BRECCIA RICARDO OMAR Y OTS. C/ LOTES URQUIZA S.A. Y OTS. P/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO

103944919

En la ciudad de Mendoza, a los quince días del mes de Julio de dos mil veinte se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excma. Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, las Sras. Juezas titulares de la misma Dras. Gladys Delia Marsala, Silvina Del Carmen Furlotti y María Teresa Carabajal Molina, y traen a deliberación para resolver en definitiva la causa **CUIJ: 13-03896987-5((012052-257763/54.514))** caratulado **"BRECCIA RICARDO OMAR Y OTS. C/ LOTES URQUIZA S.A. Y OTS. P/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** originaria del Segundo Tribunal de Gestión Asociada en lo Civil, Comercial, de Minas de la Primera Circunscripción Judicial, venida a esta instancia en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 457/60 por la parte actora, a fs. 462 Lotes de Urquiza S.A. contra la sentencia de fecha 18/10/19 obrante a fs. 448/55.

Habiendo quedado en estado los autos a fs. 503 se practicó el sorteo que determina el art. 140 del C.P.C., arrojando el siguiente orden de votación: Dras. Carabajal Molina, Furlotti y Marsala.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, planteándose las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada?

En su caso ¿qué solución corresponde?

SEGUNDA: Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTION, LA DRA. CARABAJAL MOLINA DIJO:

I. Se alza a fs. 457/60 la parte actora y a fs. 462 Lotes de Urquiza S.A. contra la sentencia de fecha 18/10/19 obrante a fs. 448/55.

La decisión impugnada dispuso admitir parcialmente la demanda deducida por los Sres. Ricardo Omar Breccia, Betsabé Fernanda Masselos, Walter Daniel Ferrara, Marcelo Carlos Martini y José Antonio Vargas Rodríguez contra Lotes Urquiza S.A., y en consecuencia, declaró nula la cláusula octava de las escrituras traslativas de dominio suscriptas con las demandadas individualizadas a fs. 294/415, bajo los N° 217; 242; 468; 700; 778, pasadas por ante la Notaria Laura Celina Andía, en relación al inmueble matrícula N° 317.649/4 de Folio Real. Asimismo resolvió admitir el daño moral estimándolo en la suma de $ 20.000 para cada uno de los actores más intereses y

rechazó la demanda por cumplimiento de contrato y daños patrimoniales. Además concluyó rechazar la demanda respecto de los demandados GAMA S.A., Alejandro Marcelo Andía y Guillermo Narciso Andía.

II. PLATAFORMA FACTICA:

Los hechos más relevantes para la resolución de los recursos en trato son los siguientes:

1) A fs. 41/47 comparecieron los Sres. Ricardo Omar Breccia, Betsabé Fernanda Masselos, Walter Daniel Ferrara, Marcelo Carlos Martini, y José Antonio Vargas Rodríguez e interpusieron demanda por cumplimiento contractual contra Lotes Urquiza S.A.; Guillermo Narciso Andía, Alejandro Marcelo Andía y Juan Eduardo Andía, a fin de que se los condenara a realizar y rehacer las obras, y efectuar los actos útiles correspondientes a los efectos de dar cumplimiento con la promesa de venta hecha a los actores respecto de las condiciones de emprendimiento, conforme el modelo de Desarrollo Urbanístico que se ofreció. En subsidio solicitaron que se los condenara a los daños y perjuicios.

Sustentaron su pretensión en las siguientes circunstancias:

• Que compraron respectivamente lotes en el Barrio Residencial denominado La Bajada, ubicada en calle Urquiza 327, Villa Nueva, Guaymallén. Afirmaron que con fecha 17/11/07, se constituyó un fideicomiso, en el cual Lotes de Urquiza S.A., en su carácter de fiduciario, adquirió el dominio fiduciario, siendo el fiduciante Sadler S.A., con el fin de administrar y comercializar un loteo a realizarse en el inmueble, inscripto en la matrícula N° 317649/4. Con igual fin, los Sres. Rodolfo Pedro, Silvia Rosa y Patricia Viviana Sadler transfirieron a Juan Eduardo, Marcelo Alejandro y Guillermo Narciso el lote registrado en la Matrícula N° 194234/4. Además se unificaron los Lotes I y II a los fines de llevar a cabo el emprendimiento referido, habiendo pedido en forma conjunta Lotes Urquiza S.A. y los Sres. Andía la factibilidad y aprobación del loteo por ante la Municipalidad de Guaymallén, así como los trámites de donación que prevé el art. 26 de la Ley 4341.

• Que en el marco de dicho proyecto, los actores adquirieron respectivamente un lote, ya que se les aseguraba en la publicidad efectuada a tal fin, una calidad de vida y una serie de servicios exclusivos para sus adquirentes. El plano que se anexaba al proyecto de venta establecía que la zona-que ante la Municipalidad se donaba para equipamiento municipal- era un espacio verde, que formaba parte del barrio como zona libre de edificación con el fin de contar con lugar de recreación. Sin embargo, manifestaron que ello no se cumplió y que por el contrario en el año 2013 los accionados se presentaron ante el Municipio a fin de revocar la donación del espacio afectado a equipamiento municipal, compensando dicha donación con otras obras, a lo que se hizo lugar, recuperando la accionada la libre disposición del espacio que, había ofrecido como espacio verde y recreación para los vecinos. Además en tal momento, dicho espacio estaba cerrado para el acceso de los vecinos, no encontrándose nivelado y estaba descuidado, poniendo en riesgo la seguridad e higiene de los vecinos.

• Que el espacio destinado a SUM y/o espacio común (lote D-34) fue reducido en 188,70 mts2, ya que parte de la superficie de dicho terreno fue vendido a los propietario de lotes colindantes (Lotes D-32 y D -33). También porque no reunía los mínimos requisitos de eficiencia para el cual fue construido, encontrándose deteriorado, su piso fisurado y rayado con mala nivelación y terminación. Las terminaciones no eran aptas para la índole de estructura que comprende el SUM.

• Que el portal de ingreso al complejo constaba de dos paños de rejas que permitían el ingreso diferenciado de visitas y propietarios. Sin embargo, señalaron que en la hoja del portón que se asignaba el ingreso de visitas, se encontraba fijo, y dicha hoja en su parte exterior no tenía guía, por lo que se encontraba bloqueado su ingreso, usando un mismo ingreso para todos.

• Que el arco de ingreso no era seguro y firme. Con relación a la piscina tampoco cumplía con el folleto publicitario en sus medidas y dañaba la estética y seguridad del complejo. Tampoco, refirieron los muros perimetrales contaban con la altura de tres metros, ni sistema de seguridad de última generación, prometido en la publicidad. Describieron los defectos que presentaban dichos muros.

Encuadraron el vínculo con los demandados como de consumo y detallaron los trabajos que debía realizar la demandada, a cargo de la demandada, a fin de dar cumplimiento con el contrato.

Expresaron que los Sres. Andía eran socios de URQUIZA S.A., y por tanto tenían la carga de velar por el correcto desenvolvimiento de los negocios sociales.

Reclamaron indemnización por daño emergente por la suma de $ 1.121.845, correspondiente a las labores que se debían realizar y daño moral por $ 8.000 para cada uno de los actores.

Ofrecieron pruebas y fundaron derecho.

2) A fs. 57 ampliaron demanda contra Gama S.A., en su carácter de comercializadora del emprendimiento, de la que también eran socios los Sres. Alejandro Marcelo Andía y Guillermo Narciso Andía y propietarios de la parte del loteo en donde se desarrolló el emprendimiento inmobiliario "La Bajada".

Plantearon la nulidad de la cláusula octava de las escrituras traslativas de dominio pasadas ante la Escribana Laura Celina Andía, al otorgar derechos mayores a la contraria y desnaturalizar las obligaciones en las escrituras N° 22 y 32 cuyos titulares eran ciertos coactores.

Ampliaron prueba y ofrecieron dichas escrituras citadas precedentemente.

3) A fs. 68/69 compareció Gama S.A. y planteó falta de legitimación sustancial pasiva, por no tener ninguna vinculación con los actores, en razón de no haber celebrado contrato alguno con los demandantes, ni ser dueño del inmueble donde se asentaban los lotes vendidos, ni ha comercializado los mismos.

En subsidio, adhirió la contestación de demanda efectuada por los demandados.

4) A fs. 90/99, los codemandados Lotes de Urquiza S.A., Guillermo Narciso Andía, Alejandro Marcelo Andía, y Juan Eduardo Andía, contestaron demanda y propiciaron su rechazo.

Adoptaron la siguiente postura procesal:

• Luego de negar en forma general y particular lo expuesto en la demanda, señalaron que las obras comprometidas en el folleto publicitario fueron concretadas en tiempo y forma, por lo que no se trataba de una publicidad engañosa, ya que no se indujo a un engaño. En relación a los espacios verdes del barrio y fines recreativos, indicaron que contaban con 600 m2, lo que resultaba más que suficiente para el uso y goce de los vecinos, y que formaba parte de una superficie de mayor extensión donde se construyó el Club House, un salón de usos múltiples de aproximadamente 350 m2. Expresaron que en la publicidad no se indicó la superficie destinada a espacio verde, pero lo destinado a ello satisfacía ampliamente los requerimientos de los vecinos.

• En cuanto al espacio destinado a donación al municipio, dicha superficie no formaba parte del barrio ni destinado a uso por los vecinos, ya que siempre estuvo afectada para ser donada, lo que al momento de la firma de los contratos de compraventa se acompañaba como anexo un plano debidamente firmado por las partes que formaba parte integrante del mismo, señalando bajo el título espacio verde reservado superficie libre 2.930,22 m2 la superficie objeto de donación. En consecuencia, los compradores conocían dicha situación, en cumplimiento del art. 6 de la ley 4341, necesario para la factibilidad y habilitación del proyecto inmobiliario. Añadieron que los demandados acordado con el Municipio revocar la donación a cambio de que los demandados ejecutaran varias obras de interés público municipal, dictándose una ordenanza por la que se recuperó la libre disponibilidad, lo cual no implicaba que de derecho a los actores ya que no integraba el barrio.

• En cuanto al portal de ingreso al barrio nunca se comprometieron a portones automatizados, no obstante el paño por donde ingresaron los propietarios lo era, y que sin perjuicio que en un futuro pudiera estar también la del ingreso de visitas, que por razones de seguridad, no está automatizada. Por tanto, consideraron que ese reclamo es ajeno a las obligaciones asumidas por su parte.

• En cuanto al inconveniente del ingreso de camiones al barrio, se debía a que los mismos tenían un acceso diferenciado, ya que el portal principal estaba sólo reservado para los propietarios y vecinos.

• Tampoco admitían el reclamo en cuanto a las dimensiones de la piscina, ya que no se comprometieron a construir una pileta olímpica o con capacidad para aproximadamente 500 personas. Manifestaron que la que se construyó era para uso razonable, como acontecía en otros barrios y hoteles de categoría, ya que no estaba destinada a club de natación.

• Que el salón de usos múltiples cuenta con aproximadamente 350 m2, lo que era satisfactorio para el uso de los vecinos, tampoco surgía de los folletos y plano de mesura que dicho espacio fuera de mayor dimensión. Además, el estado del piso no era producto de defectos de construcción, sino de su uso.

• Que los muros y seguridad perimetral habían sido construidos respetando las exigencias constructivas y superando todas las inspecciones de los organismos de control.

Rechazaron el pedido de nulidad de la cláusula octava del reglamento que establecía la posibilidad de que la vendedora cambiara el destino de la superficie a donar, la cual nunca formó parte del barrio, y era conteste con el plano de mensura y se ajustaba en todo a lo convenido por las partes.

En subsidio, refirieron que en caso de que se hiciera lugar a la demanda el monto demandado resultaba abultado y carente de sustento jurídico.

5) A fs. 109/11 la parte actora contestó traslado conferido, ratificando lo expuesto en la demanda y contestó la defensa de falta de legitimación sustancial pasiva respecto de GAMA S.A., solicitando su rechazo.

6) Luego de sustanciada la causa, el juez a quo dictó sentencia de fecha 18/10/19 (fs. 448/55) por la cual dispuso: a) Admitir parcialmente a la demanda deducida por los Sres. Ricardo Omar Breccia, Betsabé Fernanda Masselos, Walter Daniel Ferrara, Marcelo Carlos Martini y José Antonio Vargas Rodríguez contra Lotes Urquiza S.A., y en consecuencia, declarar nula la cláusula octava de las escrituras traslativas de dominio suscriptas con la demandada individualizadas a fs. 294/415, bajo los N° 217; 242; 468; 700; 778, pasadas por ante la Notaria Laura Celina Andía, en relación al inmueble matrícula N° 317.649/4 de Folio Real y además admitió el daño moral estimándolo en la suma de $ 20.000 para cada uno de los actores más intereses; b) Rechazar la demanda por cumplimiento de contrato y daños patrimoniales; c) Rechazar la demanda respecto de los demandados GAMA S.A., Alejandro Marcelo Andía y Guillermo Narciso Andía.

En cuanto a las costas, las impuso a cargo de la demandada en cuanto prospera la demanda, y a cargo de los actores en lo que se rechaza.

En lo que aquí nos ocupa, argumentó de la siguiente manera:

• Que la causa fue iniciada por los Sres. Ricardo Omar Breccia, Betsabé Fernanda Maselos, Walter Daniel Ferrara, Marcelo Carlos Martini y José Antonio Vargas Rodríguez con el objeto de reclamar el cumplimiento del contrato de obra, según sus propias expresiones, contra Lotes Urquiza S.A.; Guillermo Narciso Andía y Alejandro Marcelo Andía. Fundaron su legitimación por ser adquirentes de lotes dentro del barrio cerrado denominado La Bajada, ubicado en calle Urquiza 327, Villa Nueva, Guaymallén. Que las escrituras traslativas de dominio se habían adjuntado a fs. 294/415 de los respectivos actores, individualizadas bajo los N° 217; 242; 468; 700; 778, pasadas por ante la Notaria Laura Celina Andía, en relación al inmueble matrícula N°

317.649/4 de Folio Real. Además que la calidad de adquirentes de lotes dentro de dicho complejo ha sido ha sido también reconocida por la parte demandada, por lo que a su respecto no existe controversia.

• Que invocaron incumplimiento de contrato de obra por los accionados, detallando los defectos que existirían al respecto, y aportaron la publicidad efectuada del emprendimiento describiendo los servicios que los actores señalaron que no estaban cumplidos.

• Que existía una relación de consumo y demandaron a Lotes Urquiza S.A. en su calidad de fiduciario del fideicomiso constituido a los fines de la comercialización del barrio privado mencionado, e incluyó a Gama S.A. a Alejandro Marcelo Andía y Guillermo Narciso Andía como comercializadores del emprendimiento, siendo estos dos últimos integrantes de Lotes Urquiza S.A. y de Gama S.A. y propietarios de parte del referido loteo.

• Que en cuanto a las características del predio, conforme publicidad aportada, se trataba de un barrio residencial, emplazado en una zona urbana, y su organización prevé espacios comunes de recreación para los propietarios de los lotes. En cuanto al régimen legal, efectivamente se encuadraba dentro del marco del Derecho de Consumo (art. 42 CN, 1092 y cc. CCCN) y los demandados resultaban proveedores conforme el art. 2 de la LDC.

• Que había quedado acreditado con la prueba instrumental acompañada (fs. 33 y 34) que fue publicitada la comercialización del emprendimiento inmobiliario denominado La Bajada, barrio residencial, en el que se adjuntaba un gráfico de la distribución de los lotes, calles internas, espacio recreativo y los espacios verdes. La publicidad contenía la siguiente información: "Ubicación y entorno privilegiado, Calle Urquiza a 80 mts. de Bandera de los Andes, Villa Nueva. Exclusivo barrio residencial con 110 lotes de 360 a 800 m2. Todos los servicios. Muro perimetral de 3 mts. de altura con sistema de seguridad de última generación. Amplias calles pavimentadas. Espacios verdes recreativos y deportivos. Arbolado. Sum. Club House. Piscina. Sector comercial. Diseño urbanístico de avanzada. Planes de Financiación 36 meses".

• Que los actores denunciaron incumplimiento de las condiciones mediante las cuales se adquirieron los inmuebles dentro de dicho complejo. Principalmente en cuanto las pautas publicitadas las que no estaban concretadas en su totalidad.

• Que la publicidad dentro del régimen jurídico de consumo tenía especial trato, ya que el art. 7 de la LDC disponía que la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obligaba a quien la emitía durante el tiempo en que se realizara, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones y limitaciones. Ello también está expresamente receptado en el art. 1102 Código Civil y Comercial de la Nación. En su párrafo final establece que la no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el art. 47 de la ley. A su vez, el art. 8 LDC determina que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tenían por incluidas en el contrato con el

consumidor y obligan al oferente. En consecuencia, los contratos celebrados por consumidores se encuentran integrados con la publicidad.

• Que esto se hacía extensible a la compra de inmuebles, y además con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, también quedaban incluidos los conjuntos inmobiliarios, como derecho real autónomo y con un régimen especial receptado en los arts. 2073 a 2086. Por ello, dichas normas eran de aplicación inmediata desde su entrada en vigencia para las relaciones jurídicas existentes.

• Que la publicidad debía ser veraz, clara, detallada y suficiente, estaba vedada toda indicación falsa o de tal naturaleza que induzcan a error, cuando recaigan en elementos esenciales del producto o servicio, así como aquella que omita datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios, cuando ello induzca a error de sus destinatarios.

• Que apreciando las constancias probatorias arrimadas a la causa se observaba que la publicidad efectuada por la parte demandada integraba la contratación en la adquisición de unidades o lotes dentro del complejo residencial. En efecto, se describían una serie de características que hacían al concepto de barrio cerrado y que brindaban o con ello se pretendía brindar cierta calidad de vida a quienes adquirieran inmuebles allí, que implicaban un estándar de vida y bienestar que constituía un plus o diferencial respecto de otro tipo de organizaciones urbanas destinadas a vivienda. En la publicidad señalaba entre -las prestaciones del barrio privado- un área denominada como "espacio verde", ubicada conforme la ilustración de fs. 33/34 en el sector derecho delantero del loteo.

• Que la parte demandada negó que dicho sector fuera parte del barrio, ya que originariamente estuvo afectado a donación al Municipio (art. 6 de la Ley 4341) y que en la publicidad no se especificó la superficie destinada a espacio verde. Detalló que dicha superficie sujeta a donación consistía en 2930,22 m2 y que el plano que conforma parte de las escrituras traslativas de dominio estaban especificada esta situación. La Ley 4341 era de aplicación a dicho emprendimiento, por cuanto establecía a la época de realización del emprendimiento el régimen legal de loteos, fijando pautas para donación de áreas destinadas a calles, caminos y espacios libres.

• Que el espacio verde publicitado y que en el plano figura como espacio verde, consistente en 2.930,22 m2, estaba destinado a donación a favor de la Municipalidad de Guaymallén. Por tanto, si bien no iba a ser parte del dominio privado del complejo, no cambiaba la función que iba a cumplir, lo que condecía con lo publicitado. De los expedientes municipales venidos como AEV surgía que la donación se dejó sin efecto a cambio de que la demanda efectuara obras públicas a favor del Municipio. Este cambio, no implicaba o avalaba per se que la parte demandada modificara unilateralmente ese destino según su arbitrio, ya que alteraba la expectativa que de buena fe los actores al adquirir el inmueble en dicho lugar tenían respecto de ese espacio libre y verde. Además todas las escrituras públicas de venta acompañadas contenían idéntica cláusula individualizada como número octava, la que rezaba "la parte compradora manifiesta que conoce y acepta el Reglamento Interno que rige el funcionamiento y administración de "LA BAJADA";

que se obligaba a cumplirlo en todas y cada una de sus partes en base a la detallada lectura que tenían efectuada del mismo antes de ahora; y que conocía y aceptaba que el espacio que en plano de mensura figuraba como destino a superficie a donar puede cambiar su destino y ser utilizado por la hoy vendedora…" En tal sentido contradecía la publicidad que formaba parte de la contratación, resultando abusiva y por tanto ineficaz, ha sido predispuesta en todas las escrituras traslativas de dominio acompañadas como prueba, otorgando una ventaja desproporcionada para el proveedor, ya que le da amplia facultad para modificar unilateralmente el destino del mismo, lo que posibilita modificar el diseño urbanístico, paisajístico previsto en el proyecto original y que incidió en la aceptación por parte de los actores de la adquisición de un inmueble en dicho lugar. Es por ello que lo publicitado como parte de la contratación debía ser respetado, independientemente si dicho espacio en algún momento estuvo destinado al municipio, dentro del mismo art. 6 de la ley de loteo, la norma provincial disponía lugares de espacios libres conforme art. 26 de dicho cuerpo legal. Por tanto, respecto de este reclamo debía hacerse lugar a la demanda, por cuanto existe un incumplimiento y la cláusula 8 de las escrituras traslativa de dominio suscripta por los actores es contraria a publicitado, encuadrando ello en el art. 37 de la LDC.

• Que resultaba ineficaz, por cuanto implicaba romper el equilibrio entre las partes, ya que resulta abusiva, creando una ventaja para el vendedor que originalmente no estaba prevista, como podía ser su fraccionamiento y posterior comercialización, ampliando la cantidad de unidades habitacionales, el número de residentes y por ende mayor cantidad de demanda de uso de espacios comunes, los cuales se veían mermados con esta nueva disposición urbanística.

• Que el hecho de elegir vivir dentro de un complejo residencial privado implicaba un juicio de valor respecto de un estilo de vida al que se pretendía acceder, ya que se buscaba ciertos estándares de calidad que allí se ofrecieron, entre ellos seguridad, esparcimiento y espacios comunes libres, naturaleza, y un concepto estético y armonioso, por lo que la ponderación de los espacios comunes y recreativos era un elemento esencial a la hora de evaluar dicha inversión inmobiliaria y por tanto resultaba un elemento esencial a la hora de prestar el consentimiento para el acto jurídico de la compraventa inmobiliaria. La publicidad generó una expectativa y una confianza al contratar, por lo que la conducta de la demandada resultaba desleal, y la misma lo obligaba al oferente vendedor a cumplir con las condiciones que allí también se detallaron, aún cuando en el contrato traslativo del dominio no se haya efectuado mención de ello. La referida cláusula octava de las escrituras traslativas de dominio resultaba nula por cuanto concedía al vendedor/proveedor el derecho de modificar unilateralmente los términos del contrato o las prestaciones convenidas en clara violación a los derechos de los consumidores. La modificación de dicho destino de la zona referida, sólo resultaba posible mediante decisión del consorcio de propietarios y siguiendo las normas legales y estatutarias a los fines de modificar el destino previsto en el proyecto original.

• Que debía hacerse lugar a la demanda declarando nula la cláusula octava de las escrituras traslativas de los actores, cuyas copias se encontraban agregadas a fs. 294/415, individualizadas

bajo los N° 217; 242; 468; 700; 778, pasadas por ante la Notaria Laura Celina Andía, en relación al inmueble matrícula N° 317.649/4 de Folio Real.

• Que sobre los defectos que en la demanda se dijo poseía el proyecto urbanístico individualizado. En efecto, los actores encuadraban como cumplimiento del contrato de locación de obra, los defectos o vicios que describían en el barrio residencial privado, al no haber cumplido con las calidades y especificaciones pactadas. En definitiva hicieron una enumeración de los defectos que encontraban en el espacio destinado a SUM (servicio de usos múltiples), el que manifestó había sido reducido además de defectos en el suelo, no reunía los mínimos requisitos de eficiencia para el cual fue construido además de indicar deterioro del mismo. También reclamaron respecto de las dimensiones de la piscina en dicho espacio, ya que no serían las aptas para su fin, al no poder albergar a todos los habitantes del complejo. Asimismo conformaba el objeto de reclamo, el estado del pavimento de las calles internas del barrio, defectos en el estado del pórtico de ingreso, el sistema de seguridad y el estado del cierre perimetral. En relación a este último, denunciaron haber tenido que contribuir al pago de expensas extraordinarias, para su reconstrucción en el lateral Este, que colindaba con el Club Leonardo Murialdo, ya que por acción del socavamiento del suelo se vio afectada su estructura.

• Que la demanda debía bastarse a sí misma, y su objeto debía expresarse en forma clara y precisa. Sin embargo, esta exigencia no había sido cumplida por la parte actora, quien por un lado reclamó el cumplimiento de "contrato de obra", o se abonara la suma de dinero que en la demanda estima en $1.121.845, a fin de subsanar los vicios o defectos en la construcción de todos espacios comunes, sobre los que los mismos tienen una cuota parte indivisa.

• Que tratándose de daños o desperfectos todos referidos a espacios de uso común de los propietarios pertenecientes al barrio privado, los actores no revestían individualmente la calidad o legitimación para formular el referido reclamo, sino que el mismo recaía en todos los propietarios que conformaban el consorcio, atento a la naturaleza de los bienes afectados. En efecto, si bien la legitimación sustancial activa no había sido planteada por la contraparte, el juez podía y debía hacer un control al respecto, aún de oficio. Por ello, resultaba ser el consorcio de propietarios el legitimado para exigir al vendedor, y/o al constructor el cumplimiento de lo debido o el pago de los daños y perjuicios que afectaran a las partes comunes, por lo tanto el reclamo de cumplimiento y daños emergentes o patrimoniales por los actores debía ser rechazado.

• En cuanto a la legitimación sustancial pasiva, los actores demandaron en forma solidaria a Lotes Urquiza S.A., Gama S.A. y a los Sres. Alejandro Marcelo Andía y Guillermo Narciso Andía, el rehacer obras en el complejo residencial y en subsidio, reclamaron daño emergente y daño moral. Además, el art. 40 de la LDC consagró una responsabilidad solidaria y extensiva a toda la cadena de proveedores en el caso de daños al consumidor resultante del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio.

• Que en el caso que nos ocupaba no se había configurado dicha responsabilidad, y por tanto carecían de legitimación sustancial pasiva tanto Gama S.A., en el carácter denunciado en la demanda de comercializadora del emprendimiento como respecto de los Sres. Alejandro Marcelo Andía y Guillermo Narciso Andía, en su calidad de socios de ambas sociedades demandadas y como y propietarios de parte del loteo.

• Que no se había acreditado que GAMA S.A. ostentaba el carácter de comercializadora del barrio, pero aún cuando así lo fuera, solo sería una intermediaria, no siendo parte de la firma de la escritura de venta de los lotes de los actores. Tampoco los Sres. Andía habían intervenido en forma personal en el contrato de compraventa suscripto por los actores, y cuya cláusula octava ha sido declarada nula por medio de este fallo.

• Que respecto al resarcimiento por las consecuencias no patrimoniales, esto debía ser admitido dado que de los hechos acreditados, permitían inferir que los actores se vieron afectados, frente a la vulnerabilidad de su situación por el desequilibrio contractual que implicaba la cláusula octava del contrato de compraventa cuya nulidad se ha declarado, debiendo accionar judicialmente para obtener una solución al respecto, por lo que estimó razonable su acogimiento por la suma de $ 20.000 para cada uno de los actores fijada a la fecha de la sentencia (art. 90 inc. VII del CPC) con más intereses.

III. <u>LOS AGRAVIOS DE LA PARTE APELANTE Y SU CONTESTACIÓN:</u>

A) <u>RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE ACTORA:</u>

1) Se alza la parte actora y expresa agravios conforme el memorial obrante a fs. 457/60 el que puede ser sintetizado de la siguiente manera:

• Que la sentencia resulta errada porque desconoce los efectos de los contratos y de las obligaciones que surgen de ellos.

• Que se viola el principio de congruencia procesal violentando el derecho de defensa en juicio al rechazar parcialmente la demanda por falta de legitimación cuando ello no había sido planteada ni desconocida por los demandados.

• Que al momento de interponer la demanda, los actores acreditaron haber contratado con Lotes de Urquiza S.A., la que se vinculaba con el resto de los demandados a raíz de una serie de contratos en razón del emprendimiento inmobiliario "La Bajada" y tuvieron diferentes funciones a fin de llevar adelante. Sin embargo, el juez a quo omite su análisis y los desvinculó de toda responsabilidad.

• Que los demandados habían prometido vivir en un exclusivo barrio residencial el cual contaba con una serie de prestaciones y que los actores en forma individual firmaron los convenios pero

incumpliendo con lo prometido. Asimismo señalaron que si bien existía un Administrador en el barrio, no se encontraba encuadrado dentro del régimen del C. Civil y Comercial de la Nación.

• Que la sentencia se contradice al reconocerles el derecho respecto del espacio verde que se ofrecía en el folleto publicitario declarando la nulidad del art. 8 pero les desconoce la legitimación para reclamar el resto de las obras que no fueron realizadas.

• Que no se analizaron los planteos efectuados en la sentencia en crisis ya que admite lo del espacio verde pero deja de lado la regla general de los contratos; ya que en el caso los accionantes individualmente y no el consorcio los que recibieron la oferta y como consecuencia de ello aceptaron la compra.

• Que no se ha considerado el principio de buena fe contractual y además la falta de legitimación sustancial pasiva no tiene sentido ya que el folleto publicitario afirma que son Andía-Andía Arquitectura e Ingeniería, los demandados Andía actuaron como profesionales en las obras y como miembros de la sociedad.

• Que el juez no analiza el entramado de contratos y se limita a señalar la falta de legitimación sustancial pasiva sin mayor análisis.

2) Corrido traslado de ley, contesta la parte demandada a fs. 489/91 y propicia el rechazo del recurso por los argumentos que se tienen por reproducidos en mérito a la brevedad.

B) <u>RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA LOTES URQUIZA S.A:</u>

1) A fs. 462 apela Lotes de Urquiza S.A. y expresa agravios conforme el memorial obrante a fs. 475/77 el que puede ser sintetizado de la siguiente manera:

• Que la actora demandó la nulidad de la cláusula 8va de las escrituras traslativas de dominio pasadas ante la escribana Andía, la cual admite la posibilidad de que la vendedora pueda cambiar el destino de la superficie a donar por parte de la Municipalidad; por lo que se ajusta en todo a lo convenido por las partes.

• Que la razón de las cláusulas en las escrituras se sustentaba en qe la superficie se encontraba afectada a una donación al Municipio pero dicho espacio nunca iba a ser parte del dominio privado del complejo sino que pasaría al dominio público. Además tal donación se dejó sin efecto, lo que surge de los expedientes administrativos.

• Que el barrio cuenta con un espacio verde comprometido y la superficie que iba a ser donada nunca formó parte del Barrio y respecto de ello siempre el compardor estuvo informado. Por tanto, no se advierte cuál es el incumplimiento que deriva en nulidad de la cláusula. Además se les hizo saber porque justamente eso no era para aire recreativa, ya que existen 600 m2 afectados a espacio verde.

• Que nunca en la publicidad se señaló ela superficie de espacio verde y tales metros estuvieron afectados a la donación al Municipio; por lo que mal puede ser considerada como parte del barrio. Por otra parte, los accionantes a través de la cláusula fueron informados en el boleto de compraventa y a la afectación.

• Que es la ley la que dispone ello y la necesidad de donación; por lo que corresponde revocar lo dispuesto en cuanto a la nulidad de la cláusula.

2) Corrido traslado de ley, contesta la parte actora a fs. 480/83 y propicia el rechazo del recurso por los argumentos que se tienen por reproducidos en mérito a la brevedad.

IV. SOLUCION DEL CASO:

Previo al análisis de los agravios planteados, corresponde señalar - reiterando jurisprudencia de este Tribunal- que el ámbito de conocimiento de los Tribunales de Alzada, se encuentra limitado por el contenido de las cuestiones propuestas a la decisión del Juez Inferior pues la segunda instancia no importa un nuevo juicio que posibilite al órgano "ad quem", la consideración de nuevas pretensiones u oposiciones ajenas a la propuestas al tratarse la litis contestatio. (L.S. 94-213; L.S. 95-33 entre otros). Pero esta limitación también se extiende a lo que el apelante haya querido imponerle en el recurso a través de la expresión de agravios, lo que señala el marco de competencia de esta instancia. Transponiendo el valladar que significa tales limitaciones, resolviendo cuestiones que han quedado firmes, se causa agravio a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y de la propiedad." (L.S. 82-119; L.S. 72-347; L.S. 96-365; L.S. 96-424; L.S. 96-430, L.A. 90-414 entre otros).

Ello implica que en el caso, sólo corresponde revisar lo que ha sido motivo de agravio por la actora en cuanto a la legitimación pasiva y el rechazo de la acción respecto a algunos demandados según su postura y por la parte demandada en cuanto a la declaración de nulidad de una de las cláusulas inserta en las escrituras traslativas de dominio.

Para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas corresponde analizar los agravios de la parte actora y luego de la demandada:

A) RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE ACTORA:

Desde la perspectiva planteada por la actora, la cuestión a resolver es si resulta injusta una sentencia que rechazó la demanda por considerar que ciertos demandados no estaban legitimados en forma pasiva para ostentar tal calidad.

En particular la accionante sostiene que la sentencia resulta errada porque desconoce los efectos de los contratos y de las obligaciones que surgen de ellos. En particular afirma que se viola el principio de congruencia procesal violentando el derecho de defensa en juicio al rechazar

parcialmente la demanda por falta de legitimación cuando ello no había sido planteado ni desconocido por los demandados.

Afirma que al momento de interponer la demanda, los actores acreditaron haber contratado con Lotes de Urquiza S.A., la que se vinculaba con el resto de los demandados a raíz de una serie de contratos en razón del emprendimiento inmobiliario "La Bajada" y tuvieron diferentes funciones a fin de llevar adelante. Sin embargo, el juez a quo omite su análisis y los desvinculó de toda responsabilidad en forma irrazonable.

Sostuvo que los demandados habían prometido vivir en un exclusivo barrio residencial el cual contaba con una serie de prestaciones y que los actores en forma individual firmaron los convenios, pero incumpliendo con lo prometido. Asimismo señalaron que si bien existía un Administrador en el barrio, no se encontraba encuadrado dentro del régimen del C. Civil y Comercial de la Nación.

Refiere que la sentencia se contradice al reconocerles el derecho respecto del espacio verde que se ofrecía en el folleto publicitario declarando la nulidad de la cláusula pero desconoce la legitimación para reclamar el resto de las obras que no fueron realizadas.

Precisa que no se analizaron los planteos efectuados en la sentencia en crisis ya que admite lo del espacio verde pero deja de lado la regla general de los contratos; ya que en el caso los accionantes individualmente y no el consorcio los que recibieron la oferta y como consecuencia de ello aceptaron la compra.

Expuso que no se ha considerado el principio de buena fe contractual y además la falta de legitimación sustancial pasiva no tenía sentido ya que el folleto publicitario afirma que son Andía-Andía Arquitectura e ingeniería. En efecto, los demandados Andía actuaron como profesionales en las obras y como miembros de la sociedad.

Señala que el juez no analiza el entramado de contratos y se limita a señalar la falta de legitimación sustancial pasiva sin mayor análisis.

Adelanto mi opinión que corresponde confirmar la sentencia impugnada pero por los siguientes motivos relacionados con la falta de legitimación activa de los actores para demandar; argumento no replicado por la actora recurrente. Explicaré por qué:

Cabe destacar que antes del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante "el C.C.y C.N."), no existía regulación expresa en relación a los conjuntos inmobiliarios no obstante la proliferación de este tipo de emprendimientos.

Para dar una respuesta en derecho a la problemática que éstos presentaban, se adoptaron diversas modalidades de organización ya sea a través de la constitución de derechos personales, o bien

estableciendo alguna forma societaria o sino adoptando alguna figura de los derechos reales ya sea única o en forma combinada.

La creación y el funcionamiento de un emprendimiento urbanístico privado conlleva una compleja red patrimonial y la carencia de un régimen de fondo que las regulara (antes del C.C. y C.N.) importaba -en los hechos- problemas que fueron solucionándose jurisprudencialmente y en la práctica.

Lo cierto es que podíamos advertir "la existencia de un derecho real, de un contrato que es título para adquirirlo, y de una "situación contractual" constituida por una serie de vínculos negociales que regulan la relación comunitaria…la situación contractual puede ser de naturaleza asociativa…el diseño contractual prerredactado produce un desgajamiento de las facultades del propietario, que pasan a la administradora"…."Existe una propiedad inmobiliaria que se subdivide en lotes creándose espacios sometidos a propiedad individual y otros a la propiedad común o de la empresa administradora o de terceros…la propiedad común puede ser destinada a fines muy diversos…y está regulada por un reglamento de utilización"…. (Lorenzetti, Ricardo Tratado de los Contratos, Tomo I, Santa Fe, 1999).

Dentro de las corrientes doctrinarias, una proponía regularlo como un derecho real autónomo, estructurado en forma similar al de propiedad horizontal, con particulares disposiciones. Tal opción ha seguido el C.C.y C. N. ya que en el art. 1887 inc d) crea un nuevo derecho real "conjuntos inmobiliarios". Por su parte en los arts. 2073 a 2086 regula sobre sus características y régimen aplicable. Además, el art. 2073 dispone en relación a los "conjuntos inmobiliarios" a una serie de emprendimientos tales como "los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquéllos que contemplan usos mixtos". Por su parte, en el art. 2075 segundo párrafo se instaura "un régimen del derecho real de la propiedad horizontal especial".

En el caso, los actores (adquirentes de Inmuebles dentro de un emprendimiento urbanístico constituido bajo la vigencia del Código de Vélez) reclamaron el cumplimiento contractual consistente en la realización de ciertas obras y reparaciones en espacios comunes y, en subsidio, pretendieron los daños y perjuicios derivados del eventual incumplimiento de lo prometido (rubros solicitados daño emergente y daño moral). Con posterioridad ampliaron la demanda y solicitaron la nulidad de una cláusula del acuerdo respecto a dos escrituras.

Cabe señalar que la demanda se dirigió contra las siguientes personas: a) Lotes de Urquiza S.A. en su carácter de Fiduciario del Fideicomiso que se constituyó a los fines de llevar a cambio el emprendimiento; b) Los Sres. Guillermo Narciso Andía, Alejandro Marcelo Andía y Juan Eduardo Andía por realizar la obra y estar en el folleto el estudio de arquitectura e ingeniería. Además por ser socios de Urquiza S.A. y c) Gama S.A. en su carácter de comercializadora del emprendimiento.

Los accionantes invocaron su calidad de propietarios de ciertos lotes ubicados dentro del Emprendimiento y haciendo hincapié en que eran consumidores inmobiliarios, siendo todos ellos, titulares registrales de Inmuebles dentro del Barrio.

Frente a este conflicto, el juez a quo analizó en primer lugar la legitimación sustancial activa de los actores; resaltando la existencia de un consorcio de propietarios, del que ellos formaban parte; por lo que eventualmente debían reclamar por las vías pertinentes.

Este argumento –esencial- no ha sido impugnado ni tampoco rebatido por la recurrente quien se limita a sostener-desde su propia estrategia procesal-que no correspondía acoger la legitimación sustancial pasiva porque no había sido opuesta sin hacerse cargo del resto de argumentos nucleares en cuanto a la legitimación sustancial activa.

Del análisis de los agravios en particular de los actores se advierte:

(i) La falta de consideración de la existencia de una red de contratos a los fines de considerar la legitimación que correspondía al caso:

La actora apelante critica el fallo por entender que se ha incurrido en una incorrecta interpretación de la normativa implicada ya que no se han considerado la red de los contratos implicados. En efecto, sostiene que la interpretación efectuada por el Tribunal de origen resulta contraria a la interpretación sistémica de las normas contractuales implicadas y la buena fe que correspondía en el caso concreto.

Estas críticas no pueden válidamente sostenerse.

El fallo precisó que la demanda debía bastarse a sí misma y que su objeto debía ser expresado en forma clara y precisa, pero que ello no había sido cumplido por la parte actora quien por un lado reclamó por daños causados por vicios o defectos en la construcción referidos a los espacios de uso común; omitiendo considerar que tales perjuicios no podían ser reclamados individualmente ello por cuanto tal posibilidad recaía en todos los propietarios atento a la naturaleza de los bienes afectados.

Se comparte tal conclusión. En efecto, no puede desconocerse que se observa de las escrituras de adquisición de los Inmuebles (agregadas a fs. 293/415) que a cada uno de los titulares registrales al momento de adquirir su lote, se les transfirió en forma onerosa una acción ordinaria nominativa no endosable de la sociedad La Bajada S.A., asociación civil que adopta la forma de sociedad anónima y que conforme surge de lo pactado, resulta la encargada de la administración general del Complejo, dejándose constancia de la correspondiente nota en los registros de la sociedad de dicha transmisión societaria. Asimismo se dejó aclarado que la titularidad del título accionario estaba inescindiblemente unida al dominio del lote y al porcentaje indiviso sobre los accesos comuneros (ver artículo 55 del Reglamento de La Bajada S.A. agregado en cada uno de las escrituras obrantes a fs. 293/415).

Es decir, que son los propios actores en su carácter de miembros de la persona jurídica administradora del barrio, los que pueden reclamar los perjuicios causados sobre los bienes comunes tal como acertadamente expuso el decisorio en crisis.

No puede soslayarse que el conjunto inmobiliario que nos ocupa fue creado con arreglo a las normas en vigor al momento de su creación (C. Civil Velezano, Ley de Sociedades Comerciales) y se rige por los estatutos de constitución de La Bajada S.A. como la sociedad que tiene como objeto la administración general y en todos sus aspectos del complejo residencial denominado "La Bajada" principalmente los espacios comunes que es sobre los cuales los actores solicitaron la realización de ciertas obras y/o arreglos.

En definitiva, los apelantes omiten hacerse cargo de la circunstancia que ellos mismos integran desde el momento de adquisición, tal persona jurídica.

Asimismo de la prueba rendida se colige que dicha sociedad tiene un reglamento interno de funcionamiento que se encuentra agregado a todas las escrituras acompañadas-que no ha sido impugnado ni desconocido por los accionantes y al cual expresamente se han adherido, del que surge que …"toda persona que por cualquier motivo ingrese al Complejo queda sometida a la presente reglamentación"... Allí se establecen las siguientes cuestiones: …"El barrio está estructurado sobre la base de dos sectores, uno está formado por una serie de lotes destinados a ser adjudicados en propiedad exclusiva y otro sector destinado fundamentalmente a accesos, circulación, recreación y distribución de servicios, el que será adjudicado en carácter de condómino de indivisión forzosa a los titulares de los lotes. Los bienes existentes dentro de los límites del Barrio y no sean propiedad exclusiva son de propiedad común. En particular se consideran comunes: la portería de acceso, el alambrado perimetral, las calles y las veredas, redes de distribución de servicios que no hayan sido donadas a las distintas prestadoras, sistema de alarma, sala de máquinas y herramientas, cisterna y sistema de riego , árboles y plantas ornamentales en calles y en general todas aquellas partes sobre las cuales ningún propietario pueda invocar un derecho exclusivo fundado en su título de propiedad"… (art. 3 del Reglamento Interno). Además conforme lo normado por el art. 10 de dicho reglamento se encomendó a "Lotes de Urquiza S.A." la primera Administración del Barrio hasta la extinción del fideicomiso o la venta de la totalidad de lotes lo que ocurriera primeo (art. 10 del Reglamento Interno de la Bajada" a la que ella misma pertenece), lo que tampoco ha sido cuestionado.

Sumado a lo anterior, también surge del Reglamento que los accionistas pueden intervenir en las Asambleas y que los votos que le corresponden están relacionados con los metros cuadrados de sus lotes (ver art. 12 del Reglamento); es decir, que los propios actores en su carácter de accionistas de La Bajada S.A. pudieron hacer valer sus derechos como tales en relación a los desperfectos, roturas y cuestiones atinentes a los bienes comunes y en caso de negativa, adoptar los mecanismos pertinentes a los fines de cumplir la manda encomendada a la Administración. Es más, conforme surge del propio Reglamento resulta lógico que pueden solicitar la reparación y mejoras en tales bienes al Administrador conforme surge del art. 9 del Reglamento.

Es decir, que si bien La Bajada S.A. le encomendó a Lotes de Urquiza S.A. la administración del Barrio, ésta última debe cumplir su manda dentro de los estatutos y reglamentos que rigen el barrio. Los accionistas de La Bajada S.A. debieron conducir sus reclamos relativos a bienes comunes conforme lo dispuesto por los estatutos, reglamentos dispuestos y hacer efectiva eventualmente las responsabilidades de los administradores societarios en relación a los accionistas y/o a los consorcistas.

De todo lo expuesto se observa que el análisis de este tema podía ser encarado desde el ámbito civil (reglas aplicables al mandato) o desde la óptica del derecho societario aplicable al órgano de representación de una sociedad anónima (arts. 59 y 274 LSC) pero no dentro de la órbita un eventual incumplimiento contractual tal como sostiene la parte apelante teniendo en cuenta lo expresamente pactado.

En el sublite, los actores no han acreditado haber utilizado los mecanismos estatutarios y societarios para encausar sus reclamos sino que justamente solicitan el cumplimiento del contrato; pero omiten hacerse cargo de todas estas aristas nucleares en cuanto a la legitimación activa invocada.

La decisión resulta corroborada por lo resuelto por la sala A de la Cámara Comercial que expuso: …"la relación que vincula a los propietarios con el country es de carácter intrasocietario",… (autos "Solares del Bosque Country Club SA c. Garone, Ángel F. y otro s/ ejecutivo" (reg. 023332/2011), CNCom., sala A, 29/05/2012, elDial.com — AA77F7, publicado el 23/07/2012) . En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyó que "la relación que une a las partes es de carácter societario" (autos "Club de Campo Haras del Sur SA c. Simone, Pablo s/ ejecutivo", 23/10/2007. LA LEY 2007-F; DJ 2007-III, 1118. Cita online: 4/65709 (jurisprudencia citada por Gurfinkel de Wendy, Lilian N. "Club de campo y seguridad privada. Responsabilidad frente a los propietarios" publicado en LA LEY 01/08/2018 , 7 • LA LEY 2018-D , 201 www.informacionlegal.com.ar; cita online: AR/DOC/1418/2018

En similar sentido más recientemente una Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil señaló:…"No comparto la solución de la juez de grado que aplicó al caso en forma directa el bloque normativo de defensa del consumidor, atribuyendo responsabilidad al club de campo por entender que estaba obligado a prestar un servicio —el de seguridad y vigilancia— y que éste fue efectuado en forma inadecuada, comprometiendo su responsabilidad en los términos de la ley 24.240.[-]Aquí el Club de Campo San Diego SA está integrado por cada uno de los "propietarios" de los lotes que son accionistas de la sociedad anónima, y que deciden sobre su administración[-]. Sin demasiados eufemismos jurídicos son ellos mismos, o sea, son los socios y accionistas, es decir los propietarios de los lotes, quienes se prestan el servicio... Cabe aclarar que esta situación es totalmente diferente a los casos de tiempo compartido, donde la figura del nudo propietario no desaparece, y existen usuarios que pueden verse desprotegidos —el derecho real de tiempo compartido es un derecho real temporario, no perpetuo—." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D "Vázquez, Mónica V. y otro c. Club de Campo San Diego SA s/ Daños y perjuicios • 23/04/2018 Cita Online: AR/JUR/13511/2018).

Por lo que las quejas en este aspecto deben ser rechazadas ya que evidentemente quien se sometió voluntariamente a un régimen determinado no puede contradecir sus propios actos y pretender efectuar reclamos por otras vías que no resultan las pertinentes conforme lo acordado y además omitiendo seguir los mecanismos dispuestos por el propio régimen al cual voluntariamente se adhirieron, máxime teniendo en cuenta que son sólo unos propietarios dentro de un emprendimiento de más de 100 lotes.

Por lo que se confirma la resolución en cuanto a la falta de legitimación sustancial activa; argumento no impugnado en forma certera y puntual por la actora recurrente.

(**ii) <u>El resto de los agravios:</u>**

El resto de los agravios giran en torno a la falta de consideración de la legitimación pasiva de los accionados y la red de contratos implicados; sin embargo la resolución omite hacerse cargo de las cuestiones atinentes a su legitimación activa y que fueron expresamente sostenidas por el fallo en crisis.

Por lo que resulta innecesario su análisis ya que la falta de legitimación sustancial activa obsta al planteo interpuesto.

B) <u>RECURSO DE APELACIÓN DE LOTES DE URQUIZA S.A</u>:

Las críticas de la codemandada se centran en el acogimiento de la nulidad de la cláusula 8va de las escrituras traslativas de dominio pasadas ante la escribana Andía, la cual admite la posibilidad de que la vendedora pueda cambiar el destino de la superficie a donar por parte de la Municipalidad; por lo que se ajusta en todo a lo convenido por las partes.

demandada recurrente impugna tal declaración principalmente por entender que la cláusula 8va inserta en las escrituras se sustentaba en que la superficie se encontraba afectada a una donación al Municipio pero dicho espacio nunca iba a ser parte del dominio privado del complejo sino que pasaría al dominio público. Además tal donación se dejó sin efecto, lo que surgía de los expedientes administrativos.

Particularmente la demandada apelante afirma que el barrio cuenta con un espacio verde comprometido y la superficie que iba a ser donada nunca formó parte del Barrio y respecto de ello siempre el comprador estuvo informado. Por tanto, no se advierte cuál es el incumplimiento que deriva en nulidad de la cláusula. Asimismo se les hizo saber porque justamente eso no era para aire recreativa, ya que existen 600 m2 afectados a espacio verde.

Precisa la recurrente que nunca en la publicidad se señaló la superficie de espacio verde y que tales metros estuvieron afectados a la donación al Municipio; por lo que mal puede ser considerada como parte del barrio. Por otra parte, los accionantes a través de la cláusula fueron informados en el boleto de compraventa y a la afectación.

Además señala que es la ley la que dispone ello y la necesidad de donación; por lo que corresponde revocar lo dispuesto en cuanto a la nulidad de la cláusula ya que evidentemente el juez a quo la ha dispuesto en forma incongruente.

Estos agravios deben ser admitidos.

a) La nulidad declarada respecto de todas las cláusulas 8vas insertas en todas las escrituras resulta incongruente y contradice lo expresamente solicitado:

En primer lugar, cabe destacar que la actora por un lado al momento de demandar solicitó el "cumplimiento contractual" y en virtud de tal incumplimiento invocó ciertos perjuicios relativos a obras en bienes comunes (daño emergente: materiales y mano de obra) y daño moral por frustración del proyecto personal y familiar (ver demanda, punto V fs. 45 y vta).

Con posterioridad, la parte accionante amplió la demanda, fs. 57/58 y solicitó "la nulidad de la cláusula Octava de las Escrituras n°32, fs. 700 en fecha 5/12/13 y n°22, fs. 468, en fecha 25/10/13 pasadas ambas ante la Escribana Laura Celina Andía, Reg. 496"… Precisó lo siguiente:"…Esta cláusula es nula por otorgar derechos mayores a la contraria y desnaturalizar obligaciones, lo que viola el art. 37 LDC. En efecto, la superficie que figura a donar en la publicidad que se acompaña como prueba como corresponde a un área recreativa verde, y la contraria pretende en la actualidad lotear y vender, perjudicando a mis mandantes en cuanto a lo contratado"… (ver fs. 57 vta) y acompañó como prueba las escrituras públicas citadas (ver fs. 58).

Es decir, que expresamente los actores solicitaron la nulidad de la cláusula obrante en dos de las escrituras, es decir, aquella que instrumentaba la adquisición del inmueble por parte de los Sres. Marcelo Carlos Martini y Adriana Verónica San Sebastián (ver escritura N° 22 agregada a fs. 294/317) y la relativa a la adquisición del Sr. José Antonio Vargas Ramírez (ver escritura N° 32 obrante a fs. 318/41).

De un simple cotejo de lo peticionado, se advierte que la Sra. Adriana Verónica San Sebastián no resulta actora de los presentes autos mientras que sí lo son los Sres. Martini y Vargas Ramírez.

Sumado a lo anterior, no sólo el fallo entendió que correspondía declarar la nulidad de la cláusula octava inserta en las escrituras invocadas (las de fs. 294/317 y 318/41) sino que además en forma totalmente incongruente extendió la declaración de nulidad de las referidas cláusulas insertas en otras escrituras, que nunca fueron peticionadas y que instrumentan la adquisición de los restantes coactores (ver sentencia en el resolutivo I, que declara la nulidad de las cláusulas de las escrituras individualizadas a fs. 294/415). Además el decisorio en crisis en cuanto declara la nulidad de las escrituras obrantes bajo los N°s 217, 242, 468, 700 y 778 claramente incurre en un error material ya que éstos no son los números de escrituras sino son los números de las fojas del protocolo de la escribana Andía donde obran las escrituras N° 22, 32, 35 del año 2013 y las N° 17 y 18 del año 2014.

Por lo expuesto, entiendo que le asiste razón en cuanto a la incongruencia planteada ya que claramente se advierte que ha extendido la nulidad de la cláusula octava solicitada en relación a dos escrituras (la 22 y 32 del año 2013) a otras escrituras que no fueron solicitadas.

Además, concedió el daño moral en razón de la nulidad cuando ello no fue lo que solicitó claramente la actora al demandar.

b) La eventual nulidad en los términos del art. 37 de la LDC respecto de las escrituras N° 22 y 32 de la cláusula implicada:

A todo evento y aun circunscribiendo la pretensión de la declaración de nulidad de la cláusula 8va en las escrituras N° 22 de fecha 25/10/13 y N° 32 de fecha 5/12/13 obrantes a fs. 294/317 y a fs. 318/41 de autos (tal como surge de la ampliación de demanda), estimo que tal solicitud debió ser rechazada.

De una atenta lectura de lo pretendido por los accionantes, la cláusula resultaba nula -según su postura- por otorgar derechos mayores a la contraria y desnaturalizar obligaciones, lo que violaba el art. 37 LDC. En particular esgrimieron que la superficie que figuraba a donar en la publicidad que se acompañó como prueba como correspondía a un área recreativa verde que la contraria pretendía en la actualidad lotear y vender, perjudicando a los actores en cuanto a lo contratado.

Frente a ello, el juez a quo dispuso la nulidad de la cláusula sin efectuar un análisis integral de todas las cuestiones que implicaba tal declaración y en forma irrazonable concedió una suma correspondiente por daño moral cuando ello tampoco había sido solicitado de tal manera conforme surge de la demanda y de su ampliación ya que el daño moral fue solicitado en virtud del mentado incumplimiento contractual y no por la nulidad de la cláusula.

En mi opinión, dicha cláusula no puede ser declarada nula y mucho menos puede servir de base para conceder un daño moral no solicitado en tales términos.

Cabe recordar que el art. 4º de la LDC prescribe: "Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión". En tal sentido se ha dicho que "la información que brinde el proveedor debe estar direccionada a: 1) la comprensión del consumidor acerca de la relación entre su necesidad y la satisfacción de la misma, a través del bien o servicio que se procura adquirir; 2) condiciones para el mejor uso del mismo; 3) condiciones comerciales de la operación (crédito, tasa interés, gastos, etc.)...En rigor, más allá de la terminología, pareciera ser que la modificación en sí no mutó el espíritu de la norma, cual es brindar la información suficiente para que el consumidor conozca si su necesidad o expectativa coincide en todo o en parte con lo que se adquiere, y si el costo de lo buscado (precio, financiación, etc.), está a su alcance" (Stefanelli, Carlos "El deber de informar" publicado en:

DJ 14/01/2015,11; cita Online: AR/DOC/4218/2014). Asimismo se ha puntualizado que: …"La finalidad que persigue este deber de información previsto en favor del consumidor es permitir que el consentimiento que presta al contratar por un producto o servicio haya sido informado reflexivamente, teniendo en cuenta que en ese momento la posición jurídica del proveedor es evidentemente privilegiada respecto de la del consumidor por su conocimiento respecto de la materia objeto del contrato. Asimismo, dicho deber de información, además de proteger el consentimiento del consumidor, también recae sobre las características esenciales de la ejecución del contrato, es decir que, al adquirir el producto o contratar el servicio, el consumidor o usuario debe ser informado sobre sus riesgos y variaciones"… (Farina Juan M., "Defensa del consumidor y usuario", Bs. As., Ed. Astrea, 2004, páginas. 151/152).

Por otra parte, los arts. 3º y 37º segundo párrafo de la LDC consagran el principio in dubio pro consumidor en la interpretación del contrato, precepto que exige que en caso de duda las cláusulas cuestionadas sean entendidas en el sentido que ofrezca la adecuada protección a los intereses de los usuarios y consumidores. Por tanto, tal interpretación resulta una pauta importante para la regulación de las exigencias informativas siempre y cuando existan dudas respecto a la interpretación del contrato.

Si bien comparto con el fallo en crisis en relación a que la publicidad efectuada en las tratativas precontractuales integra la contratación, lo cierto es que el alcance asignado por el juez a quo no puede ser sostenido. En efecto, surge de los considerandos que entendió que la declaración inserta en las escrituras individualizadas como cláusula octava en cuanto al conocimiento y aceptación del reglamento interno y de funcionamiento y administración y la aceptación de que la superficie a donar a la Municipalidad cambiara de destino contradecía la publicidad efectuada.

No estoy de acuerdo con ello ya que tal como dije precedentemente; quien acepta vivir en un emprendimiento inmobiliario conoce y acepta de antemano la existencia de un régimen de convivencia entre vecinos lo que no puede constituir en abusivo ni irrazonable su declaración ya que hace a la vida misma del emprendimiento.

Por otra parte, tampoco puede calificarse la declaración como abusiva la que predica "que conocía y aceptaba el espacio que en plano de mensura figura como destinado a superficie a donar puede cambiar su destino y ser utilizado por la hoy vendedora" pues no surge ello de las constancias de la causa. En efecto:

• En la publicidad se consignó la existencia de "espacios verdes, recreativos y deportivos" (fs. 34) sin hacer referencia a metros ni a una ubicación concreta de éstos y en el croquis de fs. 33 se consigna a la entrada un espacio verde que es en el sector noroeste del barrio pero no se consignó que ese era el único espacio verde recreativo y deportivo dentro del barrio ni se incluyó alguna denominación similar.

• En nuestra provincia, la Ley N° 4.341 (B.O. 23/05/79) tiene una aplicación exclusiva en materia de loteos y fraccionamientos. Así dispone en su art. 1° "todo loteo o fraccionamiento

de terreno de características urbanas o suburbanas a realizarse en el territorio de la provincia, con o sin edificación queda sujeto a las prescripciones de la presente ley. Entiéndase por fraccionamiento, toda división en dos o más fracciones de un inmueble con frente a calle publica existente y por loteo la división en dos o más lotes que determine la necesidad de crear nuevos accesos, calles y/o espacios verdes." Por su parte, el art. 6 establece en su primera parte:" Por todo loteo deberán donarse a la Municipalidad u Organismo correspondiente, las superficies destinadas a calles, ensanches, avenidas, caminos para peatones, ochavas y espacios libres establecidos en el artículo 26 de esta ley. Si se trata de fraccionamientos, deberá donarse las superficies destinadas a ensanche de calles si los hubiere…" Además el art. 26 dice: "todo loteo cuya superficie exceda los veinte mil metros cuadrados (20.000 m2.) deberá contar con una extensión que pueda destinarse a equipamiento escolar, asistencial, de seguridad, recreativa u otros destinos que fueren necesarios… en todo caso, cuando a criterio del Municipio se justificare, podrá permutarse el espacio de equipamiento por un espacio de igual valor en otra ubicación o por otra prestación de interés del municipio también de igual valor. En el caso de los barrios privados residenciales, se otorgará siempre dicha posibilidad a fin de resguardar el carácter de privado…"

• En las escrituras implicadas, se dejó constancia de los instrumentos que había considerado la escribana y que habilitaban la celebración del acto; entre éstos los expedientes administrativos implicados:

⎫ Del expediente administrativo de la Municipalidad de Guaymallén N° 513824-A-2006-0101 por el cual se solicita la factibilidad del loteo surge que la superficie a la que se refiere la cláusula es aquella que debía ser donada a la Municipalidad conforme lo ordenado por el art. 6 de la ley 4341 (ver croquis del emprendimiento fs. 21 y 22). Además del informe técnico obrante a fs. 31 de dicho expte de fecha 4 de abril de 2008 corrobora la intención de tal donación ya que señala en uno de sus párrafos…"La ubicación del Espacio de Equipamiento concentrado al noroeste de la propiedad permite vincular con el Barrio existente y aprovechar el mismo para un uso conjunto, brindando la seguridad reclamada por los vecinos. Por otra parte, su ubicación y tamaño permite ante un futuro cambio de condiciones, poder acceder a completar la trama vinculando las calles que se solicitaran"… Además si cotejamos los diferentes planos obrantes en dichas actuaciones vemos que en todos se ha consignado la donación al Municipio de dicho espacio tal como sostiene la parte apelante (verbigracia, fs. 60, planos de mensura de fs. 145, 157, 158 y 168).

⎫ Del expte administrativo N° 15084-DM-2013-60204 se observa que Lotes de Urquiza S.A. firma un convenio con el Municipio en virtud del cual se compromete a efectuar ciertas obras en barrios del departamento y que a cambio de tales obras, la Comuna le iba a otorgar la disponibilidad plena del terreno originalmente destinado para equipamiento comunitario (ver fs. 2 y 3 de dicho expediente, celebrado el día 18/10/13). El Honorable Concejo Deliberante de la Comuna el día 28/11/13 dictó la Ordenanza N° 7987/13 por la cual aprobó el convenio que instrumenta una compensación con obras de utilidad pública a cargo de Lotes de Urquiza S.A. a cambio de no hacer efectiva la totalidad de donación de terrenos conforme lo dispuesto por la

ley 4341 (fs. 21/22, promulgada mediante decreto Municipal 3147/13 obrante a fs. 25) Asimismo obraban constancias del cumplimiento de tal acuerdo y la recepción de las obras por parte de la Comuna, existiendo además un remanente que debía ser donado por el eventual ensanche de calle Urquiza de 928, 52 mts según título (ver constancias de fs. 39/43).

⎫ Del expte administrativo N°5434-L-2015-60204 se colige que Lotes de Urquiza S.A. con fecha 30/04/15 presentó una nota en la Comuna a fin de donar sin cargo el referido remanente de 928,52 m2 según título y 413,75 m2 según plano (ver nota fs. 1 y plano fs. 11. Además el Honorable Concejo Deliberante de la Comuna el día 14/10/15 dictó la Ordenanza N° 8160/2015 por la que aceptó tal donación sin cargo.

• Que el testimonio del agrimensor Giner (fs. 138/39 en la respuesta a la segunda sustitución) corrobora que la superficie a donar estaba consignada en el plano de mensura.

De todo lo reseñado podemos advertir que todas las cuestiones relativas a la donación al Municipio están ínsitas con la aprobación del loteo y dispuestas por la ley Provincial N°4341 por lo que el cumplimiento de un deber legal no puede constituir en ilícito ningún acto y además todas las cuestiones atinentes a tal acto claramente exceden de lo que puede publicitarse en un folleto.

En definitiva, no comparto la conclusión a la que arriba el magistrado de grado ello por cuanto no se advierte ningún tipo de engaño en la publicidad ya que el barrio cuenta con un "espacio deportivo, recreativo y verde" tal como fue publicitado y ello surge de las testimoniales de otros propietarios de viviendas dentro del emprendimiento (ver séptima, octava, novena sustitución del Sr. Potenzone, fs. 133 vta; sexta sustitución, séptima sustitución y octava sustitución fs. 142 vta Sr. Bastianelli).

Sumado a ello, la posibilidad de cambiar el destino de la superficie a donar no se advierte como algo abusivo y contrario a derecho ya que el convenio por el cual se comprometen ciertas obras a cargo de Lotes de Urquiza a fin de liberar una parte de la superficie a donar conforme lo dispuesto por el art. 26 de la ley 4341 fue celebrado con anterioridad a la adquisición de los lotes instrumentados en las escrituras N° 22 de fecha 25/10/13 y N° 32 de fecha 5/12/13 sobre las cuales la actora planteó la nulidad de la declaración. Además surge de tales instrumentos que la escribana expresamente dejó constancia dentro de las certificaciones y documentaciones (ver fs. 316 vta en la escritura N° 22 y fs. 340 vta de la escritura N° 32): …"La donación de la superficie destinada a equipamiento de acuerdo al art. 6° de la ley 4341 se tramita por el expte 513824-A-2006"; por lo que eventualmente los adquirentes podrían haber válidamente conocido la existencia del convenio celebrado con anterioridad a la escritura y cuyo trámite se encontraba ad referéndum de lo dispuesto por el Honorable Consejo Deliberante de la Comuna en las correspondientes actuaciones administrativas.

A mayor abundamiento, tampoco puede desconocerse que la modificación del destino de cierta parte del Inmueble a donar fue a cambio de obras de utilidad pública tal como surge de la

Ordenanza implicada y además fue cumplida íntegramente por parte de la demandada; resultando totalmente irrazonable la declaración de nulidad teniendo en cuenta las circunstancias acaecidas con anterioridad (exptes administrativos implicados) y con posterioridad a los actos instrumentados en tales escrituras cuestionadas, habiéndose realizado las obras de utilidad pública a favor de la Comuna.

En definitiva, la conducta asumida por la parte actora al impugnar una cláusula que no sólo no resulta abusiva "per se" sino que consigna el cumplimiento de un deber legal dispuesto por el art. 6 de la ley 4341 (la exigencia de donación existía y la posibilidad de modificar a cambio de obras también había sido acordada) y que surgía del expediente administrativo iniciado con anterioridad a la firma de la escritura de adquisición.

Por ello, estimo que resulta reñido con la buena fe, la pretensión ulterior de solicitar la nulidad de la cláusula cuando claramente se advierte que nunca se efectuó cuestionamiento alguno en el expediente administrativo y que desde el inicio del emprendimiento se había consignado la existencia de una superficie a donar al Municipio más allá de que en la publicidad no se hubieran aclarado la cantidad de metros de espacio verde, recreativo y deportivo; corroborando la existencia de éste la testimonial de otros propietarios.

En definitiva, la nulidad declarada no puede ser sostenida como tampoco el daño moral estimado en consecuencia, debiendo admitirse los agravios de la parte demandada en este punto.

V. CONCLUSIONES

Por los motivos expuestos corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 457/60 y acoger el recurso de apelación interpuesto por la demandada Lotes de Urquiza S.A. a fs. 462; por lo que corresponde el rechazo de la demanda con costas en los aspectos sometidos al recurso. En consecuencia, corresponde modificar los resolutivos I, II y V de la sentencia obrante a fs. 448/55 consignando los correspondientes rechazos así como la imposición de costas por tales rechazos.

Así voto.

Las Dras. Silvina Furlotti y Gladys D. Marsala dijo que adhieren, por sus fundamentos, al voto precedente.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN PROPUESTA LA DOCTORA CARABAJAL MOLINA DIJO:

Las costas generadas en la Alzada, deben ser soportadas en función de los respectivos vencimientos: a) Por el recurso de apelación de fs. 457/60 a la parte recurrente por resultar vencida y b) Por el recurso de apelación de fs. 462 a la parte recurrida por resultar vencida. (arts. 35 y 36 C.P.C.C. y T. de la Provincia de Mendoza).

Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se practiquen los de primera instancia.

Así voto.

Las Dras. Silvina Furlotti y Gladys D. Marsala dijo que adhieren, por sus fundamentos, al voto precedente.

Con lo que se dio por concluido el presente acuerdo dictándose sentencia, la que en su parte resolutiva dice así:

S E N T E N C I A

Mendoza, 15 de Julio de 2.020.

Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal

RESUELVE:

1°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 457/60.

2°) Acoger el recurso de apelación interpuesto por la demandada Lotes de Urquiza S.A. a fs. 462. En consecuencia, corresponde modificar los resolutivos I, II y V de la sentencia obrante a fs. 448/55, los que quedarán redactados de la siguiente manera:

"I.-Rechazar la demanda deducida por los Sres. Ricardo Omar Breccia, Betsabé Fernanda Masselos, Walter Daniel Ferrara, Marcelo Carlos Martini y José Antonio Vargas Rodríguez a fs. 41/47 y su ampliación de fs. 57 contra Lotes Urquiza S.A."

"II.-Rechazar el daño moral reclamado por los actores."

"V. Imponer las costas a cargo de la actora por resultar vencida arts. 35 y 36 C.P.C.C. y T. de la Provincia de Mendoza)."

3°) Imponer las costas de la siguiente manera: a) Por el recurso de apelación de fs. 457/60 a la parte actora recurrente por resultar vencida y b) Por el recurso de apelación de fs. 462 a la parte actora recurrida por resultar vencida (arts. 35 y 36 C.P.C.C. y T. de la Provincia de Mendoza).

4°) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

NOTIFÍQUESE. REGÍSTRESE. BAJEN.

DRA. MARIA TERESA CARABAJAL MOLINA
Juez de Cámara

DRA. SILVINA DEL CARMEN FURLOTTI
Juez de Cámara

DRA. GLADYS DELIA MARSALA
Juez de Cámara