

Expediente: 358/21

Carátula: **RETAMOZO NAVARRO FATIMA ELIZABETH C/ MARCHESE DOMINGO MARIO Y OTROS S/ CONTRATO ORDINARIO**

Unidad Judicial: **OFICINA DE GESTIÓN ASOCIADA CIVIL Y COMERCIAL N° 2**

Tipo Actuación: **FONDO CON FD**

Fecha Depósito: **16/02/2024 - 00:00**

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

20312542693 - *RETAMOSO NAVARRO, FATIMA ELIZABETH-ACTOR/A*

90000000000 - *DE LA CRUZ GRANDI, MIGUEL ADOLFO-DEMANDADO/A*

27376575417 - *CESAR GRANDI EMPRESA CONSTRUCTORA S.R.L., -DEMANDADO/A*

90000000000 - *MARCHESE, DOMINGO MARIO-DEMANDADO/A*

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CAPITAL

Oficina de Gestión Asociada Civil y Comercial N° 2

ACTUACIONES N°: 358/21



H102324758788

San Miguel de Tucumán, 21 de diciembre de 2023.-

AUTOS Y VISTOS: Para resolver estos autos caratulados: “**RETAMOZO NAVARRO FATIMA ELIZABETH c/ MARCHESE DOMINGO MARIO Y OTROS s/ CONTRATO ORDINARIO**” (Expte. n° 358/21 – Ingreso: 19/02/2021), de los que

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos,

RESULTA:

En fecha 07/06/2021 se presenta el letrado Carlos Alfredo Córdoba, en representación de Fátima Elizabeth Retamozo, DNI 22.331.379, con domicilio real en B° 360 viviendas- Mza. "L" casa 4, de San Miguel de Tucumán, (cf. copia de poder para juicios que adjunta), y promueve demanda en contra Domingo Mario Marchese, D.N.I. 05.535.992, con domicilio real en Luis F. Leloir N° 50, Yerba Buena, Tucumán, en su carácter de Fiduciario del Fideicomiso "Edificio 9 de Julio 677" y contra Cesar Grandi Empresa Constructora S.R.L., Cuit 30-53470786-6, con domicilio en calle San Juan 242 Of. 2, S.M. de Tucumán, solicitando se los condene a que: 1) Cumplan en especie (entrega de la unidad) o por equivalente la prestación debida; 2) Indemnizen el daño emergente por no contar con el departamento desde la fecha comprometida, por el monto -a determinarse en la etapa probatoria- abonado en concepto de alquileres por la accionante desde esa fecha hasta que se produzca la entrega del mismo; 3) Abonen la suma de \$1.000.000 (pesos un millón) por daño punitivo; y 4) Abonen la suma de \$ 700.000 (pesos setecientos mil), por daño moral.

Precisan que los montos son estimativos, por lo que deberán ser establecidos en más o en menos por V.S. de acuerdo a lo que surja de las constancias de autos, con más intereses, gastos y costas; peticionando, para el caso de cumplimiento imposible, se los condene a indemnizar a la actora entregando la suma necesaria para adquirir un inmueble de similares características y ubicación al momento del efectivo pago, más las indemnizaciones previstas en los puntos 2, 3 y 4.

Relata que en fecha 08/04/2010 su mandante suscribió, por adhesión, con el Sr. Miguel Adolfo de la Cruz Grandi, un Boleto de Compraventa de un departamento a construirse en el inmueble de calle 9 de Julio 677 de esta ciudad, lo suscribió como apoderado del Sr. Marchese, Fiduciario del "FIDEICOMISO EDIFICIO 9 DE JULIO 677. Señala que el Sr. Grandi se desempeñó también, como vendedor de las unidades en representación de la empresa Cesar Grandi Empresa Constructora S.R.L.. Menciona que los accionados se obligaron a entregar la unidad terminada a los 48 meses de suscripto el boleto, es decir, como máximo hasta el 08/04/2014 y que al momento de interposición de la demanda, 7 años después del plazo pactado, no se cumplió con la entrega, señala también que el edificio se encuentra terminado y habitado.

Arguye que el precio acordado fue \$ 135.000 (pesos ciento treinta y cinco mil), el cual se dividió en cuotas según boleto de compraventa que adjunta. Indica que la proveedora en fecha 21/04/2017 le envió una CD a su mandante, donde la intimaba a pagar por mora en las últimas 9 (nueve) cuotas, dando para ello un plazo de 15 días. Refiere que su mandante fue a las oficinas de la empresa y allí le dijeron que debían reajustar todas las cuotas, cobradas de conformidad retroactivamente; manifiesta que la suma que le liquidaron era abusiva como plazo; y ante tal situación la Sra. Retamozo envió CD oponiéndose a la pretensión de la demandada, mientras que la empresa guardaba silencio.

Reconoció que su mandante adeuda 6 cuotas, las cuales se componían de 2 cuotas de las 48 pactadas, y 4 refuerzos semestrales (10/12/2011 - 10/07/2012 - 10/12/2012 - 10/07/2013) pero al intentar pagar todas esas cuotas, la empresa se negó a recibirlas, aduciendo que para recibir el dinero debía abonar TODAS LAS CUOTAS con la actualización impuesta. Indica que su mandante padeció un lapso de tiempo hasta que en fecha día 14/11/2019 radicó una denuncia en la Dirección de Comercio Interior (Expediente 7208/311-R-2019).

Por último destaca que la constructora actualmente dispone departamentos ya vendidos para compensar otras deudas de otros fideicomisos en los que incumplió sus obligaciones, y que así, entregó en el edificio de calle 9 de Julio 677 un departamento ubicado 4° piso "A" a la Sra. Carolina Espeche, quien había adquirido una unidad en el fideicomiso de calle Maipú 711, obra que está abandonada.

Evidencia que se trata de una relación de consumo por la cual el consumidor adquirió nada menos que un departamento destinado a vivienda a un conjunto de proveedores, en el marco de contratos conexos. Sostiene que la pretensión articulada tiende a la protección de su mandante como consumidor inmobiliario que adquirió de una empresa constructora un departamento para vivienda, dentro del marco de un fideicomiso inmobiliario de construcción, es decir, contrató a título oneroso para su consumo final o en beneficio propio o de su grupo familiar o social (Art. 1°). Refiere que los accionados actuaron como partes del fideicomiso inmobiliario, vendedor, fiduciario y constructor, es decir, enmarcando en la figura del proveedor del art. 2° de la LDC, por lo que entiende que es contrato de consumo y de adhesión, con cláusulas predispuestas.

En este marco pide que se su mandante goce del beneficio de justicia gratuita dispuesta en el art. 53 de la ley 26.361.

Funda su acción en derecho que tengo por reproducido. Ofrece prueba documental.

Finalmente, peticiona se haga lugar a la demanda con costas.

Convocada y producida la audiencia del art. 401 CPCCT en fecha 19/05/2023, se presenta la letrada Margarita María Isas, en representación de los demandados Cesar Grandi Empresa Constructora S.R.L. y Miguel Adolfo de la Cruz Grandi (cf. copia de poder que adjunta), y contesta demanda solicitando su rechazo con costas.

Interpone excepción de falta de acción y/o falta de legitimación pasiva en relación a Miguel de la Cruz Grandi. Reconoce los contratos de constitución de fideicomiso y el boleto de compra venta, pero niego todos los dichos de la actora, excepto los que son reconocidos.

Manifiesta que en la clausula tercera del boleto mencionado, las partes determinaron que el precio de la unidad sería de \$135.000, en dicho acto (a la firma del contrato), la actora pagó \$22.000 y manifestó que el 10/05/2010 pagaría \$3.000 más. También sostiene que, además, fijaron que la actora pagaría 48 cuotas consecutivas de \$2.000, con vencimiento el 10 de cada mes desde el 10-/06/2010, más siete cuotas refuerzo por la misma cifra; todas estas cuotas se actualizarán contra entrega de las mismas que tendrá como referencia el costo de una barra de hierro de 8 mm que ofrece una empresa reconocida como hierronort y la bolsa de cemento de 50kg portland común, marca Loma Negra, que ofrece una empresa reconocida en el medio como Expreso San José.

Refiere que la actualización se hace sobre el valor original de la cuota e incide un 50% el valor de cada material.

Por último, sostiene que según los recibos adjuntados, la actora pagó la misma cifra nominal en todas las cuotas, dejando de lado totalmente la actualización debida.

Destaca que si bien la Sra. Retamozo cumplió con sus obligaciones mes a mes, pagó regularmente hasta el mes de julio del año 2013, y desde entonces ha pagado de manera irregular e impuntual todas las cuotas a razón de \$2.000 (dos mil pesos) cada cuota, desde agosto 2010 hasta el último pago en mayo 2015. Evidencia que la actora pagó solamente \$117.000 (ciento diecisiete mil) por la unidad, y no pagó ninguna actualización de las cuotas, ni los intereses moratorios; por último señala que, cuando la empresa la citó para buscar regularizar su deuda, no concurrió, ni pagó lo adeudado, ni suscribió el convenio con los demás compradores. Razón por la cual niega que le asista derecho a la parte actora a reclamar la entrega del departamento, dado que ante la falta de pago se rescindió su contrato y se puso a su disposición lo que había pagado.

En fecha 19/05/2022 se tiene por incontestada la demanda por Domingo M. Merchese.

Abierta la causa a prueba, las partes ofrecieron y produjeron las que surgen del informe de fecha 10/03/2023.

Puestos los autos para alegar, se agregan los presentados por la parte demandada y la actora (26/10/2022 y 1/11/2022 respectivamente).

Eximida la parte actora del pago de la planilla confeccionada en fecha 02/05/2023, y habiendo emitido dictamen la Sra. Agente Fiscal en fecha 07/08/2023, el expediente pasa a despacho para dictar sentencia de fondo conforme proveído de fecha 24/08/2023.

CONSIDERANDO:

1. Las pretensiones. Los hechos. La actora inicia acción de consumo en contra de los demandados reclamando el cumplimiento del contrato celebrado con su parte mediante la entrega de la unidad adquirida o el equivalente de la prestación debida, así como la indemnización del daño emergente y moral irrogados, y la imposición de una multa civil en los términos del art. 52 bis. LDC, por los montos que estima en su presentación. Considera aplicable la ley n° 24.240, por hallarse configurada una relación de consumo entre las partes por ser destinatario final de los bienes adquiridos; como consumidor inmobiliario que adquirió de una empresa constructora un departamento para vivienda, dentro del marco de un fideicomiso inmobiliario de construcción.

Por su parte, contesta demandada la Dra. Margarita Isas, en el carácter de apoderada de la empresa constructora y de Miguel Adolfo de la Cruz Grandi, y solicita el rechazo de la misma; asimismo plantea falta de legitimación pasiva respecto de Miguel de La Cruz Grandi. Destaca que no se hallan incursos en mora por no haber acaecido las dos condiciones a las que se sujetó el cumplimiento de las prestaciones principales a su cargo.

Aduce que la actora pagó en total \$117.000 (ciento diecisiete mil) la unidad, no pagó ninguna actualización de las cuotas, ni los intereses moratorios; y que cuando la empresa la citó para buscar regularizar su deuda, no concurrió, ni pagó lo adeudado, ni suscribió el convenio con los demás compradores, y tampoco regularizó o procuró regularizar su deuda posteriormente. Niega que le asista derecho a la parte actora a reclamar la entrega del departamento, dado que ante la falta de pago se rescindió su contrato y se puso a su disposición lo que había pagado.

2. Ley aplicable. Cabe recordar que el sistema normativo de defensa del consumidor regulado por la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (en adelante LDC) y normas que con ella se integran, es de orden público y resulta aplicable con independencia de que las partes lo hayan invocado.

En esa entelequia, tengo presente que 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 económicos- sociales signados por la masificación, la tecnología y la globalización, contexto en el cual se inserta esta figura que contiene elementos de la tecnología, 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 estipificante y predomina sobre la estructura típica del negocio” (Lorenzetti, Ricardo, “ Consumidores ”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 113).

Así la LDC, al haber incorporado expresamente los “negocios inmobiliarios”, categoría de la cual participa el fideicomiso inmobiliario en todas sus formas, y 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 tanto el contrato de compraventa celebrado entre las partes como el fideicomiso inmobiliario son contratos conexos que participan de los contratos de consumo y por ende del microsistema que rige a esos últimos, por lo que corresponde analizar si cada uno de los demandados reviste la calidad de proveedor, conforme lo establece el art. 2 LDC.

Desde otro enfoque, cabe recordar que el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994, en adelante CCyC), establece como regla que A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo..

En consecuencia, y por aplicación de la prescripción de cita, de apreciarse una nueva regla más favorable al consumidor, ella resultará de aplicación inmediata a las consecuencias o los efectos de

los contratos celebrados antes del 01/08/2015, conforme el juego armónico de los arts. 7 y 1095 CCyC. Desde esta perspectiva, corresponde entrar a analizar la cuestión planteada en el presente caso, pues estamos ante el reclamo de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, respecto de la constructora y fiduciaria demandada.

3. Excepción de falta de legitimación pasiva. La letrada apoderada de la parte demandada opone falta de acción y/o falta de legitimación pasiva en relación al Miguel de la Cruz Grandi. Refiere que el nombrado suscribió el boleto de compra venta base de la presente acción en representación de la codemandada Cesar Grandi Empresa Constructora S.R.L., en su carácter de apoderado de aquella y no a título personal. Manifiesta que Cesar Grandi Empresa Constructora S.R.L. es una sociedad de responsabilidad limitada, que los actos del gerente obligan a la sociedad, que es la constructora la que contrató con los propietarios de un inmueble para construcción de un edificio sujeto al régimen de p.h en dicho inmueble y esos actos forman parte de las tareas del gerente de una empresa constructora, pretende el actor, máxime teniendo en cuenta que las obligaciones fueron asumidas en cumplimiento del objeto social de la sociedad, esto es mediante un acto totalmente lícito y ordinario de la misma.

Entrando al análisis de la cuestión planteada, una simple lectura del boleto de compra venta agregado permite advertir que, efectivamente, Miguel de la Cruz Grandi no lo suscribió a título personal, sino en representación de la vendedora Cesar Grandi Empresa Constructora S.R.L., en la que reviste el carácter de apoderado. Por lo que, en principio, no podría hacérselo responsable personalmente por el incumplimiento de aquella (cf. art. 1.930 CC). Creo pertinente recordar que tanto las sociedades civiles como las comerciales pueden llegar a ser utilizadas con fines distintos a los que el legislador tuvo en miras al prever su constitución y su ulterior funcionamiento. Sobre este uso contrario se elaboró la "teoría de la penetración de la personalidad", tanto en el derecho nacional como en el comparado (Suárez Anzorena, Carlos, en Zaldívar, Enrique, Cuadernos de Derecho Societario, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, t. I, p. 162). Este mecanismo consiste en la superación o el corrimiento de la forma jurídica para imputar las consecuencias del obrar de la sociedad no a ésta, sino a sus socios, o a quienes conformaron o impusieron la voluntad del ente para fines distintos de los queridos por el legislador. Se busca con ello declarar inoponible o ineficaz la personalidad jurídica frente a quienes se ven perjudicados por la utilización abusiva o disvaliosa de la estructura social.

A su vez, para que sea aplicable la inoponibilidad -que se encuentra expresamente prevista en el art. 54 in fine de la ley 19.550- es preciso verificar que la sociedad es utilizada para encubrir la consecución de fines extra-societarios, o que la figura societaria es usada como mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros (Romano, Alberto A., en Rouillon, Adolfo A. (dir.) - Alonso, Daniel F. (coord.), Cód. de Comercio. Comentado y anotado, La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 114 y ss.).

Asimismo -como lo ha dicho la jurisprudencia en forma reiterada-, la llamada "teoría de la penetración de la persona jurídica" constituye un recurso excepcional, que debe aplicarse con sumo cuidado y solo cuando de las circunstancias del caso pueda inferirse, con total certeza, que ha existido un abuso del esquema societario para alcanzar fines contrarios a los designios de la ley (CSJN, 3/4/2003, "Palomeque, Aldo R. c. Benemeth S.A. y otro", LA L-EY, 2003-F, 731; CNCom., Sala C, 5/7/11, "Asoc. Civil Comisión Deportiva de Concesionarios Zanella s/ quiebra c. Zanella Hnos. y Cía. S.A.C.I.F.I. s/ ordinario", LA LEY, Online, cita: AR/JUR/46302/2011; ídem, Sala E, 4/11/2001, "Beade de Bargallo Cirio, María M. c. Banco General de Negocios y otros", 4/11/2003, JA 2004-II, 866; ídem, Sala E, 30/10/2003, "Lodeiro de López, Carmen c. Loplini S.R.L.", DJ 2004-1, 873; ídem, Sala D, 13/7/2000, "Districóndor S.A. c. Editorial Coyuntura S.A.", 13/7/2000, LA LEY, 2000-F, 524; ídem, Sala B, 15/2/1984, "Autocam S.A. c. Compañía General de Electricidad del Sur S.A.", LA LEY, 1987-A, 659, entre muchos otros precedentes).

En el caso advierto que de la gran cantidad de causas judiciales que tienen iniciadas en su contra los demandados César Grandi Empresa Constructora S.R.L. y Miguel de la Cruz Grandi (cf. informe adjunto a la demanda), ponen en evidencia un accionar fraudulento por parte de los accionados, violatorio de la buena fe comercial y de los derechos de terceros, que amerita hacer cesar el beneficio de separación de patrimonios y de la limitación de responsabilidad a los bienes societarios, extendiéndose la responsabilidad por los eventuales daños causados a todos aquellos que actuaron e hicieron posible la utilización abusiva o disvaliosa de la estructura social, quienes deberán responder en forma directa, solidaria e ilimitada con sus patrimonios personales. Siendo de público y notorio conocimiento al haber trascendido por diversos medios de comunicación que en el medio local es reiterativo y sistemático el proceder de algunas empresas constructoras consistente en la captación de fondos y el incumplimiento de las obligaciones asumidas frente a gran cantidad de personas que confían en contar con una vivienda, no siendo ajena a ello la demandada, encontrándose

incluso radicada por ante esta unidad jurisdiccional varias causas promovidas en su contra.

En consecuencia, en atención de los términos de la pretensión ejercida en autos y las particulares circunstancias del caso señaladas respecto al proceder abusivo y defraudatorio de la demandada, valorando particularmente la actuación que le cupo al señor Miguel de la Cruz Grandi, quien al absolver posiciones reconoce revestir el carácter de constructor, fiduciante y comercializador de la obra "Edificio 9 de julio 677" en cuestión (véase su respuesta afirmativa a la posición n° 1,2,3 del pliego de absolución de posiciones), función ésta última cuyo mal desempeño pudo haber tenido incidencia causal en el incumplimiento contractual aquí tratado, corresponde desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por su parte y evaluar su responsabilidad personal en el caso de autos conforme a los principios generales que rigen la materia.

4. La legitimación pasiva del demandado. La parte actora señala que la responsabilidad de los accionados es solidaria conf. art. 40 y cdtes de la ley 24.240. Se demanda a Domingo Merchese como fiduciario, por haber incumplido su obligación contractual -Clausula Sexta D.2, 4; décimo segunda del Contrato de fideicomiso- de rendir cuentas cada tres meses del funcionamiento del Fideicomiso. También demanda a GRANDI EMPRESA CONSTRUCTORA S.R.L- por intervenir en como fiduciante, constructora, vendedora y administradora.

Tengo a la vista el boleto de compraventa suscripto por la actora, como compradora, y por el "Fideicomiso Inmobiliario Edificio 9 de Julio 677", representado por Miguel de la Cruz Grandi, "mediante Poder otorgado por el Sr. Fiduciario detallado en el Contrario de Fideicomiso" (sic), como vendedor. El demandado vuelve a invocar su carácter de apoderado del Fideicomiso al remitir a la parte actora la carta documento 770601254 de fecha 21/04/2017. Se evidencia a su vez que los recibos de pago de las cuotas fijadas en la operación de compraventa, son emitidos por "César Grandi Empresa Constructora S.R.L." De lo expuesto surge Miguel de la Cruz Grandi actúa como apoderado del fiduciario, quien en apariencia le habría dado un poder de representación del Fideicomiso Edificio 9 de Julio 677, y que la firma "César Grandi Empresa Constructora S.R.L." sería quien recibe los pagos parciales, todo lo cual evidencia una confusión de roles que no se encuentran aclarados, pero que, dada la orfandad probatoria tampoco autorizan a resolver el cese de los beneficios de la separación de patrimonios y de la limitación de responsabilidad a los bienes fideicomitados en el presente caso.

A pesar de ello, dado que el contrato de compraventa es un contrato de consumo, corresponde analizar si el demandado reviste la calidad de proveedor, conforme lo establece el art. 2 LDC.

El artículo 2 de la ley consumeril, ha establecido que el proveedor: *"Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley"*. Tengo presente que el art. 40 LDC expresa: *"Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena"*. Esta última norma establece la legitimación pasiva de todas las personas que han intervenido en el proceso de producción y comercialización del producto o servicio, que abarca desde su concepción hasta la puesta en el mercado y su efectiva prestación al consumidor. (Picasso, Sebastián y Wajntraub, Javier, "Las leyes 24.787 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor", JA 1998- IV-752).

Ahora bien, cabe cuestionarse si la enumeración que realiza el legislador en el art. 40 es meramente enunciativa o si, por el contrario, es de carácter taxativo.

En defensa de la negativa a incorporar nuevos responsables a la nómina, puede argumentarse que la gran cantidad de sujetos mencionados, representantes de diversos sectores de la cadena de producción y comercialización, parece ser suficiente. Abona a esta postura el hecho de que la responsabilidad que se establece sea de carácter solidario, ya que, en el derecho argentino, la solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación. Desde esta perspectiva, adicionar nuevos responsables solidarios sería desacertado.

Ahora bien, a la luz de los principios que rigen el microsistema del consumo, coherentemente podría considerarse que es equivocado discriminar entre aquellos sujetos que se encuentran enumerados en la ley y los que no lo están, en tanto que el espíritu del precepto es el de responsabilizar solidariamente a todo aquel que participó en la cadena de concepción, producción y comercialización del producto o servicio defectuoso. Esta última postura es respaldada por gran parte de la doctrina especializada y además es conteste con el principio básico de la ley que indica que, en caso de duda sobre la interpretación de sus preceptos, prevalecerá la que sea más favorable al consumidor.

Corresponde detenerme en la figura del “proveedor aparente”, entendiéndolo que es quien, desde la perspectiva del consumidor o usuario, puede razonablemente revestir la calidad de fabricante, elaborador, vendedor o titular de la marca del bien, al hacer pública ostentación o aparentar cualquiera de esas calidades. Pizarro sostiene que “no sólo es productor de un bien quien fabrica un producto terminado, o un elemento integrado de un producto terminado o quien produce la materia prima. También se incluye a cualquier persona física o jurídica que, sin alcanzar tal condición, se presenta externamente al público como fabricante o productor poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección, de presentación o en la publicidad. Este sujeto es el fabricante o productor aparente” (Pizarro, Ramón D., “Responsabilidad civil del que pone la marca en un producto defectuoso y en un servicio defectuosamente prestado”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Bueres, Alberto J. [dirs.], “Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio A. Alterini”, Ed. LexisNexis ? Abeledo?Perrot, 1997, Lexis n. 1010/004900). Lo que verdaderamente interesa es la intervención que ha tenido en el proceso de elaboración y comercialización del producto que generó el daño.

Desde éste punto de vista, cabe resaltar que el Sr. Miguel de la Cruz Grandi ha dado la apariencia de proveedor del bien ante la parte actora, pues fue la única persona con quien se puso en contacto durante las etapas precontractuales y contractuales con el consumidor y por cuanto no dio mayores precisiones ni información. Del boleto de compraventa surge que es la única persona que se presenta como vendedor, lo que es reiterado al momento de suscribir la ya citada carta documento en la que ostenta su carácter de apoderado del fideicomiso. Con ello, generó la apariencia de vendedor.

Expresa López Mesa que la doctrina de la apariencia es una de las principales derivaciones obligacionales del principio cardinal de la buena fe. Dicho principio general, receptado en el Código Civil y Comercial en su art. 9º, constituye el anclaje normativo fundamental de esta doctrina. Refiriéndose específicamente a la materia consumeril, sostiene que la doctrina de la apariencia jurídica asigna fuertes efectos y consecuencias jurídicas al concepto de publicidad con relación a las formas de adquisición de los bienes, protegiendo al adquirente frente a maniobras que busquen perjudicarlo (LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La apariencia como fuente de derechos y obligaciones. La doctrina del acto aparente en el nuevo Código Civil y Comercial y en el derecho actual", anticipo de Anales, año LXI, segunda época, nro. 54, noviembre/2016). Por ello, en los negocios jurídicos se asigna gran importancia a través de ella a la exteriorización, a la simbología, al uso de espacios, marcas y formularios de modo público y sin contradicción por quien pudiera oponerse válidamente a ello. La apariencia genera confianza, y la confianza genera en el consumidor la creencia de que la contraparte está contratando de buena fe y de que no buscará perjudicarlo.

El fundamento de esas doctrinas es, sin duda, el principio de buena fe. Ante la existencia de hechos contradictorios o aparentes, el derecho protege a los terceros que han confiado de buena fe en las actuaciones previas de un sujeto o en sus actos aparentes. Ante la disconformidad entre pasado y futuro, por una parte, y entre apariencia y realidad, por la otra, la doctrina de los actos propios y la doctrina de la apariencia resuelven la dualidad protegiendo a los terceros de buena fe.

Por ello, es que entiendo y en base a los principios antes expuestos, que el Sr. Domingo Merchese y el Sr. Miguel de la Cruz Grandi, demandado en autos, ha creado por ante el actor consumidor "la apariencia o creencia de proveedor", y es por este motivo que el mismo deberá responder.

5. La cuestión de fondo. OBLIGACIÓN DE ENTREGA

La parte actora solicita se condene a los demandados cumplimiento en especie o por equivalente de la prestación debida con más los daños y perjuicios y, de resultar imposible, se los condene a la reparación plena, indemnizando los Daños y Perjuicios ocasionados, restituyendo el dinero equivalente a la unidad debida, más el resto de los daños irrogados, daño punitivo e intereses, costos y costas.

Cabe analizar si la demanda intentada es procedente o no en base a las pruebas colectadas en autos.

He sostenido anteriormente, que 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 que tengo a la vista, esta protección alcanzaría a los fiduciantes adherentes y a los adquirentes por boleto de compraventa, 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. Según se expresó, se encuentra acreditado que la actora celebró un boleto de compraventa con el Fideicomiso Edificio 9 de Julio 677; de la cláusula segunda se desprende que la parte vendedora vende a la parte compradora, con destino a Vivienda Unifamiliar, UNA (1) unidad a construirse en el referido inmueble, ubicadas en el Piso 2° Departamento A, cuyo precio se acordó en la suma de \$ 135.000.- (pesos ciento treinta y cinco mil) que fue dividido en cuotas conforme se detallan en el pto. 4 de la cláusula TERCERA del boleto referido.

Surge acreditado que hasta el día de la fecha no se hizo efectiva la entrega de la unidad, siendo que el edificio se encuentra terminado y habitado.

Por su parte el demandado mediante carta documento de fecha 21/04/2017 constituye en mora al actor, lo intima a pagar las últimas 9 (nueve) cuotas comprometidas en un plazo de 15 días, el pago total de lo adeudado, con más las actualizaciones contractualmente comprometidas, intereses y gastos, todo bajo apercibimiento de resolver el contrato por su exclusiva culpa (cita art. 1.088 CCCN).

Ante tal intimación la parte actora remite CD 2245237- 2 (09/05/2017) en la que reconoce que solo adeuda 2 (dos) cuotas de las 48 cuotas pactadas en el contrato de fecha 08/04/2010 y 4 (cuatro) refuerzos semestrales, los de fecha de vencimiento el 10/12/2011, 10/07/2012, 10/12/2012 y 10/07/2013, es decir 6 (seis) cuotas. Rechaza la intención de resolver el contrato y manifiesta que el cumplimiento del pago requerido le es imposible porque la empresa no le determina el real monto adeudado. Manifiesta no saber cuanto tiene que pagar porque la cláusula de actualización (tercera) es poco clara en cuanto no refiere a cuantas barras y bolsas de cemento portland común, marca Loma Negra en un 50 % cada uno, equivalía la suma de \$ 2.000 -si al momento de la firma del convenio o al momento del pago-, y tampoco se explica porque debe aplicarse una actualización a lo ya pagado y no solo a lo efectivamente adeudado. Pide que se tenga presente que a la fecha de la CD ha cumplido el 80% de la obligación e intima a Miguel de la Cruz Grandi a que en un plazo de 72 hs le informe el saldo adeudado a fin de dar cumplimiento con el pago, asimismo expresa su voluntad de cumplir.

Ahora bien, a fin de determinar si las demandadas se encuentran en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, corresponde analizar el contenido del contrato de compraventa suscripto por las partes. En la cláusula tercera: precio del contrato de compraventa, las partes determinaron que el precio de la unidad es \$135.000. En ese acto, la actora pagó \$22.000 y manifestó que el 10-05-2010 pagaría \$3.000 más. Además, fijaron que la actora pagaría 48 cuotas consecutivas de \$2.000, con vencimiento el 10 de cada mes desde el 10/06/2010, más siete cuotas refuerzo por la misma cifra, todas estas cuotas se actualizarán contra entrega de las mismas que tendrá como referencia el costo de una barra de hierro de 8 mm que ofrece una empresa reconocida como Hierronort y la bolsa de cemento de 50 kg portland común, marca Loma Negra, que ofrece una empresa reconocida en el medio como Expreso San José, la actualización se hace sobre el valor original de la cuota e incide un 50% el valor de cada material.

De la documental aportada por la parte actora surgen los recibos de pago por la suma de \$2.000, y un depósito judicial por la suma de \$12.000, lo que totaliza un monto de \$135.000.

Por su parte la demandada sostiene que no puede entregar la unidad a la Sra. Retamozo en razón de que ella pagó la cifra nominal de las cuotas y no cumplió con la actualización pactada en la cláusula tercera del contrato. Manifiesta que esa cuota a lo largo de los meses alcanzaba para terminar la construcción en las condiciones pactadas y había demoras en las entregas de los departamentos, por cuanto, dadas esas circunstancias, quienes compraron unidades en ese edificio, en condiciones similares a las de la actora, reconocieron que no pagaron todas las cuotas y/o que no las actualizaron, por lo que reconocieron la imposibilidad de continuar la obra en esas condiciones; razón por la cual dice que la empresa citó a los compradores y entre ellos se "autoconvocaron" para actualizar sus deudas y armar un plan para concluir la obra. Acompaña copia del Convenio firmado el 30/07/2018 entre adquirentes del Fideicomiso de calle 9 de Julio 677 (más de la mitad) y la constructora (inversor) en el que se acordó el plan de obra que se desarrollaría con el pago de la actualización de las cuotas y lo que faltaba pagar por los compradores, auditando todas las operaciones y quedando la recaudación a cargo de los propios compradores. En la página dos del convenio se estableció qué para hacer frente a los compradores desconocidos o los que no se adhieran al convenio ni regularicen su situación, principalmente en resguardo de los derechos de los demás compradores, para evitar una desigualdad económica entre los aportantes, existía la posibilidad de acordar, rescindir, resolver o rechazar la situación de los pretensos adquirentes que no suscriban o adhieran al convenio y no se acerquen a regularizar sus boletos. También se adjunta el Anexo I del cual surge el monto actualizado para los distintos departamentos, de acuerdo a si eran a, b, c, d, e, f, g ó h y constancia de la publicación de Edictos en el Boletín Oficial (29.599) de fecha 21/10/2019 por la cual Grandi Empresa Constructora S.R.L. convoca a quienes adquirieron unidades en el Fideicomiso de calle 9 de Julio 677 a concurrir a las oficinas sitas en calle San Juan 242 a resolver la situación de las mismas.

La Sra. Retamozo adjunta constancia en la cual acredita que en fecha 6/11/2019 concurre a las oficinas de la empresa constructora.

Ahora bien, según reza de las probanzas de autos, el departamento 2 "A" ubicado en el Edificio 9 de Julio 677 no fue entregado a la actora, lo que denota un manifiesto incumplimiento por parte de la demandada. También del monto abonado por la actora (cuotas puras) luce nítido que la Sra. Retamozo tampoco cumplió todas las obligaciones a su cargo pactadas en el contrato según la cláusula tercera, todos los recibos acompañados acreditan que solo pago cuota pura y no la actualización convenida.

En consecuencia, y a los fines de lograr el progreso de la presente demanda, tengo presente que hubo incumplimiento recíproco de las obligaciones por ambas partes. Resulta que al momento de la promoción de la presente acción el demandado no ha cumplido con la entrega a pesar de que el edificio se encuentra terminado y habitado (cf. inspección ocular de fecha 13/06/2022). Ante la insistencia de la parte actora que se le entregue la unidad pactada, los demandados le indicaron que debían reajustarse todas las cuotas -cobradas de conformidad- retroactivamente, intimándola mediante CD de fecha 21/04/2019, ante lo cual la Sra. Retamozo se opone a dicha pretensión mediante CD de fecha 08/05/2017, por considerarla abusiva.

CLÁUSULA ABUSIVA: En primer lugar corresponde analizar si la cláusula tercera del boleto de compra venta suscripto por la parte actora es abusiva. En tal sentido corresponde destacar que, en la normativa de la Ley de Defensa del Consumidor, se observa una especial precaución por regular la actuación del juez en la correcta y activa aplicación de sus normas entendiendo que en la judicatura reposa el reaseguro de su plena vigencia y el cumplimiento de su ratio legis que es el amparo de los consumidores.

Emplazado en este encuadre jurídico, que resulta inobjetable, y computado de acuerdo a ello el carácter irrenunciable de los derechos del consumidor y el deber que por manda constitucional tienen los jueces, como autoridades públicas, de velar por los derechos de los consumidores, me lleva a concluir con autorizada doctrina que los magistrados cuentan con la facultad de decretar, de oficio, la nulidad de uno o más cláusulas que se reputan como abusivas, las cuales no podrán ser invocadas por los proveedores en el marco de las relaciones de consumo. En esta misma línea se ha dicho, que la sanción prevista por el art. 37 de la ley 24.240, para el supuesto en que el contrato contemple una cláusula vejatoria en desmedro del consumidor determina, ya en un principio, que las obligaciones que emerjan de dicha previsión no podrán ser exigidas al consumidor. Pero, para que esto sea posible, no será necesario que la parte débil de la relación contractual invoque judicialmente la nulidad de dicha cláusula, sino que ésta podrá ser declarada por el juez de oficio, y planteada por cualquier interesado en su declaración de invalidez (ver Picasso-Vazquez Ferreyra: "Ley de defensa del consumidor". T. I, p. 456).

Decidido ello, toca ahora analizar el contenido de la cláusula mencionada, para luego confrontarla con la normativa que rige la cuestión, a fin de determinar si, como lo sostiene la parte actora, tolera un juicio de regularidad o si, por el contrario, debe reputarse incurso en el ámbito del abuso del derecho.

En tanto que si el tema es examinado con la realidad plasmada en los contratos inmobiliarios suscriptos con la inmobiliaria Grandi, que contemple las circunstancias que rodearon los distintos contratos y la realidad que subyace en dichos contratos, el panorama para el actor es desolador, puesto que mientras él abonó una parte importante del precio pactado en la primigenia operación, de parte de la demandada surge que no tiene intención de cumplir con la obligación pactada, en virtud de la carta documento enviada surge clara la intención de rescindir el contrato.

Ello así, corresponde ahora abordar el trato que la normativa le depara a una cláusula o pacto de esta naturaleza, a fin de avanzar en la respuesta al interrogante planteado y determinar si debe ser mantenida o fulminada por abusiva. No sin antes verificar, si efectivamente hubo libertad de voluntades al momento de la contratación.

La libertad de contratación a la que se refiere el art. 958 del Código Civil y Comercial de la Nación, implica incorporar el principio de la autonomía de la voluntad, reconocido durante la vigencia del código de Vélez, ante la falta de texto expreso, por vía doctrinaria y jurisprudencial. Lo que a su vez, sirve de justificativo de la llamada fuerza obligatoria de los contratos, antes consagrada por el art. 1197, ahora por el art. 959 del CCCN, con la denominación "efecto vinculante". Esa autonomía, que impacta en el art. 19 de la Constitución Nacional, en ese verdadero diálogo de fuentes que el ordenamiento actual nos propone, en lo que aquí interesa, incluye la denominadas autorregulación normativa, que comprende la libertad de darle al contrato el contenido que voluntariamente los contratantes decidan, y también la de modificarlo o incluso extinguir de común acuerdo. Empero, en nuestro sistema, tanto antes como ahora, así como en el del resto de los países que la reconocen, esa autonomía no es absoluta. Las limitaciones aparecen tanto en la Constitución Nacional, al disponer que los derechos se ejercen conforme a las leyes que los reglamentan-, como en el Código Civil y Comercial y en el anterior ordenamiento, que establece tanto limitaciones generales derivadas de la ley, del orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958), como las particulares de la lesión (art. 332), el abuso del derecho (art. 10) y la imprevisión (art. 1.091), al igual que lo que ocurre con el principio de la buena fe (arts. 9 y 961). En ese contexto general se inserta el art. 1.117 del actual ordenamiento, que de manera expresa dispone que se aplican a los contratos de consumo, como los involucrados en la especie, los principales efectos previstos para los contratos por adhesión, en particular las reglas hermenéuticas especiales (arts. 986 y 987), los mecanismos de inclusión o recaudos para su incorporación (art. 985) y el control sustancial de las

cláusulas predispuestas (art. 988). Pero como bien lo señala la doctrina, aunque las normas del Capítulo 4, al que da inicio el precepto citado, diagraman la tutela frente al problema de las cláusulas abusivas mediante una remisión general a las normas que rigen para el contrato por adhesión, el texto que se comenta contiene una protección aún mayor, desde que deja a salvo que en los contratos de consumo el control de abusividad no requiere la existencia de una cláusula predispuesta. Coincidentemente, el artículo 1.118 afirma que "Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor". Este último dispositivo se ocupa de reforzar la protección del consumidor, al no requerir como exigencia de protección que la cláusula sea predispuesta por el proveedor.

Por tanto, la tutela alcanza incluso a los supuestos en los cuales las mismas hayan sido "...negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor". (ver Carlos A. Hernández en Lorenzetti, Ricardo Luis: "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado", t. VI, p.298). Arribado a este punto, en tren de brindar las líneas marco dentro de las cuales se desenvuelve toda cláusula abusiva, la doctrina explica que la idea del desequilibrio contractual no constituye una problemática exclusiva del derecho del consumo, y la protección del cocontratante respecto del aprovechamiento en que pueda incurrir el otro en virtud de su posición ventajosa, obteniendo un beneficio exclusivo de la relación comercial, no es tampoco nueva tanto en nuestro derecho como en el derecho comparado. Diversas normas han intentado desde principios de siglo restablecer el equilibrio entre las partes del contrato, al prohibir ciertas cláusulas consideradas como abusivas, ya sea porque colocan a la parte débil en una situación de indefensión, o porque estipulan en provecho del fuerte derechos excesivos. (Picasso-Vazquez Ferreya: "Ley de defensa del Consumidor, Comentada y Anotada", t. I, ps. 440/1). El estatuto del consumidor, de particular relevancia en el comercio actual, tiene por principal objeto el de proteger a la figura del consumidor o usuario frente a la situación desventajosa que tiene dentro del sistema económico actual. Así, tiende a protegerlos frente a su creciente vulnerabilidad, donde el poder económico de las empresas es mucho mayor del que pueden tener los individuos que adquieren los bienes y servicios que ellas ofrecen. Y es en el ámbito de las cláusulas abusivas previstas en los negocios celebrados entre consumidor y proveedor donde reviste mayor importancia las previsiones del ordenamiento, en búsqueda de restablecer el equilibrio contractual (SEBASTIÁN PICASSO, Responsabilidad Civil por Daños al Consumidor, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 753).

En tal orden, en lo que podríamos denominar como una caracterización genérica, se ha apuntado que las cláusulas abusivas se caracterizan por generar desequilibrio entre las estipulaciones recíprocas, de tal forma de acumular ventajas a favor de la parte fuerte de la relación contractual y, simultáneamente, desventajas en las prestaciones a cargo del cliente (STIGLITZ, RUBÉN S. - STIGLITZ, GABRIEL A., Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor, Depalma, Buenos Aires, 2006, ps. 19 y sigtes). En la misma línea se ha dicho que técnicamente es abusiva por su contenido o por su forma toda cláusula que determine injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe, lo que dependerá muchas veces de las circunstancias del caso (Rossi, Oscar Jorge: "Derechos de consumidores y usuarios", ps. 121/2). Dentro de esa concepción, el artículo 988, en su inciso a) establece que deben tenerse por no escritas las cláusulas que "desnaturalizan las obligaciones del predisponente" y en el inciso b) plasma igual solución respecto de las que "importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias", directivas éstas que reiteran las reproducidas por el artículo 37 de la ley de defensa del consumidor.

El derecho dispositivo "es un deber ser, un modelo que el legislador considera razonable y que lo suministra a las partes para que lo tomen en cuenta". Por ello, si bien no es obligatorio, "es razonable o se supone que lo sea". Y entonces, si la cláusula se aparta de ese modelo de razonabilidad, sin que exista un motivo justificado, se convierte en una cláusula que desnaturaliza lo natural o lo normal (LORENZETTI, Ricardo L., "Tratamiento de las cláusulas abusivas en la ley de defensa del consumidor", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n°5 (1994) - Consumidores, Rubinzal Culzoni, p.171). Es decir, el legislador describe modelos, de los cuales las partes podrían apartarse, más si el apartamiento se debe a una mera imposición de la parte fuerte, o se produce un corrimiento de los requisitos esenciales del tipo, se genera entonces un apartamiento ilegítimo, que desnaturaliza las obligaciones (ver DIEZ-PICAZO, Luis - Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato, 5° ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 379). Hay entre los supuestos contemplados en los incisos a y b del art. 37 y 988 de los sistemas jurídicos indicados, una relación inversamente proporcional, porque es claro que cuando se desnaturalizan las obligaciones del proveedor, porque se amplían de manera irrazonable sus derechos o del mismo modo se limitan o suprimen sus obligaciones, como contrapartida media una desmedida restricción de los derechos del consumidor o bien una indebida elongación de sus deberes u obligaciones. Y todo ello, desde luego, provoca un claro desequilibrio contractual que tiene como perjudicado a este último

Ahora bien entrando al análisis de la cláusula tercera del boleto de compraventa, la misma establece: "las partes determinaron que el precio de la unidad sería de \$135.000, en dicho acto (a la firma del contrato), la actora pagó \$22.000 y manifestó que el 10/05/2010 pagaría \$3.000 más. También sostiene que, además, fijaron que la actora pagaría 48 cuotas consecutivas de \$2.000, con vencimiento el 10 de cada mes desde el 10/06/2010, más siete cuotas refuerzo por la misma cifra; todas estas cuotas se actualizarán contra entrega de las mismas que tendrá como referencia el costo de una barra de hierro de 8 mm que ofrece una empresa reconocida como Hierronort y la bolsa de cemento de 50kg portland común, marca Loma Negra, que ofrece una empresa reconocida en el medio como Expreso San José".

Analizando la actualización establecida para las 48 cuotas consecutivas, se advierte que se insertó una cláusula indexatoria prohibida por la ley 23.928. Cuando se advierte que una de las cláusulas estipuladas en un contrato tiene un inequívoco propósito indexatorio de las obligaciones pendientes de pago, pues su objeto es estabilizar el valor de las prestaciones vinculándolo con el valor equivalente a una cosa de precio tan bursátil y fluctuante, como ser la bolsa de cemento y la barra de hierro, corresponde aplicar la prohibición dispuesta por la Ley 25.561 en cuanto modificó la Ley 23.928, manteniendo su art. 7, e invalidar la estipulación cuestionada de conformidad con lo establecido por los arts. 502, 953, 1.038 y 1.047, Código Civil, pues las disposiciones de las Leyes 23.928 y 25.561 son de orden público y no pueden ser modificadas por la voluntad de los contratantes, más allá de su indudable naturaleza federal.

No resulta posible admitir como válida una cláusula contractual que permita "actualizarse" suma alguna en nuestro sistema jurídico. Es indudable que la decisión de política económica de prohibir la indexación o repotenciación de deudas se encuentra todavía vigente en nuestro sistema jurídico positivo, de acuerdo a las normas contenidas en las Leyes N° 23.928 y N° 25.561; así como también es indudable que tal decisión de política económica no fue dejada de lado en ningún momento posterior a la sanción de tales leyes por ninguna decisión del Congreso Nacional.

Si de los términos del acuerdo celebrado en la causa surge que la deudora se obliga a abonar montos en pesos, pero con una cláusula equivalente al valor de una cosa determinada de precio fluctuante, como ser la bolsa de cemento, cabe interpretar que ello tiene un inequívoco propósito indexatorio de las obligaciones pendientes de pago, pues su objeto es estabilizar el valor de las prestaciones vinculándolo con el de una moneda extranjera. Corresponde entonces invalidar dicha

cláusula de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 7 y 10, Ley 23.928 (texto según Ley 25.561), y arts. 502, 953, 1.038, 1.047 y ccs., Código Civil).

Corresponde señalar, preliminarmente, que esta Corte ha reafirmado la vigencia de la Ley N° 23.928 y la imposibilidad de aplicar mecanismos de actualización. En efecto, ha sostenido que: “si bien la Ley 25.561 declaró la emergencia pública económica, financiera y cambiaria -derogando el régimen de convertibilidad-, mantuvo en lo sustancial los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928, que prohíben la actualización monetaria, indexación de precios, variaciones de costos y repotenciación de deudas (conf. CSJT, sentencia N° 444, de fecha 2 de junio de 2008).

A partir de lo analizado, se observa que la pretensión de la actora de calcular el valor actual del inmueble resulta incompatible con los artículos 7 y 10 de la Ley de Convertibilidad (N° 23.928), en cuanto mantienen la prohibición de toda clase de actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas. Cabe agregar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó los planteos de inconstitucionalidad de dichas normas a partir de considerar que la solución legal constituye una decisión clara y terminante del Congreso Nacional de ejercer las funciones que le encomienda el art. 75, inc. 11 de la Constitución Nacional de “hacer sellar la moneda, fijar su valor y el de las extranjeras” y la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa escapan al control de constitucionalidad, pues, la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial (conf. CSJN, in re 'Massolo, Alberto José vs. Transporte del Tejar S.A.', de fecha 20 de abril de 2010, Fallos 333:447, entre otros). Dicha postura fue aplicada también por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos de expropiación (conf. CSJN, in re 'Estado Provincial - Casación en autos: Ros, Guillermo Horacio y otros c. Estado Provincial - expropiación inversa', de fecha 24/5/2011, Fallos 334:509; 'Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c. Provincia de Buenos Aires', de fecha 16/02/2010, Publicado en: DJ 14/04/2010, 941)” (CSJT, 05/10/2016, “I.F.A. S.A. (Industria Frigorífica Argentina) s/ Quiebra vs. Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ Expropiación”, sentencia N° 1198). Cabe agregar que la línea sentada por los referidos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido reiterada por dicho Tribunal en la sentencia del 8 de noviembre de 2016, en la causa “Puente Olivera, Mariano el Tizado Patagonia Bienes Raíces del Sur SRL s/ Despido.

Por todo lo expuesto, considero que la parte demandada ha incurrido en las conductas descritas en los incisos a), y b) del art. 37 de la ley de defensa del consumidor citado y 988 del Código Civil y Comercial de la Nación, y en el art. 1.743 del último ordenamiento mencionado. De ahí que sin necesidad de entrar en el debate de si se trata de un supuesto de inexistencia o nulidad absoluta, se tendrá por no escrita la última parte de la cláusula tercera del boleto de compra venta celebrado entre las partes.

La doctrina admitió que “la abusividad no siempre se presenta, en el ámbito del derecho del consumo, en virtud de cláusulas claramente vejatorias del consumidor y desequilibrantes de la relación negocial. Muchas veces el aprovechamiento por parte del proveedor puede encontrarse en la consagración de previsiones contractuales que, si bien a primera vista no reportan un claro aprovechamiento de su parte, encuentran en su difícil y oscura redacción la posibilidad de ser interpretadas de distinta forma, incluso, en desmedro del consumidor” (Saenz, Luís R. J., en Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada, dir: Sebastián Picasso y Roberto Vázquez Ferreira, 1ra ed Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 444).

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: Se encuentra acreditado que al momento de la promoción de la presente acción el demandado no ha cumplido con la entrega a pesar de que el edificio se encuentra terminado y habitado (cf. inspección ocular de fecha 13/06/2022). Ante la insistencia de la parte actora que se le entregue la unidad pactada, los demandados le indicaron que debían

reajustarse todas las cuotas -cobradas de conformidad- retroactivamente, intimándola mediante CD de fecha 21/04/2019, ante lo cual la Sra. Retamozo se opone a dicha pretensión mediante CD de fecha 08/05/2017, por considerarla abusiva.

En esta instancia cabe aclarar que la resolución contractual por falta de cumplimiento en el pago de las cuotas, declarada por el demandado en la carta documento de fecha 21/04/2017 no surtió efectos, dado que la actora al contestar, se opuso a la misma (ver CD 2245237-2 de fecha 09/05/2017). Entiendo que la señora Retamozo contaba con aquella facultad en atención a lo dispuesto en el inciso c) del artículo 1.078 CyCN que dispone: *“la otra parte puede oponerse a la extinción si, al tiempo de la declaración, el declarante no ha cumplido, o no está en situación de cumplir, la prestación que debía realizar para poder ejercer la facultad de extinguir el contrato”*. El incumplimiento por parte de la demanda se materializa en la falta al deber de información (art. 4 LDC), al no indicar el monto líquido total que la actora debía pagar para acceder a la unidad comprada.

Tengo presente la inspección ocular practicada el día 13/06/2022, de la cual surge que el edificio estaría terminado en un porcentaje aproximado del 80%, lo que sería que en cada piso faltan terminar departamentos, es decir, unas 20 unidades. También se constató en dicha inspección que el departamento 2 A vive el Sr. Franco Ahumada, DNI 36.224.532, quien manifiesta ser inquilino de la Sra. Nélide Ale Sleiman hace 6 meses, y que el departamento está terminado y en buenas condiciones.

Habiéndose declarado la nulidad del último párrafo de la cláusula tercera, por introducir una cláusula indexatoria prohibida, corresponde integrar la mentada cláusula de la siguiente manera: *“El saldo en 48 cuotas mensuales y consecutivas de \$2.000, con vencimiento los días 10 de cada mes, a partir del día 10 de Junio del 2010 y las siete cuotas refuerzo por las mismas cifras. Las cuotas abonadas fuera de término devengarán, desde la mora y hasta esta sentencia, un interés calculado según la Tasa Pasiva del BCRA, por ser ésta la dispuesta por la doctrina legal de la la Excma. Corte Suprema de Justicia de nuestra provincia (Sentencia n° 420 del 12 / 06 / 1996 recaída en el caso "NOFAL DARDO OSCAR Vs. CONCEPCIÓN AMAYA VDA. DE DÍAZ Y OTROS S/ ESCRITURACIÓN - CASACIÓN")*, respecto a las obligaciones civiles regidas por el art. 622 del antiguo Código Civil, tasa aplicable a partir de la vigencia de la Ley de Convertibilidad n° 23.928, y un interés conforme tasa activa desde la fecha la sentencia hasta el efectivo pago;

Del análisis del boleto firmado por la partes, surge que el demandado se comprometió a entregar la unidad identificada como departamento 2 "A" ubicado en el Edificio 9 de Julio 677, luego de que la Sra. Retamozo abonará el precio pactado en cuotas. Sin embargo, cabe señalar que el actor también ha reconocido el pago de las cuotas fuera de término, dado que luego de entablar la demanda deposita el saldo de \$12.000 (pesos doce mil) en fecha 06/09/2021.

A su vez, en la misiva enviada en fecha 09/05/2017 la actora expresa que adeuda seis cuotas y pide que le informe el saldo adeudado, tal es la fecha que se tomará para computar los intereses conforme tasa pasiva por las seis cuotas adeudadas hasta la fecha del presente decisorio, a los que se adicionarán intereses conforme a la tasa activa promedio del BNA, desde la fecha de la sentencia hasta su efectivo pago.

El reconocimiento de la deuda por parte del deudor importa la declaración de encontrarse obligado. Por lo cual, la existencia de la deuda reclamada por la demandada, dada las constancias de los presentes autos, debe tenerse como existente, restando liquidar el monto final adeudado por la actora. Por lo tanto, la actora no cumplió con la obligación pactada a su cargo establecida en la cláusula sexta del instrumento firmado en fecha 21/04/2010, razón por la que entiendo existe incumplimiento recíproco de ambas partes.

Todo ello, me lleva a la convicción que la falta de entrega de la posesión del departamento por parte de los demandados a la parte actora, se debe a la falta de regularización respecto al monto de la deuda, en virtud de que no se pagó ningún tipo de interés.

Ergo, la parte actora debe pagar el interés fijado, desde la fecha de la mora hasta la fecha del presente fallo.

6. El deber de información. Ahora bien, una de las cuestiones centrales o fundamentales dentro del ámbito del derecho de consumo lo constituye el deber de información que pesa sobre el proveedor - en el presente caso primordialmente sobre la sociedad administradora o por quien comercializa este

tipo de contrato-" (Santarelli, Fulvio G. -2009-. Artículo 4°- Información. En Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto -Dir.-. Ley de Defensa del Consumidor, ps. 63-73. Buenos Aires: La Ley), y que se consagra desde el punto de vista del consumidor como el derecho a conocer la totalidad de las circunstancias que rodean el negocio jurídico a celebrar, dicho deber de información encuentra su justificación en la desigualdad existente entre las partes. Desigualdad que se encuentra dada en cuanto a que el proveedor, es un profesional en la materia y el que concentra todo el conocimiento del negocio en sí, mientras que el consumidor carece de conocimiento respecto de este contrato. Por ello entiendo que el deber de información tiende a romper el desequilibrio existente entre el experto y el profano.

El contenido del derecho a la información consiste en la posibilidad de que el consumidor acceda a un conocimiento suficiente sobre las características fundamentales del producto, lo cual lo colocará en condiciones de efectuar una elección más reflexiva, razonable y provechosa, disminuyendo de tal modo la desigualdad de conocimientos que naturalmente existe entre quien concibe, elabora y/o vende un producto o servicio y aquél que lo adquiere o piensa adquirirlo. El fundamento mismo del deber de informar, se encuentra en el principio de buena fe, de manera tal que la otra parte comprenda el negocio a celebrar.

Ergo, esta interacción comunicacional debe ser eficaz a fin de que una vez culminado su proceso el sujeto receptor, pueda satisfacer su interés de obtener un conocimiento pleno de aquello que le incumbe directamente y que está fuera de su conciencia (Vallespino Carlos Gustavo. Ossola Federico Alejandro. La obligación de informar en los contratos. Ed. Hamurabi., pág. 183).

Con la información se persiguen dos finalidades; por un lado, evitar daños y por el otro evitar la inferioridad negocial que puede generarse, si no se suministran los datos relevantes del negocio o se suministran datos erróneos (Quaglia, Marcelo C. Promoción y publicidad vs. Oferta e información. La Ley, 2011-F-101).

Son diversas las normas en todo el ordenamiento jurídico que imponen la obligatoriedad de la información. Así el art. 42 de la Constitución Nacional dispone que el consumidor tiene derecho a recibir información adecuada y veraz. El art. 4 de la ley de defensa al consumidor dispone que la información debe ser cierta, clara y detallada. A su vez el Código Civil y Comercial, en diversos artículos habla de información cierta, detallada, gratuita, suficiente, específica y comprensible, clara, precisa y adecuada (arts. 58, 59, 1100).

Este deber de información pesa no solo en la génesis del contrato, sino durante toda la ejecución del mismo. En función de ello, corresponde analizar las obligaciones o deberes de información que pesan sobre el proveedor (en el sentido amplio del mismo) durante la ejecución del contrato, relacionadas con el valor del bien y el caso de discontinuación del modelo del bien tipo comprometido.

Respecto a la defensa de la demandada, que aduce que la actora pagó en total \$117.000 (ciento diecisiete mil) la unidad a la fecha de la interposición de la demanda, que no pagó ninguna actualización de las cuotas, ni los intereses moratorios; y que cuando la empresa la citó para buscar regularizar su deuda, no pagó la actualización adeudada, ni suscribió el convenio con los demás compradores, y tampoco regularizó o procuró regularizar su deuda posteriormente, se encuentra acreditado en autos.

Si bien la demandada sostiene que desde Agosto del año 2010 hasta julio del año 2013 la actora pagó regularmente y desde entonces hasta el mes de mayo del 2015 sus pagos fueron impuntuales, omitiendo todas las actualizaciones y manteniendo indemne el monto durante más cuatro años; de las cartas documentos remitidas por ambas partes surge claro la falta al deber de información a

cargo de la demandada, ya que no obra constancia ni prueba alguna donde se indique el monto exacto que la actora debía pagar para acceder a la unidad. Así, al momento de intimar al pago de 9 cuotas adeudadas, no informo de manera clara, precisa y por escrito cual era la suma a pagar o cuánto era el monto de las cuotas actualizadas, al respecto tengo presente que la cláusula TERCERA expresamente detalla: "El mencionado saldo y las cuotas refuerzo tendrán una actualización que se hará efectiva contra entrega de cada una de las cuotas entre el día de la fecha y el momento del saldo efectivo de la misma.

Ergo, analizar la conducta que han seguido los contratantes, luce nitido el incumplimiento incurrido en orden a la información suministrada a la consumidora respecto de las condiciones de contratación (cf. arts. 42 CN, 4 LDC y 1.100 CCCN), particularmente respecto de la modalidad de pago del precio, extremo éste que reviste especial relevancia en la operatoria del Fideicomiso para construcción. Se ha señalado que "Uno de los elementos esenciales sobre los que debe recaer la información la que alude la ley 24.240 es el precio, aspecto fundamental de cualquier transacción mercantil y que goza de una tutela específica relativa al modo en que debe ser publicitado." (SCBA LP C 102100 S 17/09/2008 Juez HITTERS (SD): "Lucero, Osvaldo Walter s/Amparo", B30055 JUBA).

En suma, no bastando para dar por cumplido el deber de información, el argumento defensivo de la demandada en cuanto a que la actora conocía las condiciones de contratación, considero que la determinación del valor de una barra de hierro de 8 mm que ofrece en plaza una empresa reconocida en el medio como Hierro Nort y una bolsa de cemento Portland común, marca Loma negra que ofrece en plaza una empresa reconocida en el medio como Expreso San Jose, excede al conocimiento efectivo de la Sra. Retamozo como consumidora. Debio la demandada, como proveedora experta en el servicio de construcción expresar el monto exacto de la actualización de cada cuota al momento de realizarse los pagos.

7. Responsabilidad. Lo considerado previamente en orden al incumplimiento incurrido por la demandada de su deber legal de brindar información clara, precisa y detallada respecto de la modalidad de pago de las cuotas y las actualizaciones debidas por la actora (cf. art. 42 CN, 4 LDC y 1.100 CCCN), hace nacer su responsabilidad respecto de las consecuencias dañosas que tal accionar pudo haberle ocasionado (cf. art. 40 LDC), cuya procedencia y quantum abordaré en lo que sigue.

Por lo anteriormente expuesto, es que **corresponde hacer lugar a la demanda, fijando un plazo de 30 días para que el demandado haga entrega a la actora del inmueble objeto del presente litigio en las condiciones pactadas (art. 10 bis LDC), previo pago por parte de la Sra. Retamozo del saldo adeudado en concepto de intereses, conforme lo considerado en los párrafos anteriores.**

8. Pretensiones. Determinada la responsabilidad que cabe imputar a los codemandados, corresponde abordar el tratamiento de sus pretensiones, a saber:

8.1. Cumplimiento del contrato. La actora solicita la entrega del departamento adquirido o el monto equivalente de la prestación debida con más los intereses moratorios y compensatorios correspondientes, desde que la prestación es debida (señala como fecha el mes de Abril del año 2014). Señala que el valor del departamento es el que surge de la tasación, la cual arroja la suma de \$9.734.850.- (pesos nueve millones setecientos treinta y cuatro mil ochocientos cincuenta), conforme informe realizado por el martillero público y perito tasador Illanes Faciano, A.R. (M.P. N° 169) en fecha 05/09/2022.

Conforme lo considerado en el punto precedente en cuanto al incumplimiento contractual y estado de mora de las demandadas, corresponde condenar a los codemandados Cesar Grandi Empresa Constructora SRL, y Domingo Merchese a entregar a la actora la unidad de departamento objeto de este litigio, en el término de 30 días de quedar firme la presente, previo pago por parte de la actora de la suma adeudada en concepto de intereses devengados por las cuotas pagadas fuera de

término, la cual debe determinarse por la demandada en el etpara de cumplimiento se sentencia, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento y/o cumplimiento imposible de lo dispuesto por el art. 651 CPCCT (Ley 6.176)

8.2. Privación de uso. Pretende por este rubro el actor la suma de \$ 1.428.000.- (pesos un millón cuatrocientos veintiocho mil); o lo que en más o en menos surja de las probanzas de autos a raíz de la privación de uso, goce y aprovechamiento de la unidad departamental señalando que la compra del presente inmueble fue con objeto a vivienda y por no disponer del mismo tuvo que afrontar un alquiler de similares características.

En lo tocante a este rubro tengo que, tanto doctrina como jurisprudencia son contesten en señalar que el uso de una cosa puede o no producir ganancias; pero, aunque no se obtenga de ella una renta, su mero uso significa siempre una ventaja patrimonial apreciable para quien puede aprovecharla, y, por ello, privarlo de la cosa por un tiempo determinado le ocasiona un daño cierto, que no requiere prueba especial, sino que es evidente (cfr. publicación de fecha 21.12.16 en “La Ley”, Sistematización de los rubros indemnizatorios en el Código Civil y Comercial de la Nación, Autor: Fiol, Gerardo). En el mismo sentido se ha dicho que la privación de uso configura de por sí un daño indemnizable y, es aceptable interpretarlo como un juicio de normalidad y de carga probatoria: la privación del uso basta para demostrar el daño, porque en general no se tiene la cosa sino para utilizarla, y su indisponibilidad es índice suficiente de la necesidad de remplazarlo, salvo demostración en contrario que debe suministrar el demandado.

La Dra. Matilde Zavala de Gonzalez, en su obra Resarcimiento de Daños T. 1. Editorial Hamurabi, en la que si bien se refiere a daños a los automotores, analiza la cuestión mediante razonamientos que estimo aplicable a la especie. En su trabajo, adhiere a un criterio amplio para caracterizar la privación de uso como un daño autónomo, distinto del lucro cesante. A diferencia de éste que si requiere prueba acabada de lo dejado de percibir, en la privación de uso, si bien presupone que el perjuicio debe ser cierto, la convicción judicial sobre su efectividad no siempre necesita prueba directa y específica. Frecuentemente, y por el contrario, dicha certidumbre se obtiene por la vía presuncional, sobre la base de juicios de normalidad que atienden al modo en que se presentan las cosa en la realidad ordinaria de la vida.

Sentado ello y analizadas las constancias de autos adelanto que el rubro habrá de prosperar. Me explico. Conforme se adelantara, 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 comprador. Se trata del denominado daño al interés positivo o de confianza, en virtud del cual de lo que se trata es de colocar al contratante *in bonis* o cumplidor en la misma situación en que se hallaría si el contrato se hubiese cumplido. Así, el "daño al interés positivo" engloba las perspectivas favorables que el acreedor podía legítimamente esperar como resultado del cumplimiento de la obligación (cfr. J. LLambias, "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", T. 1, pág. 297), y, en el presente caso, resulta claro que las perspectivas del negocio se vieron frustradas por causas imputables a la demandada. Ello así, corresponde resarcir el daño al interés positivo derivado del incumplimiento del contrato que se identifica en el caso en examen con el lucro cesante (conf. arts. 519, 2do. párrafo; y 1069 2do párrafo del Cód. Civil). Por esto se lo denomina también "interés de cumplimiento". El acreedor tenía en su crédito un título valido y eficaz, que constituía una causa legítima de las ventajas esperadas; si el deudor no cumple la obligación, ha de responder por la frustración de los beneficios con que contaba el acreedor y que se fundaban en la virtualidad de su título. Y 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 derivada del incumplimiento (art. 520 y cc. CC).

Es por ello que en la especie resulta procedente el reclamo de daños y perjuicios formulado por el actor a título de privación de uso derivado del incumplimiento en que ha incurrido la codemandada contratante.

Ahora bien, a los fines de cuantificar el presente rubro, advierto que la cuantía indemnizatoria no ha sido probada por el actor, quien se limitó a proponer una suma global de su pretensión sin entrar en detalle del valor locativo mensual correspondiente al departamento en cuestión. El reclamante no propuso pautas objetivas, ni se produjo prueba que estaba a su alcance para acreditar el valor locativo -sea parcial o informativa-. Sin perjuicio de ello, estando acreditada la procedencia del daño, resulta aplicable la previsión normativa contenida en el art. 267 del CPCC, por lo que en uso de las facultades conferidas el suscripto procederá a estimar el valor referente a efecto de calcular la indemnización. En ausencia de pruebas concretas, el juicio presuncional habrá de responder a criterios de normalidad o habitualidad, de acuerdo a las circunstancias del caso que se resuelve, y con criterio restrictivo debido al déficit probatorio señalado en que ha incurrido la parte interesada (art. 302 Procesal). 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).

Bajo esos lineamientos y teniendo en cuenta las características del bien inmueble de que se trata, su ubicación, superficie y que el pago será efectuado en un monto único, estimo prudente establecer como precio locativo que servirá de base de cálculo la suma de \$100.000 estimados a la fecha de esta resolución en concepto de valor locativo mensual.

En conclusión, habiendo sido acreditado el incumplimiento contractual y con ello la indisponibilidad de la unidad acordada, considero procedente que los periodos a resarcir corran desde el mes de septiembre del 2021 hasta la fecha de entrega efectiva de la unidad conforme el valor locativo antes determinado, difiriéndose a la etapa de ejecución de sentencia su concreta determinación, debiendo sobre la suma resultante calcularse intereses a tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde la fecha en que se produjo la mora - Septiembre 2021 y respecto de cada uno de los períodos locativos devengados.

8.3. Daño moral: La actora reclama la suma de \$700.000 (setecientos mil pesos) en concepto de daños y perjuicios, manifiesta que el destrato, desaprensión, negligencia y desinterés que mostraron las accionadas, produjeron graves padecimientos anímicos en la Sra. Retamozo. Sostiene que el padecimiento anímico y el quebrantamiento en sus emociones provocaron que la Sra. Retamozo sufriera Fibromialgia y otras patologías con causa nerviosa, para demostrar tal patología adjunta dictamen de la Comisión Médica de la SRT de fecha 12/12/2018 que determina una incapacidad del 47,91 % (cf. A 9).

En cuanto a la procedencia del daño moral en materia contractual es sabido que, predomina el criterio jurisprudencial según el cual tiene carácter excepcional y es de interpretación restrictiva. No obstante ello, las circunstancias puestas de relieve en el caso respecto del incumpliendo de las demandadas, que implicaron para la actora -compradora no culpable- verse privada injustificadamente y por un extenso período de tiempo de contar con la vivienda (bien de extrema importancia para la vida diaria individual, social y familiar) adquirida mediante la inversión de una importante suma de dinero (con el razonable sacrificio que ello debió implicar, habiendo cumplido con los pagos en el tiempo estipulado), me persuade respecto de su procedencia.

Ello, en tanto el incumplimiento de las demandadas razonablemente debió generarle sentimientos de intranquilidad, angustia, inseguridad, decepción e impotencia, es decir, una grave alteración a su equilibrio espiritual, viéndose frustrada su confianza depositada en una firma profesional de la construcción (de público y notorio). Ponderando asimismo que (cf. lo considerado en el punto 2 del presente decisorio) la actora reviste la calidad de consumidora frente a una contraparte proveedora/experta/profesional, habiéndose visto obligada a emprender reclamos y el presente juicio (cf. constancias de autos).

Analizando la prueba aportada por la actora surge del dictámen de la Comisión Médica de fecha 12/12/2018, que la Sra. Retamozo presenta antecedentes personales (asma bronquial. fractura de tibia y perone derechos), en cuanto a la enfermedad actual refiere que padece Fibromialgia (siente dolores en la espalda, en brazos, dolor en los dedos del pie derecho y amortiguadas las manos). Por su parte de la prueba testimonial surge la declaración de los testigos Rivadeneira y Martín, quienes respaldaron los dichos de la actora, asistiendo razón a llos dichos de la actora de que padece Fibromialgia como consecuencia del estrés provocado por el actuar de las accionadas.

En mérito a lo expuesto, corresponde hacer lugar al presente rubro que estimo prudente y razonable establecer en la suma de \$ 700.000 (pesos setecientos mil) a la fecha de esta sentencia, suma a la

que se adicionarán intereses conforme a la tasa activa promedio del BNA, en caso de incumplimiento, dinero con el que considero la actora podrá obtener contentamientos o satisfacciones con los cuales compensar -en algún grado- los perjuicios extrapatrimoniales razonablemente experimentados (cf. teoría de las compensaciones sustitutivas o satisfactorias elaborada por la CSJN in re “Baeza Silvia” y consagrada normativamente en el art. 1741 del CCCN).

8.4. Daño punitivo. Finalmente, el actor considera que la conducta de la demandada amerita la aplicación de una sanción civil en concepto de daño punitivo, estimando su monto en \$1.000.000.

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).

En base a lo expuesto, advierto que en el presente caso la demandada ha vulnerado sistemáticamente el derecho a la información y al trato digno del consumidor. La demandada, aun cuando la Sra. Retamozo le remitió carta documento intimando a que se detalle el monto exacto de la deuda, no lo hizo, y hasta la fecha, no surge de las constancias de autos cuales la suma de dinero exacta adeudada por la actora en concepto de actualización de cuotas. La demandada no informa debidamente el monto exacto que la actora debía pagar para acceder a la unidad.

Tengo a la vista Expte 7208-R-2019 de la Dirección de Comercio Interior, que acredita que la actora transitó numerosas instancias durante un lapso prolongado de tiempo, procurando arribar a un

acuerdo con la demanda. Ni aun así, ha logrado el consumidor obtener la información necesaria para conocer cuál es el monto exacto de la cuota actualizada que debe pagar.

Ergo, analizar la conducta abusiva y desleal de la demandada, tengo por acreditado la vulneración de los derechos de la actora como consumidora. Por ello, a la luz de esta interpretación, resulta procedente aplicar a firma administradora la multa ejemplar prevista en el Art. 52 bis. de la ley 24.240 (daño punitivo). Ello así por cuanto la conducta del proveedor 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 en las instancias extrajudiciales), y pasible de vulnerar o reiterarse en contra de otros clientes actuales o futuros.

En el caso particular, estimo que la conducta es reincidente, según Informe Mesa de Entradas Civil surge que MARCHESE y de CESAR GRANDI SRL se registran como demandados en más de cien juicios civiles (cf A5). A su vez, el Registro Público de Comercio informa que no registran ningún contrato de fideicomiso a nombre de "Fideicomiso Edificio Calle 9 de Julio 677", lo que me lleva a concluir que la conducta desarrollada por los demandados reviste suficiente gravedad para justificar la aplicación de esta multa civil sancionatoria, ejemplificadora, de finalidad preventiva y disuasiva.

Tengo presente, que es de público conocimiento que los accionados han defraudado a multitud de personas sin entregar, ni siquiera terminar, las viviendas a las que se obligaron, lo que evidencia su imprudencia y/o negligencia en el ejercicio de su actividad profesional, incompatible con el grado de expertiz en el rubro con que se suponen dotados (en su calidad de proveedores, cf. lo ya considerado), y la sinceridad con que deben manejarse, ponderando que financian sus obras con dinero proveniente de terceros, que en la mayoría de los casos las destinan a la obtención de un inmueble para vivienda (como en el caso, cf. lo ya ponderado), con los lógicos perjuicios que el incumplimiento les trae aparejados.

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 al actor a realizar múltiples trámites para obtener el reconocimiento de sus derechos y reparación de los daños.

En lo tocante al quantum de la sanción, es sabido que se trata de una tarea delicada, siendo algunas premisas a ponderar: a) que no es un resarcimiento; b) que es una sanción; c) que tiene incidencia la gravedad de la falta; d) que no tiene relación directa y lineal con los rubros indemnizatorios; e) que debe cumplir una función preventiva, disuadiendo al infractor de reincidir en conductas análogas, utilizando como medio para ello que resulte más rentable la prevención a tener que pagar por el daño provocado. Todo en la búsqueda de que el obrar de los proveedores se adecue al estándar de profesionalidad que le es requerido para no quebrar las legítimas expectativas de los consumidores.

Por lo considerado, ponderando en el caso las premisas señaladas, en particular la naturaleza y valor de las prestaciones incumplidas, que razonablemente debieron frustrar las legítimas expectativas de la actora de contar con un bien destinado a vivienda, viéndose obligada a iniciar las presentes actuaciones para obtener su cumplimiento, todo lo cual y atento el carácter profesional de la actividad que desarrollan las demandadas, resulta inadmisibile y evidencia un comportamiento de su parte que aparece reñido con el trato digno que la C.N. (art. 42), la LDC (art. 8 bis) y el CCCN (art. 1.097) garantizan al consumidor siendo ello dirimente para la aplicación de la sanción en cuestión.

Acreditado la falta de informacion, estimo corresponde imponer una multa civil a su cargo, la cual considero razonable fijar en la suma de \$1.500.000 (un millon quinientos mil de pesos) a la fecha de

esta sentencia, a la que se adicionarán intereses conforme a la tasa activa promedio del BNA, en caso de incumplimiento.

9. Corolario. Por todo lo considerado, corresponde hacer lugar a la acción de consumo iniciada por Fátima Elizabeth Retamozo, DNI 22.331.379, en contra de César Grandi Empresa Constructora S.R.L. y Domingo Mario Marchese, y, en consecuencia, condenar a éstos últimos a: 1) entregar a aquella la unidad ubicada en calle 9 de Julio Nro. 677 el Piso 2, departamento "A" de la ciudad de San Miguel de Tucumán del edificio construido en el marco del contrato de fideicomiso inmobiliario denominado "Fideicomiso Edificio 9 de Julio 677 ",previo pago por parte de la actora de la suma adeudada en concepto de intereses adeudados por pagos de cuotas fuera de término, la cual debe determinarse en la etapa de cumplimiento de sentencia, en el término de 30 días de quedar firme la presente, bajo apercibimiento de aplicar en caso de incumplimiento y/o de cumplimiento imposible, lo dispuesto por el art. 561 CPCCT (ley 6.176; 2) declarar la nulidad de la última parte de la cláusula tercera del boleto de compra venta celebrado entre las partes en fecha 08/04/2010, por considerarla violatoria del art. 7 y 10 de la ley 23.928 y 37 de la Ley 24.240; 3) integrar la referida cláusula estableciendo que la parte actora deberá pagar intereses devengados desde la fecha de la mora en el pago de cuotas abonadas fuera de término, aplicando tasa pasiva promedio del Banco Nación Argentina desde la fecha de la mora de cada cuota abonada fuera de término hasta la fecha de la sentencia, y el interés tasa activa promedio del Banco Nación Argentina desde la fecha la sentencia hasta el efectivo pago; 4) abonar a la actora la suma de dinero que resulten del cálculo cuya determinación se difiere para la etapa de ejecución de sentencia en concepto de privación de uso, a razón de \$100.000 mensuales desde la fecha de la mora - Septiembre 2021 y hasta la efectiva entrega del bien, en el término de diez días, con más intereses, en la forma considerada; 5) abonar a la actora el importe de \$700.000.- (pesos setecientos mil) en concepto de daño moral; más la suma de \$1.500.000.- (pesos un millón quinientos mil) en concepto de daño punitivo, en el término de diez días de quedar firme la presente, con más los intereses en la forma considerada.

10. Costas. Conforme el resultado arribado, se imponen a las codemandadas vencidas (cf. art. 61 CPCCT).

11. Honorarios. Se difiere su regulación para la etapa procesal oportuna.

Por ello,

RESUELVO

1) NO HACER LUGAR a la defensa de falta de acción interpuesta por la demandada, conforme lo considerado.

2) HACER LUGAR a la acción de consumo iniciada por Fátima Elizabeth Retamozo, DNI 22.331.379, en contra de César Grandi Empresa Constructora S.R.L., CUIT 30-53470786-6, y Domingo Mario Marchese, D.N.I. 05.535.992, y, en consecuencia, condenar a éstos últimos a: 1) entregar a aquella la unidad ubicada en calle 9 de Julio Nro. 677 Piso 2, departamento "A" de la ciudad de San Miguel de Tucumán del edificio construido en el marco del contrato de fideicomiso inmobiliario denominado "Fideicomiso Edificio 9 de Julio 677", previo pago por parte de la actora de la suma adeudada en concepto de intereses adeudados por pagos de cuotas fuera de término, la cual debe determinarse en la etapa de cumplimiento de sentencia, en el término de 30 días de quedar firme la presente, bajo apercibimiento de aplicar en caso de incumplimiento y/o de cumplimiento imposible, lo dispuesto por el art. 561 CPCCT (ley 6.176; 2) declarar la nulidad de la última parte de la cláusula tercera del boleto de compra venta celebrado entre las partes en fecha 08/04/2010, por considerarla violatoria del art. 7 y 10 de la ley 23.928 y 37 de la Ley 24.240; 3) integrar la referida cláusula estableciendo que la parte actora deberá pagar intereses devengados

desde la fecha de la mora en el pago de cuotas abonadas fuera de término, aplicando tasa pasiva promedio del Banco Nación Argentina desde la fecha de la mora de cada cuota abonada fuera de término hasta la fecha de la sentencia, y el interés tasa activa promedio del Banco Nación Argentina desde la fecha la sentencia hasta el efectivo pago; 4) abonar a la actora la suma de dinero que resulten del cálculo cuya determinación se difiere para la etapa de ejecución de sentencia en concepto de privación de uso, a razón de \$100.000 mensuales desde la fecha de la mora - Septiembre 2021 y hasta la efectiva entrega del bien, en el término de diez días, con más intereses, en la forma considerada; 5) abonar a la actora el importe de \$700.000.- (pesos setecientos mil) en concepto de daño moral; más la suma de \$1.500.000.- (pesos un millón quinientos mil) en concepto de daño punitivo, en el término de diez días de quedar firme la presente, con más los intereses en la forma considerada.

3) COSTAS a la codemandadas vencidas (cf. art. 61 CPCCT).

4) HONORARIOS en su oportunidad.

HAGASE SABER

DR. PEDRO E. YANE MANA

JUEZ CIVIL Y COMERCIAL COMUN DE LA I NOMINACION

Actuación firmada en fecha 15/02/2024

Certificado digital:

CN=YANE MANA Pedro Esteban, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 20178601580

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