

**Voces:** FIDEICOMISO - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DERECHOS DEL USUARIO - PROTECCION DEL CONSUMIDOR - LEGITIMACION - LEGITIMACION ACTIVA - MENORES - DAÑO MORAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - ESCRITURACION - COMPRAVENTA - OBLIGACION DE ESCRITURAR

**Partes:** V. T. G. F. y otro c/ M.B. Desarrollos Inmobiliarios S.A. | daños y perjuicios

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

**Sala/Juzgado:** M

**Fecha:** 11-mar-2015

**Cita:** MJ-JU-M-92451-AR | MJJ92451

**Producto:** DP,MJ

Procedencia de la demanda por escrituración y por daños y perjuicios intentada contra la firma fiduciaria por los adquirentes de un inmueble en un club de campo por si y en representación de sus hijos menores. Cuadro de rubros indemnizatorios.

### **Sumario:**

1.-Los hijos menores de los accionantes poseen legitimación en el marco de un proceso en el que se reclaman los daños y perjuicios derivados de incumplimientos contractuales en la adquisición de un inmueble en un club de campo, en tanto se trata de una relación de consumo conforme fue introducido por la Ley 26.361 al establecer que en la adquisición de clubes de campo es también consumidor quien, sin ser parte de la relación de consumo, como consecuencia de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo -bystander-.

2.-Debe confirmarse la condena a la firma demandada a escriturar respecto del inmueble adquirido por los accionantes en un club de campo, pues aun cuando alegó haber transferido el dominio fiduciario a otra sociedad con anterioridad a la demanda, nunca esgrimió esta defensa en autos, por lo que el tribunal no puede fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión de primera instancia.

3.-La firma demandada se encuentra obligada a entregar la escritura traslativa de dominio a los accionantes, pues se obligó a ello como fiduciaria en el contrato de adhesión firmado por las partes, de modo que no puede invocar que no debió condenársela atento a que transfirió el dominio fiduciario a otra sociedad para que cumpla con dicha obligación.

4.-Si bien corresponde otorgar una indemnización por daño moral a los adquirentes de una propiedad en un club de campo por los padecimientos sufridos por la demora de la firma demandada en la

ejecución de ciertas obras prometidas por ella, debe tenerse en cuenta a los fines de la cuantificación que tales padecimientos no son enteramente imputables al tardío cumplimiento sino también por la prematura ocupación del inmueble por parte de los actores quienes ingresaron a ocupar la propiedad cuando aún no se encontraba en condiciones.

5.-El tema de los contratos conexos -como son los de constitución del fideicomiso inmobiliario, de adhesión y de transferencia del dominio fiduciario- y que se encuentran regulados en el nuevo Código Civil y Comercial, no es nuevo en nuestro derecho y la cuestión quedó reflejada en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en donde se dijo que Habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos vinculados entre sí, agregando que la vinculación debía medirse -a través de una finalidad económica supracontractual, verificada jurídicamente en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto o en las bases del negocio.

---

ACUERDO. En Buenos Aires, a los 11 días del mes de marzo del año dos mil quince, hallándose reunidos los señores jueces de la Sala "M" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Dres. Elisa M. Diaz de Vivar, Mabel De los Santos y Fernando Posse Saguier, a fin de pronunciarse en los autos "V. T., G. F. y otro c/M.B. Desarrollos Inmobiliarios S.A. s/daños y perjuicios", expediente n°109, del Juzgado Civil n°109, la Dra. De los Santos dijo:

I.- Que el señor juez "a quo" en su sentencia de fs. 735/740 hizo lugar parcialmente a la demanda de escrituración e indemnización de daños por incumplimiento contractual promovida por los actores, por sí y en representación de sus hijos menores de edad, contra M.B. Desarrollos Inmobiliarios S.A. La admisión fue parcial pues hizo lugar a la falta de legitimación activa opuesta respecto de los hijos menores con fundamento en que son ajenos al vínculo contractual del que nace la acción y desestimó la pretensión resarcitoria del daño material y psicológico por falta de prueba. Finalmente admitió la pretensión de escriturar, fijando a tal fin el plazo de sesenta días y condenó también a resarcir el daño moral que estableció en la suma total de \$10.000, con más sus intereses desde la notificación de la demanda a la tasa del 8% anual y la tasa activa desde la sentencia y hasta el pago total de la condena.

II.- Recursos y agravios:

Ambas partes apelaron la sentencia: la actora se agravió por considerar reducida la suma fijada para indemnizar el daño moral y la demandada cuestionó que se la condenara a escriturar cuando con fecha 9/12/2004 transfirió el dominio fiduciario de la tierra a la sociedad Administración Los Palenques S.A., quien tiene a su cargo la realización de las obras proyectadas para el Club de Campo, subdividir el inmueble y transferir a cada comitente el lote asignado, por lo que afirma que la condena que se le impuso es de cumplimiento imposible.

Con igual fundamento cuestionó que se la condenara a indemnizar el daño moral cuando cesó en 2004 su responsabilidad como desarrolladora del proyecto con la designación de Administración Los Palenques S.A. como fiduciaria. También se quejó de que se le impusieran las costas cuando la pretensión resarcitoria fue admitida en escasa medida.

También la Defensora de Menores e Incapaces ante esta Alzada mantuvo el recurso de apelación interpuesto por la de primera instancia en representación de los menores F y B V Ty cuestionó que se hiciera lugar a la falta de legitimación opuesta por la demandada respecto de los menores, considerando que tal decisión incurre en un exceso ritual y omite que la relación entre las partes constituye una relación de consumo que se rige por lo dispuesto por la ley 24.240.

### III.- Sobre la legitimación de los menores para deducir la acción:

El señor juez "a quo" consideró procedente la excepción de falta de legitimación activa de los hijos menores de los actores con fundamento en que sólo los coactores V. T. y O. suscribieron el contrato y en que el daño personal indirecto no debe indemnizarse en el caso de incumplimiento de un contrato, de modo que concluyó que los nombrados carecían de legitimación para reclamar el daño moral sufrido por sus hijos como consecuencia del incumplimiento contractual. Ahora bien, se advierte que asiste razón a la Defensora de Menores apelante cuando invoca que no se ha tenido en cuenta que en el caso existe una relación de consumo, tal como lo establece con meridiana claridad la ley 24.240, luego de la reforma introducida por la ley 26.361, que en su art. 1 consagra que se considera tal "la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines" y establece que es también consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo ("bystander"), concepto que involucra a los menores de autos y los legitima, consecuentemente, para accionar contra la fiduciaria por resarcimiento del daño invocado.

Se denomina "bystander" (espectador o tercero próximo al producto o servicio) a una de "las demás personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo" por la Resolución n° 123/96 del Grupo Mercado Común del MERCOSUR. En el mismo sentido, el art. 29 del Código de Defensa do Consumidor brasileño, refiriéndose a las prácticas comerciales, equipara a los consumidores a "todas las personas, determinables o no", expuestas a ellas; y un texto semejante fue incorporado en el Anexo del Protocolo de Santa María del MERCOSUR del 17 de diciembre de 1996 sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (conf. Alterini, Atilio, "Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después", LA LEY 2008-B, 1239 - Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 01/01/2008, 3 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo V, 01/01/2009, 775).

Por lo expuesto, si estas premisas son compartidas, propongo revocar la sentencia en cuanto declara la falta de legitimación para accionar por el daño sufrido por los hijos menores de los accionantes y, por ende, el rechazo de dicha defensa.

Si bien ante el rechazo de la falta de legitimación referida correspondería analizar la prescripción también opuesta, cabe destacar que ella fue tenida por desistida a fs. 247, sin que dicha resolución fuera cuestionada por la accionada, por lo que corresponde seguidamente analizar los agravios relativos a la fundabilidad de la pretensión.

### IV.- Sobre la condena a escriturar:

La demandada se agravia de que se le haya impuesto una condena de cumplimiento imposible con fundamento en que en el año 2004 transfirió el dominio fiduciario a la sociedad Administración Los Palenques S.A., tercera ajena a estos autos, quien es la única que puede otorgar la escritura traslativa de dominio a los actores. Sostiene que ello resulta de las Escrituras Públicas nros. 226 y 227 del 9/12/2004 y que la referida transferencia quedó debidamente inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble.

En primer lugar debo puntualizar que la demandada nunca invocó en estos autos, ya sea en su responde a la demanda, ni con posterioridad -en calidad de hecho nuevo-, ni en los alegatos la defensa que ahora esgrime, no obstante haber agregado la documentación antes referida. Si hubiera planteado la cuestión en alguna circunstancia antes de la sentencia habría sido posible integrar la litis con la titular del dominio fiduciario y, eventualmente, extenderle la condena. Pero su articulación en esta instancia resta virtualidad a su planteo impugnativo pues, como es sabido, el tribunal de Alzada no puede fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia (conf. art.277 CPCC), circunstancia

que responde a la naturaleza misma del recurso de apelación, que consiste en la revisión de lo decidido en la instancia anterior, sin constituir un nuevo juicio.

Es cierto que de la minuta de dominio de fs. 532/534 resulta acreditada la anotación de la referida transferencia por presentación del 23 de marzo de 2005 y que a fs. 123/135 obran las escrituras de transferencia del dominio fiduciario a Administración Los Palenques S.A., quien tiene a su cargo cumplir como fiduciaria con la subdivisión y la transferencia dominial de los lotes.

Ahora bien, si la condena no fuere cumplida voluntariamente por la fiduciaria y se concluyera que su cumplimiento es material o jurídicamente imposible, correspondería resolver la obligación en el pago de daños y perjuicios, pero de ello no se deriva en modo alguno la improcedencia de la condena a escriturar, como parece pretender el demandado apelante. Ello así porque la obligación de escriturar asumida por la demandada y transferida a la fiduciaria resulta plenamente exigible en los términos del contrato de adhesión suscripto por las partes, analizado a la luz de lo dispuesto por los arts. 1197 y 1198 del C. Civil (v. contrato de adhesión de fs. 6 y contrato conexo de emprendimiento inmobiliario sujeto a fideicomiso de fs.13/20).

Cabe recordar que el tema de los contratos conexos -como son los de constitución del fideicomiso inmobiliario, de adhesión y de transferencia del dominio fiduciario- y que se encuentran regulados en el nuevo Código Civil y Comercial que entrará a regir en agosto de este año, no es nuevo en nuestro derecho y la cuestión quedó reflejada en el despacho de la Comisión n° 3 de las "XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" realizadas en Santa Fe en 1999, en donde se dijo que "Habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos vinculados entre sí-", agregando que la vinculación debía medirse "-a través de una finalidad económica supracontractual, verificada jurídicamente en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto o en las bases del negocio".

Si bien la cuestión excede el objeto de este pronunciamiento, en razón del modo como quedó trabada la litis con el escrito de responde, la calificación que antecede resultará de utilidad para resolver la ejecución y las ulterioridades de este proceso. Pero es claro que el contratante demandado, que se obligó en el contrato de adhesión de fs. 6 como fiduciaria a otorgar la escritura traslativa de dominio prometida en la cláusula sexta del referido instrumento, no puede invocar, como pretende, que no debió condenársele pues el bien ya no se encuentra a su nombre, cuando transfirió el dominio fiduciario a la sociedad Administración Los Palenques para que cumpla dicha obligación, entre otras indicadas en la cláusula quinta de la escritura nro. 227 del 9/12/2004 (v. fs. 133).

Por todo lo expuesto propongo desestimar los agravios sobre el particular y confirmar el fallo apelado, en cuanto condena al accionado a otorgar escritura pública del lote adquirido por los actores.

V.- El daño moral: Los actores se quejaron de la suma fijada para responder por daño moral derivado del incumplimiento tardío de las obligaciones contractualmente asumidas por la demandada (art. 522 CC) por considerarla insuficiente para resarcir los sufrimientos y pérdidas inconmensurables que sufrieron al carecer por años de servicios esenciales de luz, gas y seguridad. El demandado por su parte se quejó de que se lo obligara a indemnizar cuando desde el año 2004 no era más el fiduciario obligado a cumplir las obligaciones cuyo tardío cumplimiento es causa del daño.

Al respecto debo puntualizar que la indemnización del daño material fue desestimada en la sentencia por falta de prueba y tal decisión se encuentra firme, de modo que las pérdidas inconmensurables aludidas sólo tienen relevancia si son causa de sufrimiento espiritual. El daño moral consiste en el sufrimiento padecido y el menoscabo a la personalidad provocado por las inquietudes y padecimientos espirituales derivados del hecho dañoso, se trata de una lesión a intereses extrapatrimoniales de la persona, jurídicamente protegidos. Es la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor

en la vida del hombre, tales como la paz y la tranquilidad de espíritu (CNCiv., sala H, 4/3/92, "Rojas, M. y otro c/ Bernhard, M. R. y otro", J.A. 1993-II, síntesis).

Ahora bien, los actores fiduciantes tomaron posesión del inmueble en el año 2001, habiendo firmado en diciembre del año 2000 el convenio de adhesión que establecía que la posesión sólo le sería dada al comprador una vez finalizadas las obras descritas en el Anexo II (v. fs. 6 vta.). El aludido anexo establece la realización de pavimentos, red de electricidad, red de gas natural, red telefónica y cerco perimetral, así como casilla de entrada (v. fs.7). Si bien no resultan de autos las razones por las que ingresaron a ocupar el inmueble cuando aún no se hallaba en condiciones para hacerlo, ni el motivo de la entrega anticipada de la posesión por parte de la demandada, no cabe sino coincidir con el señor juez de primera instancia en su fundada sentencia, respecto de la demora en la ejecución de las obras prometidas por el fiduciario, que fueron cumplidas o completadas luego del inicio de esta demanda. Sin embargo debo agregar que los sufrimientos aludidos no son enteramente imputables al tardío cumplimiento por parte de la fiduciaria, sino también a la prematura ocupación del inmueble por parte de los actores, acto en el que concurría también la voluntad de la accionada. Y tal circunstancia incide necesariamente en la cuantificación del resarcimiento. Sin embargo, aún teniendo en cuenta dichas premisas, la suma de \$5.000 para cada uno es a mi criterio insuficiente para resarcir el daño, máxime considerando la tasa de interés fijada por el juzgador de grado anterior (8% anual), que ha sido consentida por las partes.

Conforme tales premisas propongo elevar la indemnización del daño moral a la suma de \$10.000 para cada uno de los cónyuges V. T.-O. y fijar la de \$5.000 para cada uno de sus hijos menores de edad, F. y B. V. T., teniendo en cuenta que el recurso interpuesto por la Defensora de Menores sólo beneficia a los nombrados y meritando para su cuantificación la escasa edad con que contaban al tiempo de padecer los inconvenientes que son causa del reclamo y hasta el año 2007 en que se fueron cumpliendo las prestaciones pendientes por parte de la fiduciaria.

En cuanto a los agravios de la accionada, cabe destacar que no puede excusarse el incumplimiento, con fundamento en que transfirió el dominio fiduciario en diciembre de 2004 porque ya a dicha época existía mora en el cumplimiento de las obligaciones asumidas y, además, porque la transferencia aludida no excusa su responsabilidad por incumplimiento. VI.- Las costas:

Los agravios de la demandada sobre el particular tampoco habrán de prosperar. De conformidad con el principio objetivo de la derrota que consagra el art. 68 CPCC, las costas son un corolario del vencimiento y tienden a resarcir al vencedor de los gastos de justicia en que debió incurrir para obtener del órgano jurisdiccional la satisfacción de su derecho.

En ese orden de ideas, cabe señalar que la circunstancia de que el éxito de la demanda sea parcial no le quita al demandado la calidad de vencido a los efectos de las costas. Ello es así, pues la noción de vencido ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados (cf. esta Sala, mi voto en "Cupo, Fabián Edgardo c/Brossard, Darío Javier y otros s/daños y perjuicios", del 4-5-07, entre otros).

Por otra parte, no puede soslayarse que aunque la suma reclamada no fuera acogida en su totalidad, la litis resultó igualmente necesaria para el progreso de la acción, pues en todo momento la accionada negó su responsabilidad.

Por todo lo expuesto propongo con mi voto modificar parcialmente la sentencia, revocándola en cuanto desestima la falta de legitimación activa de los demandantes menores de edad para solicitar la indemnización del daño moral, elevando la indemnización a la suma total de \$30.000 y confirmarla en todo lo demás que decide y fue objeto de agravios, con costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68 CPCC).

Los Dres. Fernando Posse Saguier y Elisa M. Diaz de Vivar adhieren por análogas consideraciones al voto precedente. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí que doy fe.

MABEL DE LOS SANTOS

FERNANDO POSSE SAGUIER

ELISA M. DIAZ de VIVAR

MARIA LAURA VIANI

Buenos Aires, marzo 11 de 2015.

Y Visto:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal Resuelve: 1) Revocar parcialmente la sentencia en cuanto desestima la legitimación de los coactores menores de edad para solicitar el resarcimiento del daño moral. 2) Elevar la indemnización total a la suma de \$30.000 con más los intereses fijados en la sentencia y confirmarla en todo lo demás que decide y fue objeto de agravios. 3) Diferir las regulaciones de honorarios correspondientes hasta tanto se practiquen las determinaciones pertinentes en la primera instancia.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

Fdo:

Mabel De los Santos.

Fernando PosseSaguier.

Elisa M. Diaz de Vivar.

MARIA LAURA VIANI