestaciones de servicios complejos, en donde transformar a todos los miembros de la cadena productiva en garantes sería algo aventurado.

Sumarios del fallo comentado (*La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 4/6/2014, t. 2014-C, p. 386)

1. — El régimen de responsabilidad establecido en el artículo 40 de la Ley 24.240 será aplicable cuando el daño haya sido causado al consumidor en su persona o en otros bienes distintos de aquellos que constituían el objeto del contrato, y no cuando el perjuicio sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones principales a cargo del proveedor, pues —más allá de algunos supuestos puntuales— el objetivo de la norma no es el de conferir a todos los miembros de la cadena de producción y comercialización de un producto o servicio el carácter de garantes del exacto cumplimiento de las obligaciones del vendedor directo, sino el de poner a su cargo un deber de inocuidad.

2. — La existencia de conexidad contractual entre la compraventa del inmueble que presentó vicios, efectuada por los accionantes, y los negocios por los cuales los codemandados se comprometieron a proyectar y realizar la obra correspondiente a la construcción del edificio debe descartarse, pues no se aprecia que la locación de obra celebrada entre la vendedora y estos últimos haya sido determinante para la adquisición del bien.

3. — El director, el constructor y el proyectista de la obra de construcción de un edificio no pueden ser responsabilizados por los vicios ocultos que presentó una unidad funcional en los términos del artículo 1113, segundo párrafo, del Código Civil, con fundamento en la teoría de la guarda provecho, pues para que dicho supuesto sea aplicable es preciso que el daño sea causado por un hecho de la cosa, lo que supone que el bien adquirido es el que produce perjuicios sobre otros bienes distintos y no el accionar de quienes lo construyeron.

4. — Pese a lo dispuesto por el artículo 2176 del Código Civil, en el ámbito del derecho del consumo el consumidor no se encuentra atado al ejercicio de la acción redhibitoria para perseguir el resarcimiento de los daños que le cause el incumplimiento del proveedor, incluso si este se traduce en la existencia de un defecto oculto, por cuanto la posibilidad de reclamar la reparación de tales perjuicios se encuentra expresamente establecida en el artículo 10 bis, *in fine*, de la Ley 24.240, que la consagra de manera autónoma y sin condicionarla al ejercicio de ninguna otra acción.

5. — En una acción de daños por vicios redhibitorios, debe declararse desierto el recurso de apelación deducido por la demandada en cuanto cuestiona la tasa de interés aplicable, pues se trata de un mero disenso con la solución a la que arribara el juez de grado, dado que en modo alguno critica los fundamentos que se esgrimieron en el decisorio en crisis.

6. — La mera fijación de rubros indemnizatorios a valores actuales es insuficiente para dejar de aplicar la tasa activa prevista en el plenario “Samudio de Martínez” desde el momento en el que se causó el perjuicio –en el caso, se aplica desde la fecha de mediación, por no haber sido dicho aspecto de la sentencia apelado por el accionante–, pues no puede afirmarse que ella supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal que configure un enriquecimiento del acreedor (del voto del Dr. Picasso).

Texto completo

2ª Instancia. Buenos Aires, febrero 20 de 2014.

- ¿Es justa la sentencia apelada?

El Dr. Picasso dijo:

I. La sentencia de fs. 1301-1306 rechazó las excepciones de falta de legitimación pasiva y prescripción opuestas por los codemandados y, asimismo, hizo lugar a la demanda promovida por L. B. N. C. y R. Y. contra Edificio Seguí S.A. (y su continuadora, ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA), S. S. de E. SA, Clarsans SA y Criba SA, y condenó a estos últimos a abonar a los actores el importe de \$9.349 en concepto de daño patrimonial y las sumas de \$70.000 y \$30.000 en concepto de daño moral, con más los intereses y las costas del proceso.

La sentencia fue apelada por los codemandados. En su expresión de agravios, Clarsan SA y S. S. S. de E. SA sostuvieron que es improcedente el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva, principalmente porque no fueron ellos quienes vendieron el inmueble y, por ende, no deben responder por los vicios redhibitorios que aquel presenta. Dijeron asimismo que no les resulta aplicable la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC), pues el art. 2 de dicho cuerpo legal excluye de ese régimen a los profesionales liberales. También adujeron que la pericia de ingeniería realizada en autos no brinda una explicación fundada de las causas que originaron las supuestas deficiencias en el inmueble y el experto sólo realizó afirmaciones hipotéticas. Finalmente, alegaron que los montos y los rubros admitidos en la condena son improcedentes (fs. 1348-1357).

A fs. 1359-1366 expresó agravios Criba SA, quien se quejó, en primer lugar, de que se admitió la acción contra ella pese a que no celebró ningún contrato con los actores respecto del inmueble objeto de la litis, ni tuvo relación directa con ellos. Asimismo, adujo que la sentencia omite considerar las consecuencias jurídicas derivadas del desistimiento de la acción redhibitoria formulado por la actora a fs. 1159, lo cual, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 2174, 2175 y concordantes del Código Civil, debió conducir inexorablemente al rechazo de la demanda, pues la acción de daños y perjuicios es accesoria de la redhibitoria. Cuestionó también el rechazo de la excepción de prescripción y la imposición de costas a su respecto, pues el desistimiento de la acción redhibitoria tornó abstracto el tratamiento de dicha defensa. Por otra parte, alegó que ella no tuvo a su cargo la ejecución total de la obra, sino que únicamente actuó como comitente

de Edificio Seguí SA y, en dicho carácter, realizó tareas de movimiento de suelos, hormigón armado y albañilería; por ello, sostuvo que no puede ser considerada como integrante de la relación de consumo. Añadió que la sentencia recurrida condena a pagar un daño material que no se encuentra probado y que, en su caso, no guarda un nexo de causalidad adecuado con los hechos denunciados. Por último, consideró exorbitante la suma otorgada por daño moral, y solicitó su reducción.

ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA se quejó a fs. 1368-1370 por el progreso de la demanda y subrayó que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 2176 del Código Civil, la pretensión de daños sólo puede ser iniciada en caso de que se promueva la acción estimatoria. En cuanto al fondo de la cuestión debatida, dijo que no se encuentran debidamente acreditados los vicios ocultos que los adquirentes pretenden imputar a la vendedora. Asimismo, cuestionó los rubros admitidos por el juez, la tasa de interés aplicada y la imposición de costas.

A fs. 1385-1404 la parte actora contestó el traslado de las expresiones de agravios antes mencionadas.

II. Liminarmente, memoro que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación).

III. Sentado ello, y por razones de mejor exposición, analizaré en primer término los planteos formulados por Clarsan SA, S. S. de E. SA y Criba SA, referidos a su falta de legitimación pasiva para ser demandadas en este litigio.

No pierdo de vista que la última de esas emplazadas no planteó estrictamente dicha defensa. Sin embargo, en su contestación de demanda adujo –entre otros fundamentos– que no celebró con la actora ningún contrato de compraventa, por lo cual no corresponde atribuirle ninguna responsabilidad (*vid.* fs. 237). Por ende, el estudio de este planteo quedará englobado en el que a continuación se hace de la excepción de falta de legitimación pasiva, que fue deducida por el resto de las mencionadas codemandadas con similares fundamentos. La correcta resolución de esta cuestión requiere distinguir brevemente entre los medios de tutela que el régimen de defensa del consumidor establece frente al incumplimiento de las obligaciones principales

a cargo del proveedor y aquellos otros que se dirigen, en cambio, a tutelar la persona y los bienes del consumidor más allá de aquel supuesto.

En efecto, la LDC establece distintas herramientas a las cuales puede recurrir la parte débil de la relación de consumo para hacer valer sus derechos. Así, frente al incumplimiento de las obligaciones principales asumidas por el proveedor, el consumidor cuenta con las sanciones clásicamente previstas por el derecho común –aunque adaptadas al microsistema de consumo–, que se encuentran consagradas en el art. 10 bis de la LDC y que incluyen la ejecución forzada de la obligación –por el deudor o por un tercero– (inc. 1), la sustitución de la prestación por otra equivalente (inc. 2) o el ejercicio del pacto comisorio (inc. 3). Todo ello, sin perjuicio del derecho del consumidor a solicitar la reparación de los daños causados por el incumplimiento de la obligación. Asimismo, la LDC consagra otros medios de tutela adicionales que vienen a sumarse a los recién citados. Tales son la garantía destinada a lograr la reparación de las cosas muebles no consumibles (arts. 11 a 17) o la corrección del servicio deficientemente prestado (arts. 23 y 24), y el régimen de los vicios redhibitorios (art. 18), aspecto en el cual la ley introduce importantes modificaciones al sistema del derecho común a fin de favorecer al consumidor (*vid.* mi comentario al art. 10 bis en “PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. [dirs.], *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 154 y ss.).

Todas estas sanciones se relacionan con lo que la doctrina denomina actualmente el “deber de prestación” a cargo del acreedor y permiten al consumidor obtener la satisfacción de su interés de cumplimiento (mediante la ejecución forzada, la sustitución de la prestación, la reparación de la cosa o la corrección del servicio), adecuar la ecuación contractual a través de una disminución del precio que pagó (por medio de la acción *quanti minoris* o en caso de reparación no satisfactoria de la cosa), o bien “salirse” del contrato ejerciendo el pacto comisorio o, en su caso, la acción redhibitoria.

Ahora bien, es sabido que, paralelamente a los deberes de prestación a cargo del deudor contractual, se acepta hoy en día la existencia de “deberes de protección”, que no se dirigen a concretar o facilitar el cumplimiento de las obligaciones principales asumidas por el obligado, sino a tutelar la persona –o eventualmente los bienes– del otro contratante (*vid.* mi obra *La singularidad de la responsabilidad contractual*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, pp. 242 y ss.; MENGONI, Luigi, “Le obbligazioni”, en AA. VV., *I cinquant'anni del Codice Civile. Relazioni*, Giuffrè, Milán, 1993, p. 243 y ss.; CASTRONOVO, Carlo, voz

“Obblighi di protezione”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, Instituto Della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, t. XXI, p. 1 y ss.; JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, p. 145).

En el derecho del consumo esos deberes de protección adquieren una importancia fundamental, pues ya el art. 42 de la Constitución Nacional consagra el derecho a la seguridad de los consumidores y usuarios. A partir de esa norma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que nuestra Carta Magna pone a cargo del proveedor una obligación de seguridad, cuyo ámbito no es únicamente el del contrato propiamente dicho, sino que se extiende a toda la relación de consumo (CSJN *Fallos* 331:819 y 333:203, *id.*, 3/5/2012, “M., J. L. c. Transportes Metropolitanos Gral. San Martín”, *elDial*, AA7641) En el nivel infraconstitucional, esa obligación de seguridad se ve replicada en el art. 5 de la LDC, a cuyo tenor: “Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”. De este modo, la ley pone en cabeza del proveedor una obligación de seguridad de resultado, cuyo incumplimiento –patentizado por la simple existencia de un daño al consumidor en el ámbito de la relación de consumo– genera responsabilidad objetiva (conf. mis trabajos “Las leyes 24.787 y 24.999. Consolidando la protección del consumidor”, en coautoría con Javier H. WAJNTRAUB, *JA* 1998-IV, 753, y “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, *LL* 2008-C, 562; *vid.* asimismo LÓPEZ CABANA, Roberto M., en Stiglitz, Gabriel [dir.], *Derecho del consumidor*, nro. 5, Juris, Buenos Aires, 1994, p. 16; MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., *Defensa del consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 311; PREVOT, Juan M., “La protección del consumidor en la doctrina de la CSJN”, *LL* 2010-B, 531).

Ahora bien, según lo vengo explicando, el ámbito de esa obligación de seguridad es enteramente distinto del de las obligaciones principales asumidas por el proveedor. Este último se compromete, por un lado, al suministro de ciertos bienes o la prestación de determinados servicios (obligación principal), y, paralelamente, debe garantizar al consumidor que, mientras se encuentre en la esfera de la relación de consumo, no sufrirá daños como consecuencia de la lesión de bienes distintos de los que constituyen el objeto de las prestaciones principales que debe cumplir (obligación de seguridad). Es decir que el deber de indemnidad mencionado en último término opera para los daños sufridos por el consumidor fuera del *circa rem* de las obliga-

ciones principales (ver mi obra *La singularidad de la responsabilidad contractual*, cit., p. 274 y ss.; AGOGLIA, María M. - BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge A., *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, ps. 161-162). Así, si el producto que es entregado al consumidor no es conforme a lo prometido o presenta fallas o defectos que disminuyen su precio o impiden su correcto funcionamiento, nos encontraremos en el terreno del incumplimiento de la obligación principal del proveedor y el consumidor podrá acudir los medios de tutela de su crédito previstos en los arts. 10 bis, 11 a 17 y 18 de la LDC. Si, en cambio, el consumidor sufre daños en su persona o en bienes distintos al producto en sí mismo como consecuencia de un defecto de éste, se configurará un incumplimiento de la obligación de seguridad que dará lugar a la reparación de los daños experimentados por la víctima en los términos de los arts. 42 de la Constitución Nacional y 5 de la LDC (*vid.* mi trabajo “Las leyes 24.787 y 24.999. Consolidando la protección del consumidor”, op. y loc. cit.).

Adicionalmente, la tutela de la persona o los bienes del consumidor (lo reitero: distintos de aquellos otros bienes que constituyen el objeto del contrato de consumo) se ve reforzada por el art. 40 de la LDC. Se trata de un complemento de la obligación de seguridad que faculta al consumidor, en determinados casos, a extender la legitimación pasiva más allá del simple proveedor directo (cuya responsabilidad ya encuentra suficiente sustento en los arts. 40 de la Constitución Nacional y 5 de la LDC), para abarcar a todas las personas que han intervenido en la cadena de producción o comercialización de un producto o servicio. Sin embargo, mientras que para poner en marcha la obligación de seguridad (respecto del proveedor directo) basta al consumidor con probar haber sido dañado en el ámbito de la relación de consumo, para echar mano de la responsabilidad que prevé el art. 40 de la LDC se requiere una prueba adicional: debe demostrarse que el producto o servicio era riesgoso o vicioso, y que el daño fue causado por ese defecto. Es precisamente este carácter el que justifica extender la legitimación pasiva a todos los sujetos que de un modo u otro participaron en la creación del riesgo u obtuvieron ventajas del producto o servicio (*vid.* mi trabajo “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, LL 2008-C, 562; esta sala, L 608.775, 27/12/12 “W., E. B. c. Metrovías SA s/ daños y perjuicios”; L. n° 587.865, 19/4/2012, “D. G., Patricia Adriana c. Valle de Las Leñas SA y otro s/ daños y perjuicios”; L. 593.524, 30/5/2012, “R., C. A. c. Metrovías S.A. s/ daños y perjuicios”; L. 599.423, 30/8/2012, “P. C., Luis Eduardo c. ALCLA SACIFI y A. y otro s/ daños y perjuicios”;

L. 590.706, 15/11/2012, “T., Roberto Félix c. Swiss Medical SA y otro s/ daños y perjuicios”; L. 591.873, 21/11/2012, “R., Fabio y otro c. Parque de la Costa SA y otro s/ daños y perjuicios”, entre muchos otros). Como sea, queda claro que tanto en caso del art. 5 de la LDC (incumplimiento de la obligación de seguridad) como en del art. 40 (responsabilidad por productos o servicios defectuosos) se requiere que el daño haya sido causado al consumidor en su persona o en otros bienes distintos de aquellos que constituían el objeto del contrato (HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., “Comentario al art. 40 de la LDC”, en Picasso - Vázquez Ferreyra, op. cit., t. I, p. 502 y ss.). Por consiguiente, no resultará aplicable el régimen de responsabilidad establecido en el art. 40 de la LDC cuando el daño sea consecuencia del incumplimiento de la o las obligaciones principales a cargo del proveedor, sin perjuicio de la procedencia de las herramientas que otorgan al consumidor los arts. 10 bis, 11 y ss., 18, 19 y concs. de la LDC (CNCom, Sala E, 29/6/2012, “Clemente, Pablo Gabriel c. Daimler Chrysler Argentina S.A. y otro s/ sumarísimo”, *elDial*, AA7934; íd., íd., 30/9/2011, “Palacio, Luis Humberto c. Hyundai Motor Argentina SA y otro s/ ordinario”, *elDial*, AA717D). Es comprensible que así sea, porque –más allá de algunos supuestos puntuales, como el de la garantía de buen funcionamiento, art. 13 LDC– el objetivo de la ley no fue el de conferir a todos los miembros de la cadena de producción y comercialización de un producto o servicio el carácter de garantes del exacto cumplimiento de las obligaciones del vendedor directo de aquel –lo que supondría hacerlos cargar con riesgos extraordinarios que, de ser asumidos por ellos, determinarían sin duda un considerable aumento del costo de esos bienes, derivados de la necesidad de asegurarse frente a aquellas contingencias–, sino el de poner a su cargo un deber de inocuidad respecto de esos productos o servicios.

Por lo demás, esta distinción entre los medios de tutela en caso del incumplimiento de las obligaciones principales y los que corresponden en el supuesto en que un producto o servicio defectuoso causa daños como consecuencia de la lesión de la persona del consumidor o de bienes distintos de los que eran objeto de las prestaciones comprometidas por el proveedor reaparece en general en los regímenes de responsabilidad por productos elaborados que se encuentran en el derecho comparado (*vid.* BORGHETTI, Jean S., *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 2004, p. 485). Así, el art. 9 de la Directiva Europea n° 85/374, del 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Esta-

dos miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, establece que el sistema por ella diseñado cubre los daños causados por muerte o lesiones corporales o “los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso” (el resaltado me pertenece). De más está decir que esta disposición se ve reflejada en la normativa interna de los países miembros de la Unión Europea que transcribe la directiva. Así, *v.g.*, el art. 142 del Real Decreto Legislativo español 1/2007, del 16 de noviembre de ese año, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dispone: “Daños en el producto defectuoso. Los daños materiales en el propio producto no serán indemnizables conforme a lo dispuesto en este capítulo, tales daños darán derecho al perjudicado a ser indemnizado conforme a la legislación civil y mercantil”. Lo mismo surge del art. 1386-2 del Código Civil francés, a cuyo tenor: “Las disposiciones del presente título se aplican a la reparación del daño que resulta de una lesión a la persona. Se aplican igualmente a la reparación del daño superior a un importe determinado por decreto, que resulta de la lesión de un bien distinto del producto defectuoso mismo” (la traducción es mía).

Comentando el sistema de la directiva europea antes mencionada, dice Parra Lucán que los daños sufridos sobre el producto mismo deben quedar sujetos a la responsabilidad contractual del vendedor, porque tanto el tipo de interés que se protege como el fundamento de la responsabilidad y el sujeto al que ésta se imputa en el ámbito de los daños por productos defectuosos “son y deben permanecer ajenos a los problemas que afectan a los intereses contractuales”. Y añade que el carácter defectuoso del producto hace que no sea conforme al contrato, por lo que el consumidor dispone de los remedios contractuales para solicitar la subsanación de la falta de conformidad o, subsidiariamente, la rebaja del precio o la resolución (PARRA LUCÁN, María A., *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011, p. 207).

Desde este enfoque, fácil resulta advertir que el régimen instaurado por el art. 40 de la LDC no es aplicable en el presente caso, toda vez que la demanda se fundó en los vicios redhibitorios que presentó el inmueble adquirido por los actores a Edificio Seguí 4653 SA y lo que los demandantes pretenden es la reparación de los daños que sufrieron como consecuencia del incumplimiento de una obligación principal del proveedor (la de entregar una cosa exenta de vicios), y no la de los perjuicios que podrían haber experimentado como con-

secuencia de la lesión de su persona o de otros bienes distintos del mencionado inmueble. Ello enmarca la cuestión en los términos de los arts. 10 bis y –eventualmente– 18 de la LDC, que únicamente permiten demandar al proveedor contratante directo (art. 10 bis; *vid.* HERNÁNDEZ - FUSTAGLI, op. cit., t. I, p. 504) o, a lo sumo, en el caso de la última de las normas citadas, a todos los antecesores en la titularidad dominial de la cosa (según clásicamente se ha interpretado en materia de vicios redhibitorios; *vid.* BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, t. I, ps. 186 y ss.; CALVO COSTA, Carlos A., “Comentario al art. 2174”, en Bueres, Alberto J. (dir.) - Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, t. 4D, p. 752; SPOTA, Alberto G., *Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. VII, p. 1001, actualizado por Luis F. P. Leiva Fernández; LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. I, p. 298), carácter que no tienen en el *sub lite* los codemandados no vendedores.

Ello sella la suerte de la demanda en lo que se refiere a Clarsan SA, S. E. SA y Criba SA, pues, como surge de la documental aportada por los propios actores (*vid.* fs. 1-3), el vendedor de la propiedad fue Edificio Seguí 4653 SA, mientras que los restantes codemandados actuaron únicamente como proyectistas y constructores de la obra.

IV. No se me escapa que los demandantes han aludido, confusamente, a otros fundamentos para sustentar la responsabilidad de los codemandados antes mencionados, más allá del referido al art. 40 de la LDC. Sin embargo, ninguno de ellos es de recibo.

En primer lugar y en lo que se refiere a la conexidad contractual que se invocó en la demanda, cabe recordar que hay contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebra, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos vinculados entre sí, y esta vinculación debe medirse a través de una finalidad económica supracontractual, verificada jurídicamente en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto o en las bases del negocio (“Conclusiones de la Comisión n° 3 de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, en *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 186).

En consecuencia, para que exista un nexo contractual deben reunirse los siguientes requisitos: a) uno de los negocios (o todos recíprocamente) debe haber sido considerado determinante para la celebración del otro u otros; b) la finalidad concreta que determinó la contratación debe haber sido común para todas las partes, es decir,

exteriorizada y, como tal, conocida y aceptada por los co-contratantes; y c) ese móvil causalizado debe haber revestido, desde una perspectiva objetiva, el carácter de esencial (ver mi trabajo “La conexidad contractual en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, en *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, Legis, Buenos Aires, 2013, n° 1, p. 49 y ss.; DE LORENZO, Miguel F. - TOBÍAS, José W., “Apuntes sobre los contratos conexos”, *DJ* 1999-3, 153; *id.*, “Complejo de negocios unidos por un nexo [el ligamen negocial]”, *LL* 1996-D, 1407).

Si bien en el ordenamiento vigente no existe una disposición que regule la conexidad contractual, la cuestión puede canalizarse a través de los arts. 500 a 502 del Código Civil, que regulan la causa final como un elemento esencial de los negocios jurídicos. Asimismo, una importante pauta orientadora se encuentra en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado redactado por la comisión designada por el Decreto del PEN n° 191/2011, que actualmente está considerando el Poder Legislativo nacional y cuyo art. 1073 establece: “Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido”.

Lo dicho precedentemente permite apreciar que en el presente caso, y más allá del esfuerzo argumentativo desplegado por los demandantes, no existe conexidad contractual entre la compraventa del inmueble adquirido por los actores y los negocios por los cuales los demandados en cuestión se comprometieron a proyectar y realizar la obra correspondiente a la construcción del edificio. Es que no se aprecia que la locación de obra que habría celebrado la vendedora con los proyectistas y constructores haya sido un contrato determinante de la adquisición del inmueble.

Por ende, el planteo formulado al respecto carece del menor sustento. Finalmente, y solo a mayor abundamiento, agregó que, aun si hipotéticamente se concediera que se configuró en el caso un supuesto de conexidad contractual, ello no resultaría suficiente para dar razón a los actores sobre esta cuestión. Es que los efectos que usualmente se reconocen a la conexidad pasan por la necesidad de interpretar los contratos conexos en función de la finalidad supracontractual que los vincula o por la posibilidad de hacer valer en un contrato la *exceptio non adimpleti contractus* con causa en el incumplimiento de otro convenio distinto. En cambio, la doctrina es, en general, reacia a admitir que la conexidad pueda dar derecho a un contratante, frente al incumplimiento de su contraparte contractual, a deducir una acción

de daños y perjuicios contra quienes son partes en otros acuerdos distintos, pero ligados al primero por un nexo negocial (*vid.* mi trabajo en colaboración con Carlos A. HERNÁNDEZ “Régimen jurídico de los contratos conexos. Informe para la reforma del Código Civil en materia de contratos”, RCyS, mayo de 2010, p. 80, y las citas que allí se efectúan).

Tampoco es hábil para viabilizar la condena a los mencionados codeemandados la invocación de la teoría de la apariencia o el argumento que apunta a que aquellos figuraban en la publicidad de la construcción del emprendimiento. Me explico.

Intentando dar una definición de la denominada “teoría de la apariencia”, se ha dicho: “quien contribuye con su actuación a crear una determinada situación de hecho cuya apariencia resulte verosímil debe cargar con las consecuencias” (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “La apariencia como fuente de obligaciones”, LL, 2011-C-739). Ahora bien, sin perjuicio de que es indudable que el derecho positivo otorga relevancia a la apariencia en un buen número de situaciones, surge el interrogante de si, más allá de esos casos, ella puede elevarse a la categoría de un principio general que justifique el nacimiento de obligaciones más allá de que la ley así lo prevea en un caso puntual. Personalmente, encuentro muy dudosa esta última posibilidad (conf. TOBÍAS, José W., “Apariencia jurídica”, LL, 1994-D-316), pero incluso si se respondiera positivamente aquel interrogante, es evidente que la aplicación de la teoría requiere de la existencia de una “apariencia suficiente”, es decir, “la existencia de una situación de hecho que, por su objetividad, sea absolutamente idónea para llevar a engaño a los terceros acerca del estado real de aquella” (LÓPEZ MESA, *op. y loc. cit.*). Y este extremo no se encuentra configurado en autos, pues, como se verá enseguida, los codemandados no generaron ninguna apariencia que los presentara como algo distinto de lo que eran. Por el contrario, en todo momento se presentaron como los proyectistas y constructores de la obra en cuestión y no como los vendedores del inmueble.

Es tiempo de conectar esta cuestión con el art. 8 de la LDC, también invocado por los actores, y que se ha asociado con la teoría de la apariencia (*vid.* LÓPEZ MESA, *op. y loc. cit.*). Dicha norma confiere efectos vinculantes a las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios o prospectos, circulares u otros medios de difusión, de forma tal que lo allí dicho se tiene por incluido en el contrato celebrado entre proveedor y consumidor (SANTARELLI, Fulvio G., “comentario al art. 8 de la LDC”, en PICASSO - VÁZQUEZ FERREYRA, *op. cit.*, t. I, p. 99 y ss.).

Ahora bien, como ya lo adelanté, en el *sub examine* no se aprecia que la publicidad de la venta del inmueble en cuestión haya podido conducir a los actores a creer que los constructores y proyectistas eran, en apariencia, los vendedores del departamento. En efecto, el folleto que obra a fs. 23-24 da cuenta de que el Estudio S. E. y Sepra Arquitectos era el constructor del edificio y, a su vez, aclara que el proyecto había sido realizado por el mismo estudio y la construcción iba a ser llevada cabo por Criba SA. La misma información se brinda en la publicidad que luce en copia a fs. 89-90.

En consecuencia, las constancias aportadas por los actores dan cuenta de que, en todo caso, oportunamente se publicitó que los demandados excepcionantes actuaron como proyectistas y constructores de la obra pero no como vendedores, por lo que no se advierte que los actores hayan podido creer que intervenían en un carácter distinto al que, al fin y al cabo, les cupo en la construcción del edificio.

No correrá mejor suerte el intento de los actores de sustentar la responsabilidad del constructor, el director y el proyectista en la teoría de la “guarda provecho”, en tanto, según su criterio, ellos se sirvieron de la cosa, y quedarían comprendidos en el segundo supuesto del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil, es decir, en la responsabilidad por los daños ocasionados por el vicio o riesgo de la cosa.

Este argumento no resiste el menor análisis, porque –como es archisabido– para que se configure la responsabilidad que contempla el citado artículo es preciso que el daño sea causado por un “hecho de la cosa” (o, como también suele decirse, por una “intervención activa” de la cosa; *vid.* PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 140), lo que supone, lógicamente, que es la cosa la que produce daños (“naturalísticamente” hablando) sobre otros bienes distintos. Por el contrario, de lo que aquí se trata es de reclamar por los defectos ocultos que presenta la cosa misma que fue proyectada y construida por los mencionados demandados y que no se deben a un hecho de la cosa sino al accionar de quienes construyeron el inmueble, razón por la cual queda descartada la aplicación del art. 1113 del Código Civil.

Todo lo cual me lleva a concluir que la responsabilidad que endilgó la sentencia a Clarsan SA, S. S. de E. SA y Criba SA carece de fundamento, por lo que propongo al acuerdo revocar este aspecto de la decisión de grado, admitir la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por aquellas demandadas y, en consecuencia, rechazar la demanda en lo que a ellas respecta.

V. Corresponde ahora examinar los agravios de ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA (en su carácter de continuadora de Edificio Seguí SA) respecto de la responsabilidad que le fue atribuida en la anterior instancia.

Aduce esta recurrente que el desistimiento de la acción por vicios redhibitorios por parte de los actores torna improcedente la demanda por daños y perjuicios, en los términos del art. 2176 del Código Civil. Sin embargo, la aplicación al caso de la LDC (extremo este que no ha merecido ninguna crítica de la apelante) echa por tierra este planteo.

En efecto, a diferencia de lo que sucede en el derecho común –donde los principios *specialia generalibus derogant* y *lex posterior derogat priori* llevan a la conclusión de que si hay una acción particular establecida para el caso (como sucede con los arts. 2164 y ss. del Código Civil), ella excluye la posibilidad de acudir a otros remedios, como los que resultan del régimen común de la responsabilidad contractual–, el derecho del consumo está inspirado por una lógica distinta. Aquí rige el principio *pro consumatore* (arts. 3 y 37, LDC) y la ley se limita a poner a disposición del consumidor, frente al incumplimiento del proveedor, un “menú” de opciones posibles (arts. 10 bis, 11 y ss. –en su caso–, 18 y 19, LDC) dentro de las cuales puede elegir libremente, pero que en modo alguno lo atan a seguir necesariamente un camino determinado en forma previa a ejercer los demás derechos que emanan del estatuto del consumidor y del ordenamiento jurídico en general (*vid.* mi comentario al art. 10 bis, en PICASSO - VÁZQUEZ FERRERA, *Ley de Defensa del Consumidor...*, cit., t. I, p. 155; PICASSO, Sebastián - WAJNTRAUB, Javier H., “Las leyes 24.787 y 24.999. Consolidando la protección del consumidor”, *JA* 1998-IV, 752; MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 121).

En particular, ante la existencia de un vicio o defecto oculto, el consumidor puede acudir directamente a las opciones que consagra el art. 10 bis de la LDC (cumplimiento forzado, sustitución de la cosa o resolución del contrato), sin necesidad de poner en marcha la garantía de buen funcionamiento de la cosa, o la de vicios redhibitorios (PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R. J., “La evicción y los vicios redhibitorios en la compraventa de automotores”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009-3-217).

Por lo demás, en el caso particular de los vicios ocultos, esa solución surge patente del texto del art. 18 de la LDC, que señala que la aplicación de las disposiciones precedentes (es decir, los arts. 10 bis –opciones frente al incumplimiento en general– y 11 a 17 –garantía de buen funcionamiento–) “no obsta a la subsistencia de la garantía legal

por vicios redhibitorios”. Dado que se trata de medios de tutela que parten del mismo presupuesto de hecho, la aclaración de que la existencia de unos “no obsta” a la de los otros deja bien a las claras que el consumidor puede, a su elección, optar por cualquiera de esas vías legales y que no está atado necesariamente a acudir a la mencionada en último término.

Por ende, sólo cabe concluir que, pese a lo dispuesto por el art. 2176 del Código Civil, en el ámbito del derecho del consumo el consumidor no se encuentra atado al ejercicio de la acción redhibitoria para perseguir el resarcimiento de los daños que le ha causado el incumplimiento del proveedor, incluso si este se traduce en la existencia de un defecto oculto. Por el contrario, la posibilidad de reclamar la reparación de tales daños se encuentra expresamente establecida en el art. 10 bis *in fine* de la LDC –por cuya aplicación el consumidor puede optar libremente–, que la consagra de manera autónoma y sin condicionarla al ejercicio de ninguna otra acción.

Así las cosas, el desistimiento de la acción redhibitoria en el *sub lite* en nada obsta la procedencia de la pretensión indemnizatoria, en los términos del art. 10 bis de la LDC.

Por último, el agravio relativo a la supuesta falta de prueba de los vicios redhibitorios –que se enuncia en seis renglones– no constituye una crítica concreta y razonada de la sentencia, pues el apelante no ha fundado, ni siquiera mínimamente, por qué afirma que no se encuentran probados los vicios, ni por qué se supone que dichos defectos no le son imputables. Por consiguiente, juzgo que corresponde declarar la deserción del recurso en este aspecto (art. 265 y cctes. del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación).

Por estas consideraciones, propongo al acuerdo desestimar los agravios atinentes a este medular aspecto del debate y confirmar la condena a ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA.

VI. Resta tratar las quejas de ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA dirigidas a cuestionar las partidas indemnizatorias.

a) *Daño patrimonial.* Surge de la sentencia recurrida que la Sra. juez de primera instancia fijó como resarcimiento del daño patrimonial la suma de \$9.349, en concepto de “gastos realizados para ingresar al inmueble” (*vid.* fs. 1305 vta., considerando XIII “a”).

Sin embargo, la lectura de la demanda permite advertir que los actores no reclamaron ninguna indemnización por ese concepto. En efecto, al referirse en dicha presentación al daño patrimonial mencionaron únicamente el precio de compra y las obras adicionales que debieron realizar en el inmueble, como así también la devolución de

los intereses y gastos abonados al Banco Francés hasta la cancelación de la hipoteca destinada a la adquisición del departamento, las “obras adicionales” que debieron realizar, los gastos de escrituración de una vivienda similar, los gastos de mudanza, etc.; pero en ningún momento hablaron de las erogaciones que debieron efectuar “para ingresar” en el inmueble (*vid.* fs. 137 y ss.). Y, si bien es cierto que realizaron una nueva liquidación en su alegato, donde se mencionó el rubro objeto de la condena, que según los demandantes incluía “los gastos realizados con motivo de la mudanza al inmueble” (*vid.* fs. 1288 vta. y 1289), lo cierto es que dicho reclamo, como queda dicho, no había sido formulado al interponer la demanda, por lo que su introducción en esa etapa procesal resultó palmariamente extemporánea (arg. arts. 331, 365 y ctes. del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación).

Es decir que la admisión del rubro en cuestión implicó vulnerar al principio de congruencia, al otorgarse una indemnización que no había sido oportunamente peticionada por los actores. Por ello, propongo al acuerdo admitir el agravio vertido al respecto y revocar este aspecto de la sentencia de grado.

b) *Daño moral.* Finalmente, se agravia el recurrente de las sumas otorgadas en concepto de daño moral.

Siguiendo a Pizarro, “El daño moral importa [...] una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial” (PIZARRO, Ramón D., *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31).

En lo que atañe a su prueba, cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art. 377 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación, se encuentra en cabeza de la actora la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Equitativa valuación del daño no mensurable”, *LL*, 1990-A-655).

En cuanto a su valuación, cabe recordar lo recientemente señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: “Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles,

en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado [...] El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida” (CSJN, 12/4/2011, “Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros”, RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós).

En otras palabras, el daño moral puede “medirse” en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (GALDÓS, Jorge M., “Breve apostilla sobre el daño moral [como ‘precio del consuelo’] y la Corte Nacional”, RCyS, noviembre de 2011, p. 259).

La misma idea se desprende del art. 1041 *in fine* del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado que actualmente se encuentra a estudio del Congreso Nacional, a cuyo tenor: “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

Es ese el criterio que tendré particularmente en cuenta para evaluar la suma que corresponde fijar en el *sub lite* en concepto de daño moral, a la luz de las características del hecho generador, su repercusión espiritual en la víctima y las demás circunstancias del caso.

Sentado lo expuesto, teniendo en cuenta el estado de salud del Sr. Y. al momento de mudarse al inmueble en cuestión (había tenido un trasplante renal, *vid.* fs. 419-479), las deficiencias existentes en el bien, los trastornos que ello generó al matrimonio demandante durante su estadía en el departamento, y su posterior mudanza, juzgo que el importe concedido en la instancia de grado resulta adecuado para resarcir este renglón y, por ello, mociono su confirmación.

VII. En lo atinente a la tasa de interés fijada en la instancia de grado –que también ha sido objeto de agravio–, debe partirse del fallo plenario dictado por esta cámara en los autos “Samudio de Martínez, Ladislao c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios”,

del 20/4/2009, que estableció, en su parte pertinente: “2) Es conveniente establecer la tasa de interés moratorio. 3) Corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. 4) La tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido”.

No soslayo que la interpretación del mencionado fallo plenario y, particularmente, de la excepción contenida en la última parte del texto transcrito ha suscitado criterios encontrados. Por mi parte, estimo que una correcta apreciación de la cuestión requiere de algunas precisiones.

Ante todo, el propio plenario menciona que lo que está fijando es “la tasa de interés moratorio”, con lo cual resulta claro que –como por otra parte también lo dice el plenario– el punto de partida para su aplicación debe ser el momento de la mora. Ahora bien, es moneda corriente la afirmación según la cual la mora (en la obligación de pagar la indemnización, se entiende) se produce desde el momento en que se sufre cada perjuicio objeto de reparación. Por lo demás, en materia de responsabilidad extracontractual –pero con un criterio que es igualmente aplicable a la obligación de reparar que resulta de una infracción obligacional–, así lo estableció esta cámara en otro fallo plenario, “Gómez, Esteban c. Empresa Nacional de Transportes”, del 6/12/1958.

Así sentado el principio general, corresponde ahora analizar si en el *sub lite* se configura la excepción mencionada en la doctrina plenaria, consistente en que la aplicación de la tasa activa “en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido”.

En ese derrotero, la primera observación que se impone es que, por tratarse de una excepción, su interpretación debe efectuarse con criterio restrictivo. En consecuencia, la prueba de que se configuran las aludidas circunstancias debe ser proporcionada por el deudor, sin que baste a ese respecto con alegaciones generales y meras especulaciones. Será necesario que el obligado acredite de qué modo, en el caso concreto, la aplicación de la tasa activa desde el momento del hecho implica una importante alteración del significado económico del capital de condena y se traduce en un enriquecimiento indebido del acreedor. En palabras de Pizarro: “La alegación y carga de la prueba

de las circunstancias del referido enriquecimiento indebido pesan sobre el deudor que las alegue” (PIZARRO, Ramón D., “Un fallo plenario sensato y realista”, en “La nueva tasa de interés judicial”, suplemento especial, *La Ley*, Buenos Aires, 2009, p. 55).

Así las cosas, no creo posible afirmar que la sola fijación en la sentencia de los importes indemnizatorios a valores actuales basta para tener por configurada esa situación. Ello por cuanto, en primer lugar, y tal como lo ha señalado un ilustre colega en esta cámara, el Dr. Zannoni, la prohibición de toda indexación por la Ley 23.928 –mantenida actualmente por el art. 4 de la Ley 25.561– impide considerar que el capital de condena sea susceptible de esos mecanismos de corrección monetaria. En palabras del mencionado colega: “La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales –como suele decirse– a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización no significa que se actualicen los montos reclamados en la demanda o se apliquen índices de depreciación monetaria”, pues tales mecanismos de actualización están prohibidos por las leyes antes citadas (ZANNONI, Eduardo A., su voto *in re* “Medina, Jorge y otro c. Terreiro Néstor Fabián y otros”, ésta cámara, Sala F, 27/10/2009, *LL Online*, entre otros).

Pero, más allá de ello, lo cierto es que aun si se considerara que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito, no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor. La fijación de tasas menores, en las actuales circunstancias del mercado, puede favorecer al deudor incumplidor, quien nuevamente se encontrará tentado de especular con la duración de los procesos judiciales, en la esperanza de terminar pagando, a la postre, una reparación menguada –a valores reales– respecto de la que habría abonado si lo hubiera hecho inmediatamente luego de la producción del daño.

Finalmente, no desconozco que el art. 303 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación fue derogado por el art. 12 de la Ley 26.853, recientemente sancionada. Sin embargo, en virtud del art. 15 de aquella norma, tal disposición recién entrará en vigor a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se crean, razón por la cual hasta ese momento continúa vigente la doctrina plenaria.

Por las razones expuestas, no encuentro que se configure en la especie una alteración del significado económico del capital de condena que

importe un enriquecimiento indebido de la parte actora. Por consiguiente, considero que debería aplicarse la tasa activa fijada en la jurisprudencia plenaria, desde el incumplimiento y hasta el efectivo pago de los importes adeudados.

Sin embargo, no dejo de advertir que la sentencia estipuló que los intereses correrán desde la fecha de la mediación (*vid.* fs. 1306, considerando XIV). Por ende, y toda vez que la decisión de grado sólo fue apelada por la demandada, a fin de evitar una *reformatio in pejus*, propongo al acuerdo confirmarla también en este aspecto.

VIII. Finalmente, el agravio de ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA referido a la imposición de costas no ha sido fundado, ni siquiera mínimamente, por la interesada. Por ende, considero que se impone declarar su deserción (art. 265 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación).

IX. En consecuencia y para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo: 1) admitir la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por Criba SA, Clarsan SA y S. S. E. SA, y, en consecuencia, revocar la condena de las mencionadas y rechazar la demanda a su respecto; con costas a los actores, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación); 2) revocar la sentencia en tanto condenó a ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA a pagar la suma de \$9.349 en concepto de daño patrimonial; 3) confirmar el pronunciamiento de grado en lo demás que decide y ha sido materia de apelación y agravios; y 4) imponer las costas de alzada en un [...] % a cargo de ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA y, en el restante [...] %, a cargo de los actores (art. 68 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación).

El Dr. Li Rosi dijo:

Por análogas razones, acompaño el voto propuesto por el vocal preopinante con la siguiente salvedad.

Se ha dicho que el art. 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Y, en este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. FENOCHIETTO-ARAZI, *Código Procesal Civil y Comercial. Anotado, co-*

mentado y concordado, t. I, p. 835/7; CNCiv. esta sala, libres n° 37.127 del 10/8/88, n° 33.911 del 21/9/88, entre muchos otros). En este orden de ideas, sin embargo, bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial, sin fundamentar la oposición ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado, no constituye la crítica para la que prescribe la norma (conf. CNCiv., esta sala, 15/11/84, *LL*, 1985-B-394; íd., Sala D, 18/5/84, *LL*, 1985-A-352; íd., Sala F, 15/2/68, *LL*, 131-1022; íd., Sala G, 29/7/85, *LL*, 1986-A-228, entre otros).

Desde esta perspectiva, debería coincidir que los pasajes del escrito a través del cual la emplazada ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA pretende fundar su recurso en cuanto a la tasa de interés aplicable no cumplen, siquiera mínimamente, con los requisitos referidos, tratándose de un mero disenso con la solución a la que arribara la Sra. Juez de grado.

Es que de la simple lectura de las lacónicas alocuciones vertidas por la recurrente se advierte que en modo alguno critica los fundamentos que se esgrimieran en el decisorio en crisis. Así, la emplazada se limita a sostener que “también nos agraviamos de la tasa de interés fijada, que lleva lo fallado a sumas siderales, máxime cuando el cambio de la jurisprudencia fue en el 2009, no pudiendo ser retroactivo a la mora 2001” (cfr. fs. 1369 vta., pto. 4).

De todos modos, y sólo para preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional, habré de señalar que, contrariamente a lo manifestado por la apelante, no se trata aquí de una aplicación retroactiva de un fallo plenario (“Samudio de Martínez, Ladislao c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios” del 20/4/09) sino de la implementación inmediata a los casos que se resuelvan con posterioridad a su dictado. Si el fallo plenario no origina legislación sino que sólo constituye un instrumento de interpretación uniforme de una ley ya vigente (FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. 2, p. 161, n° 1), la aplicación de la doctrina plenaria obliga a que desde su dictado esa norma sólo pueda ser aplicada de conformidad con la interpretación allí establecida, aunque los hechos hubieran ocurrido con anterioridad.

En consecuencia, al haber quedado en pie los argumentos esenciales del pronunciamiento de grado, debería imponerse la sanción que prescribe el artículo 266 del Código Procesal, declarándose la deserción del recurso interpuesto al respecto.

Con esta salvedad, y como se dijo, adhiero al voto preopinante.

El Dr. Molteni dijo:

Con la misma salvedad del Dr. Li Rosi, en cuanto propicia la deserción del recurso respecto de los intereses, adhiero en lo demás al fundado voto del Dr. Picasso.

Con lo que terminó el acto.

Y vistos:

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se resuelve:

1) Admitir la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por Criba SA, Clarsan SA y S. S. E. SA y, en consecuencia, revocar la condena de las mencionadas y rechazar la demanda a su respecto; con costas a los actores, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación).

2) Revocar la sentencia en tanto condenó a ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA a pagar la suma de \$9.349, en concepto de daño patrimonial.

3) Confirmar el pronunciamiento de grado en lo demás que decide y ha sido materia de apelación y agravios.

4) Imponer las costas de alzada en un [...] % a cargo de ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA y en el restante [...] % a cargo de los actores.

Notifíquese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN en la forma de práctica y devuélvase. *Sebastián Picasso. Ricardo Li Rosi. Hugo Molteni.*