

Incumplimiento De Un Contrato De Fideicomiso Adquisicion De Vivienda

JURISPRUDENCIA

Incumplimiento de un contrato de fideicomiso. Adquisición de

vivienda Se hace lugar parcialmente a la demanda por incumplimiento de un contrato que suscribieran las partes a través del cual los actores se incorporaban al fideicomiso, a los efectos de acceder a una vivienda, que si bien fue entregada no cumplió con los detalles pactados. MENDOZA, 05 de julio de 2.017 Y VISTOS Estos autos arriba intitulados, llamados a dictar sentencia, de los que: RESULTA 1.-Que a fs. 30 se presenta la Dra. Gabriela Padua, por los Sres. Leonardo Javier Veragua y Andrea Gonzalez y promueve acción por incumplimiento contractual y daños y perjuicios en contra de Desarrollos Fiduciarios DEFISA, por la suma de pesos sesenta y cuatro mil seiscientos cincuenta (\$ 64.650) con mas intereses y costas. Refiere que el día 11 de julio de 2012, los actores suscribieron con la demandada un contrato a través del cual se incorporaban al Fideicomiso a los efectos de acceder a una vivienda de tres dormitorios con una superficie cubierta de 72 metros cuadrados, comprometiéndose el demandado a construir en un terreno de propiedad de los accionantes una casa de las características de las contratadas, la cual fue entregada el día 10 de abril de 2015, pero no cumplía con los detalles del Anexo I, detalles de terminación, cláusula 11.- Refiere que por tal motivo, están utilizando garrafas de gas, que han deteriorado las instalaciones, por no corresponder las mismas a la conexión de gas mediante garrafas. Explica que el día 7 de abril, se entregó un informe de evolución del estado de aprobación de la obra de gas, estimándose la finalización de los trabajos en el plazo de dos meses, indicándose además que la empresa prestataria del servicio (Ecogas) deberá otorgar las autorizaciones correspondientes, lo que conlleva una demora de dos meses. Refiere que con fecha 2 de junio de 2015 enviaron a los demandados una CD, emplazándola a la instalación del servicio, bajo apercibimiento de iniciar acciones. Invoca la existencia de una relación de consumo y pide la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor n° 24.240. Refiere que ha existido un vicio o defecto en la cosa, lo que conlleva a un incumplimiento contractual por parte del proveedor, por lo que el consumidor puede reclamar las opciones del artículo 10 de la L.A., encontrándose legitimados los actores para reclamar los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento contractual. Se reclama en concepto de daño emergente la suma de \$ 4.465, importe que comprende el dinero para comprar garrafas, por la suma de \$ 500; el gasto desembolsado para trasladarse al domicilio de otras personas para bañarse con agua caliente, por la suma de \$ 500; el valor de una estufa eléctrica por \$ 2734 ; y el valor de un calefón eléctrico por la suma de \$ 501 y sostiene que ello ha conllevado a mayor gasto de energía. En concepto de daño moral, la suma de \$ 25.000 y por daño punitivo la suma de \$ 10.000. A fs. 41 modifica la demanda y expresa que se ha tenido que contratar a un gasista matriculado a los efectos de poder conectar el gas y terminar los trámites administrativos ante ECOGAS. 2.- A fs. 51 comparece la Dra Cyntiha Narvaez por la demandada y contesta demanda. Efectúa una negativa de los hechos. Reconoce el convenio de incorporación al Fideicomiso y la escritura de transferencia del inmueble. Opone falta de legitimación sustancial pasiva. Relata que el actor suscribió con la demandada un convenio de incorporación al Fideicomiso, mediante el cual una comunidad de fiduciarios que son los aportantes cumplen con aportes dinerarios para acceder en su calidad de beneficiarios a una vivienda bajo el sistema previsto. Explica además, que el actor no contrató con Desarrollos Fiduciarios SA a título personal sino como Fiduciario del Fideicomiso NPV ARM 02 y que luego de ello, los actores se desvincularon del Fideicomiso, una vez que éste había cumplido su objeto y suscribieron con la firma Construir SA la escritura traslativa de dominio. Explica que los actores se incorporaron a un Fideicomiso, donde el fiduciario no percibe un precio en contraprestación de un producto, sino recibe aportes que debe administrar. Se dejó en claro que el fiduciario debía contratar una construcción al costo, que quien realiza la construcción no es el fiduciario, sino un tercero contratado por éste, con fondos aportados por el fiduciario, todo ello surge de las cláusulas 2, 12.3; 12.5; 32 y 41/43.- Puntualiza que el fiduciario es un mandatario, no es un vendedor, no asume la obligación de construir ni de transferir el inmueble al fiduciante, sino que administra fondos, contratando con un constructor mediante la modalidad al costo, o costes y costas. Fundamenta la falta de legitimación pasiva indicando que si se demanda al fiduciario por el incumplimiento relativo a las obligaciones relacionadas el fideicomiso, la demanda no debió plantearse contra la sociedad fiduciaria sino contra el fideicomiso, puesto que existe un patrimonio separado y sobre los bienes fideicomitados se constituye una propiedad fiduciaria, por lo que debió plantearse la demanda contra el Fideicomiso NPV arm02 del cual DEFISA se desempeña como fiduciario y ante una demanda quien debe responder es el patrimonio fideicomitado y no el personal del fiduciario, no pudiendo ser demandado a título personal. En segundo lugar, explica que de la escritura acompañada, surge que la parte vendedora es Construir SA, habiéndose desvinculado la accionante del fideicomiso, máxime si en la propia escritura se establece que la obra de Gas y red de gas, o servicios domiciliarios corren por cuenta de esta última, y serán entregadas en los tiempos que establece la escritura. En subsidio expresa que la obra de gas a cargo del transmitente concluyó en los tiempos comprometidos. Y

que, con anterioridad a la demanda ya estaban concluidos los trabajos. Rechaza los rubros reclamados en especial daño punitivo por las razones que expresa con cita de doctrina y jurisprudencia. Ofrece pruebas 3.- A fs. 73 se dicta el auto de sustanciación de pruebas Además de la prueba instrumental acompañada, se han rendido los siguientes elementos probatorios: Testimonial SR. Lucio Nicolás Carvajal; Sr Diego Fernandez Romero; Sr. Oscar Ramón Pedra; informe pericial; reconocimiento documentación fs 13 y fs. 47; informativa Distribuidora de Gas Cuyana SA. A fs. 129 se ponen los autos a la oficina para alegar. A fs. 129 se ponen los autos a la oficina para alegar. A fs. 123/ 145 se agregan los alegatos, quedando la causa en estado de dictar sentencia.- Y

CONSIDERANDO 1.- Derecho transitorio. Dado que la relación jurídica contractual, el eventual daño sufrido, y los incumplimientos que se le imputan a la demandada, se habrían consumado, antes del advenimiento del actual Código Civil y Comercial de la Nación, la causa debe ser juzgada en sus elementos constitutivos de acuerdo con el sistema del anterior Código Civil (art. 7 del C.C. y C.N.), puesto que, en principio, la cuestión se ubica en el campo de leyes supletorias, que constituyen una excepción a la aplicación inmediata del nuevo régimen legal. (conf. art. 962 del CCC y N). Entonces la nueva ley de carácter supletorio no afecta a la situación jurídica pendiente de origen contractual, que continúa regida en todo lo que hace a su constitución, modificación y extinción, como en lo relativo a sus consecuencias, anteriores y posteriores, por la ley vigente al momento al tiempo de celebrarse el contrato. (Conf. Cámara Nacional Civil, Sala M, fallo de fecha 10/11/2015, el Dial .com. AA 9536, ciado en el libro ?La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes?, Aida Kemelmajer de Carlucci, Segunda Parte, Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 212 y sgtes.) Todo ello, con la salvedad de las normas imperativas y más favorables al consumidor (art. 7 in fine del CC Y CN), teniendo siempre en cuenta que las normas relativas a los contratos son supletorias, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible. (Cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 36 yss.).

2- Plataforma fáctica. Hechos controvertidos. Los accionantes Sres. Leonardo Veragua y Andrea Gonzalez, demandan a Desarrollos Fiduciarios SA, en su carácter de fiduciaria del Fideicomiso NPV ARM02, los daños y perjuicios que dicen haber sufrido a raíz del incumplimiento contractual en que habría incurrido la accionada, al haber entregado la vivienda en fecha 10 de abril de 2015, sin la correspondiente instalación del servicio de gas, a la que se había comprometido según surge del Anexo I Cláusula n° 11.- (ver fs. 18) Refieren que el día 07 de abril de 2015, se le entregó un informe de evolución del estado de aprobación de la obra de gas, indicándose que en dos meses la obra estaría terminada, pero que no se cumplió con ello, por lo que en fecha 02 de junio enviaron CD reclamando el servicio de gas. La demandada se defiende básicamente con los siguientes argumentos: *Los actores no contrataron con Desarrollos Fiduciarios SA a título personal, sino como fiduciario del Fideicomiso NPV ARM 02. *El fiduciario no asume la obligación de construir, ni de transferir el inmueble al fiduciante. *El fiduciario administra los fondos, y debe contratar la construcción al costo, es decir contratar a un constructo, mediante la modalidad al costo o costas y costos, pero en todo caso, quien construye es un tercero contratado por el fiduciario. *La acción debió entablarse en contra el fideicomiso, no contra el fiduciario si se demanda por incumplimiento relativo a las obligaciones relacionadas al fideicomiso, con fundamento en los artículos 14, 15 y 16 Ley 24441. *Como se responde con el patrimonio fideicomitado, y no en forma personal, debió demandar al fideicomiso. *Los actores suscribieron con la firma Construir SA la escritura traslativa de domino, una vez que el fideicomiso cumplió su objeto, es decir cuando se desvincularon del fideicomiso, y en la escritura se estableció el tema del servicio de gas, y las obras de gas, corriendo por cuenta de los propietarios, a través de un matriculado la conexión y la puesta en funcionamiento del servicio. En subsidio, refiere que la obra de gas concluyó dentro de los tiempos comprometidos, puesto que aduce que con anterioridad a la interposición de la demanda, los obras estaban concluidas en los plazos comprometidos, resultando improcedente el incumplimiento alegado. En resumidas cuentas, lo que está discutido es la legitimación pasiva y en subsidio el incumplimiento alegado, como también los daños reclamados.

3.- Fideicomiso inmobiliario. Responsabilidad del fiduciario. Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor. En el ámbito de la responsabilidad del fiduciario, tiene un efecto importante la Ley de Defensa del Consumidor. La Ley 26994 que aprueba el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el Anexo II, modifica alguna de las normas de la LDC entre ellas el artículo primero de la Ley 24240, modificada por Ley 26.361, que queda redactado de la siguiente manera: ?Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor, quien sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social?. A su vez, dentro del Libro III ?Derechos personales? del nuevo Código, encontramos los llamados ?Contratos de consumo?, en su Título III. El nuevo texto legal define al consumidor en su artículo 1092 como ?la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social?. Asimismo,

establece que aquella persona que, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios con ese mismo fin y bajo la misma modalidad, queda equiparado al consumidor. La característica principal del "consumidor" es que adquiere o utiliza los bienes o servicios como un consumidor final para su uso privado, familiar o social, quedando afuera claramente aquellos que compran estos bienes con el fin de revenderlos a terceros con fin de lucro. El artículo 3 de la Ley 24.240, ref. ley 26.361, establece que: "Relación de consumo es el vínculo entre el proveedor y el consumidor o usuario".- Ahora bien, no encuentro óbice para conceptualizar la relación contractual como de consumo, puesto que el fiduciante es un consumidor, al adquirir un inmueble destinado a vivienda y el fiduciario un proveedor. Sentado ello, la Ley 24.441 de financiamiento de vivienda y construcción en el Título I, Del Fideicomiso, artículo primero establece que: habrá fideicomiso, cuando una persona (fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otro (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario. En similar sentido se expresa el actual 1666 del CC Y CN.- Si nace de un contrato, es consensual, bilateral, a favor de terceros, beneficiario y/o fideicomisario, aunque el fiduciante puede ser, por vía convencional beneficiario y/o fideicomisario. En cuanto a los derechos del fiduciante, en relación al fiduciario, debemos estar a los principios generales de los contratos. En cuanto a las obligaciones del fiduciante, la primordial es transmitir los bienes comprometidos al celebrar el contrato, y el que surja de lo pactado o convenido. El fiduciario, además de propietario de los bienes fideicomitados, tiene a su cargo una serie de deberes tendientes al mejor desarrollo de su cometido, y cuyo incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, le puede acarrear una serie de consecuencias, entre ellas la de ser removido, y la de responder por daños y perjuicios-, es que, el incumplimiento de sus obligaciones como fiduciario, le puede acarrear responsabilidad y consecuencias patrimoniales. Las obligaciones surgirán del contrato de fideicomiso que suscriba con el fiduciante, y dependerá de los fines del fideicomiso y de la clase de bienes que se transmiten. Una de las obligaciones es ejercer el cometido con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios sobre la base de la confianza depositada en él (art. 6 de la ley). (Conf. KIPER Claudio, LISOPRAWISKI, Silvio, "Tratado de Fideicomiso", Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, pag. 293) Se debe precisar el fin del fideicomiso, pues los bienes se transmiten al fiduciario para que los destine a una finalidad determinada. Por aplicación de los principios generales, se puede establecer que si el fiduciario, en el ejercicio de su función de administrar un patrimonio o cosa determinadas, que son propias pero que debe hacerlo en interés ajeno, ocasiona un daño que por su culpa o dolo, está obligado repararlo. La regla es que el fiduciario es responsable de todo daño causado al fiduciante, al fideicomisario, por el indebido incumplimiento de las obligaciones emergentes de un contrato. En líneas generales, teniendo en cuenta que el fiduciario asume una obligación de medios, el vínculo obligatorio le impone al fiduciario la realización de una serie de actividades algunas contractualmente determinadas y otras indeterminadas en un principio, pero comprendidas dentro de las que son propias y conducentes al resultado que se persigue, ya sea el incumplimiento parcial o total, y a los interesados les resta la posibilidad de obtener el resarcimiento de los perjuicios sufridos. 4.- Planteo de falta de legitimación sustancial pasiva. Refiere la parte demandada que la acción debió entablarse en contra el fideicomiso, no en contra el fiduciario en forma personal, puesto que se demanda por incumplimiento relativo a las obligaciones relacionadas al fideicomiso, con fundamento en los artículos 14, 15 y 16 Ley 24441 y se responde con el patrimonio fideicomitado. En general, la excepción de falta de legitimación se identifica con la denominada defensa de falta de acción (sine actione agit). Esta excepción se funda en que el actor no es titular de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión, con prescindencia de la fundabilidad de ésta, o que no tiene un interés jurídicamente tutelable, o que no concurre, respecto de quien se presenta como sustituto procesal, el requisito que lo autoriza para actuar en tal carácter, o que mediando alguna hipótesis de litisconsorcio necesario, la pretensión no ha sido interpuesta por o frente a todos los sujetos procesalmente habilitados. (PALACIO, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1.977, Tomo VI, pág. 132 y sgtes.). Dicho en otras palabras, la legitimación para obrar se relaciona con la cualidad para asumir el carácter de actor o demandado en un proceso determinado. Vale decir, que la falta de acción se refiere a la falta de calidad del titular del derecho invocado por parte del actor o la falta de calidad de obligado por parte del demandado. (ARAZI, Roland, "Derecho Procesal Civil y Comercial", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.999, Tomo I, pág. 304). (cfr. Cuarta Cámara Civil, Comercial, autos N° 336.809/33.521, caratulados "Municipalidad de Las Heras c/Aguas Danone de Argentina S.A.. p/Apremio", 02/02/2012). La legitimación constituye uno de los requisitos para ejercer la acción y supone la aptitud jurídica para poder caracterizar a los intervinientes como las "justas partes" o las "partes legítimas". En particular, la legitimación pasiva supone la identidad entre la persona habilitada para contradecir y quien ha sido demandado (Palacio, Lino Enrique Derecho Procesal Civil, T. I, 2da Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990). Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: "La excepción de falta de legitimación supone la ausencia de un requisito intrínseco de admisibilidad de la pretensión y se puede hacer valer cuando alguna de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial que da motivo de la controversia". También ha dicho que: "La falta de legitimación pasiva se opera cuando alguna de las partes no es la

titular de la relación jurídica en la que se sustenta la pretensión con prescindencia de que ésta tenga o no fundamento" (Fallos 322:2524, entre otros). Estimo no asiste razón en su planteo. En efecto, el art. 16 de la Ley 24.441 establece que los bienes del fiduciario no responderán por las deudas contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. En similar sentido se expresa el actual 1687 del CC y CN).- Ahora bien, el deudor de las obligaciones es el fiduciario y no el patrimonio fideicomitido, ya que en las obligaciones el sujeto pasivo es siempre una persona, y no una cosa o patrimonio; por otra parte, la cosa o patrimonio carecen de personería, no son un ente distinto sino que éste es el propietario de dichos bienes. En suma, una cosa es la legitimación pasiva, que recae en cabeza del fiduciario, y otra es sobre que bienes responde, a título personal o con los bienes fideicomitidos (Conf. KIPER Claudio, LISOPRAWSKI, Silvio Ob Cit. pag. 376).- Siendo ello así, confunde la demandada las obligaciones incumplidas del fiduciario en la ejecución del fideicomiso, con los bienes con que se responderá. En efecto, las deudas personales no son las deudas contraídas por la ejecución del fideicomiso, puesto que en el primer caso responde con su patrimonio (que no es el caso de autos) y en segundo con los bienes fideicomitidos. Sentado ello diré que, en el caso de autos, si bien no se acompañó el contrato de fideicomiso, lo cierto es que de la documentación acompañada, surge que el fideicomiso demandado se comprometió a gestionar aportes a fin de que los aportantes fiduciantes puedan acceder a una casa propia, actuando como gestor, asumiendo una obligación de medios, actuando por cuenta, cargo, orden y riesgo de los fiduciantes. Así, surge de la prueba instrumental acompañada, que el día 11 de julio de 2012, entre Desarrollos Fiduciarios SA en calidad de fiduciario en adelante denominado DEFISA, y los Sres. Leonardo Vergara y Andrea Gonzalez, en carácter de fiduciantes y eventuales beneficiarios, celebraron un convenio de incorporación al Fideicomiso NPV ARM 02, el cual tiene por objeto generar una comunidad de aportantes con posibilidad de acceder a una futura vivienda. Se indica en el mencionado convenio que el fiduciario DEFISA asume el rol de gestor, comprometiéndose una obligación de medios, actuando por cuenta, cargo, orden y riesgo de los fiduciantes.- En la cláusula X, se pactó la citación del fiduciante beneficiario con 10 días de anticipación para recibir la vivienda, indicándose, que las observaciones a la vivienda deberán hacerlas en el acta de recepción y no serán tomadas en consideración las que se realicen en otra oportunidad. En la cláusula XI se estableció que la entrega de la posesión de la vivienda se realizará concomitante con la escritura traslativa de dominio, una vez finalizada su construcción, y otorgados los documentos e instrumentos necesarios de parte de los organismos oficiales, administrativos y privados que correspondan, necesarios para su escrituración, previa verificación del cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones asumidas como fiduciante y/o beneficiarios que posibiliten el acto de escrituración. En el Anexo I referido a los detalles de terminación, específicamente en el punto 8, se detalla equipo de gas: instalación de gas en cocina y estar comedor con conexión a red con materiales aprobados, sin provisión de artefactos. El punto 11 se refiere a la infraestructura, indicándose que es la exigida por los organismos competentes, dentro del predio y de acuerdo a factibilidades. Comprende la red de gas natural si tuviere factibilidad de la misma y si no gabinete para tubos de gas envasado.- De lo hasta aquí expuesto, surge que las partes pactaron que el emprendimiento contará al momento de la entrega de la vivienda, con las obras de infraestructura mínima requerida por la normativa vigente, obligación a cargo del fiduciario que aparece incumplida. De todo lo hasta aquí convenido, surge que la vivienda debía ser entregada con el servicio de red de gas natural si tuviere factibilidad, que en el caso se probó que sí, puesto que a un mes de iniciado el juicio el mismo actor expresa que lo obtuvo pagando a un gasista matriculado. (ver fs. 41) En suma, el incumplimiento contractual esta dado por haberse entregado la vivienda en el mes de abril de 2015, sin las obras de infraestructuras de gas mínimas, requeridas por la normativa vigente. Ahora bien, al momento de la firma de la escritura y entrega de la posesión de la vivienda, (abril de 2015) esta no se entregó al menos en lo que respecta al servicio de gas, con las obras de infraestructuras mínimas. Tengo para mi además que, si fuera tan ajena a las obligaciones del fiduciario demandado lo que se le imputa o reclama en la demanda, no se entiende porque la fiduciaria informó sobre el estado de evolución de la obra de gas ejecutada. (ver informe de fs. 13) Sin perjuicio de ello, el día 09 de abril de 2015, los actores en su carácter de condóminos y la empresa Construir SA, firmaron una escritura de transferencia de dominio, por la cual la empresa transfirió a título de venta a favor de los actores un inmueble ubicado en el lugar denominado Loteo Natania 23, Distrito Buena Nueva, Guaymallen, frente a prolongación La Purísima sin número, Lote 7, manzana T, indicándose que el saldo de la operación es entregado en el mismo acto. Asimismo, se menciona en la escritura, bajo la denominación declaración de partes que: La entidad transmitente declara expresamente que el emprendimiento al que pertenece el inmueble objeto de la presente Loteo Natania 23 contará el momento de la entrega de la vivienda con las obras de infraestructura de gas mínima requerida por la normativa vigente. Sin perjuicio de lo cual, estas obras serán realizadas en etapas, de acuerdo al avance y desarrollo del emprendimiento y no necesariamente las mismas se encontrarán concluidas y/o habilitadas al momento de finalización de la construcción de la vivienda, ya que dicha habilitación se encuentra sujeta a aprobación de las autoridades administrativas y/o de la prestatarias de los servicios que corresponda, lo que es reconocido por la parte adquirente. La obra de gas en el emprendimiento actualmente se encuentra en vías de ejecución, estimándose su finalización en el plazo

aproximado de dos meses desde la presente. Una vez finalizada la obra, la empresa prestataria del servicio (Ecogas) deberá otorgar las autorizaciones correspondientes, trámite que conlleva una demora estimativa de dos meses desde la finalización de las obras. Por su parte, la parte adquirente declara expresamente que están a su cargo los gastos para las conexiones domiciliarias de los servicios públicos, entre ellos la conexión del gas y cualquier otro que corresponda, así como todo otro gasto por derechos, tasas, impuestos sobre la vivienda.- Esta declaración que aparece en la escritura de fecha 9 de abril de 2015, tiene el mismo tenor que el informe que acompaña la actora a fs.13 sobre informe de evolución de estado de Aprobación Obra de Gas, suscripto en fecha 07 de abril de 2015, por Desarrollos Fiduciarios SA, Fiduciaria del Fideicomiso NPV ARM 02.- En suma, se entrega la casa, declarándose en la escritura que la habilitación se encuentra sujeta a aprobación de las autoridades administrativas y/o de la prestatarias de los servicios que corresponda, y que la obra de gas se encuentra en vías de ejecución, estimándose su finalización en el plazo aproximado de dos meses desde la presente. En dicha oportunidad los actores no efectuaron reserva alguna. Es decir que prestan conformidad al momento de la entrega de la casa. Nótese que los actores en su demanda, refieren que en el mes de junio, cuando ya habían transcurrido los dos meses que hace referencia la declaración, envían a la demandada carta documento emplazándola a la instalación del servicio de gas en el domicilio. Ahora bien, si la vivienda se entregó en el mes de 09 abril de 2.015, esta primera etapa según lo pactado, debía estar cumplimentada a más tardar el día 09 de junio de 2.015, cosa que no ocurrió, de ahí el incumplimiento de la demandada. Nótese que a fs. 118 el Gerente de Asuntos Legales de Distribuidora de Gas Cuyanas SA, informa que la empresa constructora realizó las obras para la conexión de gas natural por redes en el Barrio Natania XXIII n° 2408, y que se encuentran concluidas, con fecha de habilitación el 17/07/2.015.- Explicó también que habilitada la red, corresponde a cada propietario de cada inmueble contratar a un instalador matriculado, para realizar la instalación interna para el suministro de gas natural y su posterior conexión a la vivienda. Finalmente informó que Ecogas, registra servicio de gas en el domicilio de calle II n° 2408 T 07 del Barrio Natania XXIII, con titularidad a nombre de Leonardo Javier Veragua, dese el 21/08/2.015.- En suma, la demandada cumplió recién en fecha 17/07/2.015, según el informe referenciado, por lo que aprecio que existió un poco más de un mes de incumplimiento, puesto de los de meses desde la recepción de la vivienda, acaecieron en fecha 09/06/2.015.- Ahora bien, a la fecha de interposición de demanda 31/07/2.05, faltaba la conexión domiciliar a cargo de la actora, lo que ocurrió el 21/08/2015, todo ello según prueba rendida. Finalmente, no se me pasa por alto que conforme surge de fs. 47 las partes suscribieron un convenio de finalización de vinculación contractual, en fecha 09 de abril de 2.015, por el que se indica que las partes a partir de la firma del convenio no tendrán nada más que reclamarse por ningún concepto, y renuncian a toda acción judicial y/ o extrajudicial.- (ver cláusulas segunda, tercera, cuarta y quinta).- Sin embargo, esta cláusula aparece abusiva, a tenor de lo indicado en el artículo 37 de la LDC. Siendo ello así, haya sido o no de adhesión es abusiva, puesto que la Ley 24240 considera como abusiva a aquellas "cláusulas que desnaturalizan las obligaciones" (art. 37 inc. a) o que "importan una renuncia o restricción de los derechos del consumidor o una ampliación de los derechos del proveedor" (art. 37 inc. b). Asimismo, tipifica como "cláusulas abusivas" de pleno derecho, a las "que limitan la responsabilidad por daños" (art. 37 inc. a) y a las "que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor" (art. 37 inc. c). Esta protección al consumidor considerado como la parte más débil de la contratación, encuentra también recepción en la regulación del núcleo duro del derecho del consumidor regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación, puesto que se incluyen principios generales de protección al consumidor que actúan a modo de tutela mínima. Especial lugar ocupa en dicho ámbito, lo concerniente a las cláusulas abusivas (arts. 1117/1122), las que deben evaluarse conforme las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988 del CCCN. En suma, se ha probado el incumplimiento en la que incurrió la demandada, aunque con los alcances referidos, durante un plazo más acotado al sostenido en la demanda y ello influirá en la determinación de los daños y cuantía del resarcimiento, que se analizará seguidamente.

5.-Daños. a.- Daño emergente. Los accionantes reclaman en concepto de daño emergente la suma de \$ 4.650, discriminados de la siguiente manera: el valor de cuatro garrafas, aclarando que se consumen mensualmente, alrededor de dos garrafas, que estimó por un valor de \$ 100 la de 10 kg. y \$ 150 la de 15kg, cada una de ellas; el valor de lo desembolsado para trasladarse a domicilio para bañarse con agua caliente, en la suma de \$ 500, el valor de una estufa eléctrica por \$ 2.734 y de un calefón eléctrico \$ 501.- Para que el daño sea resarcible debe cumplir cinco condiciones: a) cierto; b) subsistente; c) personal del demandante; d) afectar un interés legítimo de este último; e) reconocer causalidad adecuada con el hecho imputado al demandado (Arts. 901, 903 y 904 C. Civil). En similar sentido pueden verse los actuales artículos 1726 y 1739 del CC Y CN.- A su vez el daño debe ser probado por quien lo alega (conf. art. 179 del CPC Y 1744 del CC Y CN) BUSTAMANTE ALSINA enseña que "El daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a los cuales se atribuye la producción. Es necesario la existencia de ese nexo de causalidad pues de otro modo se estaría atribuyendo a otra persona el daño causado por otro o por las cosas de otro.?(Teoría General de la Responsabilidad Civil?, Ed. Abeledo Perrot, pág. 217, 223).- Aplicado lo expuesto a nuestro caso, el daño resarcible es el que proviene del hecho imputable a la demandada y derivado del

incumplimiento contractual, al haberse demorado en el cumplimiento de la obligación asumida, consistente en lograr la habilitación administrativa correspondiente ante ECOGAS, por un poco más de un mes, es decir desde el 09/06/2.015 al 14/07/2.015. En cuanto a la prueba rendida, el testigo que declaró en la causa a fs. 81 manifiesta que los actores tuvieron que acudir a su casa, a la casa de los padres para bañarse; a fs. 82 el testigo que también declaró dijo en sentido concordante que los actores tuvieron que andar pidiendo prestado un lugar para poder higienizarse. Se ha acompañado copia de una factura de compra de un calefón eléctrico y una estufa eléctrica (ver fs. 07). Si bien la documentación ha sido impugnada en su autenticidad por la contraria, lo cierto es que considero aplicable al caso el criterio sentado por la Excma. Suprema Corte de Justicia, en cuanto a que "en materia probatoria, el desconocimiento por la contraria de la prueba instrumental ofrecida por la contraparte no implica "per se" la descalificación de esa prueba como tal. El juzgador debe hacer una interpretación y merituación armónica de todas las probanzas rendidas -incluso las pruebas impugnadas-, con el objeto de llegar a la verdad y hacer justicia en el caso concreto". (causa n° 105.859 caratulada: ?LIDERAR CIA. GRAL. DE SEGUROS S.A. EN J° 84.292/34.032 ROMERO VERONICA LOURDES C/ SAMSO BOLAÑO ESTEBAN ALBERTO P/ D. Y P. (ACC. DE TRANSITO) S/ INC. CAS., 19/06/2014)?. En suma los daños reclamados, aparecen en relación causal con el hecho, puesto que esta relación causal se infiere a partir de las características del hecho fuente, en el sentido de si es o no idóneo para producir las consecuencias que el actor invoca: el juicio de causalidad adecuada se sustenta siempre en la valoración sobre la congruencia entre un suceso y los resultados que se le atribuyen; la causalidad adecuada no requiere la fatalidad o necesidad en la imputación de las consecuencias al hecho, pero tampoco se satisface con la mera posibilidad o eventualidad de que éste las haya generado. Es decir, no es menester certeza absoluta, sino seria probabilidad, que supere el nivel conjetural? (CC1, 21/4/09, autos N° 39.704/184.838 caratulados ?Guajardo, Jorge Orlando y ots. c/ Frías, Orlando Felipe p/d. y p. (accidentes de tránsito)? y doctrina citada; entre muchos otros). Ahora bien, valorando todo el material probatorio, corresponde reconocer como daño cierto, lo gastado para la compra de dos garrafas a un valor de \$ 150 cada una, o se la suma de \$ 300; los gastos en concepto de transporte para trasladarse al domicilio de otras personas y poder bañarse allí de transporte, estimados en \$ 500 y lo desembolsado en concepto de compra de calefón (\$ 501) y estufa eléctrica (\$ 2.734), todo ello conforme prueba rendida en la causa, por lo que se arriba a un importe de \$ 4.035.- (art. 90 inc. VII del CPC) b.- Daño moral. Por daño moral reclaman la suma de \$ 25.000 cada uno de los actores. La indemnización del daño moral en el caso de incumplimiento contractual se encuentra regulada en el artículo 522 del Código Civil (hoy derogado), que establece que: "En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso." De la norma, se deriva que su admisibilidad es facultativa para el juez, toda vez que el precepto dice "podrá?", con lo cual se está significando que no le impone al tribunal la necesidad de hacerlo. El carácter restrictivo que la jurisprudencia asigna a la reparación de esta clase de daño en materia contractual, tiende esencialmente a excluir de este ámbito las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (conf. Guillermo A. Borda, ?La reforma del 1968 al Código Civil?, p. 203, Ed. Perrot, Bs. As., 1971). Sin embargo esa razonable restricción no puede erigirse en un obstáculo insalvable para el reconocimiento del agravio moral cuando el reclamo tiene visos de seriedad suficientes y encuentra base sólida en los antecedentes de la causa (conf. CNCom., Sala C, ?Girogetti Héctor R. y otro c/ Georgalos Hnos. S.A.I.C.A. s/ Ord.?, 30/06/93; íd., ?Miño Olga Beatriz, c/ Caja de Seguros S.A. s/ Ord.?, 29/05/07). Es decir que, la reparación del agravio moral, derivado de la responsabilidad contractual queda librada al arbitrio del juez, quien libremente apreciará su procedencia. Es que, la comprobación de la existencia del agravio moral derivado del incumplimiento contractual encuentra un amplio marco en la legítima discrecionalidad que la ley otorga al órgano judicial, quien libremente apreciará su admisibilidad, debiendo proceder con estrictez en este ámbito (art. 522 del Cód. Civil y art 179 del CPC).- Es claro que el daño moral, en tanto lesión espiritual, no es susceptible de acreditación directa, sólo pueden probarse circunstancias que según el curso ordinario de las cosas tienen normalmente capacidad de producir dolor o perturbación espiritual en una persona. Tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria hacen hincapié en que si bien en materia contractual el daño moral necesita acreditarse más exhaustivamente para su admisión, deben distinguirse los incumplimientos que -en principio- sólo pueden generar las molestias propias de cualquier desatención, del daño causado por los errores cometidos por uno de los contratantes susceptibles de causar verdaderos padecimientos morales. (Zavala de González, Matilde, "El concepto de daño moral", J.A. 1985-I-726; ídem, "Resarcimiento de daños, daños a las personas, Ed. Hammurabi, 2° ed., Buenos Aires, 1993; Mazeaud Tunc, "Responsabilidad Civil", t. 1, p. 425). Teniendo en cuenta las particularidades del caso, interpretadas a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación que unifica el tratamiento de la función resarcitoria de la responsabilidad civil, incluyendo lo atinente a las consecuencias no patrimoniales (Art. 1.741), sumado al hecho de que se trata de un daño moral en las relaciones de consumo Aplicando lo expuesto al caso de autos, tengo para mí que, el hecho del incumplimiento debió generar en los reclamantes una verdadera lesión espiritual que excede de las molestias normales que

acompañan al incumplimiento contractual. De allí, puede extraerse con facilidad que el daño moral ocasionado a los actores se configuró y debiendo cuantificarse en la suma de \$ 10.000 a la fecha de este pronunciamiento para ambos reclamantes. (ar. 90 inc. VII del CPC).- c.- Por Daño Punitivo, se reclama la suma de \$ 10.000.- Sabido es que, la ley 24.240 establece, en su artículo 52 bis: ?Daño Punitivo. 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. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley? (artículo incorporado por art. 25 de la Ley N° 26.361, B.O. 07/04/2008). El CC Y CN se ha limitado a regular sobre la punición excesiva, en el artículo 1714. Ahora bien, cabe resaltar que la función del llamado daño punitivo, es la de evitar prevenir que el proveedor perpetre las mismas conductas dañosas. La Excma Tercera Cámara Civil de Apelaciones en autos n° 34.441 caratulados ?Protectora Asociación de Defensa al Consumidor y ots. c/ Instituto Provincial de Juegos y Casinos p/ amparo? (junio/2012) perfiló a la figura. Siguiendo a Pizarro, enumeró las notas típicas de la ?multa civil?: a) la gravedad de la falta; b) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; c) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito; d) la posición de mercado o de mayor poder del punido; e) el carácter antisocial de la inconducta; f) la finalidad disuasiva futura perseguida; g) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta; h) el número y nivel de empleados comprometidos en la inconducta de mercado; i) los sentimientos heridos de la víctima. En tanto que, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, La Corte de Mendoza ha expuesto que, como presupuestos para que proceda su aplicación, suele requerirse una conducta especialmente grave o reprochable del dañador, caracterizada por la existencia de dolo o una grosera negligencia. Efectivamente, ha señalado que, pese al tenor literal del art. 52 bis de la Ley 24.240, no puede bastar con el mero incumplimiento. Es necesario por el contrario, que se trate de una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia (autos n° 110.849, ?Guerrero, Cristian Adrián?, sentencia del 04 de julio de 2.014 y precedente allí citado. Ver además: Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, 2° edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 559). No advierto que en el caso concreto los demandados hayan incurrido en una falta grave, ni que hayan tenido ánimo de beneficiarse con un ilícito, o que se haya violado deliberadamente el ordenamiento jurídico, ni que su conducta haya evidenciado el ejercicio de una posición dominante en el mercado, ni que haya existido un ejercicio deliberado o menosprecio por los derechos de terceros, o daño intolerable, etc. En suma rechazaré por las consideraciones vertidas el daño punitivo peticionado. 6.- Intereses. El rubro daño emergente, ha sido estimado a valores históricos, por lo que por tratarse de un valor histórico, no actualizado a la fecha de la sentencia, corresponde adicionarle como interés moratorio los de la tasa activa (según Plenario Aguirre) desde el 09/07/2.015 y hasta el 01/08/15 momento a partir del cual se aplicarán los intereses moratorios de conformidad al art. 768 in c) C.C.C.N., por ende, la tasa aplicable será la que fije para este supuesto las reglamentaciones del BCRA, hasta su efectivo pago, que a la fecha aún no ha sido establecida. Para el caso de que al momento del pago la misma no haya sido reglamentada por el Banco Central, se deberá aplicar la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (T.N.A.). El rubro daño moral ha sido fijado al momento de la sentencia, por lo que corresponde aplicar los intereses de la ley 4087 (5% anual) desde el 09/07/2.015 y hasta el dictado de esta sentencia y desde allí y en adelante y hasta el efectivo pago los intereses moratorios de conformidad al art. 768 in c) C.C.C.N., por ende, la tasa aplicable será la que fije para este supuesto las reglamentaciones del BCRA, que a la fecha aún no ha sido establecida. Para el caso de que al momento del pago la misma no haya sido reglamentada por el Banco Central, se deberá aplicar la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (T.N.A.). Tal como surge de la jurisprudencia constante de la Corte Provincial, el juzgador puede elegir dos caminos para determinar la indemnización: o fijar el monto a la fecha del hecho o al momento de la sentencia; en cada caso, los intereses aplicables difieren, toda vez que, en el primer caso, se impone la tasa legal desde el día del hecho hasta el efectivo pago, en tanto que, en el segundo, al fijar un valor a la fecha de la sentencia, se le establece una tasa pura del 5 % anual según la Ley N° 4.087, ya que el valor resultante de la cuantificación judicial no es histórico, sino actualizado o, mejor dicho, fijado y valorado en ese momento? (25/08/2015, autos N°112.673/50.556, ?Rizzo, Cristian Leonardo c/ La Nueva Chevalier S.A. y Ots. p/ D y P.?). Al haberse fijado los daños a la fecha del hecho, ejerciendo una de las opciones referidas supra, la condena de intereses delineada por la juez de grado resulta correcta? (31/08/2015, autos N° 51.077/156.658, ?Sagredo, Hugo Fernando c/ Glielmi, Luis p/ d. y P.?) (11/11/2016, autos N° 250.441/51.989, ?Melgarejo, Nancy Gabriela y Ot. por su hija menor Páez, María Sol c/ Escuela P-008 Santo Tomás de Aquino p/ D. y P.?). 7.- Costas. Las costas por lo que prospera la acción, deben ser soportadas por la demandada por resultar vencida. En cuanto al rechazo del daño punitivo, entiendo que corresponde no imponer costas. La Excma. Segunda Cámara Civil en fecha 21/03/2.017, resolvió la no imposición de costas en el rechazo del rubro daño

punitivo, en la causa N° 185.294/52.134 caratulada HERRERA LEANDRO NICOLAS C/ EL SANTO S.A. P/ DAÑOS Y PERJUICIOS? En el fallo, la decisión se basó en jurisprudencia de la SCJMZA, específicamente en la causa n° 108.977, caratulada: ?CASTILLO JULIO DANIEL EN J° 149.520/14.364 CASTILLO JULIO DANIEL C/ BANCO PAGAGONIA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS S/ CASACION? . En efecto, en dicho precedente, la SCJMza resolvió que ?... en relación a la condena en costas en materia de defensa del consumidor, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado omitiendo la imposición de costas in re U.66.XLVI, ?Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A. s/ sumarísimo?, de fecha 11/10/11, por aplicación del art. 55, 2° párrafo de la Ley 24.240, que contempla el beneficio de justicia gratuita para las asociaciones de consumidores y usuarios, del mismo modo que el art. 53 lo hace para los consumidores individuales. Este criterio ha sido interpretado en doctrina en el sentido que "justicia gratuita" no sólo comprende los impuestos, tasas y contribuciones requeridos como condición para el trámite de la demanda, sino que además, se hace extensiva a todas las costas del proceso (?La justicia gratuita en la Ley de Defensa del Consumidor y la defensa del débil jurídico?, Ritto, Graciela B., Publicado en: RCyS 2013-VIII, 167, Fallo Comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca - 2012-11-20 - ?Janavel, Andrés Orlando y otro c. Telefónica Móviles Argentina S.A. (Movistar) s/sumarísimo?, Cita Online: AR/DOC/1778/2013).... Por ello, de conformidad con el criterio reseñado y teniendo presente la especialidad de la cuestión, el orden público involucrado, el espíritu tuitivo de la ley en relación al consumidor, el carácter aleccionador de los daños punitivos solicitados lo cual hace que sea muy difícil su cuantificación, la necesidad de que se priorice el acceso a la justicia de los consumidores sin ninguna limitación que pueda coartarlo, y el hecho de que la concesión del daño punitivo es una facultad judicial, entiendo que las costas por el rechazo del rubro daño punitivo no lleva imposición en costas...?. En sentido similar la Cuarta Cámara Civil de Apelaciones, ha dicho que: ?El rechazo del rubro daño punitivo en materia de defensa del consumidor no lleva imposición de costas? . (Conf. Expte.: 52140 - COPIA, ALDO ANTONIO C/MAPFRE ARGENTINA SEGUROS DE VIDA S.A. P/CUEST. DERIV. CONTRATOS DE SEGURO P/CUEST. DERIV. CONTRATOS DE SEGUROS, fallo de fecha 21/12/2016) Por todo lo expuesto, RESUELVO I.- Hacer lugar parcialmente a la demanda instada por los actores y en consecuencia condenar a la demandada a abonar a los actores Leonardo Javier Veragua y Andrea Gonzalez la suma de pesos veinticuatro mil treinta y cinco (\$ 24.035), con más los intereses legales establecidos en los considerandos, todo ello en el término de diez días de que quede firme la sentencia. II.- Imponer las costas a la demandada por resultar vencida. III.- Regular los honorarios profesionales a los Dres. Gabriela Padua, Cynthia Laura Narvaez, y Guillermo Tripodi, en las respectivas sumas de pesos dos mil ochocientos ochenta y cinco (\$ 2.885), pesos un mil setecientos sesenta y siete (\$ 1.767) y pesos cuatrocientos veinte (\$ 420), sin perjuicio de los honorarios complementarios que pudieran corresponder. (arts. 2, 3, 4 inc. a), 13 y 31 LA). IV.- Regular los honorarios del Perito Ingeniero Civil María Cecilia Masetti, la suma de pesos novecientos (\$ 900). V.- Rechazar el daño punitivo, sin costas.- COP. REG. NOTIFÍQUESE. Fdo: Dra. Fabiana Beatriz Munafo - Juez

019856E