

Fideicomiso Inmobiliario Incumplimiento Contractual Demora En La Construcción Del Edificio Responsabilidad De La Fiduciaria

JURISPRUDENCIA

construcción del edificio. Responsabilidad de la fiduciaria

Fideicomiso inmobiliario. Incumplimiento contractual. Demora en la construcción del edificio. Responsabilidad de la fiduciaria

Se confirma el fallo que hizo lugar a la demanda por cumplimiento de contrato de fideicomiso inmobiliario, pues existió un grave incumplimiento por parte de la fiduciaria primigenia, por encontrarse ampliamente excedidos los plazos de obra que se habían establecido, resultando aplicables las normas consumeriles.

En Buenos Aires, a 2 de noviembre de dos mil dieciocho, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala ?L? de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de pronunciarse en el expediente caratulado ?B, M B c/Nouvel Sociedad Fiduciaria s/cumplimiento de contrato? de acuerdo al orden del sorteo la Dra. Iturbide dijo: I. En la sentencia que luce a fs. 289/297, el señor juez de primera instancia admitió la demanda interpuesta por M Bz B con el alcance indicado en los considerandos del pronunciamiento, disponiendo que, en la etapa de ejecución de la sentencia, la perito arquitecta designada en autos estime el costo que tendría en la actualidad un departamento terminado según las características edilicias promedio del emprendimiento y los términos del contrato de adhesión suscripto por la actora. Asimismo, el magistrado de grado resolvió que la experta deberá estimar cuánto representa de ese costo final lo efectivamente aportado por la demandante, teniendo en cuenta que el importe en dólares no llevará intereses, y que a lo pagado en pesos se adicionará una tasa activa de interés desde cada pago hasta la fecha de la estimación. Finalmente, se decidió que la diferencia resultante deberá ser pagada por la actora en pesos, en once cuotas consecutivas con una tasa de interés pura del 6% anual, en favor de la fiduciaria PMW Green S.A., y cumplidos estos aportes y una vez finalizado el emprendimiento de Álvarez Thomas ..., PMW Green S.A. deberá proceder a la adjudicación de la unidad prevista contractualmente y la escrituración a favor de la actora. Por otra parte, el reclamo de daños y perjuicios formulado por Baranzini fue desestimado, y las costas fueron impuestas a cargo de la demandada. Contra dicho pronunciamiento, expresó agravios la accionante a fs. 316/321 y PMW Green S.A. a fs. 323/326, los que fueron respondidos a fs. 333/337 y a fs. 328/331 respectivamente. En consecuencia, y dado que las partes no han logrado arribar a un acuerdo tras la celebración de las audiencias de las que dan cuenta las actas de fs. 349 y 362, las actuaciones se encuentran en condiciones de dictar sentencia definitiva. II. Según lo expuso la actora al promover la demanda, el día 10 de febrero de 2012 suscribió con Nouvel Sociedad Fiduciaria S.R.L., en carácter de fiduciante, un convenio de adhesión al contrato de fideicomiso inmobiliario al costo de Álvarez Thomas ... de esta ciudad. Destacó que, de acuerdo a la cláusula segunda del convenio de adhesión, la actora aceptaba el contrato de fideicomiso y, en particular, que el emprendimiento se realizaría por el sistema denominado ?al costo?, el cual se reajustaría en más o en menos de acuerdo al costo final de la obra. A los efectos de percibir los mayores incrementos, los aportes para la construcción se ajustarían por el índice de la Cámara Argentina de la Construcción. A su vez, conforme surge de la cláusula cuarta, la actora adquirió el derecho a la adjudicación y transferencia de la unidad funcional nro. 30, designada provisoriamente con la letra ... del piso ..., con una superficie aproximada de 48,92 m2, una unidad complementaria baulera con una superficie aproximada de 2 m2, dando una superficie total cubierta y descubierta (balcón) de 55,68 m2 correspondiéndole un 2,08% en relación al total. Asimismo, adquirió el derecho de adjudicación y transferencia de la unidad funcional nro. 65, correspondiente a la cochera nro. 9 ubicada en la planta baja y correspondiente a un 0,40 % del total. En virtud de lo dispuesto en la cláusula quinta, por las unidades descriptas se estimó un valor de USD 115.661,60, abonándose al momento de la firma del convenio la suma de USD 52.047,72, y acordándose el pago del saldo restante en 24 aportes mensuales y consecutivos de un importe estimado de \$ 7286,68, además de 4 refuerzos semestrales de un monto estimado de \$ 23.074, 49. B refirió que el 23 de noviembre de 2012 comenzó con el pago de los aportes, y abonó 13 cuotas y 2 refuerzos. El pago de la última cuota fue realizado el 22 de octubre de 2013. A renglón seguido, detalló las demoras de la obra: ésta comenzó en mayo de 2013, y en julio de 2013 se dio inicio a los movimientos de suelo, armado de estructuras y hormigón de las primeras bases. El plazo máximo para la ejecución y la entrega de las unidades no podía exceder de 18 meses, es decir, noviembre de 2014. Sin embargo, cuando en fecha 7 de noviembre de 2013 hizo una visita a la obra acompañada por un arquitecto de su confianza, D M, pudo comprobar que no existía un cronograma de obra, que sólo se encontraban trabajando 5 personas y que en función de la envergadura del emprendimiento su conclusión se demoraría al menos 30 meses más. Nouvel Sociedad Fiduciaria S.R.L. le informó posteriormente a la actora que la obra estaría terminada en junio de 2015, y en una nueva reunión se acordó verbalmente la firma de un acta acuerdo por la cual los demandados afrontarían los mayores costos derivados del retraso imputable a ellos mismos. Ante esta situación, el 3 de abril de 2014 B comenzó el envío de las cartas documento que transcribió a fs. 99/100 vta. Hizo a continuación un desarrollo sobre el grupo económico, señalando que Nouvel Sociedad Fiduciaria S.R.L. es controlada

por la empresa desarrolladora Fap Developers, nombre de fantasía del Grupo F.A.P. S.A., cuyos miembros fundadores son el arquitecto R F y el Sr. D A. Finalmente, aludió a la responsabilidad solidaria del Grupo F.A.P. S.A. (fs. 102 vta./104), y planteó, por considerarlas abusivas, la nulidad de las cláusulas que limitan la responsabilidad de los demandados y que surge de los puntos 9, 12, 13, 14, 25, 27, 28, 30, 33, 36 y 46 del contrato de fideicomiso y de las cláusulas cuarta in fine, sexta y octava del convenio de adhesión. En definitiva, la demandante precisó el perjuicio padecido a raíz de la conducta de su contraparte y reclamó, además de la declaración de nulidad de las cláusulas referidas, el cumplimiento del contrato y una indemnización pecuniaria en concepto de daños, que cuantificó en \$ 234.722. III. El magistrado de la instancia anterior admitió la demanda con los alcances indicados en el considerando I de mi voto. Para así decidir, luego de analizar la figura del fideicomiso inmobiliario y en particular el sujeto a la modalidad ¿al costo?, como así también el contrato suscripto entre B y la fiduciaria en este caso concreto, consideró que existió un grave incumplimiento por parte de la fiduciaria primigenia, por encontrarse ampliamente excedidos los plazos de obra que se habían establecido. Por otra parte, el señor juez a quo señaló que dada la condición de destinataria final que reviste la actora en el negocio, dirigido a una vivienda, corresponde aplicar al caso no sólo la ley 24.441 sino también la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, norma que confiere a la compradora el derecho a obtener el bien y no sólo una suma resarcitoria. Por último, el Dr. G Z estimó que PMW Green S.A., quien reemplazó y continuó a Nouvel Sociedad Fiduciaria S.R.L. como fiduciaria en el emprendimiento, asumió las mismas obligaciones que pesaban en cabeza de aquélla, aunque sin perder de vista que cualquier decisión singular que se adopte a favor de la actora importa, simultáneamente y como contrapartida, un mayor esfuerzo económico para el fideicomiso. IV. Al verter sus agravios en esta instancia, la accionante cuestionó la decisión del magistrado de grado, y solicitó que esta Sala declare la nulidad de las cláusulas contractuales mencionadas en el considerando II, como así también que se especifiquen en el presente pronunciamiento las condiciones en las que cada una de las partes debe cumplir con las obligaciones que emanan del contrato celebrado (ello supondría la determinación de los montos adeudados por B, en lugar de que ello sea diferido para la etapa de ejecución de sentencia). Por su parte, PMW Green S.A. cuestionó la legitimación de la actora para demandar al nuevo fiduciario, la extensión de la responsabilidad a dicha empresa y el modo en que fueron impuestas las costas de primera instancia. Corresponde aclarar que el rechazo de la pretensión de B en cuanto reclamó una suma monetaria en concepto de indemnización de daños y perjuicios no ha sido recurrida y, por hallarse este punto firme y consentido, no resulta procedente reexaminarlo en esta sentencia (arts. 271, 277 y conss. del Código Procesal). V. Aplicación de la ley en el tiempo Frente a la existencia de normas sucesivas en el tiempo, cabe ante todo aclarar que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y como ya lo vienen sosteniendo de manera uniforme las Salas de esta Cámara, la situación jurídica que da origen a esta demanda, al haberse consumado antes del advenimiento del actual Código Civil y Comercial, debe ser juzgada -en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas- de acuerdo a la normativa vigente al momento de los hechos (Kemelmajer de Carlucci, Aída, ¿La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes?, p. 100, Ed. Rubinzal Culzoni; Caputto, María Carolina, ¿Aplicabilidad del nuevo Código ante la apelación de una sentencia anterior?, en Rev. La Ley, 30/10/1025; CSJN, 5/2/98, D.J. 1998-2-95, La Ley, 1998-C-640; fallo plenario recaído en la causa ¿Rey, José c/ Viñedos y Bodegas Arizu S.A.?, La Ley 146-273, con nota de Nieto Blanc, ¿Retroactividad de la ley y daño moral?, en J.A. 13-1972-352). Ocurre que el nuevo Código Civil y Comercial es aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas futuras; a las existentes a la fecha de su entrada en vigencia, tomándolas en el estado en que se encuentren, y también a las consecuencias no agotadas de las relaciones y situaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de la antigua ley. Únicamente es aplicable el nuevo cuerpo legal a las relaciones o situaciones jurídicas que no se encuentren agotadas aún en cuanto a sus efectos o contenido (¿no consumadas?), y siempre que tengan origen legal (por ejemplo, los intereses derivados del resarcimiento de un daño que no hubieran sido pactados por las partes) (Jalil, Julián Emil, La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, octubre de 2015, Buenos Aires, La Ley, p. 151 y ss.). Es por ello que, más allá de considerar que en lo atinente a la aplicación temporal del nuevo Código Civil y Comercial ha de seguirse una hermenéutica que no limite su efectiva vigencia, pues como recordaba Vélez en su nota al viejo artículo 4044 -luego derogado por la ley 17.711-, ¿el interés general de la sociedad exige que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las antiguas, cuyos defectos van a corregir?, en este caso puntual, debe atenderse a aquella limitación por aplicación del principio consagrado en el artículo 7 del nuevo ordenamiento legal (cfr. CNCiv., Sala B, voto del Dr. Parrilli, en autos ¿Martínez, José Eduardo c/Varela, Osvaldo, Héctor y otros s/daños y perjuicios?, 6/8/2015). Siguiendo esa línea de ideas, coincido con quienes afirman que, con Código viejo o nuevo, la interpretación que guíe las decisiones judiciales no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, no ya porque lo consagre el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 1 y 2, sino porque así lo manda la Constitución Nacional en sus artículos 31 y 75 inciso 22. Tampoco pueden ignorarse los valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico

porque éstos se sintetizan en el mandato de "afianzar la justicia" contenido en el Preámbulo de nuestra Constitución, que no es letra vana (ver voto del Dr. Parrilli en los autos ya citados).

VI. La sentencia apelada y la solución del caso

1. El fideicomiso inmobiliario, la modalidad "al costo" y la pretendida nulidad de las cláusulas contractuales

Adelanto que, desde mi punto de vista, la solución dada al caso por mi colega de grado resulta a mi juicio técnica y jurídicamente correcta, por lo que propondré a mis colegas confirmarla.

Para así pronunciarme, como punto de partida, debe tenerse en cuenta que el denominado "fideicomiso inmobiliario" no constituía una especie tipificada del género contractual "fideicomiso" de la ley 24.441 ni tenía una regulación propia, sino que era una más de las muchas y variadas aplicaciones, bajo el paraguas de las normas del Título I de la citada ley, del negocio fiduciario, estructurado ad hoc para emprendimientos inmobiliarios, mayormente destinados a viviendas en propiedad horizontal, conjuntos habitacionales, barrios cerrados, clubes de campos, locales comerciales, etc., cuyos "beneficiarios" o adquirentes son generalmente inversores, ahorristas no profesionales o consumidores finales, que buscan adquirir una propiedad con ciertas ventajas relativas respecto del costo, la financiación y una cierta seguridad (De Hoz, Marcelo, "Contrato de fideicomiso. Alternativa para emprendimientos urbanísticos y productivos", Buenos Aires, La Ley, 2003-A, 1067; Lisoprawski, Silvio V., "Fideicomisos inmobiliarios. Oferta pública de fideicomisos "no financieros"?", Buenos Aires, La Ley, 2007-D, 911).

En rigor, existe fideicomiso para la construcción o inmobiliario cuando distintos partícipes, todos ellos en calidad de fiduciarios, transmiten la propiedad fiduciaria del terreno, materiales de construcción, locaciones de obra vinculados y/o fondos al administrador o gerenciador (fiduciario), quien se obliga a desarrollar y ejecutar el emprendimiento (construcción de edificios o casas, urbanizaciones o barrios cerrados), debiendo, al terminar el proyecto, asignar las unidades a las personas designadas en el contrato (beneficiarios-fideicomisarios), o bien distribuir entre los beneficiarios el resultado proveniente de su comercialización, según la forma y porcentajes pactados (Santamaría, Gilberto L., Gómez de la Lastra, Manuel C. y Monserrat Ortega, Andrea, "La recaudación y los fideicomisos inmobiliarios", La Ley, cita online: AR/DOC/918/2016).

Así, se establece una vinculación contractual entre las partes, no habiendo una relación societaria, lo cual es una ventaja, reduciendo de manera significativa el riesgo del inversor en cuanto a los cambios potenciales y grado de cumplimiento de lo proyectado, dado que el fideicomiso se constituye con un patrimonio de afectación, el cual está separado de los patrimonios de las partes contratantes (Estévez Cambra, Sebastián, "Fideicomiso inmobiliario (El fideicomiso. Una modalidad, el inmobiliario)", La Ley, cita online: AR/DOC/1241/2007).

Calificada doctrina ha explicado el éxito de la figura (especialmente desde el año 2003) por la conjugación de dos factores: uno primario, de tipo económico, y otro complementario o auxiliar, consistente en la inexistencia de vías más prácticas y eficientes para contener negocios asociativos, con finalidad inmobiliaria, que generen una expectativa de seguridad y pocas complicaciones, con penetración en el conocimiento (al menos del nombre) de algunos sectores sociales de nivel medio y alto. El "boom" de crecimiento de la industria de la construcción de viviendas para esos sectores, que comenzó tíbicamente a partir de la crisis del 2002 y creció sin interrupción, continúa actualmente no sólo para satisfacer la demanda del usuario final, sino como tendencia a la inversión en activos inmobiliarios (Lisoprawski, Silvio V., "Fideicomisos de construcción al costo", Buenos Aires, La Ley, 2011-F, 1055).

En este sentido, el fideicomiso inmobiliario es una herramienta de financiación para las empresas más barata que el crédito bancario. A través de él se posibilita un desarrollo del mercado de capitales y se estimulan los niveles de ahorro y de inversión. Esta herramienta, utilizada con criterio y en forma estratégica, sirve como garantía y tiene un papel protagónico en el financiamiento de los emprendimientos (Gotlib, Gabriel y otros, Tratado de fideicomiso: parte especial, La Ley, Buenos Aires, 2013, 1ª ed., p. 101).

Ahora bien, existe una especie particular de fideicomiso inmobiliario: se trata de la modalidad "al costo", que implica que cada uno de los interesados en acceder a un inmueble asume la figura de inversor por su porcentaje de participación, y asociado a las expectativas respecto de la evolución de los precios finales de los inmuebles y los costos de construcción. Este tipo de fideicomiso se constituye con aportes de los inversores, dados por un anticipo en efectivo y cuotas planificadas que le permiten, una vez finalizada la obra, la adjudicación en propiedad de una o más unidades en la calidad de beneficiario. No existe un precio de venta, sino un compromiso del partícipe de aportar los fondos que sean necesarios para el desarrollo del emprendimiento. Ellos asumen el riesgo del proyecto porque se asocian a él, y está claro que en esta modalidad el inversor asume mayores riesgos (Lisoprawski, Silvio V., "Fideicomisos de construcción al costo", cit.).

Es en este marco que se debe dar respuesta a la queja vertida por B en torno a la supuesta nulidad de las cláusulas del contrato de fideicomiso y del convenio de adhesión a aquél, que la actora tachó de abusivas. Ello es así, porque el carácter abusivo de una cláusula contractual, al encontrarse reñido con principios generales del derecho tales como la buena fe y el abuso del derecho, debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo al tipo de negocio jurídico de que se trate y en consideración a las particulares circunstancias de cada supuesto (ver, en este sentido, Stiglitz, Rubén S., y Stiglitz, Gabriel A., Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 312).

El planteo de la recurrente tal vez podría resultar atendible si el emprendimiento se hubiera llevado a cabo bajo la modalidad de "costo fijo", donde el inversor-fiduciante aporta un valor prefijado, calculado sobre valores de mercado, por el derecho a que le escrituren una unidad

funcional, caso en el cual el anticipo para ingresar generalmente es mayor, dado que el desarrollador debe considerar un mayor margen para hacer frente a los gastos y compras de material sin arriesgarse excesivamente a tener pérdidas que luego habrá que afrontar. Bajo esta modalidad, el inversor tendría más certeza sobre el monto de la inversión a realizar. Pero en este caso concreto, por el contrario, las cláusulas que B pretende atacar no resultan abusivas, puesto que se ajustan a las características propias de esta categoría de negocios jurídicos (fideicomiso inmobiliario ¿al costo?) entre cuyas notas fundamentales se halla, tal como ha sido analizado, el rasgo típicamente ¿riesgoso? y aleatorio de este tipo de figura. Al tratarse en este caso de un fideicomiso inmobiliario ¿al costo?, cada inversor ingresa sin saber ciertamente cuánto le costará la unidad: el precio es abierto, debería terminar pagando lo que realmente cueste y prácticamente nadie le garantiza el valor final, sino que mes tras mes el fiduciario le comunica los gastos incurridos y los pagos a realizar conforme el avance de las obras, a través de liquidaciones. Es más, no resulta extraño que el precio final de la construcción termine siendo igual o superior al de la compra de una unidad terminada, con una diferencia: el inversor pagó el precio en cuotas (Lisoprawski, Silvio V., ¿Fideicomisos de construcción al costo?, cit). Aclaro que, si bien he propuesto la solución del caso, como lo dije en el considerando V, conforme a la normativa vigente al momento de la situación jurídica que originó este procedimiento, la conclusión no variaría si se aplicaran las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dado que el contrato de fideicomiso suscripto entre la actora y Nouvel Sociedad Fiduciaria S.R.L. se ajusta a la definición, el contenido y el objeto previstos en los arts. 1666, 1667 y 1670 del nuevo Código, al deber en cabeza del fiduciario de cumplir ¿las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él? (art. 1674) y la de rendir cuentas (art. 1675). De igual modo, conforme lo establecido en el art. 1119, ¿sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor?, desequilibrio que, en virtud de las características particulares del emprendimiento ¿al costo? que aquí se debate, no se ha configurado en el contexto de esta operatoria específica. Por tales fundamentos, considero que la queja planteada por la actora en torno a la nulidad de las cláusulas de los contratos que suscribió no debe encontrar favorable acogida.

2. Las quejas vertidas por PMW Green S.A. en torno a la legitimación de la actora para demandar a la nueva fiduciaria y a la extensión de la responsabilidad a dicha empresa

Antes de referirme a la solución de fondo dada al caso por mi colega de primera instancia, la cual ha sido criticada, como ya lo dije, por B, razones de orden metodológico me imponen tratar en este punto de mi voto las críticas de la nueva fiduciaria en lo relativo a la legitimación de la actora para demandarla y a la extensión de la responsabilidad a dicha empresa dispuesta por el Dr. G Z. Al respecto, resulta cierto que en la asamblea extraordinaria autoconvocada por los propios fiduciantes, llevada a cabo el 15 de junio de 2015 (ver la copia del acta glosada a fs. 150/156), tras aceptarse la renuncia de la fiduciaria original Nouvel Sociedad Fiduciaria S.R.L. y designarse como nueva fiduciaria a PMW Green S.A., se votó la ¿renuncia expresa por parte de los fiduciantes de las litis trabadas contra el Fideicomiso obligándose a renunciar a las mismas dentro de los cinco días? (punto séptimo del orden del día), extremo que resulta comprensible puesto que, de lo contrario, probablemente ninguna fiduciaria hubiera aceptado sustituir a la anterior habida cuenta de las condiciones en que se hallaba el emprendimiento. Sin embargo, no puede ignorarse que, por un lado, la aquí actora se abstuvo en la votación de PMW Green S.A. como nueva fiduciaria, que en relación a la indemnidad conferida a esta última B expresó que quería ¿interiorizarse un poco más? y que no había tenido tiempo de analizar la propuesta y, por otra parte, resulta claro que la indemnidad pactada a favor de la nueva fiduciaria podía ser apta para eximirla, por ejemplo, de indemnizaciones de daños y perjuicios que pudieran haber reclamado los fiduciantes a la anterior fiduciaria, de responder por actos dolosos o culposos llevados a cabo por los representantes de Nouvel Sociedad Fiduciaria S.R.L. o por la mayor demora insumida por el proyecto, pero en modo alguno lo resuelto por la asamblea podría exonerar a la nueva fiduciaria de cumplir con su obligación fundamental de llevar adelante la administración del fideicomiso, proseguir con la construcción de la obra y entregar, al término de aquélla, las unidades a cada uno de los fiduciantes, con la diligencia que es razonable exigir de parte de la empresa fiduciaria (cfr. art. 6 de la ley 24.441 y art. 1674, primera parte del Código Civil y Comercial). Dicha conclusión encuentra fundamento en la naturaleza del negocio jurídico (tal obligación del fiduciario resulta típica y esencial en cualquier fideicomiso inmobiliario), en las propias cláusulas del contrato de fideicomiso, pues la mencionada obligación surge con nitidez de las cláusulas 1, 3, 4, 6, 7, 29, 30 y 33, y en lo dispuesto específicamente en el art. 34, punto 2, sobre remoción del fiduciario: ¿el documento escrito que evidencia la designación y aceptación del cargo del Fiduciario Sucesor debe reunir todos los requisitos legales correspondientes, entre los que es importante mencionar la anotación en el Registro de la Propiedad Inmueble sobre el cambio de titularidad del dominio Fiduciario. Una vez acreditados estos requisitos legales se le deben atribuir al Fiduciario Sucesor todos los deberes, facultades y derechos inherentes al cargo, incluida la responsabilidad sobre la propiedad fiduciaria de los Bienes Fideicomitidos. El documento escrito que evidencia la designación y aceptación del cargo por el Fiduciario Sucesor será suficiente para atribuirle todos los deberes, facultades y derechos inherentes al cargo, incluida la

transferencia de la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos...?. En definitiva, no tengo dudas de que Baranzini, en su carácter de fiduciante y dada la actitud que adoptó en la asamblea extraordinaria a la que hice referencia, y PMW Green S.A., como nueva fiduciaria continuadora de Nouvel Sociedad Fiduciaria S.R.L., poseen legitimación activa y pasiva, respectivamente, para ser partes en las presentes actuaciones. No obsta a ello que la actora haya optado por no ampliar la demanda contra PMW Green S.A. (ver fs. 142), puesto que a pesar de esta contingencia y la peculiar situación procesal que se ha configurado en consecuencia, lo cierto es que PMW Green S.A. resulta ser la actual fiduciaria. Por ende, no puede dejar de responder por la obligación principal y característica que sobre ella pesa en tal carácter, y resulta la persona jurídica apropiada para ser emplazada en este juicio y cumplir la sentencia dictada en autos en lo que a esa parte respecta, habita cuenta del objeto perseguido en este proceso (cumplimiento de contrato). Por ello, estimo que corresponde rechazar las quejas vertidas por PMW Green S.A. (excepto en lo relativo a las costas del procedimiento, aspecto que abordaré en el considerando VII), lo que así propongo al Acuerdo. 3. La solución del caso

Resta dar tratamiento a la crítica vertida por la demandante en torno a la solución dada al caso por el magistrado de primera instancia. En particular, la recurrente cuestionó que el Dr. G Z hubiera fallado ?flexibilizando? el principio de congruencia y diferido para la etapa de ejecución de sentencia las condiciones en las que cada una de las partes debe cumplir con las obligaciones que emanan del contrato celebrado (incluso la determinación de los montos adeudados por B). En términos generales, aclaro que la flexibilización de la congruencia cuenta con el apoyo expreso de importantes voces (así las de A M, J P Q y L M, entre otras), que destacan la importancia de satisfacer el resultado práctico perseguido por el accionante teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el derecho de defensa de la contraria, y no tanto en otorgar exactamente lo reclamado por aquél. En este sentido, comparto la calificada doctrina que ha expresado que la congruencia encuentra en su flexibilización un modo de ahuyentar la posibilidad de incurrir en excesos rituales manifiestos cuando se interpreta aquel principio de manera intransigente y cerrando los ojos frente al reclamo de injerencia de otros principios y valores y, en otras palabras, ?constituye el triunfo del sentido común por sobre la pesada maquinaria de lo rutinario y lo canónico? (Peyrano, Jorge W., ?La flexibilización de la congruencia?, Buenos Aires, La Ley, 2013-E, 261).

Ahora bien, en este litigio concreto, entiendo que la solución dada a la controversia por el señor juez a quo no sólo supone una flexibilización razonable al principio de congruencia, sino que además resulta la alternativa que en mayor medida se adecua jurídica y materialmente a las particularidades del caso. Para pronunciarme del modo en que lo hago, estimo relevante detenerme en una cuestión fundamental: la actora no reclamó en este proceso la resolución del contrato a su respecto y el resarcimiento de los daños y perjuicios por la frustración del negocio, sino el cumplimiento específico de la prestación a cargo de la fiduciaria. En esta línea de razonamiento, debe repararse en que, por un lado, se trata de un contrato en curso de ejecución, puesto que la obra se sigue construyendo hasta el día de hoy, y por otra parte, ese emprendimiento ha adoptado la forma, como ya lo dije y he desarrollado en detalle, de un fideicomiso inmobiliario ?al costo?, en el que el monto total al que ascenderán las erogaciones a cargo de cada uno de los fiduciantes es incierto y variable. Así las cosas, estimo que el temperamento adoptado por el Dr. G Z resulta prudente y equitativo, pues reconoce el derecho de B a obtener la satisfacción en especie de la prestación de la que es acreedora (una vez que haya abonado el correspondiente saldo restante) y pondera, a su vez, la realidad de que el fideicomiso continúa siendo un emprendimiento compartido entre todos los fiduciantes, cuya consecución requiere el esfuerzo patrimonial de todos ellos. Al contestar las quejas de la accionante, PMW Green S.A. expresó textualmente lo siguiente: ?la sentencia (sin perjuicio de la apelación de esta parte) dispuso una condena parcial. Y determinó la forma en que se va a calcular esa condena. ¿La Sra. B no se conformó con ello y pide que se fije un quantum líquido en la sentencia misma? Realmente parece un exceso? (fs. 336). Pues bien: a la luz de las consideraciones expuestas, comparto plenamente dicha apreciación. Basta reparar, para arribar a esa conclusión, en que de no haber tomado los fiduciantes las decisiones que adoptaron en la asamblea extraordinaria celebrada en 2015, con toda seguridad el proyecto habría fracasado de modo definitivo. En otras palabras, si el resto de los fiduciantes hubieran optado por la actitud que tomó B, el proyecto no habría continuado (¿qué fiduciaria habría aceptado reemplazar a Nouvel Sociedad Fiduciaria S.R.L. en tales condiciones?), y la aquí demandante jamás podría haber exigido, como lo hizo al promover este procedimiento, el cumplimiento en especie de la obligación principal de la fiduciaria. Y no conforme haber reclamado esa satisfacción in natura (y no la resolución del acuerdo), y tras haber obtenido en la instancia anterior una sentencia de condena parcialmente favorable, la actora se agravó porque no se ha fijado el quantum del saldo pendiente en la propia sentencia, cuando esa determinación en este momento del proceso resultaría a todas luces ilógica, fáctica y jurídicamente imposible tratándose de un fideicomiso inmobiliario ?al costo?, en el que el costo de construcción del departamento terminado y la proporción que de ese monto representa lo ya aportado por B constituyen aspectos que sólo pueden precisarse, por el tipo de negocio jurídico de que se trata, en la etapa de ejecución de la sentencia. VII. Costas

PMW Green S.A. se agravó porque ?el juzgador no aclara quién efectivamente es el condenado. Únicamente refiere a que las costas son a cargo de la demandada? y porque si dicha parte ?...no ha sido demandada por expresa decisión de la parte actora, no debiera ser alcanzada por la sentencia condenatoria en costas?. La circunstancia de que PMW Green S.A. haya sustituido a

Nouvel Sociedad Fiduciaria S.R.L. como fiduciaria y resulte la persona pasivamente legitimada para que la acción de B se dirija contra ella, como así también para dar cumplimiento a la sentencia de condena dictada por el Dr. G Z y que propondré confirmar en lo sustancial, justifica la imposición de costas a la recurrente. Razono, para así decidir, sobre la base de las premisas vertidas en el punto 2 del considerando anterior, al que me remito por razones de brevedad. No obstante, estimo que debe admitirse la queja planteada en subsidio por la apelante, en cuanto reclamó que para el supuesto de confirmarse el alcance a PMW Green S.A. de la condena en costas, se revierta el modo de su imposición porque ¿tanto el fideicomiso como la fiduciaria se consideran con derecho de defenderse, como el propio juzgador lo reconoce en su fallo? (fs. 325 vta). En efecto, el Código Procesal establece que, como principio general, ¿la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado? (art. 68, primer párrafo del CPCCN). El hecho objetivo de la derrota rige como sustento para la imposición de condena en costas, pues la persona que promueve una demanda lo hace por su cuenta y riesgo, debiendo hacerse cargo de los gastos provocados a quien se vio constreñido a defenderse, si no quedó demostrada la necesidad de accionar (CSTucumán, Sala Lab. Cont. y Adm., 10/6/97, LLNOA, 1998-847). Ahora bien, el propio Código Procesal prevé excepción a dicha regla: ¿el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad? (art. 68, segundo párrafo). La imposición de costas a la parte vencida no reviste entonces el carácter de principio absoluto, pues el legislador ha adoptado el principio objetivo de la derrota atenuado, acordando a los magistrados la facultad de interpretar la regla con un grado de flexibilidad que queda librado a su prudente arbitrio, valorándose cada caso en particular (Barbieri, Patricia, comentario al art. 68 en Highton-Areán (dirs.), Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos procesales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, t. 2, p. 63-64). En el litigio sometido a consideración de esta Sala, la complejidad y las particularidades de la cuestión debatida permiten concluir en que tanto B como la recurrente pudieron considerarse con derecho a litigar como lo hicieron, por lo que propondré a mis colegas admitir la crítica interpuesta en subsidio por la nueva fiduciaria, atenuar en este caso concreto el principio objetivo de la derrota e imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (ver, en el mismo sentido: CNCiv, Sala A, 5/9/03, DJ, 2003-3-542; CNCom., Sala A, 30/8/00, LL, 2000-F, 984; Cám. Civ. y Com. de Rosario, Sala I, 25/10/99, LL Litoral, 2000-1413, entre muchos otros). VIII. Conclusión Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido propongo al Acuerdo confirmar la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios, con costas de ambas instancias en el orden causado pues las partes pudieron considerarse con derecho a litigar como lo hicieron dada la complejidad y las particularidades de las cuestiones debatidas (art. 68, segundo párrafo del Código Procesal). ASÍ VOTO. Por razones análogas a las expuestas por la Dra. Iturbide, los Dres. Liberman y Pérez Pardo votan en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto. Firmado: Gabriela Alejandra Iturbide, Víctor Fernando Liberman y Marcela Pérez Pardo. Es copia fiel del original que obra en el Libro de Acuerdos de esta Sala. Buenos Aires, de noviembre de 2018. Y VISTOS: lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el tribunal decide: confirmar la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios, con costas de ambas instancias en el orden causado pues las partes pudieron considerarse con derecho a litigar como lo hicieron dada la complejidad y las particularidades de las cuestiones debatidas.

Difiérase la fijación de los honorarios correspondientes a la Alzada hasta tanto el señor juez a quo regule los de la instancia anterior. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se hace saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2º párrafo, del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Gabriela

Alejandra Iturbide Víctor Fernando Liberman Marcela Pérez Pardo

036401E