

Expediente: **4193/18**

Carátula: **TOLOZA RICARDO DARIO C/ CESAR GRANDI EMPRESA CONSTRUCTORA S.R.L. S/ SUMARIO (RESIDUAL)**

Unidad Judicial: **OFICINA DE GESTIÓN ASOCIADA CIVIL Y COMERCIAL N° 1**

Tipo Actuación: **FONDO CON FD**

Fecha Depósito: **10/02/2024 - 00:00**

Notificación depositada en el/los domicilio/s digital/es:

90000000000 - **CESAR GRANDI EMPRESA CONSTRUCTORA S.R.L., -DEMANDADO/A**

20224148284 - **TOLOZA, RICARDO DARIO-ACTOR/A**

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CAPITAL

Oficina de Gestión Asociada Civil y Comercial N° 1

ACTUACIONES N°: 4193/18



H102314745911

San Miguel de Tucumán, 09 de febrero de 2024.

AUTOS Y VISTOS: Para resolver estos autos caratulados: **“TOLOZA RICARDO DARIO c/ CESAR GRANDI EMPRESA CONSTRUCTORA S.R.L. s/ SUMARIO (RESIDUAL)”** (Expte. n° 4193/18 – Ingreso: 04/12/2018), de los que

RESULTA:

1. El 09/12/2019 se presenta Carlos Alberto Posse, MP 5.663, apoderado de Ricardo Dario Toloza, DNI 27.298.609 e Inician de Acción de Consumo por Cumplimiento de Contrato en contra de Cesar Grandi Empresa Constructora CUIT 30-53470786-6, con domicilio en Calle 9 de Julio N°328 de esta ciudad, tendiente a que se condene al demandado a cumplir con el contrato de cesión de fecha 28/09/2012 y haga entrega efectiva de la unidad habitacional, solicitando conjuntamente, la reparación integral de los daños y perjuicios sufridos por la actividad antijurídica de la demandada.

Relata que el 24/09/2012, las partes celebraron un contrato mediante el cual, Miguel Adolfo de la Cruz Grandi, en representación de la demandada, cede y transfiere los derechos fiduciarios que le corresponde sobre el "Fideicomiso Edificio Avenida Sarmiento 115" en relación a una unidad ubicada en el Piso 13°, Departamento "E". Dicha unidad consta de: Estar comedor, cocina, lavadero, 1 dormitorio, baño completo; con una superficie propia de 48,26 mts² y superficies comunes de 7,34mts², siendo la superficie total de 55,60m².

Manifiesta que en dicho instrumento, la parte demandada se comprometía a la construcción del edificio, asumiendo el costo de financiación de la obra, previo pago del precio y se comprometía a la entrega de la unidad habitacional, en un plazo de 36 meses desde la firma, con una variación de 06 meses por razón de fuerza mayor, haciendo una reserva de prolongar el plazo por razones fundadas, con un límite máximo para cualquier caso, al pago de la última cuota por parte de la cesionaria en el contrato.

Expone que los pagos finalizaron en 2017, y que cumplida sus obligaciones y vencidos todos los plazos previstos para la entrega, reclama la entrega del departamento, recibiendo solamente respuestas negativas, iniciando la mediación correspondiente. Aporta prueba documental y ofrece otra tanta en poder de terceros.

2. En fecha 31/08/2023 el actor modifica la demandada y amplia. Solicita se ajuste la demanda a la acción de consumo; estima la reparación de Daños y Perjuicios en la suma de \$6.570.000,00. Solicita justicia gratuita en los términos del art. 53 LDC.

Cuantifica el daño. a) Privación de Uso: \$15.000,00 mensuales desde el incumplimiento hasta el dictado de la sentencia, estimando \$ 1.620.000,00; b) Valor del Inmueble: en caso de no poder entregar el mismo, estima su valor en la suma de \$3.450.000,00; c) Daño Punitivo: \$1.000.000,00; d) Daño Moral: \$500.000,00. Ofrece prueba documental e informativa.

3. Corrido el traslado de ley en fecha 21/09/2022 (ver actuaciones 23/09/2022), la parte demandada no contesta, teniéndose por incontestada la demanda y declarado rebelde el mismo (ver actuaciones 14/10/2022) y se dispuso la apertura de la causa a pruebas, las que son ofrecidas y producidas de conformidad al plan de trabajo implementado por la acordada N° 1079/2018.

De las pruebas ofrecidas por la parte actora, resulta que: 1) Prueba documental, de admitió por cuanto derecho hubiere lugar; 2) Informativa, se libró: a) Oficio al Registro Inmobiliario de la Provincia de Tucumán, quien contesta el 09/03/2023 (ver actuaciones 09/03/2023), b) Oficio a Dirección de Persona Jurídica de la Provincia, quien contesta el 06/12/2022 (ver actuaciones 07/12/2022); c) Oficio a Mesa de Entrada del Fuero Civil del Poder Judicial de la Provincia, quien contesta el 16/12/2022 (ver actuaciones 26/12/2022); 3) Prueba Documental en Poder de Terceros, se libró oficio al Escribano Rodolfo Martin Figueroa, Titular del Registro N° 20. Se depositó en el Casillero del letrado el 02/12/2022, quien no acredita diligenciamiento. Sin embargo, la escribana María Susana Dip de Figueroa contestó el 06/03/2023, manifestando que los protocolos hasta el 2017 inclusive, estaban en el Archivo Gral de la Provincia, y ahí se debería dirigir la manda judicial (ver actuaciones 09/03/2023). Dicho archivo contestó el 06/08/2023 (ver actuaciones del 08/08/2023).

En fecha 09/03/2023 se celebra segunda audiencia, se dispuso la ampliación del plazo probatorio para la prueba informativa. El 24/07/2023 se ponen los autos para alegar, realizándolo de manera extemporánea el actor, procediéndose a practicar planilla fiscal y remitir los presentes autos a la vista al Agente Fiscal, conforme lo normado por el art. 52 de la ley 24240.

Por ello, encontrándose estas actuaciones en estado de resolver, luego de la eximición del pago de planilla fiscal del actor, conforme al art. 53 Ley 24.240, el 23/10/2023 pasan a despacho para dictar sentencia. Y,

CONSIDERANDO:

1. Las pretensiones. Que Ricardo Dario Toloza, DNI 27.298.609 inicia la presente acción de consumo contra César Grandi Empresa Constructora SRL (en adelante Grandi), en su calidad de cedentes del contrato de cesión de derechos fiduciarios sobre dicho fideicomiso, por cumplimiento del contrato de cesión de derechos fiduciarios celebrado con Grandi en fecha 24/09/2012, para que la demandada le entregue el departamento ubicado en el 13° piso, unidad E del edificio de Avenida Sarmiento N° 115/119 y configurado el incumplimiento, reclama la reparación integral de los daños y perjuicios sufridos, estimando los mismos en \$6.570.000,00 en más o en menos.

Por su parte, al demandado Cesar Grandi empresa constructora SRL se lo tiene por incontestada la demanda (ver actuaciones 14/10/2022).

Dado lo expuesto, corresponde analizar la procedencia de la acción a la luz de las pruebas rendidas en autos.

2. Sistema normativo aplicable. Advierto que las partes se encuentran vinculadas por una relación de consumo. El estatuto del consumidor, tiene por finalidad tutelar a la parte débil de la relación contractual - el consumidor -, frente a la otra parte fuerte de la relación - proveedor -, ya que el derecho privado se ha visto afectado por los cambios económico-sociales signados por la masificación, la tecnología y la globalización. Este es el contexto en el cual se inserta esta figura que contiene elementos de la tecnología y la masificación, que responde a nuevas necesidades negociales y culturales, como es el “fideicomiso inmobiliario”. En idéntico sentido se ha dicho que “Se reconoce que en una mayoría de supuestos de fideicomisos de construcción en la que terceros aportan una suma de dinero con la expectativa de la adjudicación de una unidad ‘habitacional’, la relación será claramente de consumo” (Molina Sandoval, Carlos, en “La Protección Jurídica del Adquirente de Unidades Funcionales y El Fideicomiso Inmobiliario ”, en LA LEY, 01/10/2007); en sentido coincidente: “en el régimen del estatuto del consumidor, la finalidad es tipificante y predomina sobre la estructura típica del negocio” (Lorenzetti, Ricardo, “ Consumidores ”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 113).

Así la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante LDC), al haber incorporado expresamente los “negocios inmobiliarios”, categoría de la cual participa el fideicomiso inmobiliario en todas sus formas, sirve como un freno a los proveedores que constituyen la parte fuerte del contrato y protege a los pequeños inversores que pretenden adquirir una vivienda mediante esta modalidad” (cfr. C. VIª de Ap. C.C. Cba., sentencia N° 40 de fecha 14/04/2016, en “Ahumada, Mariela Florencia c. Oliver Group S.A. y Otro - Ordinarios - Otros - Recurso de Apelación, expte. N° 2222592/36, cit. en La Ley, cita online: AR/JUR/16938/2016). También se ha dicho al respecto que “La protección del fiduciante-beneficiario debe acentuarse cuando este resulta ser un consumidor y es que, si bien a veces el producto íntegro del desarrollo inmobiliario se reparte sólo entre los fiduciantes originantes, en otros supuestos, el fideicomiso se volcará al mercado con los consumidores mediante preventas y ventas. En este último escenario, el estatuto del consumidor será aplicado al fideicomiso, sin importar el esquema utilizado: adquisición de unidades mediante boleto de compraventa con el fiduciario, o mediante incorporación como fiduciante-beneficiario. El fideicomiso, en esencia, no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente. Lo que tipifica la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato” (Cám. IVª Ap. C.C.M., de Paz y Trib. de Mendoza, “Beral, Lidia Angélica c. Sociedad Mutual del Colegio Farmacéutico de Mendoza s/ escrituración”, sentencia de fecha 31/07/2013, LA LEY Gran Cuyo 2013 (octubre), 1000 - LA LEY Gran Cuyo 2013 (diciembre), 1164, con nota de Mauricio Boretto; Cita Online: AR/JUR/39689/2013).

Por ello es que debo concluir que el contrato de cesión celebrado entre la parte actora y Grandi es un contrato de consumo, revistiendo la calidad de proveedor, conforme lo establece el art. 2 LDC.

3. La pretensión de cumplimiento del contrato en contra de Grandi Empresa Constructora S.R.L. La parte actora solicita que el demandado le entregue el departamento ubicado en el 13° piso, unidad E del edificio de Avenida Sarmiento N° 115/119 y configurado el incumplimiento, la reparación integral de los daños y perjuicios sufridos.

En virtud de ello, cabe analizar si la demanda intentada es procedente o no en base a las pruebas colectadas en autos.

Tengo a la vista (ver actuaciones 08/06/2023) copia de la Escritura Pública N° 171 labrada el 22/12/2010 por ante el Escribano Público titular del Registro N° 20. De allí surge la instrumentación del Contrato de Fideicomiso Inmobiliario: "Edificio Avenida Sarmiento 115", celebrado entre los señores Villanueva (fiduciantes propietarios, beneficiarios), María Inés Jiménez Alegre (fiduciaria) y Grandi (fiduciante inversora, fideicomisaria y beneficiaria) por intermedio del Sr. Miguel Adolfo de la Cruz Grandi, socio gerente, con el objeto de desarrollar un proyecto inmobiliario en la ciudad de San Miguel de Tucumán.

De su lectura surge que la obra será realizada por la empresa constructora Cesar Grandi SRL, quien se compromete a aportar todo lo necesario para la construcción, conclusión de la obra y entrega de las unidades y cederá los derechos emergentes del presente contrato. En particular, se obliga a: 1. Realizar los planos, estudio de suelos, anteproyecto, proyecto y dirección técnica, costos de administración del fideicomiso y cargas impositivas, y la construcción de un edificio bajo el régimen de la propiedad horizontal; 2. La compra y aporte de todos los materiales necesarios para la realización de la obra; 3. Aportar las sumas de dinero necesarias para afrontar los gastos de tareas de agrimensura, planimetrías; 4. Efectuar el proyecto y dirección de obras; 5. Instalaciones eléctricas, agua y otros servicios, trabajos de albañilería e instalaciones del edificio (cláusula cuarta del contrato).

Por otro lado, la Sra. Jiménez Alegre se constituyó en Fiduciaria, obligándose a: 1. Otorgar al Fiduciante Inversor la tenencia del inmueble; 2. Otorgar y suscribir los planos, planillas, escritos y documentación que fuera necesaria para la ejecución del emprendimiento; 3. Otorgar la escritura de afectación del proyecto al régimen de propiedad horizontal; 4. Modificar el reglamento de copropiedad y administración si fuera necesario; 5. Contratar los seguros necesarios. A su vez establece las obligaciones de la fiduciaria una vez concluida la realización del edificio, transmitir el dominio pleno de las unidades, efectuar rendiciones parciales cada tres meses sobre la marcha del funcionamiento del fideicomiso.

La parte actora celebró el 28/09/2012 un contrato de cesión con la firma Cesar Grandi Empresa Constructora SRL en su calidad de Fiduciante Inversora I y Beneficiaria Clase A. Por el mismo, se le cedieron y transfirieron los derechos fiduciarios que la firma tenía y la actora aceptó su calidad de beneficiaria en el Fideicomiso Av. Sarmiento 115/19, con relación a la Unidad E del piso 13 a construirse en el referido edificio. El pago del precio fue pactado en \$278.000,00, abonando \$500,00 mediante seña el 31/08/2012, \$49.500,00 al momento de la suscripción del contrato, más 60 entregas mensuales de materiales (3308 bolsas de cemento portland común loma negra de 50 kg y 1676 barras de hierro torsionado de 8 mm) o su equivalente en sumas de dinero, que al momento de la firma equivalía a \$3.800,00, habiendo cumplido la totalidad de las cuotas.

La obligación en cabeza de la actora era cumplir con el pago del precio. Este había sido pactado de la siguiente forma: \$50.000,00 al momento de la celebración del contrato, más la dación en pago de 3.308 bolsas de cemento Portland común Loma Negra de 50 kg y 1.676 barras de hierro torsionado de 8 mm. Se previó la posibilidad de financiar dichos montos mediante 60 entregas mensuales de 55 bolsas de cemento y 28 barras de hierro equivalentes a \$3.800,00 al momento de firmar el contrato.

La actora ha demostrado haber abonado la totalidad de las cuotas, acompañando la constancia de cancelación de cuotas y los recibos de pago emitidos por Grandi entre los períodos diciembre de 2012 y noviembre de 2017. Tengo presente además, que los importes expresados en los recibos, no fueron constantes, sino que fueron ascendiendo. Se advierte también que la demandada guardó absoluto silencio ante los requerimientos de cumplimiento efectuados por el actor mediante carta documento remitidas el 10/09/2018.

En función de lo expuesto, entenderé que los pagos efectuados tuvieron el carácter de cancelatorios y definitivos.

Ahora bien, a fin de determinar si el demandado se encuentra en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, corresponde analizar el contenido del contrato de cesión suscripto por las partes. La cláusula tercera prevé un plazo de entrega de 36 meses con una variación de 6 meses más por razones de fuerza mayor, a partir de la fecha de firma del contrato, pudiendo la empresa por razones fundadas prolongar dicho plazo, pero teniendo siempre como fecha límite para la entrega el pago de la última cuota por parte de la cesionaria.

Habiendo sido firmado el acuerdo en fecha 28/09/2012, el plazo de 36 meses venció el 28/09/2015. Si hubieren concurrido razones de fuerza mayor, se habría computado una variación de seis meses, y vencido el 28/03/2016. No consta que la empresa hubiere prorrogado el mismo invocando razones fundadas.

En definitiva, entiendo que el incumplimiento por parte de la demandada surge manifiesto en tanto ha transcurrido en exceso el plazo de entrega de la unidad funcional, el silencio al reclamo mediante carta documento y la rebeldía declarada en el presente proceso, configuran así el presupuesto de hecho del art. 10 bis LDC, esto es, el incumplimiento del contrato de una envergadura tal que habilitó a la actora a optar por solicitar el cumplimiento forzado, mediante la entrega del departamento ubicado en el 13° piso, unidad E del edificio de Avenida Sarmiento N° 115/119.

4. Establecido el incumplimiento de la empresa constructora, cabe ingresar ahora en el estudio de la procedencia y cuantía de las pretensiones.

Para ello, tendré en cuenta que el régimen normativo consumeril 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 acciones clásicamente previstas por el derecho común -aunque adaptadas al microsistema de consumo-, que se encuentran consagradas en el artículo 10 bis de la LDC y que incluyen la ejecución forzada de la obligación -por el deudor o por un tercero- (inciso 1), la sustitución de la prestación por otra equivalente (inciso 2) o el ejercicio del pacto comisorio (inciso 3). Todo ello, sin perjuicio del derecho a solicitar la reparación de los daños causados por el incumplimiento de la obligación.

Cuando el precepto se refiere a la inejecución del proveedor lo hace en el más amplio sentido, en el que se concentran todas las modalidades de incumplimiento, es decir, total o parcial, y tanto absoluto, como relativo. Es decir, el requisito fundamental es el “incumplimiento” relevante del deudor, en el caso, del proveedor. De lo contrario, se enervaría la fuerza obligatoria de los contratos, convirtiendo su resolución en potestativa para el consumidor. Todos los incumplimientos injustificados e imputables al incumplidor son fuente de responsabilidad y resarcimiento; pero, no todos los incumplimientos injustificados son causa de resolución. Esta regla se explica por una razón de proporcionalidad, pues, la resolución es un remedio muy grave ya que destruye el contrato, por lo tanto, sería exagerado aplicarlo ante una ligera falta, sin perjuicio de que ella active el remedio resarcitorio (ROPPO, Vincenzo, El contrato, p. 880, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2009, tr. Nélvor Carreteros Torres y Eugenia Ariano Deho; cfr. BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Contratos -actualizado por Alejandro Borda-, t. I, p. 245, n° 308-4, La Ley, Buenos Aires, 2012; e IBÁÑEZ, Carlos Miguel, Derecho de los contratos, p. 614 y ss., § 531 y ss., Ábaco, Buenos Aires, 201) (cit. en sentencia N° 574 del 26/10/2016 dictada por la CCCC Sala IIª en el juicio “Gutiérrez Martín Álvaro y Juárez Jesica Evangelina vs. Le Parc S.R.L. y otro s/ especiales- residual- acción de consumo-sumarísimo”).

Dicho ello, pasaré a analizar cada uno de los rubros reclamados.

4.a. Cumplimiento del contrato del "Fideicomiso Edificio Avenida Sarmiento 115" del que es beneficiaria, y con ello la entrega del departamento ubicado en el piso 13, unidad "E" del inmueble de Av. Sarmiento N° 115/119 de esta ciudad (con las especificaciones ya señaladas y que surgen del contrato de cesión/adhesión).

La ley de defensa del consumidor sirve como un freno a los proveedores que constituyen la parte fuerte del contrato y protege a los pequeños inversores que pretenden adquirir una vivienda mediante la modalidad de fideicomiso inmobiliario. Conforme copia de contrato del fideicomiso agregado como prueba de informes, por el Archivo Gral de la Provincia (ver actuaciones del 08/08/2023), esta protección alcanzaría a los beneficiarios clase b, generalmente inversores o ahorristas no profesionales o consumidores finales que financian el costo de la construcción más un plus de retribución o ganancia para el desarrollador.

Conforme se expresó en el acápite anterior, se encuentra acreditado que el actor celebró un contrato de cesión de derechos fiduciarios con la firma César Grandi SRL. A su vez, se aportaron constancias de cancelación de las cuotas comprometidas en el contrato oportunamente suscripto. De esta manera se encontraría acreditado el cumplimiento del contrato por su parte.

Ahora bien, a fin de determinar si los demandados se encuentran en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, corresponde estar a lo mencionado en el acápite precedente.

En definitiva, entiendo que el incumplimiento por parte de la demandada surge manifiesto en tanto ha transcurrido en exceso el plazo de entrega de la unidad funcional, el silencio al reclamo mediante carta documento y la rebeldía declarada en el presente proceso, razón por la que corresponde hacer lugar a la demanda, condenando al accionado a hacer entrega en el plazo de treinta días al actor el inmueble objeto del presente litigio en las condiciones pactadas (art. 10 bis LDC), bajo apercibimiento de lo normado por el art. 616 procesal.

4.b. Privación de Uso. El Sr. Tolosa sostiene que ha realizado enormes gastos en concepto de alquiler ante la imposibilidad de utilizar el inmueble adquirido, reclamando \$15.000,00 mensuales o lo que en más o en menos se fije, desde el incumplimiento en la entrega hasta el dictado de la sentencia, estimando \$1.620.000,00.

Conforme se consideró anteriormente, en la cláusula relativa a la entrega se convino un plazo de 36 meses más 6 meses por razones de fuerza mayor, a partir de la fecha de la firma del contrato, pudiendo la empresa por razones fundadas prolongar dicho plazo, con fecha límite fijada en el pago de la última cuota a cargo de la cesionaria. Al no haber acreditado la cedente haber invocado razones fundadas para prolongar dicho plazo, considero que el mismo venció el 28/09/2015.

Está acreditado el incumplimiento en los plazos de entrega pactados y, con ello, la privación de uso del inmueble.

Se ha dicho que la sola privación de uso debe reconocerse como productora de daños, y en esa condición, fuente de resarcimiento, atento a que su indisponibilidad ocasiona un disvalor en el patrimonio del adquirente. La existencia del perjuicio en cuanto tal no requiere demostración específica, pues en las concretas circunstancias del caso resulta de la indisponibilidad misma; y como principio, el pago del costo que ello representa constituye un daño emergente que debe ser reconocido, pues se trata de una consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento.

Es por ello que, en la especie resulta procedente el reclamo por privación de uso derivado del incumplimiento de la cedente, por el tiempo en que duró la mora, esto es desde que el departamento

debió ser entregado (28/09/2015) hasta el efectivo dictado de esta sentencia, por no surgir acreditado que hasta el día de la fecha haya sido entregada la unidad pactada (cf. constancias de autos), ello a fin de lograr una reparación integral (cf. CSJT, Sent. n° 347/2016 de fecha 6/4/2016, in re: "Sepúlveda Ángel Serafín c/ Mohamad - Chami Hugo Mario s/ Daños y perjuicios"). En cuanto al precio locativo mensual del departamento, si bien la parte actora lo estimó en su escrito introductorio de demanda al que me remito, no surge de autos que haya sido producida una prueba conducente que sustente dicho extremo. No obstante, conforme facultad concedida por el art. 216 CPCCT y nociones de experiencia común adquirida en la resolución de causas similares (art. 127 del mismo digesto), teniendo en cuenta las características del inmueble en cuestión (cf. cláusula primera del contrato de cesión) y de su ubicación, así como las variaciones en los precios de los alquileres suscitadas en los últimos años (de público y notorio), estimo prudente y razonable fijar un precio locativo de \$8.500 (pesos ocho mil quinientos) mensuales. Así lo ha sostenido la doctrina al decir que "La prueba aludida comprende la existencia del daño y la cuantía del mismo. Pero el rigor de la exigencia probatoria no es igual para ambos términos: la existencia del daño es de prueba indispensable, no pudiendo otorgarse indemnización alguna si falla esa comprobación. En cambio, la prueba de la cuantía del daño puede ser suplida por la prudente estimación judicial. Sin embargo el damnificado debe tratar de establecer con la aproximación que sea factible, la magnitud del daño, ya que se ha decidido que la deficiencia de la prueba referente al monto de los daños y perjuicios gravita en contra de quien tenía la carga de la prueba" (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de derecho civil. Obligaciones, t. I., p. 308 y s., n° 248, Perrot, Buenos Aires, 1983; cfr. CCCTuc., Sala II, Bolsa de Comercio de Tucumán c. García Marengo, Sentencia N° 410, 12/08/14, entre otras). En conclusión, habiendo sido acreditado el incumplimiento contractual e indisponibilidad de la unidad en cuestión, y con ello, el daño -privación de uso- indemnizable, considero procedente que los periodos a resarcir corran desde el mes siguiente al de la mora, esto es octubre/2015 hasta la fecha de esta sentencia (equivalente a 97 períodos mensuales computables) a un valor locativo mensual establecido prudencialmente en la suma de \$8.500 (pesos ocho mil quinientos). En consecuencia, el rubro resulta procedente por la suma total de \$824.500,00 (pesos Ochocientos Veinticuatro Mil Quinientos) a la fecha de esta sentencia. Dicha suma devengará el interés de la tasa activa promedio del BNA desde cada uno de los meses en que se provocó dicho daño y hasta el efectivo pago.

4.c. Daño moral. Reclama por este concepto la suma de \$500.000, que comprende el malestar provocado por no saber cuándo o si se haría entrega del departamento, o si contaría el actor con un lugar para establecer su centro de vida, como así también por el trato indigno y vejatorio que recibió por parte de la empresa. Conforme señala Jorge Mario Galdós: "Inicialmente se sostuvo que su procedencia en el ámbito contractual era más bien restrictiva, pero luego se la generalizó en los incumplimientos de los contratos de consumo y en los contratos no paritarios" (Cfr. Jorge Mario Galdós en comentario al artículo 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, y dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, tomo VIII, edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2015, p. 499). Asimismo es menester destacar que en materia de daños, el Código Civil y Comercial incorporó varias modificaciones dentro de las cuales cabe señalar la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (art. 1716 CCC), la extensión del resarcimiento que, en ambos casos comprende las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles (art. 1726) suprimiéndose las "casuales" y extendiendo la responsabilidad contractual a las consecuencias previstas por las partes (art. 1728). También, en cuanto a lo que aquí interesa, se establecieron sólo dos especies de daños resarcibles: patrimonial y no patrimonial (art. 1737); éste último sustituye al denominado daño moral. El art. 1741 lo denomina "indemnización de las consecuencias no patrimoniales".

Ahora bien, como consecuencia de la unificación de ambas clases de responsabilidad, ya no resulta necesario analizar si el daño moral "es" o "puede ser" resarcible en el ámbito contractual (discusión

de larga data en nuestro derecho) y por tanto si resulta o no comprendido dentro de los daños y perjuicios que puede reclamar el consumidor, aunque, en rigor, la tendencia de la jurisprudencia ya había sido la tesis amplia del resarcimiento del daño moral contractual en la defensa del consumidor, como antes se señaló.

En tal sentido, no debe perderse de vista el paradigma protectorio del consumidor, dentro de la tutela de los débiles y su fundamento constitucional, así como el principio de igualdad real y no meramente formal, que tornan procedente el rubro peticionado.

Es que surge evidente que un consumidor, que con el esfuerzo de muchos años de trabajo y quizás gran parte de su vida, entrega sus ahorros a un proveedor que construye y comercializa inmuebles, y siendo que dio cumplimiento con la totalidad de las prestaciones a su cargo, el proveedor no da cumplimiento con sus obligaciones, por cuanto no entregó aún el inmueble. Todo ello indudablemente genera un agravio moral frente al incumplimiento empresarial, cuya reparación es procedente, por lo que corresponde hacer lugar al daño moral y fijar la suma de \$500.000,00 en concepto de daño moral, con intereses desde la fecha del primer incumplimiento (01 de octubre de 2015, fecha en que debió hacer entrega del inmueble) de conformidad al criterio sentado en el acápite anterior, según la tasa activa promedio del Banco de la Nación Argentina y hasta el efectivo pago.

4.d. Daño punitivo. Pretende la parte actora que se condene a las demandadas a abonar \$1.000.000,00 por haber infringido el deber de información, el deber de conferir un trato digno y equitativo al consumidor, el deber de buena fe y, por sobre todo, la obligación a su cargo de entregar la unidad de vivienda acordada. Expresa que resulta necesario, prevenir y evitar que las empresas cometan en el futuro inconductas similares, especialmente por la grave inferencia que han demostrado respecto a los intereses de los consumidores explotando su situación de inferioridad. El artículo 52 bis de la LDC dispone: “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.

López Herrera afirma que los daños punitivos participan de la naturaleza de una pena privada, representan una expresión clara de la función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil y se caracterizan porque si bien no son una indemnización, constituyen una reparación (reparar significa “desagraviar, satisfacer al ofendido” y “remediar o precaver un daño”); agrega que son accesorios de la indemnización y tienen un elemento objetivo agravado. Por su parte Pizarro los concibe como las sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (cit. en Stiglitz, Gabriel- Carlos Hernández, “Tratado de derecho del consumidor”- 1ª ed., CABA: La Ley, 2015, T. III, p.261).

Se trata de una multa civil a favor del consumidor que puede establecer el Juez en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, aclarando la norma que es independiente de otras indemnizaciones que puedan otorgarse a favor del consumidor, y que es condenado a pagar el demandado culpable de lesionar flagrantemente los derechos del actor.

Se sostiene que su finalidad radica en la prevención de futuras inconductas reprobables, disuadiendo al victimario y a otros eventuales dañadores de adoptar comportamientos antisociales, remarcándose así el rol de incentivo de conducta que asume la prevención como función inherente y

propia de la responsabilidad civil; en la punición o sanción al sujeto dañador; en la desarticulación de los beneficios indebidos propios de los “ilícitos lucrativos” (ob. cit. p. 293).

Su aplicación está subordinada a la concurrencia simultánea de un elemento subjetivo y uno objetivo. El primero, el subjetivo, exige algo más que la culpa o la debida diligencia; debe concurrir culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia. El elemento objetivo consiste en una conducta que produzca un daño grave, que supere un piso o umbral mínimo y que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad, una apoyatura de ejemplaridad (ob. cit. p. 291).

Ahora bien, en estas actuaciones se encuentran cumplidos los requisitos expresados anteriormente, en el sentido que existe una víctima (el señor Tolosa) y que se verificaron graves inconductas de la demandada, ya que a pesar del carácter profesional que en apariencia ha demostrado tener, no han dado cumplimiento a la obligación de entregar el departamento al actor, habiendo transcurrido un plazo más que razonable.

Por último, resta poner de resalto la actitud desaprensiva hacia el actor al ignorar la intimación. En suma, la demandada ha vulnerado sistemáticamente el derecho a la información y de buena fe que debe imperar en los contratos.

Estos elementos me persuaden de la posibilidad de que el demandado reitere las conductas en el futuro, razón que justifica la aplicación de esta institución.

A la luz de esta interpretación, resulta procedente aplicar a la firma demandada la multa ejemplar prevista en el Art. 52 bis. de la ley 24.240 (daño punitivo). Ello así por cuanto la conducta de los proveedores no aparece como un error operativo, ni negligencia excepcional, sino más bien como una conducta efectuada a sabiendas, defendida y sostenida en esta instancia judicial, y pasible de vulnerar o reiterarse en contra de otros clientes actuales o futuros.

En atención a los parámetros brindados anteriormente, corresponde valorar la reprochabilidad de la conducta asumida por la empresa, su indiferencia frente al reclamo más la reticencia de toda índole que obligó a la parte actora a realizar múltiples trámites para obtener el reconocimiento de sus derechos y reparación de los daños.

Así las cosas, estimo necesario fijar un monto que represente una sanción aleccionadora ante conductas desaprensivas e indiferentes frente al consumidor. Debemos recordar que el daño punitivo tiene una finalidad económica que justifica su aplicación: debe funcionar como un elemento disuasivo para que el proveedor de un producto o servicio no continúe, mantenga o repita conductas similares a las que motivaron la multa, destruyendo la denominada “ecuación perversa” conforme la cual al empresario le resulta menos costoso dañar y reparar en el caso individual antes que prevenir y evitar en la generalidad de los casos (Irigoyen Testa, Matías, “Cuantificación de los daños punitivos, una propuesta aplicada al caso argentino”, Relaciones contemporáneas entredale.. Derecho y Economía, Colección Centro de Estudio N° 3, 1ª ed, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Fac. de Cs. Jur: Grupo Ed. Ibáñez, 2012).

La tarea de establecer el monto exacto de la sanción regulada en el artículo 52 bis de la Ley 24.240 no es sencilla dado que la norma que regula el instituto omite brindar pautas de cuantificación claras y precisas. El legislador solo prescribió que la punición «se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan» (art. cit.).

Irigoyen Testa -cuyas ideas nutrirán en gran medida los párrafos que siguen- ha diseñado una herramienta matemática con una sólida base conceptual que permite determinar la cuantía de los daños punitivos en forma tal que no sea inferior ni exceda el monto necesario para cumplir esa función disuasoria y que, tratándose, como en autos, de daños reparables, busca hacer coincidir la responsabilidad total esperada del dañador con los daños reparables esperados que se derivan de su comportamiento (cfr. Cám. Ap. Civ. Com. de Mar del Plata, Sala II en el juicio “Lasa, Patricia Esther c. Plan Óvalo SA de Ahorro para fines determinados s/ cumplimiento de contrato”, sentencia de fecha 08/10/2020).

De ese modo se logra cumplir con la función principal disuasoria (que se ajusta a los niveles de precaución socialmente deseables) y la función accesoria sancionatoria (que implica una multa civil extracompenatoria que se afronta adicionalmente, luego de haberse compensado perfectamente al damnificado) (Irigoyen Testa, Matías, Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables, La Ley, DCCyE, 2011 (diciembre), 87).

El autor propone una fórmula superadora de aquella que se han diseñado en el derecho comparado (en particular, las propuestas por la doctrina estadounidense a partir de los desarrollos del Análisis Económico del Derecho) y en la que se revisan los presupuestos de hecho que justifican el cálculo, enmendando variables que descansan en supuestos irreales que carecen de base teórica y práctica que los justifique (v.gr. la coincidencia entre el daño causado y la indemnización fijada en casos de daños irreparables; o la probabilidad del 100% de condena por daño punitivo de existir una condena por indemnización, etcétera).

El cálculo diseñado procura que el costo privado del empresario coincida con el costo social total del producto que ofrece: si además de su condena por indemnización la empresa también posee una condena esperada adicional por daños punitivos entonces en el futuro preferirá corregir su conducta. De ese modo, deja de resultarle provechoso inobservar el comportamiento debido (Irigoyen Testa, ob.cit.).

La fórmula es la siguiente: $D = C \times [(1 - P_c) / (P_c \times P_d)]$, donde: D = es la cuantía de los daños punitivos a determinar; C = es la cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados; p_c = es la probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados y P_d = probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria. La misma ha sido utilizada en numerosos casos por los tribunales del país, resultando elocuente el razonamiento efectuado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II en el juicio “Lasa, Patricia Esther c. Plan Óvalo SA de Ahorro para fines determinados s/ cumplimiento de contrato”, sentencia de fecha 08/10/2020 (Cita: TR LALEY AR/JUR/48263/2020), por lo que me valdré del mismo a continuación.

En el caso, y al solo fin de cuantificar este daño, tomaré como valor del inmueble, el estimado por la parte actora actualizado al día de la fecha, ascendiendo a \$9.875.000,00, al carecer de otro valor asignable al mismo. Entonces, la indemnización de la actora [C] asciende a \$11.199.500, comprensivo del monto del cumplimiento contractual, privación de uso y daño moral, 4.a, 4.b y 4.c según fuera tarifado en el considerando anterior.

A la probabilidad de que otros adquirentes de unidades funcionales de este Fideicomiso demanden a la constructora y obtengan una condena que les procure la restitución integral de lo que les es debido más la reparación de los daños ocasionados [P_c] la estimaré en 80% (o sea que 8 de cada 10 adquirentes, frente a la maniobra como la desplegada por las aquí demandadas, asumirá los costos y el esfuerzo que implica transitar por el proceso de mediación, iniciar el juicio y esperar su resolución favorable). La probabilidad matemática equivale entonces a 0,8 (80/100). Luego, la

probabilidad de condena por daños punitivos [Pd] será fijada en un 90%, teniendo en cuenta la gravedad de las conductas y los perjuicios que generan para el consumidor (90%=0,9).

Entonces, aplicando al caso la fórmula « $D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$ » resulta que $D = \$11.199.500 \times [(1-0,8)/(0,8 \times 0,9)]$; luego se sigue que $D = \$11.199.500 \times (0,2/0,72)$; finalmente, $D = \$11.199.500 \times 0,2777777777777778$. El resultado asciende a \$3.110.972,22.

Es que la documentación aportada en el juicio sugiere que el daño provocado a la actora se habría reiterado en todos los probables adquirentes de unidades funcionales del proyecto inmobiliario de avenida Sarmiento 115.

Tal como lo refirió el Tribunal de Mar del Plata, ese es el monto con el que, entiendo, se conforman los incentivos adecuados para que la accionada mute su comportamiento en un futuro, deje de especular con una baja probabilidad de condena derivada de incumplimientos negociales y procure en lo sucesivo no incurrir en conductas socialmente indeseadas como las que aquí han sido objeto de reproche y que importan una violación a los derechos de los consumidores y usuarios (arts. 42 de la CN, 1, 2 y cctes. de la LDC, 1092 y cctes. del CCyC).

Es importante destacar que ambas probabilidades contenidas en el cálculo (la de resistir un juicio en el que resultará vencida [Pc], y la de ser condenado por daños punitivos [Pd]) obedecen a estimaciones realizadas sobre la base de la experiencia que, como tales, son completamente opinables pero también a la información brindada por los entes administrativos, que arrojan una cantidad ínfima de denuncias. Pero las críticas que pudieren efectuársele a esas consideraciones no son achacables al cálculo matemático propiamente dicho ni a la base conceptual que le da sustento, sino a la operación que he realizado consistente en cuantificar una probabilidad contando con muy poca o ninguna información.

Coincido con dicho Tribunal en que no se puede conocer con precisión- sino solo de presumir o estimar- los cálculos especulativos de las accionadas con los que analizaron los costos y beneficios de uno u otro camino de acción (y a partir de los cuales eligieron finalmente la conducta que implicó incumplir el contrato de consumo). A pesar de ello, tengo la certeza de que una multa más baja no cumplirá ninguna función ni generará ningún tipo de incentivo socialmente deseable. Y ello es así sea que se juzgue la suficiencia de ese monto a la luz de los parámetros ya reseñados, o bien atendiendo únicamente al escaso o nulo efecto preventivo que presumiblemente tendrá en una compañía de la envergadura operativa y económica de la demandada, que cuenta con una amplia presencia en el país, sobre la relación de la cuantía de la multa con la capacidad patrimonial de quien debe abonarla, aun pronunciándose en contra del uso de fórmulas matemáticas. Cabe recordar que los cálculos se efectuaron teniendo en cuenta únicamente el proyecto inmobiliario de Avenida Sarmiento, y no los múltiples proyectos en los que la empresa Grandi ejerce el rol de fiduciante y desarrolladora.

Quiero decir con ello que las objeciones que pudieran hacérsele a estas estimaciones no son demostrativas de una debilidad del cálculo sino de una virtud: las variables al ser explicitadas en el fallo pueden ser susceptibles de control. La solución alternativa sería establecer un monto con base en la sola "prudencia" judicial, lo cual consistirá en no más que una capciosa manera de esquivar el problema, omitiendo consignar en el fallo cálculos -conscientes o inconscientes- que necesaria e inevitablemente giran en la mente del juzgador al adoptar una solución y no otra.

La Sala Segunda de la Cámara de Apelación de Bahía Blanca ha efectuado reflexiones similares en los distintos fallos en los que ha aplicado esta fórmula para cuantificar multas civiles ("Frisicale, María L. c. Telecom Personal SA", c. 148.485 del 15/08/2017, "L., R.A. c. E., G.L." del 24/05/2017- La Ley, AR/JUR/24659/2017-), uno de los cuales han merecido -en este tópico- la aprobación de la

Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (causa "Castelli, María C. c. Banco de Galicia", c. 141.404 del 28/08/2014; SCBA, in re "Castelli...", C.119.562 del 17/10/2018).

Ha dicho el Tribunal bahiense -en reflexiones que comparto plenamente- que aquellas variables "son relaciones opinables y que la actora encontrará razones para argumentar que he sobreestimado la probabilidad y la demandada, por el contrario, que la he subestimado. Pero hacer explícito mi razonamiento -y por lo tanto permitir su cuestionamiento por ambas partes-, lejos de constituir una fisura, descubre una virtud, cual es permitir un suficiente debate -en el marco de eventuales recursos- que permita un acabado ejercicio del Derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional). No debe dejar de advertirse que, por callarlos, los fundamentos no se tornan inexistentes: si yo hubiera dicho simplemente que estimo "medurado, prudente y acorde a las circunstancias del caso" fijar un daño punitivo de la misma entidad, habría tenido en cuenta esos mismos porcentajes probabilísticos aunque sin explicitarlos, y lo único que hubiera logrado es hacer más inatacable la sentencia con la inaceptable contrapartida de respetar en menor medida el derecho de defensa en juicio. Porque es obvio que es menos cuestionable la "medura" o "prudencia" de determinada suma con la que se cuantifica una multa civil que las probabilidades que he decidido incluir en la fórmula de matemática financiera, pues en este caso basta la demostración de que el guarismo es erróneo mientras que en aquél la discusión se perderá en argumentaciones retóricas que solapadamente hallarán cobijo en lo recóndito de lo opinable" (voto del Dr. Peralta Mariscal en la causa "Castelli" citada).

La utilización de las fórmulas matemáticas no hace desaparecer la compleja y fundamental tarea de justipreciar concienzudamente la prueba producida por las partes y asignar valor a cada una de las variables que ella contempla. Todo lo contrario, esa carga intelectual y argumental se intensifica enormemente, obligando al juzgador a explicitar en su sentencia todos y cada uno de los pasos que componen su razonamiento: qué variables ha tenido en cuenta, qué valor les ha asignado y cómo las ha interrelacionado a través de un cierto modelo de cálculo.

La virtud de este modelo de decisión consiste entonces en reducir lo máximo posible el margen de discrecionalidad que se genera al momento de determinar el contenido económico de un crédito resarcitorio. Es loable -y socialmente preferible- que los jueces tengamos la carga de argumentar más y mejor nuestras decisiones y debemos buscar y promover herramientas que permitan lograr ese objetivo. Todo ello no hace más que consolidar el postulado preambular de afianzar la justicia.

Por todo lo dicho, haré lugar a la pretensión y aplicaré una multa civil a favor de la parte actora en la suma de \$3.110.972,22. (pesos tres millones ciento diez mil novecientos setenta y dos con 22/100).

5. Costa. Por la demanda entablada por el Sr. Tolosa, y atento a que resultó victorioso en lo sustancial del pleito, correspondan sean impuestas a la demandada Grandi Constructora (Art. 61 CPCCT).

6. Honorarios. Se reserva pronunciamiento de honorarios para su oportunidad.

Por ello,

RESUELVO:

I.- HACER LUGAR a la demanda por cumplimiento de contrato y daños y perjuicios interpuesta por RICARDO DARIO TOLOSA, D.N.I. N° 37.309.471, contra CÉSAR GRANDI EMPRESA CONSTRUCTORA S.R.L., CUIT N° 30-53470786-6, conforme lo considerado. En consecuencia, CONDENO al demandado CESAR GRANDI EMPRESA CONSTRUCTORA SRL a: a) **HACER**

EFFECTIVA ENTREGA del inmueble identificado como: departamento "E" del piso 13, del edificio ubicado en calle Avenida Sarmiento 115/117 de esta ciudad en las condiciones pactadas, en el plazo de 30 (treinta) días a partir de encontrarse firme la presente resolución; **b) ABONAR** en concepto de daño por privación de uso las sumas de \$824.500,00 (pesos Ochocientos Veinticuatro Mil Quinientos), con más los intereses, **c) ABONAR** al actor la suma de \$500.000 (pesos cincuenta mil) en concepto de daño moral, con más los intereses, conforme lo ponderado y **d) ABONAR** al actor la suma de \$3.110.972,22. (pesos tres millones ciento diez mil novecientos setenta y dos con 22/100) en concepto de daño punitivo, con más los intereses, conforme lo ponderado.

II.- COSTAS conforme se considera.

III.- RESERVAR regulación de honorarios para su oportunidad.

HAGASE SABER JPP.-

JOSE IGNACIO DANTUR

JUEZ CIVIL Y COMERCIAL IV° NOM

Actuación firmada en fecha 09/02/2024

Certificado digital:

CN=DANTUR Jose Ignacio, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 20231165569

La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán <https://www.justucuman.gov.ar>.