

- **LA TUTELA DEL CONSUMIDOR INMOBILIARIO - RESPONSABILIDAD POR DAÑO MORAL**

Junio de 2019

Revista Código Civil y Comercial, Bs. As., año V, N° 5 pág. 3

Id SAIJ: DACF190195

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho de defensa del consumidor bien utilizado, se convierte en herramienta que sumada a la doctrina y jurisprudencia, habilitan la consolidación técnica y jurídica de los derechos de los consumidores en la vida cotidiana. El fallo que nos toca comentar es un ejemplo de la senda antedicha porque revitaliza las nociones clásicas brindándoles un nuevo y rico contenido.

II. PLATAFORMA DEL FALLO.

II.1 Antecedentes del caso.

Con fecha 26 de junio de 2018, la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata dictó sentencia en la causa "Fornillo c. Marquinez(1)" rechazándose el recurso de apelación y de nulidad interpuesto por la parte demandada, y, por tanto, confirmando la sentencia recurrida, con más las costas al recurrente vencido.

Del texto de la sentencia anotada se infieren los hechos del caso: Los actores, María Claudia Fornillo y Jorge Martini, celebraron el 25 de abril de 2011 con el señor Juan Ignacio Marquínez un contrato de compraventa sobre una unidad funcional, correspondiente al edificio ubicado en calle Guijón N° 125 de la localidad de Santa Clara del Mar, abonándose en dicho acto la suma de u\$s 13.500. El saldo restante se pagaría en 84 cuotas iguales y consecutivas por un valor de u\$s 445 cada una, mediante depósito mensual en la cuenta bancaria del demandado. También se convino que los compradores abonarían todos los gastos inherentes a planos de derecho de construcción y trámites, debidamente actualizados al momento en que el comprador los efectivice. El plazo de la obra se estableció para el mes de noviembre de 2011, fecha en la cual se los pondría en posesión y se otorgaría la escritura traslativa de dominio "libre de ocupantes, aun cuando estén pendientes detalles de obra". De modo adicional, se pactó en favor del vendedor un plazo extraordinario de 90 días corridos, a contar desde la fecha antedicha para la entrega de la posesión del inmueble. -

MARTINICH & ASOCIADOS

Estudio Jurídico Inmobiliario

Ismael.martinich@gmail.com - José María Bedoya Nro. 868, Piso 6to., Dto. A, Barrio Cofico
(C.P. 5.000) - Córdoba - Argentina.
Tel.: (0351)-155324066.-

Así las cosas, al vencimiento de los plazos antedichos -plazo ordinario y extraordinario- el vendedor no otorgó la posesión ni firmó la escritura de dominio generándose un intercambio epistolar, que a la postre resultó infructuoso, ante la falta de acuerdo de partes, lo que motivó la promoción de una acción por incumplimiento contractual con más daños.-

II.2 Los argumentos de la Alzada.

En lo que nos interesa, el tribunal de Alzada, a través del vocal preopinante, esbozó los argumentos siguientes para confirmar el fallo.

En primer lugar, consideró aplicable al caso el Código Civil ([Ley N° 340](#)) y no el Código Civil y Comercial ([Ley N° 26.994](#)), afirmando "que las disposiciones del derogado Código Civil (ley 340) son las aplicables para el estudio de los presupuestos de la responsabilidad civil por estar vigentes al momento en que se dice configurado el incumplimiento contractual (año 2011) y que habría provocado los daños cuya reparación reclama la parte actora (conforme doct. [art. 7 del CCYCN](#), ley 26.994)(2)".

En segundo lugar, a pesar que no había sido objeto de tratamiento principal en el fallo recurrido, sostuvo la aplicabilidad al caso de autos de la ley N° 24.240 (texto según [ley N° 26.361](#)- B.O. 7/04/08) y, por ende, *"la configuración de una relación de consumo"*. Así, concluyó: "En definitiva, a mi modo de ver, en el caso concurren los presupuestos que prevén los arts. 1°, 2° y 3° para la aplicación de la ley 24.240, razón por la cual interpreto que las cuestiones aquí debatidas deben juzgarse a la luz del mentado régimen legal (3)".

En tercer lugar, quizás en el aspecto más interesante del fallo en cuestión, ingresa en el análisis de los presupuestos de la responsabilidad (ilicitud, daño y relación de causalidad) en la relación de consumo, deteniéndose en la cuantificación del daño moral. A tales efectos, considera que "teniendo en cuenta aquí la edad de los actores al momento del hecho generador del daño (64 años el Sr. Jorge Martínez y 52 años la Sra. María Fornillo), el estado de intranquilidad o alteraciones de ánimo a los que -cabe presumir- se habrían expuesto al no tomar posesión y valerse de la escritura traslativa de dominio de la unidad funcional adquirida y, especialmente, las vicisitudes que -como parte débil del contrato- tuvieron que transitar para conocer -en forma detallada y precisa- los costos necesarios para posibilitar el acto de escritura, considero ajustada

MARTINICH & ASOCIADOS

Estudio Jurídico Inmobiliario

a derecho la cuantificación del daño moral que efectúa el sentenciante en la suma de pesos cincuenta mil -\$50.000- con más los intereses que se establecen en el pronunciamiento recurrido(4)".

Pues bien, conforme hemos adelantado, nos detendremos en el ámbito subjetivo de la relación de consumo con especial consideración de la noción de proveedor y el rubro daño moral en una relación de consumo.

III.- LA RELACIÓN DE CONSUMO INMOBILIARIA.

III.1 El consumidor inmobiliario.

A partir de la incorporación del consumidor en el año 1993 como nuevo sujeto de derecho, dentro del ordenamiento jurídico nacional (Ley N° 24.240) pero con anclaje constitucional ([art. 42](#)), se produjo un cisma en la interpretación del derecho privado nacional que estaba regulado en dos códigos decimonónicos, como eran el Código Civil (Ley N° 340) y el Código de Comercio (Ley N° 15), desarrollándose el derecho de defensa del consumidor. Empero, al mismo tiempo, al tratarse de un derecho de tercera generación tuvo consecuencias trascendentes también en el derecho público, nacional y provincial, La noción de consumidor en el régimen del consumidor, mediante ley N° 24.240 -en adelante, LDC- nació restringida(5) por razones de política legislativa en el ámbito de aplicación y en la causa fin lo que trajo bifurcaciones no deseadas en la jurisprudencia, especialmente en el análisis de las categorías de consumidores, por ejemplo, el consumidor inmobiliario. Con la sanción de la ley N° 26.361 (2008) se modificaron varias normas del régimen de defensa del consumidor, especialmente las nociones de consumidor y de proveedor, amplificándose la categoría de consumidor inmobiliario(6) en un doble sentido. Por un lado, derogándose las limitaciones primigenias denunciadas más arriba y, por otro lado, mediante la incorporación por el legislador del "vocablo bienes en sentido lato, que comprende tanto la noción de cosa mueble o inmueble(7)" propiciándose, incluso, su determinación como categoría(8) especial. Por último, con la sanción del Código Civil y Comercial (Ley N° 26.994) se culmina el proceso modificándose nuevamente la noción de consumidor ([art. 1092](#)(9)) y receptándose el contrato de consumo como nuevo tipo general que abarca, que comprende tanto a los contratos típicos o nominados que han sido regulados por el legislador como también a los atípicos o que poseen tipicidad social; ya creados(10) o a crearse por obra de la autonomía privada(11) de las partes.

MARTINICH & ASOCIADOS

Estudio Jurídico Inmobiliario

III.2 El proveedor.

El otro polo del contrato de consumo encontramos al proveedor, cuya noción legal ([art. 1093](#)(12) CCyC; [art. 2, LDC](#)) es superlativa para determinar la existencia de un vínculo jurídico atrapado por el consumidor.

El proveedor adquiere bienes o utiliza servicios como medios destinados a un proceso, ya sea de producción, distribución o de comercialización, mayorista o minorista, por sí o por terceros. En otras palabras, diríamos que el consumidor busca el valor de uso; en cambio, el proveedor pretende el valor de cambio del bien o servicio. En igual sentido, el proveedor no debe ser asimilado al comerciante o empresario ya que puede incluirse en el concepto también al Estado en sentido lato (Nación, Provincia y Municipios), o bien a personas humanas que no desarrollen habitualmente su profesión como tales. Como bien diría López de Zavalía, el legislador como el poeta, pueden crear significados nuevos a vocablos vulgares dándoles un sentido técnico jurídico diverso de su común. En suma, siguiendo a prestigiosa doctrina, se advierte que la noción de proveedor se compone de dos elementos(13): 1) La realización de ciertas conductas típicas (producir, importar, distribuir o comercializar cosas o prestar servicios a consumidores o usuarios) ligadas al proceso de industrialización, distribución y comercialización; 2) La profesionalidad en la realización de esas conductas, más allá que actualmente se admita que sea con carácter ocasional.

Con la sanción del Código Civil y Comercial la noción de proveedor (art. 1093) sufre alteraciones relevantes, desde el punto de vista normativo como en su aplicación práctica. En efecto, el nuevo cuerpo legal caracteriza al proveedor como una persona humana ([art. 19](#)) o jurídica ([art. 141](#)). En el primer supuesto, se tratará de la persona física, en el Código Civil o de Comercio (art. 1) que actúe de modo profesional como intermediario de bienes o servicios, admitiéndose tanto al productor como al comercializador. En el segundo supuesto, la amplitud del vocablo permite que la persona jurídica pueda ser pública ([art. 146, inc. a](#)) o privada ([art. 148](#)), debiéndose luego determinar si realiza algunas de las actividades previstas en el art. 2 de la LDC.

Sin embargo, acto seguido, se incluye la cópula "o" a los efectos de amplificar la noción de proveedor incluyéndose una frase que no estimamos feliz, cuando dice "o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios pública o privada". En efecto, si la finalidad de

MARTINICH & ASOCIADOS

Estudio Jurídico Inmobiliario

su inclusión fue aclarar el concepto y evitar fugas del régimen legal, por considerar insuficiente la caracterización de persona humana o jurídica, creemos que ello no era necesario. Empero, por otro lado, se incluye el término "empresa" cuando el régimen legal no adoptó la teoría de la empresa, como si lo hace el Código Civil italiano (14).

En suma, la noción de proveedor es lo suficientemente amplia para contener a los principales eslabones de la denominada cadena de producción, distribución y comercialización de bienes o servicios; y especialmente aquellos proveedores que se dedican de modo profesional a la actividad inmobiliaria, en sentido lato. En particular, por ejemplo, en materia de compraventa, locación (15) o bien en otras herramientas jurídicas aptas para dicho cometido (ej. fideicomiso; leasing(16)) que permite considerarlos como polo pasivo de la relación de consumo, en virtud de su configuración amplia, conforme la noción desarrollada, y que tiene relevantes consecuencias jurídicas.

IV.- EL DAÑO MORAL DEL CONSUMIDOR.

El daño moral(17) -también denominado por algunos como extrapatrimonial- a fin de evitar asociaciones con la moral(18) ha sido definido como aquél "que se infiere al violarse alguno de los 'derechos personalísimos' o 'de la personalidad', que protegen como bienes jurídicos a los presupuestos o atributos de la personalidad del hombre como tal; por una parte, la paz, la privacidad, la libertad individual y sobre todo la salud y la integridad psicofísica de los seres humanos, es decir todo lo que puede resumirse en el concepto de 'seguridad personal' del primitivo texto del [art. 1078 del Código Civil](#); y por la otra el honor, la honra y pudor sexual, los sagrados efectos, etc., o sea todo lo que se conoce como afecciones legítimas...(19)".

Sin embargo, esta noción conceptual resulta muy compleja de aplicar a las relaciones de consumo porque al carecer de una norma expresa(20) parece que los magistrados pierden, por un momento, los criterios de interpretación(21) más relevantes de esta nueva rama jurídica. Así, por un lado, salvo contadas excepciones(22), no se encuentran fallos que hayan abundado conceptualmente en torno a su aplicación. Por otro lado, cuando se aplica en el caso concreto se recurren a normas extrasistemáticas (ej. [arts. 522 y 1078, Cód. Civil](#)) que traen a cuevas su doctrina y frondosa jurisprudencia pero que no, necesariamente, se armoniza con la teleología de las relaciones de consumo.

MARTINICH & ASOCIADOS

Estudio Jurídico Inmobiliario

Por último, la dificultad normativa que fuera denunciada más arriba se intensifica al momento de la cuantificación del daño moral. Una pauta segura, es aquella que afirma autorizada doctrina pregonando que la individualización del daño requiere "que la valoración de la indemnización del daño moral compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza objetiva -la índole del hecho lesivo y de sus repercusiones-, como las personales o subjetivas de la propia víctima(23)".

V. NUESTRA OPINIÓN.

El fallo anotado constituye un nuevo paso en el fortalecimiento de nuestra disciplina porque encuadra perfectamente la relación jurídica trabada como una relación de consumo, en la cual se infieren sus elementos, a pesar de la omisión técnica de la sentencia de primera instancia.

En tal sentido, analiza paso a paso los elementos de la relación de consumo ([art. 3, LDC](#); [art. 1092, CCyC](#)) para verificar la existencia de su configuración arribándose a un resultado satisfactorio. Por nuestra parte, en un trabajo anterior(24) habíamos recomendado pautas hermenéuticas y metodológicas que nos pueden servir de guía o ayuda: 1º) El primer paso que debe darse es indagar si la relación jurídica bajo análisis se trata de una relación de consumo; 2º) En segundo lugar, corresponde analizar cada uno de los términos de la relación para saber si hay un consumidor tutelado en la LDC y un proveedor; 3º) En tercer lugar, confrontando que existe una relación de consumo la normativa aplicable será el microsistema del derecho del consumidor, bajo una relación de consumo de raigambre constitucional y ahora también codificada.

A modo de conclusión, resulta importante destacar que la "llave de entrada" a la aplicación del régimen de protección al consumidor requiere como premisa insoslayable la previa acreditación de la existencia de una relación de consumo(25). En tal sentido, la primera conclusión de las "XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil", en la comisión de Defensa del Consumidor, expresó: "En el régimen vigente la relación de consumo emerge como el ámbito integrador de la tutela constitucional y legal (conf. Art. 42 CN y art. 3 Ley 24.240), dado que delimita el alcance objetivo de aplicación del régimen tuitivo, y sirve de contexto explicativo de los conceptos de consumidor y proveedor, claves(26) de acceso al sistema protectorio (27)".

MARTINICH & ASOCIADOS

Estudio Jurídico Inmobiliario

Como sostuviéramos en un caso análogo, "aplaudimos la solución del caso por la Cámara sentenciante, ya que si bien la mención que se hizo de la LDC fue escueta, habiéndose advertido que estábamos en presencia de un contrato de consumo, regulado por la relación de consumo, se aplicó la LDC por el principio *iura novit curia*, con fundamento en que su normativa no es materia disponible por los particulares, en virtud del [art. 65](#) de la ley(28)".

Por otra parte, en nuestro concepto el daño moral aplicado a las relaciones de consumo debe analizarse desde un prisma de tipo objetivo como también debe tenerse en cuenta las particularidades subjetivas, compartiendo aquella posición doctrinaria que recepta el daño moral contractual en las relaciones de consumo(29). En efecto, el daño moral en esta disciplina presenta sus particularidades en virtud de la especial situación en la cual se encuentra el consumidor, por los desequilibrios jurídicos, económicos y la asimetría de la información que sufre, debiendo tenerse especialmente en consideración algunos hechos relevantes que son usuales en el derecho de defensa del consumidor (ej. pérdida de tiempo; omisión de información; publicidad engañosa; frustración de expectativas legítimas, etc.) y que pueden ser susceptibles de generar daños a la persona humana, como infracciones objetivas y formales por el sólo incumplimiento del proveedor. En tales términos, será procedente el daño moral reclamado en la relación de consumo en tanto haya sido "efectivamente sufrido por el usuario(30)".

A mayor abundamiento, la interpretación(31) de la génesis del daño moral en el consumidor, con sustento en las condiciones objetivas y subjetivas, admiten también su interpretación en el marco del principio *in dubio pro consumidor* ([arts. 1094](#) y [1095, CCyC](#); art. 3, LDC). Por tanto, del carácter parte débil de la relación de consumo y por supuesto de la prueba efectivamente incorporada al expediente, el magistrado en concreto podrá determinar y por ende cuantificar(32) con justicia el daño moral del caso.

Notas al pie:

MARTINICH & ASOCIADOS

Estudio Jurídico Inmobiliario