En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los veintisiete días del mes de abril del año dos mil veintitrés, se reúne en acuerdo la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia del Dr. Manuel Horacio Pis Diez y asistencia del primer vocal Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y del segundo vocal Dr. Fernando Nahuelanca (tribunal designado según lo establecido en los arts. 5, 6 y 8 del Acuerdo 15/21/CACR), para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"A., M. del R. c/ S. SCC s/ SUMARÍSIMO", expte. nro. 681/22,** venidos de la Oficina de Gestión Unificada del Fuero Civil y Comercial - Secretaría nro. 3 (expte. nro. 20.003/20), y atento al resultado del sorteo de fecha 8 de marzo de 2023 (art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Manuel Horacio Pis Diez, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la Sentencia nro. 10/22 de fecha 9 de septiembre de 2022? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Pis Diez dijo:

La sentencia definitiva de grado n° 10/22 fue apelada por la parte actora conforme ID 806234. Concedido el recurso en fecha 15 de septiembre de 2022, fue fundado mediante expresión de agravios obrante en ID 821900; replicado por la contraria conforme obra en escrito digital ID 861174.

I) *Antecedentes del caso*:

La Sra. M. D. R. A. promovió demanda en contra de S. SCC a efectos de que se condene a la demandada a abonarle la suma de $2.978.938,87, más intereses.

Al relatar los hechos en que funda su pretensión refirió que mantenía una relación consumeril desde el año 2009 con la demandada en virtud de la cual se la incluyó dentro del sector grandes cuentas.

Explicó que en el marco de dicho vínculo era costumbre comprar mercadería a la demandada y dejarla a su resguardo; sin que ello trajera aparejado recargos o multas por retirar dicho material en meses posteriores.

Señaló que, en fecha 30 de noviembre de 2015 adquirió distintos materiales para la construcción para consumo propio conforme surge de la factura n° X., pero cuando su cónyuge intentó retirarlos en septiembre del año 2018, ello fue denegado por la accionada.

Señaló que reunida con el dueño de la firma; se le comunicó que la mercadería no sería entregada hasta que no se abone la suma de $242.000 en concepto de guarda, o bien, que podría retirar cualquier mercadería o material, pero solo por la suma de $174.061,61.

Señaló que la actitud adoptada por la demandada la colocó en situación de indefensión, le atribuyó la violación al deber de brindar información clara, y consideró que la estipulación relativa al costo de guarda debe ser entendida como una cláusula abusiva.

Argumentó que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada en soporte físico todo lo relacionado con las características del servicio que provee, las cuales no fueron informadas.

Refirió que con ello la parte demandada pretendió obtener una ganancia extra, ya que nunca planteó este tipo de práctica.

Hizo alusión a las cláusulas contradictorias insertas en la factura en cuanto al costo del almacenamiento, como a la publicidad del sitio web de la firma sobre las condiciones de acopio a efectos de argumentar su reclamo.

Cuantificó los materiales oportunamente adquiridos en la cantidad de $1.138.938,87.

Hizo mención por otra parte a la frustración que supuso la actitud adoptada por la demandada y cómo ésta obstaculizó un proyecto de construcción para provecho propio y familiar.

Reclamó en razón de lo expuesto $250.000 por daño moral, $1.250.000 por multa civil, $1.138.938,78 por daño patrimonial y $360.000 por daño emergente.

La accionada, S. SCC, contestó demanda peticionando su rechazo con costas.

Negó los hechos expuestos por la accionante, desconoció la documental acompañada a la demanda y brindó su propia versión.

Expresó que vendió a la actora el día 30 de noviembre de 2015 los materiales consignados en la factura X. y que, de su lectura, surge que "pasados 30 días de la compra se le cobrará el 0,7% del importe, por día de almacenamiento de la mercadería no retirada…", y que el intento de hacerse con los insumos comprados tuvo lugar en el mes de septiembre de 2018.

Reconoció la inclusión de otra leyenda relativa a un costo de almacenamiento del 0,15%, aclarando al respecto que obedeció a un error administrativo, no

imputable a la Sra. A. por lo que asumiendo la firma sumiendo su responsabilidad en todo momento aplicó la del 0,07%.

Efectuó consideraciones en cuanto a la diferencia existente entre la operación instrumentada por factura 33699 y X. para señalar con ello que, dado que no se pactaron en los mismos términos, no pueden tener el mismo tratamiento.

Alegó que además que el anexo acompañado por la actora corresponde a la política de acopio de material del año 2019 y no del 2015.

Efectuó consideraciones respecto al reclamo administrativo iniciado por la accionante aduciendo que el relato efectuado en aquel entonces dista del enunciado en la demanda.

Argumentó haber dado cumplimiento a sus obligaciones a la par que denunció el incumplimiento de la actora.

Se opuso a la procedencia de los daños reclamados.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda entablada. Impuso las costas del proceso a la parte actora vencida. Reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

La decisión motivó la crítica de la parte actora quien resiste el rechazo de la demanda.

Fundamento de los agravios:

El primer agravio versa sobre la valoración de la prueba.

La recurrente criticó en primer lugar que el magistrado de grado para arribar a su conclusión respecto a que no reviste la calidad de consumidora, omitiera considerar que no se encuentra matriculada en

la ciudad como arquitecta desde el año 2015 y que por ende no podría suponerse que, como derivación razonable de su actividad económica con cierta habitualidad adquiría materiales para la construcción y, en lugar de darles un uso personal o familiar, los volcaba a un emprendimiento comercial.

Señaló que en la información requerida a la AFIP surge que no fue sino hasta 2018 que se colegió como arquitecta en la Provincia.

Agregó que el magistrado también omitió que al incoar demanda solicitó la realización de inspección ocular de su vivienda prueba fundamental que tendía a echar luz al hecho de que la vivienda familiar se encontraba en construcción.

Sostuvo que tampoco consideró el juez el original del contrato hipotecario celebrado con fines de vivienda única y familiar, coincidente con las fechas de emisión de tal documento y con el domicilio donde se pretendía la realización de la inspección ocular, prueba de que los bienes cuyo monto se abonara en 2015, plasmado en la factura X. emitida por la empresa S. S.C.C, tenían por destino un proyecto de construcción familiar.

Por otra parte planteó que no puede establecerse que la conducta de compradora habitual sea exactamente y en todos los casos prueba certera de que ejercía comercio con tales bienes, puesto que la misma construcción de vivienda implica generalmente la constante compra de materiales para la culminación de un proyecto.

Agregó que el sentenciante de grado, tampoco hizo mención a la prueba informática consistente en las comunicaciones mantenidas entre los correos

electrónicos de la demandada (M@s..com.ar, A.@s..com.ar y I,@s..com.ar) y el suyo personal araarq@hotmail.com, de donde surge la costumbre que tenía la accionada para la guarda y posterior entrega de materiales adquiridos.

Puntualizó en relación a ello que el 25 de noviembre de 2015, la empresa S. le consultó si este material era para obra propia, entendiéndose por ello para vivienda, es decir consumo personal, a lo que respondió afirmativamente.

A ello agregó que de los intercambios entre las partes no surge que hubiese solicitado factura "A", siendo esta directamente emitida por la empresa, razón por la que no puede achacársele.

Sobre todo, dijo, si se considera que al tenerse por clienta habitual, los datos como responsable inscripta eran conocidos por la empresa, que unilateralmente emitió la factura bajo esa categoría a pesar de haber sido I,rmada sobre el destino final de tales elementos. Señaló que tal circunstancia fue advertida en la misma sustanciación del juicio.

Argumentó que, ante la carencia de contrato de guarda de materiales, el proveedor estaba obligado a suministrar en forma cierta, clara y detallada las características del servicio que proveen, pero solo existieron comunicaciones vía correo electrónico.

Por otra parte, planteó que no es óbice para quedar comprendida en el concepto de consumidor estar en presencia de una persona jurídica. Aclaró que, si bien el régimen de tutela apunta fundamentalmente a las personas físicas, no excluye *a priori* a las personas jurídicas, aunque a estas les resultará un tanto más

dificultoso en los hechos demostrar que constituyen un sujeto tutelable.

Cuestionó que el sentenciante obviara que en todo caso que podía ser persona jurídica y consumidora a la vez, lo cual se vería probado con la sola inspección ocular requerida oportunamente, al tiempo que la actividad ejercida no coincidía con su profesión, puesto que no se encontraba ocupada en ella por aquel entonces.

Dijo que la admisión de la calidad de consumidor de una persona jurídica con fines de lucro (de carácter comercial) si bien debe admitirse restrictivamente, puede hacerse a partir de una serie de presunciones, dada la calidad del sujeto involucrado, que deberán ser desvirtuadas por el interesado.

En su segundo agravio objetó que no se expidiera respecto al destino de las cosas adquiridas.

Sostuvo que, pese a encontrarse en el anexo 6 de la prueba documental del libelo inicial el adjunto remitido por la empresa S. bajo el título "CONDICIONES DEL SERVICIO", el magistrado de grado no avaluó dicho documento, pese a este indicar textualmente "(…)30 días ante de la fecha límite de retiro de la mercadería, S. le enviara un *e-mail* de aviso siendo responsabilidad del cliente para reprogramar la fecha efectiva del acopio", e informar que "una vez vencido el plazo extendido y previo aviso por email se depositara en la cuenta corriente del cliente el monto original de la compra (…)".

Alegó que ello no fue cumplido por la demandada en tanto no fue intimada y mucho menos se depositó en su cuenta el valor de la compra como ellos mismos indican en la facturación que entregan.

Argumentó que tan confusa era la publicidad respecto de las condiciones del mantenimiento de los materiales que, por un lado, la letra chica de la facturación describía un porcentaje a abonar en tal concepto (0,07%), mientras un sello colocado a escasos centímetros del mismo documento, expresaba un porcentaje distinto y mayor (0,15%).

Destacó que en el peor de los casos le asiste razón frente a la inacción de la demandada pese a haberse abonado la totalidad del precio pactado por la compra de la cosa, de intimarla al retiro de tales elementos.

Se agravió con base en ello de que el juez de grado no resolviera sobre su derecho de retirar los elementos, alegando un enriquecimiento ilícito por parte de la firma demandada consistente en la adquisición del valor de la cosa, el pago de honorarios y costas y a su vez, la doble venta de los materiales abonados.

Planteó que el retiro por el valor de los materiales comprados (sin actualización) ofrecido por la demandada en ocasión de presentarse a retirar los materiales, resulta suficiente evidencia de la inexistencia de depósito puesto que sino –según la tesis traída por la contraparte- habrían reclamado el pago de mantenimiento pero entregado la cosa, habida cuenta que tampoco se probó que ese espacio estuviera ocupado realmente.

Agregó que en momento alguno se le dio la opción de envío o renovación de guarda de los objetos adquiridos a título oneroso.

Argumentó que la empresa intentó descontar de esa manera una suma como depósito, sin reclamarlo primariamente, dijo que ello no resulta menor, puesto que demuestra que existió por parte de la vendedora un

recambio de materiales, los cuales nunca han estado a resguardo, sino que por el contrario han estado a la espera de que no existiera reclamo de retiro.

Dijo que el sentenciante tampoco resolvió sobre el destino de los bienes objeto de contratación que nunca se retiraron, lo que supone la pérdida de un derecho sobre los elementos cuyo canon fuera abonado y que la práctica comercial demuestra que las empresas de construcción recambian a fin de evitar acopio, vencimiento y con el fin de concretar mayores ventas.

Efectuó reserva del caso federal.

Réplica de los agravios:

Frente a tales alegaciones, la contraria sostuvo primeramente que el sentenciante de grado valoró el informe remitido por AFIP con correcto criterio en relación a la inscripción impositiva de la actora, en tanto de este resulta que se encuentra inscripta ante dicho organismo en las actividades "venta al menor por artículos para el hogar N.C.P.", "servicios relacionados con la construcción", "servicios de arquitectura e ingeniería y servicios conexos de asesoramiento técnico N.C.P." y "servicios inmobiliarios realizados por cuenta propia, con bienes urbanos propios o arrendados N.C.P.

Señaló que la Sra. A. está desde el año 2013 inscripta y dada de alta ante AFIP en la actividad económica 711001 "Servicios relacionados con la construcción", y que la circunstancia de que esté dada de baja de la matrícula por falta de pago es aleatoria; encontrándose la actividad económica desplegada por la actora sobradamente acreditada en autos.

Sostuvo que el destino final de los materiales, se encuentra probado en tanto la actora requirió que la

empresa le facturara los mismos como responsable inscripta (factura A).

Adujo con fundamento en la ley del impuesto a las ganancias que es incompatible instrumentar fiscalmente una operación como comercial (factura A) con la condición de "sujeto consumidor", dado que, para ser oponible legalmente, la operación debe estar instrumentada impositivamente con facturas o tickets a "consumidor final".

Afirmó que el destino final comercial o profesional de los materiales adquiridos aparta a la compraventa celebrada entre las partes del régimen de consumo.

Achacó luego a la contraria contradecir sus propios actos en cuanto sostiene que la factura fue emitida unilateralmente por S. S.C.C., y haberlo advertido en la sustanciación del juicio.

Adujo al respecto que conforme art. 1145 CC la accionante debió impugnar la factura dentro de los 10 días, y no debió tomarse el crédito fiscal, porque ambas conductas exteriorizan su consentimiento a la misma.

Agregó que carece de fundamento jurídico y técnico el agravio referido a que supuestamente el juez le cercenó la posibilidad de producir la inspección ocular, dado que el magistrado de grado ordenó en fecha 27/08/2021 librar mandamiento de constatación del estado de construcción del inmueble sito en Juan B. Justo N° 380, y la actora no produjo la prueba, no la activo en tiempo oportuno.

Consideró que la actora pretende inducir a error al tribunal en cuanto sostiene que se manifestó en la demanda los bienes… tenían por destino un proyecto de

construcción familiar, siendo probanza de ello el original del contrato hipotecario celebrado con fines de vivienda única familiar, toda vez que el destino de los materiales, según las propias afirmaciones de la propia actora, justamente nada tenían que ver con un proyecto de construcción familiar sino con un proyecto productivo.

Dijo que ello se corrobora con la prueba documental que conjuntamente con la demanda agrega la misma accionante, la escritura pública, mediante la cual se instrumenta el contrato de mutuo que refiere al destino de los fondos: "Préstamo de Inversión Productiva - Construcción de instalaciones para la comercialización de productos y servicios".

Afirmó con sustento en lo anterior que no existe duda respecto a que los materiales fueron adquiridos para ser incorporados a un proyecto productivo.

Advirtió asimismo en relación a la ausencia de valoración que se pregona respecto a la prueba informática, que la actora fue declarada negligente en la producción de dicha prueba en fecha 29/08/2022.

Como corolario de lo expuesto sostuvo que, contrariamente a lo manifestado por la parte contraria, el sentenciante con correcto criterio para decidir, se ocupó en indagar sobre el destino final de los bienes adquiridos por la Sra. A. basándose en las pruebas producidas en el expediente que, en forma concordante y contundente, dan cuenta que dichos materiales estaban destinados a la actividad mercantil o profesional.

Concluyó en base a lo manifestado que el agravio debe rechazarse por cuanto la compraventa no se encuentra amparada por el régimen de la Ley 24240.

En respuesta al segundo agravio aseveró que la accionante pretende inducir a errónea conclusión tergiversando la prueba.

Arguyó además que no existe enriquecimiento alguno por parte de S. en toda esta situación.

Señaló que las condiciones del servicio de la página web (anexo VI) en las que intenta ampararse la actora fueron desconocidas por esta parte y no fueron autenticadas por la actora a través de la prueba informática, respecto de la cual fue declarada su negligencia.

Agregó que intimada la accionante a la exhibición del contrato de guarda de materiales firmado con S., en razón de la prueba ofrecida, la actora manifestó que no existe ese contrato.

Sostuvo que las condiciones pactadas para la entrega de los materiales eran las incluidas en la factura n° 0016-000X. de fecha 30/11/2015 que no fuera objetada.

Dijo en referencia al monto mayor consignado en la factura en concepto de almacenamiento que en resguardo de la buena fe con la que se condujo a lo largo de la contratación, asumió su responsabilidad y aplicó la cláusula más beneficiosa a la actora, lo que se condice con lo señalado por el magistrado en la sentencia respecto de tener por válida la interpretación que resulte más favorable al deudor.

Consideró que ello echa por tierra la tacha de publicidad engañosa o confusa que pretende atribuirle la actora. Adujo que la buena fe no fue correspondida por la Sra. A. quien al presentarse a retirar mercadería adquirida tres años antes pretendía no abonar costo

alguno por el depósito del material durante todo ese tiempo.

Luego señaló que la actora en cuanto refiere que el juez de grado le otorgó razón en relación a su inactividad durante el plazo de tres años a través de una oscura redacción, pretende atribuir al sentenciante afirmaciones que no le pertenecen, por cuanto basado en que se trata de un contrato paritario entre comerciantes, el marco de la libertad de contratación que prima en relación al mismo, la cláusula de depósito oneroso es válida porque no compromete el orden público, la moral ni las buenas costumbres.

Por último, adujo que el agravio relativo a la omisión del juez *a quo* de resolver sobre su derecho al retiro de los materiales, resulta improcedente porque la actora es quien incumplió sus obligaciones contractuales conforme art. 1141 inc. b).

Expresó que la actora debía presentarse en el depósito de S. SCC a retirar la totalidad de los materiales, dentro del plazo convenido, y no lo hizo por lo que debía cancelar el costo del almacenamiento conforme las pautas contractuales. Afirmó que, al no cumplir su parte, no puede exigir su entrega.

Por otro lado, señaló que ello, tampoco fue pedido al demandar, por lo que en virtud del principio de congruencia, el magistrado no puede fallar *extra petita*.

Mucho menos un enriquecimiento ilícito explayándose en explicaciones en relación al costo que implica el acopio de materiales.

A ello adunó que no negó la entrega de los materiales a la Sra. A., sino que le hizo saber que los mismos iban a ser entregados una vez abonado el importe

correspondiente a la guarda conforme las condiciones contractuales que surgen de la factura n° X.. aceptada y no controvertida en autos por la actora.

Finalmente señaló que el pago de honorarios y costas no es nada más y nada menos, que la consecuencia de la regla general de que aquél que ha generado injustificadamente un trabajo jurisdiccional debe cargar con dicho pago.

Mencionó que el enriquecimiento ilícito devendría en caso que la actora no fuera condenada al pago de los mismos.

En el entendimiento que el agravio carece de fundamento jurídico solicitó su rechazo con especial imposición.

II) *Tratamiento de los agravios*:

En este capítulo trataré los agravios planteados por los apelantes contra la sentencia de Primera Instancia.

Antes de ingresar sobre esa cuestión, debo señalar que la jurisprudencia ha dicho con respecto al alcance los agravios y la competencia de la alzada: "El agravio constituye la medida de la apelación, conforme el principio de la congruencia. El recurso de apelación no admite hechos nuevos u otras pruebas que las ya existentes en las actuaciones, ya que el apelado no puede agregar otros hechos distintos a los que alego cuando solicito la mediad habiendo tenido todos el tiempo y posibilidades probatorias a su disposición, incluso ejercitable sin la participación y conocimiento de que se vería afectado por la medida (arg. art 8, Ley 7166). Es así que, la firmeza que adquiere una medida cautelar participa de la naturaleza de la cosa juzgada,

ya que producida a su respecto la preclusión de las impugnaciones recursivas solamente es posible obtener su modificación por vía incidental cuando se producen, articulan acreditan situaciones diversas a la de origen" (CCCom, de La Matanza, Sala II, 4-6-2000, "Transporte el Progreso SA c/ Municipalidad de La Matanza s/ amparo".

También es preciso señalar que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (ver, *v. gr.*, Santiago C. Fassi en "Código procesal...", t. I, pág. 278), y que no se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de sus fundamentos por ellas invocados (ver, *v. gr.*, fallos 258:304 entre muchos), por ello, me limitaré a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles para la decisión (ver fallos 272:225 entre muchos y CNCiv., Sala C, 23/03/2011 – "Ferrocarriles Metropolitanos SA c. Agli, Jorge A.", en JA 2011-IV, fascículo n. 5, pág. 61).

Ahora bien, el primer agravio. La relación de consumo. La errónea valoración de la prueba por el juez:

En concreto, el juez de primera instancia considero en su fallo que no hubo relación de consumo entre las partes.

Para sostener tal postura afirmó que de lo expuesto en la demanda con respecto a que los materiales adquiridos tenían un destino personal y familiar resulta ser contradictorio con los términos del contrato de mutuo con garantía hipotecario que luce a fs 5/17.

Por otro lado, afirmó que la operación se instrumentó mediante una factura "A", por encontrarse ausente el consumo o destino final, y no constituye el presupuesto de hecho del instituto "relación de consumo".

Señala que, en cambio, que sí nos preguntamos, ¿qué elementos suministró la parte actora para acreditar el destino final de los bienes adquiridos y en consecuencia demostrar la relación de consumo?, se advierte que la respuesta es sencilla: ninguno.

De manera que la primera cuestión a determinar es si existió relación de consumo entre las partes, en lo atinente a la compraventa instrumentada por la factura n° X.. y a quién le corresponde la carga de la prueba de tal extremo.

Pues después de este tema, y si se probara la relación de consumo, se aplicaría el régimen tuitivo del consumidor.

Cabe poner de resalto que en conformidad a lo dispuesto por el art.381 del CPCCh, cada parte deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

Al respecto, Devis Echandia señala: "… a) Contenido de la regla. No se trata de fijar quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que falte. Por consiguiente, si el adversario o el juez llevan la prueba del hecho, queda satisfecha a cabalidad la carga, exactamente como si la parte gravada con ella la hubiera suministrado.

"En consecuencia, no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba o que a

ella le corresponde llevarla; es mejor decir que a esa parte le corresponde el interés de que tal hecho resulte probado o de evitar que se quede sin prueba y, por consiguiente, el riesgo de que falte (el cual se traduce en. una decisión adversa).

”h) Cuál es el criterio correcto. Estamos de acuerdo con Rosenberg, Micheli y los autores que los siguen, en que el único criterio aceptable para una regla general en esta materia, debe contemplar no solamente la posición procesal de las partes y el hecho aislado objeto de la prueba, sino el efecto jurídico perseguido con éste en relación con la norma jurídica que lo consagra y debe aplicarse. Lo fundamental es la posición sustancial de la parte en el proceso, respecto al efecto jurídico que del hecho debe deducirse, de acuerdo con la norma jurídica por aplicar que lo contempla como su presupuesto; es decir, hay que determinar cuál de las partes pretende ese resultado, aun cuando esa parte no haya invocado en su favor tal norma, pues al juez le corresponde aplicarla oficiosamente: *iura novit curia*.

”Dicha regla resulta más clara y completa, si se hace expresa mención tanto al efecto jurídico perseguido por la parte, como la norma que lo contempla y de la cual es presupuesto el hecho de cuya prueba se trata. De este modo se da una visión más completa de la regla general porque los efectos jurídicos perseguidos por una parte tienen precisamente corno presupuesto los hechos que contempla la teoría legal que los consagra, y, por lo tanto, el riesgo de que falte su prueba debe correrlo esa parte.

”Recordemos que, como regla general en lo civil, solamente los hechos controvertidos permiten que el juez recurra a la regla de la carga de la prueba, debido a que su admisión por el adversario los deja suficientemente probados, a no ser que la ley excluya para ellos la confesión: en el último caso, no interesa la falta de controversia, lo cual, ocurre siempre en lo penal respecto a la prueba del delito o la contravención” “Hernando Devis Echandía, “Compendio de la prueba judicial”, Tomo Primero, Rubinzal Culzoni Editores, págs. 243/244).

Por otra parte, se ha dicho con respecto al consumidor: “En principio, entonces el consumidor, para ser considerado como tal, adquiere o utiliza bines o servicios para utilizarlos el mismo y quedan en su ámbito personal, entendido como un “modo de actuar” en el mercado, siendo el destino económico la satisfacción de necesidades personales, familiares o sociales” (Tambussi, C. Eduardo, “Tratado de Derecho Civil y Comercial”, T.II, director, Andrés Sánchez Herrero, p. 922).

En efecto, recientemente he subrayado cual es la noción de consumidor y a quien le compete la carga de la prueba de la relación de consumo.

Adelanto mi opinión que no se ha probado la relación de consumo que pregona la actora.

Por otra parte, considero que el juez de primera instancia ha evaluado mediante la sana critica (art. 390 del CPCCCh), pues la presunción que emerge de la factura A, esta adjuntada mediante otras pruebas como la escritura de mutuo, de donde se colige que mediante la cual se instrumenta el contrato de mutuo que refiere al

destino de los fondos: “Préstamo de Inversión Productiva - Construcción de instalaciones para la comercialización de productos y servicios”.

Sumado a ello el informe de la AFIP que determina con correcto criterio en relación a la inscripción impositiva de la actora, en tanto de este resulta que se encuentra inscripta ante dicho organismo en las actividades “venta al menor por artículos para el hogar N.C.P.”, “servicios relacionados con la construcción”, “servicios de arquitectura e ingeniería y servicios conexos de asesoramiento técnico N.C.P.” y “servicios inmobiliarios realizados por cuenta propia, con bienes urbanos propios o arrendados N.C.P.

Señaló que la Sra. A. está desde el año 2013 inscripta y dada de alta ante AFIP en la actividad económica 711001 “Servicios relacionados con la construcción”, y que la circunstancia de que esté dada de baja de la matrícula por falta de pago es aleatoria; encontrándose la actividad económica desplegada por la actora sobradamente acreditada en autos.

Y por otro lado, la actora no presentó ni realizó ninguna prueba que acredite la relación de consumo.

No se me escapa que el consumidor mixto, también merece la protección del régimen del consumidor. Pero, en este caso, no está probado ningún tipo de relación de consumo ni la figura del consumidor mixto.

Con respecto al consumidor mixto se ha dicho: "Inclusión en casos de uso mixto de bienes: en los supuestos de integración parcial, en los que una empresa adquiere un bien que integra al proceso productivo y también lo usa para otras finalidades, se presumirán actos de consumo, y se desvirtuara la presunción, si se

prueba que no son actos mixtos o que resultan eminentemente comerciales" (Lorenzetti, 2009). "La zona de indeterminación en estos casos es amplia, y deberá resolverse en virtud de la actividad probatoria de las partes" (Martín Sigal, "Relación de conumo", "Código Civil y Comercial Comentado", T. III, Julio Cesar Rivera y Graciela Medina, p. 717).

Por ende, se rechaza el agravio.

Con respecto al segundo agravio, la apelante dijo, pese a encontrarse en el anexo 6 de la prueba documental del libelo inicial el adjunto remitido por la empresa S. bajo el título "CONDICIONES DEL SERVICIO", el magistrado de grado no avaluó dicho documento, pese a este indicar textualmente "(…)30 días ante de la fecha límite de retiro de la mercadería, S. le enviara un email de aviso siendo responsabilidad del cliente para reprogramar la fecha efectiva del acopio"; e informar que "una vez vencido el plazo extendido y previo aviso por *e-mail* se depositara en la cuenta corriente del cliente el monto original de la compra (…)".

Alegó que ello no fue cumplido por la demandada en tanto no fue intimada y mucho menos se depositó en su cuenta el valor de la compra como ellos mismos indican en la facturación que entregan.

Argumentó que tan confusa era la publicidad respecto de las condiciones del mantenimiento de los materiales que, por un lado, la letra chica de la facturación describía un porcentaje a abonar en tal concepto (0,07%), mientras un sello colocado a escasos centímetros del mismo documento, expresaba un porcentaje distinto y mayor (0,15%).

Destacó que en el peor de los casos le asiste razón frente a la inacción de la demandada pese a haberse abonado la totalidad del precio pactado por la compra de la cosa, de intimarla al retiro de tales elementos.

Se agravió con base en ello de que el juez de grado no resolviera sobre su derecho de retirar los elementos, alegando un enriquecimiento ilícito por parte de la firma demandada consistente en la adquisición del valor de la cosa, el pago de honorarios y costas y a su vez, la doble venta de los materiales abonados.

Planteó que el retiro por el valor de los materiales comprados (sin actualización) ofrecido por la demandada en ocasión de presentarse a retirar los materiales, resulta suficiente evidencia de la inexistencia de depósito puesto que sino –según la tesis traída por la contraparte- habrían reclamado el pago de mantenimiento, pero entregado la cosa, habida cuenta que tampoco se probó que ese espacio estuviera ocupado realmente.

Agregó que en momento alguno se le dio la opción de envío o renovación de guarda de los objetos adquiridos a título oneroso.

Argumentó que la empresa intentó descontar de esa manera una suma como depósito, sin reclamarlo primariamente, dijo que ello no resulta menor, puesto que demuestra que existió por parte de la vendedora un recambio de materiales, los cuales nunca han estado a resguardo, sino que por el contrario han estado a la espera de que no existiera reclamo de retiro.

Dijo que el sentenciante tampoco resolvió sobre el destino de los bienes objeto de contratación que nunca se retiraron, lo que supone la pérdida de un derecho sobre los elementos cuyo canon fuera abonado y que la

práctica comercial demuestra que las empresas de construcción recambian a fin de evitar acopio, vencimiento y con el fin de concretar mayores ventas.

La demandada replicó que no existe enriquecimiento alguno por parte de S. en toda esta situación. Señaló que las condiciones del servicio de la página web (anexo VI) en las que intenta ampararse la actora fueron desconocidas por esta parte y no fueron autenticadas por la actora a través de la prueba informática, respecto de la cual fue declarada su negligencia.

Agregó que intimada la accionante a la exhibición del contrato de guarda de materiales firmado con S., en razón de la prueba ofrecida, la actora manifestó que no existe ese contrato.

Sostuvo que las condiciones pactadas para la entrega de los materiales eran las incluidas en la factura n° X.. de fecha 30/ 11/2015 que no fuera objetada.

Dijo en referencia al monto mayor consignado en la factura en concepto de almacenamiento que en resguardo de la buena fe con la que se condujo a lo largo de la contratación, asumió su responsabilidad y aplicó la cláusula más beneficiosa a la actora, lo que se condice con lo señalado por el magistrado en la sentencia respecto de tener por válida la interpretación que resulte más favorable al deudor.

Consideró que ello echa por tierra la tacha de publicidad engañosa o confusa que pretende atribuirle la actora. Adujo que la buena fe no fue correspondida por la Sra. A. quien al presentarse a retirar mercadería adquirida tres años antes pretendía no abonar costo

alguno por el depósito del material durante todo ese tiempo.

Luego señaló que la actora en cuanto refiere que el juez de grado le otorgó razón en relación a su inactividad durante el plazo de tres años a través de una oscura redacción, pretende atribuir al sentenciante afirmaciones que no le pertenecen, por cuanto basado en que se trata de un contrato paritario entre comerciantes, el marco de la libertad de contratación que prima en relación al mismo, la cláusula de depósito oneroso es válida porque no compromete el orden público, la moral ni las buenas costumbres.

Por último, adujo que el agravio relativo a la omisión del juez *a quo* de resolver sobre su derecho al retiro de los materiales, resulta improcedente porque la actora es quien incumplió sus obligaciones contractuales conforme art. 1141 inc. b).

Expresó que la actora debía presentarse en el depósito de S. SCC a retirar la totalidad de los materiales, dentro del plazo convenido, y no lo hizo por lo que debía cancelar el costo del almacenamiento conforme las pautas contractuales. Afirmó que, al no cumplir su parte, no puede exigir su entrega.

Por otro lado, señaló que ello, tampoco fue pedido al demandar, por lo que, en virtud del principio de congruencia, el magistrado no puede fallar *extra petita*.

Mucho menos un enriquecimiento ilícito explayándose en explicaciones en relación al costo que implica el acopio de materiales.

A ello adunó que no negó la entrega de los materiales a la Sra. A., sino que le hizo saber que los mismos iban a ser entregados una vez abonado el importe

correspondiente a la guarda conforme las condiciones contractuales que surgen de la factura n° X.. aceptada y no controvertida en autos por la actora.

Finalmente señaló que el pago de honorarios y costas no es nada más y nada menos, que la consecuencia de la regla general de que aquél que ha generado injustificadamente un trabajo jurisdiccional debe cargar con dicho pago.

Mencionó que el enriquecimiento ilícito devendría en caso que la actora no fuera condenada al pago de los mismos.

Hasta aquí, los fundamentos de este agravio y su réplica.

Ahora bien, es sabido que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe (artículos 987) y por su parte el artículo 1061 prescribe que se deben interpretar conforme la intención de las partes y la buena fe. Y el 1064 se refiere a la interpretación contextual. Finalmente, el inciso "b" del artículo 1065 hace alusión a las conductas de las partes, incluso la posterior a su celebración.

De allí se puede aseverar que es correcto el razonamiento del juez de primera instancia, que las partes de común acuerdo, establecieron que en el caso de una demora de 30 días en el retiro de los materiales, un cargo por "almacenamiento" con duda sobre si el mismo asciende a 0,07% o 0,15% del importe de la operación. Se probó que se toma el primer valor.

También se demostró que la cláusula mencionada no es abusiva. Y además la factura en cuestión, no fue impugnada por la parte actora (artículo 1145 del CCCN).

Asimismo, a tenor de lo dispuesto por el inciso a del artículo 1121 del CCCN, no pueden ser declaradas abusivas la cláusulas relativas a la relación entre precio y el bien o servicio procurado. Lo que sucede en este caso.

La cláusula se refiere al depósito y es importante tener en cuenta que la operación se hizo en noviembre del 2015 y el intento de retiro fue en el mes de septiembre del 2018.

Es decir, pasaron casi tres años, sin que la actora se presentara a retirar la mercadería adquirida.

Por lo tanto, cobrar por ese tiempo, un depósito no es abusivo, pues el espacio físico tiene un valor económico. Y además, todo deposito se presume oneroso (1367 y 1360 del CCCN).

Por su parte, no advierto que la demandada haya incumplido el contrato (artículos 1716 y 1084 del CCCN).

Además, la actora se agravió que el juez de grado no resolviera sobre su derecho de retirar los elementos, alegando un enriquecimiento ilícito por parte de la firma demandada consistente en la adquisición del valor de la cosa, el pago de honorarios y costas y a su vez, la doble venta de los materiales abonados.

Planteó que el retiro por el valor de los materiales comprados (sin actualización) ofrecido por la demandada en ocasión de presentarse a retirar los materiales, resulta suficiente evidencia de la inexistencia de depósito puesto que sino –según la tesis traída por la contraparte- habrían reclamado el pago de mantenimiento, pero entregado la cosa, habida cuenta que tampoco se probó que ese espacio estuviera ocupado realmente.

Estos argumentos fueron replicados por la demandada.

Sin embargo, si uno lee la demanda, en el capítulo del reclamo de los daños, en especial el denominado "daño patrimonial", el actor señala textualmente: "que por lo tanto solicitamos a V.S se proceda a la devolución de lo abonado al precio actual del material, determinación numérica que deberá efectuarse en el acto de sentencia definitiva, siempre teniendo en cuenta los intereses que tal enriquecimiento indebido ha generado para la empresa y que deberá devolveré a la actora la suma de pesos un millón ciento treinta y ocho mil novecientos treinta y ocho con 87/100($1.138.928,87)…".

La jurisprudencia sobre la congruencia procesal ha dicho: "La promoción de la demanda es un acto de singular importancia dentro del proceso. Mediante ella, se pone en ejercicio la pretensión, reclamándose ante el órgano jurisdiccional una decisión favorable. La petición que porta y en que se centra la voluntad postulatoria del accionante tiene la virtualidad de fijar sus propios límites; como también enmarca la contestación de la demanda y la reconvención, lo que juntos con éstos componen los términos de la relación procesal en adelante, tanto la producción de la prueba como la sentencia de mérito, han de ajustarse al contenido de aquélla. Los límites derivados de nuestro sistema dispositivo quedan demarcados por las partes y son éstas quienes fijan y determinan el objeto litigioso y aportan el material de conocimiento. El órgano jurisdiccional queda así vinculado por los límites del tema a decidir, los cuales no pueden ser excedidos, desde que son los

justiciables los que precisan los hechos que deben ser materia de juzgamiento, derivándose como consecuencia de ello el principio de congruencia, al cual deben ajustarse en su cometido los jueces" ("Gómez de Montoya, Marta vs. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba y otros s. Daños y perjuicios" - CCC 6ª, Córdoba, Córdoba, 21/10/1999, Sumarios Oficiales Poder Judicial de Córdoba, RC J 1557/14).

De modo tal, que conforme a la congruencia procesal, y atento a que la actor en su demanda peticionó su reclamo solicitando la devolución del dinero y en la expresión de agravios solicita, algo diferente, es decir el retiro de los materiales, considero que no corresponde expedirse sobre el tema, so pena de vulnerar la congruencia procesal y consecuentemente el derecho de defensa en juicio.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe destacar que tampoco concurren los presupuestos que contemplan los artículos 1716 y 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que no hubo ninguna conducta antijurídica de la demandada, ni tampoco se incumplió la obligación de su parte, pues previamente a retirar los materiales la parte actora, como quedó demostrado en estos, debe abonar los costos que le generó a la demandada el depósito de los materiales adquiridos por la actora, y que fueron motivo de análisis en este proceso.

El Dr. Edgardo López Herrera, con respecto al artículo 1716, nos señala: "El artículo tiene la finalidad de demostrar la unidad del fenómeno resarcitorio. Se indemniza ya sea porque se incumple una obligación preexistente o porque no se respeta el

principio de que nadie puede dañar a otro. A propósito, se lo hace en solo artículo, pese a que claramente se tratan de causas distintas, si hay obligación es contractual, si hay deber violado es extracontracual. Lo que se buscar es reforzar la noción de lo que interesa a la función resarcitoria no es castigar un hecho ilícito sino reparar un daño, conceder una indemnización a la victima" (Edgardo Lopez Herrera, "Código Civil y Comercial Comentado", T. IV, Julio Cesar Rivera y Graciela Medina, p. 1012).

Por lo tanto, se rechaza el agravio.

3. *Costas y honorarios:*

En atención a como se resuelve, entiendo que la actora mantiene su carácter de perdidosa, por ello mantengo la imposición de costas y montos regulados en la sentencia recurrida. También en la alzada, las costas se imponen a la actora y se regulan los honorarios de los letrados conforme el éxito obtenido y la ley de honorarios, regulando los del Dr. C. A. y C. J., en forma conjunta, en el 25% y los del Dr. C. S. K. en el 30%. En todos los casos los porcentajes deberán calcularse sobre los honorarios que les regulen por los trabajos desarrollados en la primera instancia y deberá adicionarse el IVA si correspondiera.

A la segunda cuestión, el Dr. Pis Diez dijo:

Fórmula postulatoria:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por M. del R. A. y, en consecuencia, confirmar la sentencia definitiva pronunciada en la instancia de grado.

2) Se regulan los honorarios de los letrados Dr. C. A. y C. J., en forma conjunta, en el 25% y los del

Dr. C. S. K. en el 30%. En todos los casos los porcentajes deberán calcularse sobre los honorarios que les corresponden por los trabajos desarrollados en la primera instancia y deberá adicionarse el IVA si correspondiera.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusiera la parte actora (ID 806234, agravios ID 821900). Corrido traslado de los agravios, recibieron respuesta de la contraparte (ID 861174). I. *Antecedentes*:

La sentencia dictada en la instancia precedente rechazó la demanda que M. D. R. A. entabló en contra de S. SCC. Impuso las costas del proceso a la parte actora vencida. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. *Análisis de los agravios. Solución*:

Antes de adentrarme en la consideración de los agravios, debo señalar que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (Fassi, Santiago C., "Código procesal Civil y Comercial…", t.I, pág. 278) pues no se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de los fundamentos por ellas invocados.

Dejo claro también que el minucioso resumen respecto de la plataforma fáctica del caso como de los fundamentos que conforman los agravios del apelante y la respuesta de la apelada, el que es desarrollado en el voto del distinguido colega que me ha precedido en

el orden de votación, me exime de incurrir en reiteraciones innecesarias que entiendo sólo dilatarían la extensión de mi juzgamiento, abocándome en consecuencia a la esencia del planteo.

Ello así, e independientemente del modo en que han sido expresados los agravios por la actora apelante, daré respuesta conjunta a sus quejas, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, ello con base en lo expresado en el párrafo anterior, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica (LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347-209; 345-154; 347-197 entre otros). Adelanto entonces que es poco lo que queda para agregar a lo ya dicho, más es claro que no asiste razón al apelante.

Advierto en el inicio que reitera el apelante varios de los argumentos que ya vertiera al momento de promover demanda, lo que destaco desde ahora conduce a la excepcionalidad del tratamiento en tanto sabido es que esta instancia no representa un nuevo proceso, por tanto no resulta procedente que el recurrente vuelva a repetir conceptos ya expresados antes, cuando ya lo ha hecho ante el señor juez de grado y ha sido ello objeto de puntillosa y correcta valoración y análisis por parte de éste último.

En esa senda, vuelve sobre la cuestión vinculada al marco de la relación de consumo y su aplicación al caso, la que fuera descartada por el sentenciante. Respecto de dicho punto, y contrariamente a lo que señala el apelante, el señor juez de grado valoró que la actora hubiera manifestado en oportunidad – correo electrónico fs. 22 - que los bienes que adquiría “eran

para ella", lo que contrastó con su calidad de responsable inscripta, y la factura "A" que en consecuencia le fuera extendida por la compra efectuada. Ahora bien, teniendo presente ello - y con cita puntual - resolvió conforme el criterio aplicado por esta Cámara de Apelaciones en situaciones en que se presentara dicha circunstancia, es decir la emisión de una factura "A" y la exclusión en el caso de la relación de consumo por no corresponder a la categoría de consumidor final, condición exigida en la legislación consumeril. A no dudar además que lo expresado en el correo electrónico mencionado sólo se corresponde con una manifestación unilateral de la parte, la que debe ser valorada con otros elementos del plexo probatorio producido, en el caso informe de AFIP (fs. 103/104), el que, amén de que la actora estuviera dada de baja en la matrícula profesional como arquitecta, demuestra demás actividades económicas que fueron tomadas en cuenta para decidir como se lo hizo.

No se me escapa lo que expresa el apelante en referencia a la prueba que ofreciera- inspección ocular- la que hoy sostiene hubiera sido idónea para una resolución distinta al respecto, más ha de destacarse que no cuestionó en la etapa procesal oportuna lo que fuera dispuesto sobre aquella en el momento en que fueran proveídas las probanzas (fs. 98vta.), como tampoco lo hizo posteriormente instando la misma (ver en especial audiencia fs. 116), por lo que mal puede hoy formular una crítica sobre el particular.

Ya en relación con el valor que la empresa accionada estableciera por el almacenamiento de los materiales – transcurridos 30 días de la compra – tuvo conocimiento

de ello la apelante desde el mismo momento en que la efectuara – cuanto más si habitualmente realizaba operaciones en dicho comercio – sin que efectuara impugnación alguna sobre dicho concepto, el cual el juez de grado, incluso, ante la duda aplicó la estipulación más favorable a la accionante (0,07% diario). Vale decir, aquí la excesiva demora verificada en el retiro de los materiales adquiridos – casi 3 años – habilita el cobro por la firma accionada del monto resultante de la aplicación del porcentaje señalado – por lo que el solo pago de la suma debida por el concepto autorizaría el retiro de los materiales adquiridos, conforme las partes lo pautaron al contratar, ello así la tesis del enriquecimiento ilícito no se verifica aquí como tampoco alguno de los supuestos que ameriten la declaración como abusiva de la cláusula individualizada (art. 988 CCC).

Por último, y respecto de ello, la alusión al *email* que debió haber enviado la demandada, conforme impresión correspondiente a "condiciones del servicio" (fs. 30), no surge de los antecedentes de autos que tales estipulaciones estuvieran en vigencia al momento de la celebración del acto jurídico, puntualmente pongo de resalto que surge así de la factura de compra N° 0016-000X. acompañada por la propia actora (fs. 59), ni tampoco existe prueba que demuestre lo contrario, por lo que asimismo resulta su invocación improcedente.

Lo expuesto hasta aquí sella fatalmente la suerte de la apelante, correspondiendo se rechace el recurso y se confirme la sentencia dictada en la instancia de grado.

Resueltas las cuestiones, corresponde atender a las costas por la actuación ante esta Alzada, las que

se imponen a la apelante vencida por el principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCCCh). En relación con los honorarios de los profesionales actuantes, correspondientes a esta instancia, teniendo en cuenta las pautas que se establecen en la legislación especial – Ley XIII N° 4 – fijaré para los Dres. C. A. y C. M. J., conjuntamente, el 25%, y para el Dr. C. S. K., el 30%, a calcular sobre lo que les fueran regulados en la sentencia de grado, en todos los casos con más la alícuota del IVA de corresponder.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de ser compartido mi voto, propongo al Acuerdo la siguiente fórmula.

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y confirmar la sentencia dictada en la instancia de grado en todas sus partes, conforme considerandos respectivos.

2) Imponer las costas de la alzada a la parte actora vencida (art. 69 CPCCCh).

3) Regular los honorarios profesionales por la actuación en esta etapa para los Dres. C. A. y C. M. J., conjuntamente, en el 25%, y para el Dr. C. S. K., en el 30%, a calcular sobre lo que les fueran regulados en la sentencia de grado, en todos los casos con más la alícuota del IVA de corresponder.

En este estado y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh y Ley V-174, se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Fernando Nahuelanca no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y confirmar en todas sus partes la Sentencia nro. 10/22 de fecha 9 de septiembre de 2022.

2) Imponer las costas de la alzada a la actora vencida.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia al Dr. C. A. y a la Dra. C. J., en forma conjunta, en el veinticinco por ciento (25%) y al Dr. C. S. K. en el treinta por ciento (30%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 25 DEL AÑO 2023
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "C"