

_____ Salta, 06 de marzo de 2013.- _____

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados “**RUSSO, Carmelo vs. GARBARINO S.A.I.C. e I. – SUMARISIMO: Acción de Consumo**”; Expte. N° 387838/12 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial 10º Nominación; **Expte. N° 409894/12 de Sala** y _____

_____ **CONSIDERANDO** _____

_____ El doctor José Gerardo Ruiz dijo: _____

_____ I) Que contra la sentencia de fs. 83/85 que rechazó la demanda interpuesta por el Sr. Carmelo Russo en contra de Garbarino S.A.I.C. e I., interpuso recurso de apelación el actor a fs. 86, el que fue concedido a fs. 88.-

_____ A fs. 90/94 vta. el apelante presenta memorial de agravios. Sostiene que la sentenciante, rechazó su demanda, con fundamento en que no probó los daños del televisor que compró a la firma demandada, pero no meritó el reclamo que su parte le formulara el 22 de febrero de 2.012, en el que denunció las fallas del producto y por el cual le intimó la entrega de otro televisor, en el plazo de cuarenta y ocho horas, bajo apercibimiento de rescindir el contrato celebrado, como así tampoco valoró –aduce- el silencio de la accionada a su respecto, quien tampoco compareció a la audiencia de conciliación fijada por la Secretaría de Defensa del Consumidor, todo lo cual condujo a su parte a rescindir el contrato. _____

_____ Señala que en la sentencia en crisis se le atribuye la falta de prueba de los defectos del televisor, sin tener en cuenta que en la etapa prejudicial, la demandada estaba en mejores condiciones de comprobar los desperfectos denunciados por su parte y por ello y lo dispuesto en el art. 11 de la LDC debió requerir al servicio técnico que se dirija a su domicilio a fin de retirar el televisor y constatar estos desperfectos, lo cual no hizo. _____

_____ Expresa que la magistrada en grado no hizo aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba y omitió la consideración de lo dispuesto en el art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor, como así también la aplicación del principio “in dubio pro consumer” que consagra la ley _____

_____ Sostiene que, contrariamente a la conclusión arribada por la

sentenciante, la demandada incurrió en violación a las normas consagradas por la ley 24.240, ya que no cumplió con el deber de información adecuada y oportuna que consagra el art. 4º, no respondió por la garantía que establece el art. 10 bis incs. b) y c), y no dio curso al derecho de rescisión dispuesto en la ley referida, ya que –señala- no le restituyó el importe que pagó por el producto defectuoso. _____

_____ Se agravia de que en la sentencia en crisis, la Juez de la instancia anterior le imputó el hecho de que su parte, al decidir rescindir el contrato, no llevó el televisor a Garbarino ni ofreció hacerlo, lo que resulta contrario – sostiene- a lo dispuesto en el art. 11 de la Ley de Defensa del Consumidor. _____

_____ Señala finalmente, que el expediente debió ser remitido en su oportunidad, a la Fiscalía Civil y Comercial. _____

_____ A fs. 96/98 la demandada contesta el traslado del memorial. Pide se declare desierto el recurso y en subsidio solicita su rechazo, por los fundamentos allí expuestos y a los que cabe remitirse por razones de brevedad. _____

_____ A fs. 121/122 vta. dictamina la Sra. Fiscal de Cámara, quien entiende, por los fundamentos que allí expone, que corresponde revocar la sentencia apelada y en su mérito, acoger la demanda interpuesta por el Sr. Carmelo Russo. _____

_____ II) Que en primer lugar, corresponde considerar el pedido de deserción de recurso formulado por la apelada. _____

_____ Al respecto procede señalar que de manera reiterada se ha venido sosteniendo que al efectuarse el mérito de la consideración de la suficiencia o no de la expresión de agravios, debe seguirse un criterio amplio sobre su admisibilidad, ya que es éste el que mejor armoniza con un escrupuloso respeto del derecho de defensa tutelado por la Constitución Nacional a fin de no limitar la más amplia y completa controversia de los derechos de los litigantes, ya que un mero defecto técnico podría conducir a injustas soluciones en perjuicio de los litigantes quienes recurren en procura de justicia, buscando ser oídos y que se les brinde la posibilidad de ejercer así su

legítimo derecho de defensa en juicio (CSJN en Fallos 306:474 y CJSalta, Libro 44, fº 1109/1113). _____

_____ Así se decidió que si el apelante individualiza, aún en mínima medida, los motivos de su disconformidad con la sentencia impugnada, no procede declarar la deserción del recurso por cuanto la gravedad de los efectos con que la ley sanciona la insuficiencia de la expresión de agravios, torna aconsejable aplicarla con criterio amplio favorable al recurrente (CNPaz, Sala V en LL, 17-854, 23.426-S; CNFedCC en Rep. LL XXX, pág. 151, nº 212), por lo que, existiendo en el memorial presentado una crítica suficiente de la sentencia, corresponde proceder a su análisis. _____

_____ III) Que en cuanto a los antecedentes de la causa, cabe reseñar que la sentencia objetada rechazó la demanda deducida por el actor en contra de Garbarino S.A.I.C. e I. tendiente a que se condene a la demandada a restituirle el importe pagado por la compra de un televisor LCD 42” PFL 3615 Full HKKF Philips, como consecuencia de haber rescindido el contrato de compraventa que celebrara con la accionada el 16 de diciembre de 2.011, con más los intereses correspondientes y al pago de la multa civil prevista en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. _____

_____ IV) Que en forma previa al análisis de los agravios expuestos, cabe precisar que el régimen de garantía por vicios redhibitorios del Código Civil (art. 2164 y cctes. C.C.) se aplica específicamente a las relaciones de consumo. Ello surge de lo establecido en el art. 11, párr. 1º, ley 24.240, que determina que “cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el art. 2325, C.Civ., el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento”. Y especialmente la norma contenida en el art. 18 de la misma ley (cf. Rusconi, Dante D. “Manual del Derecho del Consumidor”, Abeledo Perrot, 2.008, pág. 413). _____

_____ A su vez, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 2174 y 2176,

CCiv., el consumidor puede optar entre reclamar que se deje sin efecto el contrato, con más el resarcimiento de los daños sufridos –en su caso- o la reducción del precio. Y en virtud de lo establecido en la Ley de Defensa del Consumidor, citada precedentemente, le está permitido también elegir entre solicitar la reparación de la cosa a costa del responsable de la garantía (art. 11 de la ley 24.240) o bien su sustitución por otra de idénticas características (art. 17, inc. a de la ley 24.240). _____

_____ V) Que en relación al agravio formulado respecto a la falta de consideración en la sentencia de la intimación cursada por el apelante a la demandada, corresponde destacar liminarmente que en los casos como el de autos, el Juzgador debe evaluar cuidadosamente el comportamiento de las partes, a fin de determinar si actuaron de buena fe y si cumplieron con las obligaciones impuestas a su cargo por la legislación vigente. _____

_____ Si bien la nota del 22 de febrero de 2.012, presentada como prueba por el apelante y cuya copia obra a fs. 2 fue desconocida por la demandada, reviste decisiva importancia en el caso en análisis, el silencio observado por la accionada frente a la nota remitida a su parte el 1 de marzo de 2.012 (cfr. fs. 4), mediante la cual el actor notificó su decisión de rescindir el contrato de compraventa celebrado entre las partes, en virtud de las fallas del televisor objeto del contrato –las que detalla-, por la que también le intimó la restitución de la suma de \$ 3.998,89 en concepto de reintegro, bajo apercibimiento de radicar denuncia en sede administrativa, por ante la Secretaría de Defensa del Consumidor e iniciar acción de consumo en sede judicial y por la que puso a disposición de la vendedora el televisor, en su domicilio o donde ésta le indicara. Esta notificación, expresamente reconocida por la demandada en su escrito de responde (cfr. fs. 58, 3º párrafo), no fue contestada, siendo contestes las partes respecto a ello. Y si bien la accionada expresó en esa oportunidad, que intentó comunicarse infructuosamente con el actor, en la absolución de posiciones de fs. 64 señaló que este intento lo fue vía telefónica (cfr. respuesta a la pregunta nº 16), ello no quedó acreditado en autos. _____

_____ A su vez, la firma demandada no alegó ni probó que personal de la

empresa haya concurrido al domicilio del actor a fin de constatar los desperfectos señalados por éste, y en su caso, llevar el producto al servicio técnico o bien indicar los pasos a seguir por el consumidor, incumpliendo con el deber de información prescripto por el art. 4 de la ley citada. _____

_____ Debe estimarse que el silencio de la firma vendedora llevó al apelante a iniciar actuaciones administrativas ante la autoridad respectiva, ya que un simple control de calidad efectuado oportunamente por quien tenía el deber y posibilidad de hacerlo, lo habría evitado. _____

_____ Ahora bien, el consumidor tampoco obtuvo resultado alguno en dicha instancia, toda vez que la demandada no compareció a la audiencia fijada por la Secretaría de Defensa del Consumidor, lo que deviene incuestionado en autos. Cabe tener en cuenta que tampoco la accionada alegó ni probó haber solicitado otra audiencia a los fines de lograr una solución al problema en cuestión. _____

_____ Se debe considerar que esta nueva actitud desaprensiva observada por la demandada, como así también el hecho de que tampoco devolvió el dinero de la compra, ni retiró el televisor de manos del actor en la oportunidad de recibir la notificación de la rescisión, condujo finalmente al apelante a iniciar el presente juicio. _____

_____ Cabe destacar que al contestar la demanda, luego de reconocer en forma expresa la nota de descripción de las fallas del televisor y de rescisión remitida a su parte por el actor, en fecha 1 de marzo de 2.012, y sin negar su inasistencia a la audiencia fijada por la Secretaría del Consumidor, la accionada manifestó en forma contradictoria que “jamás tomó conocimiento del desperfecto denunciado” y que “de haber pasado el producto por el Servicio Técnico y corroborado si el desperfecto es de fábrica por quien posee conocimientos para ello, esta parte habría procedido al cambio del producto” (cfr. fs. 58 vta. 6º párrafo). _____

_____ La conducta omisiva, asumida por Garbarino frente al problema denunciado, se encuentra en contradicción con la buena fe que debe imperar en toda relación contractual y especialmente en una relación de consumo. Al

respecto se dijo que "...la conducta de las partes tiene también importancia a la hora de decidir sobre la procedencia de los reclamos de los consumidores. Sobre este particular, se puntualizó que la tutela o protección de la confianza responde a un criterio general en el que se inspira el legislador y que está basado especialmente en la valoración objetiva de las situaciones cuando el interesado (el consumidor) ha tenido motivos para fiarse de que el fabricante del producto le iba a entregar la mercadería correcta y adecuada para la finalidad perseguida" (cf. "Revista de Derecho Privado y Comunitario – Consumidores", Dirección: Alegría, Héctor; Mosset Iturraspe, Jorge, Rubinzal Culzoni, 2.009, pág. 211).

_____ Corresponde resaltar que la demandada reconoció expresamente haber observado una actitud desaprensiva. Lo hizo en la audiencia de absolución de posiciones, cuando al formular su repuesta a la posición número 11, por la que se le preguntó si era cierto que Garbarino no concurrió a la audiencia convocada por la Secretaría del Consumidor y mantuvo su actitud evasiva, dijo: " sí es cierto" (cfr. fs. 63 y 64).

_____ Ahora bien, tal como se desprende del análisis de la sentencia en crisis, todo ello no fue tenido en cuenta por la Juez de la instancia anterior al momento de resolver, y contrariamente a lo sostenido en el fallo impugnado, la demandada ha violado sistemáticamente las previsiones contenidas en la Ley de Defensa del Consumidor, tal como se señalara precedentemente, por lo que el agravio formulado deviene procedente (cfr. fs. 85, 6º párrafo).

_____ VI) Que respecto al cuestionamiento referido a que en la sentencia impugnada se imputó al actor la falta de prueba del daño del producto, sin tener en cuenta la "doctrina de las cargas probatorias dinámicas", cabe precisar antes de proceder a su meritación, que esta "puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en

mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos” (cf. Peyrano, Jorge W.- Lépori White, Inés, “ Cargas probatorias dinámicas”, Rubinzal Culzoni, 2.004, pág. 19 y doctrina allí citada). Al respecto ha señalado la Corte de Justicia de Salta que “... la carga de la prueba pesa sobre la parte que cuenta con mayores medios para ofrecer los elementos de convicción” (CJS, Tomo 164: 679). ____

_____ En el caso de autos, es claro que quien se encontraba en mejores condiciones de producir la prueba respecto al estado y calidad del producto objeto de la compraventa, por su profesionalidad y conocimientos técnicos, era la parte demandada, quien limitó su actividad a negar los hechos invocados por el Sr. Russo, incurriendo, incluso, en algunas contradicciones. Así, a fs. 56 vta. 3º párrafo, niega la nota de fecha 22 de febrero de 2.012 y en el 6º párrafo niega que esta supuesta nota no haya tenido respuesta. Y en el último párrafo de fs. 56 vta. niega que se le haya intimado a su mandante la restitución en el plazo de 48 hs., de la suma de \$ 3.998,89 en concepto de reintegro por el contrato rescindido, pero a fs. 57 vta. último párrafo y a fs. 58 tercer párrafo, reconoce expresamente la nota de fs. 4, donde consta la intimación referida. _____

_____ Y si bien recién al contestar la demanda, la apelada manifiesta que pone a disposición del actor el servicio técnico (cfr. fs. 58 vta. penúltimo párrafo) y a fs. 30 punto b) ofrece como prueba la pericial técnica - la que se provee a fs. 38 -, en la audiencia de fs. 64 desiste de esta prueba. _____

_____ No puede dejar de tenerse en cuenta, que nos encontramos, como se dijera “ut supra”, frente a una relación de consumo en la cual el actor es la parte débil, por lo que debe ser protegido de tal manera de equilibrar esta relación. *La normativa general prevista en los Códigos Civil y de Comercio sufre excepciones importantes cuando el contrato tiene por objeto una relación de consumo que encuadra en la ley 24.240. Esta ley trata de corregir y evitar los abusos a que podría dar lugar la aplicación de la legislación ordinaria general preexistente en perjuicio de quien actúa como consumidor,*

pues es la parte estructuralmente más débil en las relaciones de consumo (cfr. Belluscio-Zannoni, "Código Civil y Leyes Complementarias, Defensa del Consumidor y Usuario", Tomo 8. Ed. Astrea, Bs. As., 2001, pág. 880). _____

_____ Respecto a la carga de la prueba en estos casos, se ha señalado que "En el tratamiento del sistema probatorio –tanto en el ámbito administrativo como en el judicial – encontramos la aplicación de los principios que nacen de otorgar al consumidor un rango preferente. Así; se establece como principio general la inversión de la carga de la prueba a favor del consumidor (cf. "Revista de Derecho Privado y Comunitario – Consumidores", Dirección: Alegría, Héctor Mosset Iturraspe, Jorge, Rubinzal Culzoni, 1994, pág. 282). Y en un proceso de daños se señaló que "Corresponde al importador y a la concesionaria vendedora del rodado de propiedad del actor, demostrar que no debían responder por el accidente que sufrió aquel a raíz de los desperfectos de fabricación de su automóvil, en virtud de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, pues a nadie más que a ellos debería interesarles acreditar acabadamente que el auto que comercializaban no tenía ningún desperfecto de fábrica (cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, "Schoenfeld, Karin S. C Mitsu Car S.A. y otro", 09/02/05, AR/JUR/8041/2.005, La Ley Online). _____

_____ Cabe recordar respecto a la interpretación de los hechos y actos sometidos al proceso, que ésta debe ser efectuada a favor del consumidor (cf. "Revista de Derecho Privado y Comunitario –Consumidores, cit., pág. 283). _

_____ Por todo ello, cabe concluir que los desperfectos del televisor de fábrica señalados por el accionante resultan ciertos, como así también que ellos no pueden imputarse al obrar del actor, ya que la demandada, estando en mejores condiciones de hacerlo, no probó esta circunstancia eximente, por lo que el recurso en este punto deviene procedente. _____

_____ VII) Respecto al agravio formulado por el actor, en relación a que en la sentencia apelada se le imputó no haber llevado a Garbarino el televisor a fin de devolverlo como consecuencia de su decisión de rescindir el contrato, ni haber ofrecido hacerlo, se debe destacar que en la nota de rescisión de a fs. 4,

último párrafo, el apelante puso a disposición de la demandada, en carácter de devolución, el televisor objeto de la compraventa, en su domicilio o donde esta última le indicara, por lo que su conducta no resulta reprochable, más aún teniendo en cuenta que, como ya se señalara precedentemente, esta nota nunca fue contestada por la firma vendedora. Es decir que no resulta un argumento válido para el rechazo de la acción interpuesta, por lo que el mismo resulta audible. _____

_____ VIII) Que en cuanto a la solicitud de aplicación de la multa prevista en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, cabe precisar que este artículo consagra la facultad del juez de imponer dicha multa a favor del consumidor, en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. _____

_____ Esta facultad debe ejercerse restrictivamente y sólo si el contexto lo justifica. Presupone la existencia de una conducta gravemente reprochable - situación que no se observa en autos-, toda vez que si bien la actitud de la demandada fue desaprensiva frente al problema en cuestión y contraria a lo estipulado en la Ley de Defensa del Consumidor, no reviste la gravedad necesaria para la imposición de la multa referida, como así tampoco lo hacen las consecuencias de la conducta analizada, por lo que se estima improcedente su aplicación en el caso en análisis. _____

_____ Al respecto se ha dicho que este instituto tiene por finalidad: “ a) punir graves inconductas; b) prevenir futuras inconductas semejantes, ante el temor de la sanción, c) reestablecer el equilibrio emocional de la víctima; d) reflejar la desaprobación social frente a graves inconductas; e) proteger el equilibrio del mercado”. Y que “ La mención que realiza el artículo 52 bis de la ley 24240 (reforma introducida por el artículo 25 de la ley 26361) relativa a la exigencia del “incumplimiento de una obligación legal o contractual” debe ser entendida como una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva, debiendo considerarse que la misma es de interpretación restrictiva, resultando procedente, únicamente, frente a la existencia de un grave reproche en el accionar del responsable...” (cf. Jurisprudencia de la

Nación, Cámara Comercial, A, "Razzini, Diego c/ Ford Argentina S.A. s/ ordinario, 2012/2.011 y doctrina allí citada). _____

_____ IX) Por ello, y lo dictaminado por la Sra. Fiscal de Cámara Civil, Comercial y Laboral a fs. 121/122 vta., se estima que corresponde revocar la sentencia apelada y en su mérito, hacer lugar parcialmente a la demanda y condenar a Garbarino SAIC e I. a, que en el plazo de diez días, reintegre al actor, en concepto de devolución, la suma de \$ 3.998,89, con más intereses a la tasa del 18 % anual, desde el día siguiente a la fecha de notificación del acto rescisorio, esto es el día 2 de marzo de 2.012 y hasta su efectivo pago, y disponer que el Sr. Carmelo Russo haga entrega a la demandada, del televisor objeto de la compraventa celebrada entre las partes, en idéntico plazo. _____

_____ X) En cuanto a las costas de ambas instancias, las mismas deben ser soportadas por la vencida, por aplicación del principio general que rige en la materia (doctrina del art. 67 y 273 del CPCC). _____

_____ La doctora Graciela Carlsen adhiere al voto que antecede. _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA CUARTA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL** _____

_____ I) **HACE LUGAR** al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 86, en su mérito **REVOCA** la sentencia de fs. 83/85 y **HACE LUGAR PARCIALMENTE** a la demanda de fs. 7/12 en los términos expresados en el considerando n° IX. Con costas en ambas instancias a cargo de la demandada. _____

_____ II) **REGÍSTRESE**, notifíquese y **BAJE**. _____