

**Voces:** FIDEICOMISO - BIENES INMUEBLES - CONSTRUCCIÓN DE OBRA - INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - BUENA FE - CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - FIDUCIARIO - DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO PUNITIVO

**Partes:** Cleimbosky Marcela Silvia c/ Fiduciaria Buenos Aires S.A. | daños y perjuicios

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

**Sala/Juzgado:** H

**Fecha:** 4-may-2016

**Cita:** MJ-JU-M-98962-AR | MJJ98962

**Producto:** MJ

Condenan a la fiduciaria por el daño ocasionado a la actora debido a la demora en la construcción y entrega de la unidad adquirida. Cuadro de rubros indemnizatorios.

**Sumario:**

1.-Corresponde desestimar la falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada y hacer lugar a la acción promovida por la actora en procura de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la demora en la construcción y entrega de una unidad funcional de un edificio sujeto a propiedad horizontal.

2.-Son aplicables las normas especiales correspondientes al contrato de fideicomiso celebrado entre las partes y en virtud del cual el fiduciario debe cumplir con las obligaciones a su cargo, con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, debiendo quedar su conducta regida por la directiva de la buena fe del art. 1198  del CCiv. Por lo expuesto, el fiduciario está legitimado y puede ser responsable del incumplimiento de sus obligaciones en tanto no pruebe una causa ajena.

3.-Quien asume la obligación de construir un edificio y de respetar un cronograma, debe prever inconvenientes durante la ejecución de la obra, por lo tanto, el incumplimiento de uno de los proveedores -demora en la entrega de ascensores- no constituye una causa ajena que exima a la fiduciaria de su responsabilidad como así tampoco en el caso bajo examen el homicidio de un obrero -cuando la mora en la entrega de la unidad ya se había producido-.

4.-No existe la alegada incompatibilidad que pretende la demandada entre la Ley de Defensa del Consumidor y la Ley de Fideicomiso, pues la primera dispone que si bien las relaciones de consumo se rigen por esa ley y sus reglamentaciones, el proveedor -por la actividad que

desarrolle- estará alcanzado por la normativa específica, en este caso, la Ley 24.441 .

5.-Si bien a la fecha de celebración del contrato suscripto entre las partes no existía la regulación del daño punitivo, no se afectan derechos adquiridos como alegó la demandada ya que el daño por el que se reclama nació como consecuencia de un incumplimiento contractual que tuvo lugar con posterioridad a su entrada en vigencia.

---

En Buenos Aires, a los 4 días del mes de mayo del 2016, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos: "Cleimbosky, Marcela Silvia c/ Fiduciaria Buenos Aires S.A. s/ Daños y perjuicios", y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Kiper dijo:

Contra la sentencia dictada a fs. 723/40, que desestimó la defensa de falta de legitimación pasiva e hizo lugar a la demanda que perseguía la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la demora en la construcción y entrega de una unidad funcional de un edificio sujeto a propiedad horizontal, expresa agravios la demandada (fs. 766/76), cuyo traslado es contestado a fs. 778/81.

Sostiene la recurrente que debió hacerse lugar a la excepción de falta de legitimación, pues ella carece del dominio perfecto, por lo que mal podía transmitir la propiedad. Formula largas consideraciones sobre el encuadre jurídico del caso, en especial que el a quo haya aplicado la ley de defensa del consumidor. Insiste en que no hubo compraventa y en que, como fiduciaria, era mera administradora de fondos, y que la responsabilidad es de los propios fiduciantes, a quienes llama "socios", pues son quienes tienen a su cargo realizar aportes. Asimismo, se refiere a la responsabilidad que debe recaer sobre el patrimonio fideicomitado. Luego se agravia de que no se haya aceptado la existencia de caso fortuito en la demora de la obra. Se refiere al fallecimiento de un operario en riña, y a la demora en la entrega de los ascensores. Por último, se agravia de que, por aplicación de la ley de defensa del consumidor, se le haya aplicado una multa. Alega que la ley que incorporó el art. 52 bis entró en vigencia luego de firmado el contrato en el año 2007. También de la aplicación de intereses, de la tasa fijada, y de la imposición de costas.

Es un hecho no controvertido en esta instancia que la actora, el día 17 de septiembre del 2007, suscribió el boleto de compra venta por el cual adquirió la unidad designada como nro. 1 del primer piso "A" del edificio de la Av. Belgrano nro. 3.629/35 por la suma de \$ 137.736, cuyo pago se pactó de la siguiente manera: \$ 27.547 al momento de firmar el boleto, 18 cuotas de \$ 4.121 y una cuota final de \$36.011 contra la entrega de la posesión. Por la actualización de las cuotas el precio total alcanzó el importe de \$ 183.532, que fue abonado en su totalidad a pesar de que no se encontraba terminado el edificio ni dada la posesión. Las cuotas fueron abonadas de la forma acordada y en algunos meses -debido a los atrasos de la obra-, se suspendieron algunos pagos. El 17 de septiembre de 2007 la actora también suscribió el contrato de Fideicomiso Belgrano Studios & Suits.

La parte actora suscribió un contrato de fideicomiso y un boleto de compraventa con Fiduciaria Buenos Aires SA, constituyéndose aquella para lo primero en fiduciante "adherente clase B". En el contrato de fs.544/48, en copia certificada, se definen como tales a todos los que "adhieran al Fideicomiso Belgrano Studios y Suites y aporten lo necesario para sufragar el costo y gastos de construcción y trámites necesarios para la concreción de una o más

unidades funcionales del edificio denominado "Belgrano Estudio y Suites", sito en la Av. Belgrano 3629 de esta ciudad (cláusula segunda)". Se indica, asimismo, que el contrato se celebra con el objeto de construir el inmueble ya mencionado, y que con tal objetivo la "fiduciante clase A" transferirá el terreno a la fiduciaria, quien tendrá a su cargo la realización de la obra, el total de 46 unidades funcionales y demás que menciona la cláusula cuarta.

Finalmente, el 18 de marzo de 2012 le fue entregada a la actora la unidad funcional adquirida. Se encuentra firme la decisión respecto a que dicha entrega se hizo con demora.

No tengo duda de que en el caso se ha celebrado un contrato de fideicomiso, comúnmente denominado "inmobiliario", esto es, que la figura se utiliza para la construcción de un edificio que luego es sometido al régimen de la propiedad horizontal. Si bien hay varias modalidades o especies, en el caso de autos los fiduciantes debían aportar el dinero necesario para el costo de la construcción, y luego se adjudicarían las unidades construidas.

Admitido ello, la defensa de falta de legitimación pasiva es absolutamente improcedente, sobre todo aplicando las normas de la ley 24.441 que tanto invoca la apelante.

El fiduciario es el dueño del terreno y de todo lo construido en él mientras se desarrolla la obra y hasta tanto se adjudiquen las unidades. Se trata de un dominio fiduciario. Al ser así, quien puede adjudicar las unidades a los fiduciantes beneficiarios, o a terceros compradores es, justamente, el fiduciario (art. 17, ley 24441).

Es insostenible el argumento de que se trata de un mero administrador. El fiduciario es el dueño, y si bien su dominio es fiduciario, está habilitado para transmitir el dominio pleno, no un dominio imperfecto (ver arts. 17, ley 24.441 y 2670 del Código Civil, aplicables al caso).

El argumento de que la actora debería demandar a los otros fiduciantes es absurdo. Quien está legitimado para transmitir el dominio, como dije, es el fiduciario. Pero, además, se encontraba a su cargo la realización de la construcción. Lo dice expresamente el contrato.

En efecto, prevé la cláusula Décimo Primero que "tiene a su cargo la realización del emprendimiento constructivo por sí o por terceros. Tiene la libre administración y disposición de los bienes que integran el fondo fiduciario (.) asumiendo la responsabilidad de dar cumplimiento al cronograma constructivo" (ver fs. 545). Según la cláusula Décimo Segundo el fiduciario tiene a su cargo la comercialización de las unidades funcionales, y según la cláusula siguiente "tiene la libre disponibilidad y queda facultada a otorgar por sí, todos los instrumentos privados y convenios que resulten menester a los efectos de enajenar todas las unidades resultantes del proyecto constructivo" (fs. Cit.).

La juez de primera instancia rechazó la defensa con otros argumentos, recurriendo principalmente a las normas sobre compraventa y defensa del consumidor. En mi opinión, en primer lugar son aplicables las normas especiales correspondientes al contrato de fideicomiso, que fue lo que las partes celebraron. Pero, de todos modos, la conclusión es la misma: el fiduciario está legitimado y puede ser responsable del incumplimiento de sus obligaciones, en tanto no pruebe una causa ajena.

Mal puede atribuirse la responsabilidad a los otros fiduciantes, cuando no se ha demostrado que se hubieren atrasado en el pago de sus aportes, o que de algún modo hayan impedido la ejecución de la obra. En suma, a quién demandaría la actora sino al fiduciario? Más aún, la

apelante dice expresamente en su memorial que no se puede confundir al fideicomiso con un "poder", y coincido plenamente con esa afirmación. Por ende, debe hacerse cargo de los incumplimientos.

El art.6º de la ley 24.441 exige al fiduciario el deber de cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, debiendo quedar su conducta regida por la directiva de la buena fe del art. 1198 del Código Civil (conf. Gregorini Clusellas, Eduardo, Las obligaciones del fiduciario, La Ley 3/06/2005). En consecuencia, a criterio del suscripto resulta tal afirmación contradictoria con el pretendido eximente de responsabilidad invocado por el excepcionante. El fiduciario es sin dudas, la figura más importante del contrato y sobre el cual recaen todas las miradas, puesto que de su obrar diligente, surgirá el provecho del negocio. Las obligaciones a su cargo surgen del contrato de fideicomiso y el legislador privilegió el concepto de la buena fe como esencia de la función. Si bien actúa en nombre propio y por cuenta propia, lo hace en beneficio de otra persona, el beneficiario.

De ahí que la ley, y en el caso también el contrato (art. Noveno, fs. 544 vta), le han impuesto la obligación de rendir cuentas.

Señala Lisoprawski que es "quien encabeza el total del patrimonio fideicomitado para concretar el emprendimiento inmobiliario conforme las pautas fijadas en el contrato y el negocio, basado en el anteproyecto y la memoria técnico-descriptiva. El fiduciario propietario es el responsable y el protagonista principal del proyecto. No obstante ello, puede no tener a su cargo las tareas ejecutivas. Es frecuente que coexista con un desarrollista independiente que se encarga del liderazgo del negocio. Es este último quien imagina el proyecto, convoca a los inversores, compra los insumos, vende las unidades, etc. pero no es el propietario, sino que opera para los inversores bajo distintas figuras jurídicas y denominaciones (v.gr. organizador, gerenciador o desarrollador). (.) Una vez finalizada, el fiduciario transmitirá a los beneficiarios el dominio de las unidades que a cada uno le corresponda. Pese a la importancia que toma el rol del desarrollador u operador en este tipo de fideicomisos, debe quedar claro que el fiduciario es el responsable final por las inversiones efectuadas -art. 6, ley 24.44-"(Fideicomisos de construcción "al costo", LA LEY 2011-F-1055).

A mayor abundamiento, destaco que en el boleto de compraventa suscripto con la actora, la demandada asumió el rol de vendedor (a mi juicio incorrectamente) y calificó a aquella de comprador (ver fs. 13), con todo lo que ello implica, por lo que mal puede sostener que no está legitimada para ser demandada por el incumplimiento.

Por ende, propongo que se desestime esta defensa de falta de acción, absolutamente improcedente.

Se queja la fiduciaria demandada de que no se haya contemplado que la demora tuvo causas justificadas, por la muerte de un obrero, y por el atraso en la entrega de los ascensores. Considera que se trata de supuestos de fuerza mayor.

Se encuentran agregadas a estos autos las constancias, en copia certificada, emanadas del expediente número 5583/2008, en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Correccional Nro.9. Del mismo surge que con fecha 5 de diciembre de 2008, el oficial de policía que labrara el acto fue convocado a la obra en construcción de la Av. Belgrano 3629 por el accidente sufrido por un operario. A fs.5 se dispone "mantener la clausura y consigna dispuesta", en la misma

fecha. A fs.78 el juez interviniente dispuso el levantamiento de la clausura por 72 horas para que los responsables de la obra adecuaran las pantallas protectoras de los terrenos linderos y la vía pública. Y finalmente, según consta a fs.92, se ordenó el levantamiento de la clausura con fecha 10 de febrero de 2009. Esta demora, de un mes y medio aproximadamente, la juez la tuvo por justificada y la descontó, por lo que no genera ningún agravio.

Luego, surge de la causa nro.11.565/2011, también agregada, por homicidio de un obrero, que el hecho tuvo lugar el 2 de abril de 2011. Esto es, ya en mora la fiduciaria en el cumplimiento de la entrega de la unidad funcional. Aún así, consideró la a quo que "si se computa ese hecho -que, es cierto, también constituye una circunstancia ajena a las posibilidades del responsable de la obra en tanto se dispuso franjar la obra e implantar consigna judicial- al solicitar aquella la restitución del inmueble, se le hizo entrega el día 15 de abril de 2011 (fs.317). Es decir, pudo haber demorado la entrega, ya en mora, a lo sumo en quince días". Por ende, al haber sido admitido por la juez de primera instancia, sobre el punto no hay perjuicio irreparable que justifique la apelación.

Resta el tema de los ascensores. La empresa contratada demoró en entregarlos, lo que obligó finalmente a que se contratara a otra que sí los proveyó.

Como es sabido, el caso fortuito se configura ante hechos imprevistos e inevitables. No se acreditó que la demora (incumplimiento) del proveedor sea imposible de prever con una diligencia normal. En efecto, quien tiene a su cargo velar por la construcción de un edificio, debe prever que distintos proveedores pueden atrasarse y tomar recaudos para ello. Así fue, que en el caso, finalmente se contrató a otro proveedor, lo que demuestra que la situación no era insalvable. Más aún, se ha acreditado que la actora recibió la posesión antes de solucionado el problema de los ascensores.

El incumplimiento de uno de los proveedores no constituye una causa ajena que exima a la fiduciaria de su responsabilidad. Recuérdese, en tal sentido, que el hecho de la ajenidad refiere que debe ser extraño a la actividad en compromiso y no tiene que encontrar origen en la propia del agente (Bueres Highton, "Cod.Civil Anotado.", T 2 A pag.180).

Es realmente obvio que quien asume la responsabilidad de construir un edificio, y de respetar un cronograma, debe prever estos posibles inconvenientes durante la ejecución de la obra.

Por lo expuesto, considero que debe ser confirmada la sentencia en tanto considera responsable a la demanda por el daño ocasionado a la actora por la demora en la construcción y entrega de la unidad.

La fiduciaria apelante formula consideraciones en torno al patrimonio con el que debe ser afrontada la indemnización. Sin embargo, este tema no fue decidido en el fallo apelado, por lo que podrá ser objeto de debate en la etapa de ejecución.

También se agravia la demandada de que se hayan aplicado normas de protección a los consumidores. No comparto su criterio. El hecho de que resulte aplicable, como aquella postula, la ley 24441 en tanto regula al contrato de fideicomiso, no impide ni es incompatible con el régimen mencionado. Por el contrario, bien pueden complementarse, como sucede en el caso. Además, ya esta Sala aplicó dicho régimen en un caso similar (ver "Baredes, Guido Matias c/ Torres De Libertador 8.000 S.A y otros s/ Daños y Perjuicios", Recurso: 436.686, sent del 19 de Octubre de 2006).

Es claro además el art. 3 de la ley 26.361, al disponer en su parte final que "Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica". Por ende, como dije, no hay incompatibilidad (conf. Kiper - Lisoprawski, Tratado de fideicomiso, I, 2012, p. 374).

Asimismo, se agravia de que se haya impuesto un resarcimiento en concepto de daño punitivo. Señala que cuando se celebró el contrato en el año 2007 no existía la regulación de esta especie de daño. Sin embargo, el incumplimiento se produjo con posterioridad, y ello torna aplicable la ley vigente a ese momento, ya que no se trata de una mera consecuencia (arg. art. 3, Cód Civil).

No hay tal efecto retroactivo, ni se afectan derechos adquiridos, como alega la demandada. Toda vez que el daño por el que se reclama nació como consecuencia de un incumplimiento contractual y que, como tal, no es un efecto ni una consecuencia de esa relación, sino un hecho modificatorio, entiendo que debe aplicarse la ley que regía al momento en que se produjo este hecho, es decir, el incumplimiento (conf. Heredia, Pablo, "El derecho transitorio en materia contractual", LaLey on line, AR/DOC/2137/2015).

Sin perjuicio de lo expuesto, coincido con la apelante en que el monto fijado resulta un tanto elevado y propongo que se lo reduzca a la suma de \$35.000.

Se agravia también la demandada por la aplicación de la tasa activa, con el argumento de que la sentencia fija valores actuales.

Esta Sala ya ha desestimado este tipo de planteos en numerosas oportunidades. La sola circunstancia de haberse fijado partidas indemnizatorias a valores actuales no configura la excepción contemplada en el último párrafo de la parte dispositiva del plenario "Samudio de Martínez", del 20/04/2009.

Por todo lo expuesto, propongo que se reduzca la indemnización del daño punitivo a la suma de \$35.000, y que se confirme la sentencia apelada en todo lo demás que decide, con costas de esta instancia a la apelante, sustancialmente vencida.

La Dra. Abreut de Begher dijo:

Adhiero a las consideraciones expuestas por el Dr. Kiper en su voto, proponiendo la solución allí indicada.

El Dr. José Benito Fajre dijo:

Adhiero a las consideraciones expuestas por el Dr. Kiper en su voto, proponiendo la solución allí indicada.

Con lo que se dio por finalizado el acto, firmando los señores Jueces por ante mí de lo que doy fe.-

Fdo.:

José Benito Fajre.

Liliana E. Abreut de Begher.

Claudio M. Kiper.