



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA G

“G., D. O. C/ URBANIZACIONES DEL PILAR S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”.

EXPTE. N° 36.512/13 - JUZG.: 67

LIBRE.: N° CIV/36512/2013/CA1

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 15 días del mes marzo de dos mil dieciocho, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: **“G., D. O. C/ URBANIZACIONES DEL PILAR S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”**, respecto de la sentencia de fs. 1050/1064, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores **CARLOS CARRANZA CASARES - CARLOS ALFREDO BELLUCCI - MARIA ISABEL BENAVENTE.-**

A la cuestión planteada el Señor Juez de Cámara **Doctor Carranza Casares** dijo:

I.- La sentencia apelada

D. O. G. demandó a Urbanizaciones del Pilar S.A. (UPSA), a su presidente R. M. J., a HB Office Pilar S.A. y a H. E. B., a fin que dieran cumplimiento a lo acordado en el boleto firmado el 26 de noviembre de 2010 con la entrega y escrituración de la unidad



adquirida, el otorgamiento del reglamento de copropiedad y administración y a indemnizar los daños derivados de su incumplimiento.

También demandó a HB Office S.R.L. y a H. E. B. que intermediaron en el negocio, pero posteriormente a fs. 572 desistió de la acción y del derecho contra ellos.

La sentencia de fs. 1050/1064 hizo lugar a la demanda y, dada la imposibilidad de escriturar, declaró resuelto el contrato y condenó a los dos demandados al pago de u\$s 66.600 o su equivalente en pesos, más \$ 354.748, con intereses y costas.

A tal efecto, el pronunciamiento señaló que los demandados no habían cumplido con la afectación al régimen de la ley 19.724, habían omitido informar que el inmueble estaba hipotecado y habían redactado un reglamento que disponía como destino de las unidades el de vivienda unifamiliar, en contradicción con la cláusula novena del boleto. Todo lo cual demostraba la imposibilidad de cumplir con el acuerdo que habían suscripto con el actor.

Agregó que el presidente de UPSA era responsable en razón de la desestimación de la personalidad jurídica, y de lo previsto en el art. 16 de la ley 19.724.

Concluyó que procedía la devolución de lo abonado, la reparación por la pérdida de chance y una multa civil.

II.- Los recursos

El fallo fue apelado por la demandante y por UPSA.

La primera en su memorial de fs. 1077/1080, no contestado, cuestiona lo establecido en concepto de pérdida de chance y de multa, así como el punto de partida de los intereses de esta última. Reclama, asimismo, que la condena sea solidaria.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA G

La última en su escrito de fs. 1082/1089, cuyo traslado fue respondido a fs. 1091/1097, objeta la responsabilidad atribuida y lo fijado por daño punitivo.

III.- Ley aplicable

No es materia de discusión que en el caso no cabe aplicar la normativa de fondo del Código Civil y Comercial de la Nación que no se hallaba vigente al tiempo de ocurrir los hechos que han dado lugar al presente juicio (art. 7 del citado cuerpo legal y 3 del Código Civil).

IV.- Responsabilidad

Esta sala ha dicho reiteradamente que del juego de los arts. 265 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se desprende que el memorial de agravios debe contener la crítica razonada y concreta del pronunciamiento que se ataca, puntualizando cada uno de los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyan (cf. C.N.Civ., esta sala, R. 328.712, del 17/8/01; L. 479.061, del 8/6/07, y L. 559.744, del 18/11/10, entre muchos otros) para evitar que la cuestión se resuelva con la sanción contemplada por el último artículo citado, que corresponde a la omisión de la carga prevista por el que lo antecede.

Si el juzgador se encuentra obligado a dar suficiente sustento a su decisión, simétricamente corresponde al recurrente exponer razones que desvirtúen el razonamiento contenido en la sentencia (cf. C.N.Civ., esta sala, L.318.425, del 3/7/2001, L. 418.726, del 21/11/05, y L. 548.950, del 13/7/10, entre muchos otros).

Lejos de acatar la mencionada normativa, los agravios sólo expresan un subjetivo disenso con lo decidido, pero no alcanzan a señalar -ni mucho menos probar- equivocaciones en el razonamiento, en lo que atañe a la omisión de afectar el bien al régimen de la ley 19.724 y a la de informar la hipoteca que lo gravaba, a través del cual el juez arriba a sus conclusiones.



Sin perjuicio de lo sostenido, en aras de expresar un amplio reconocimiento al derecho de defensa, cabe todavía ofrecer las siguientes consideraciones.

El incumplimiento objetivo de lo pactado en el boleto no es motivo de cuestionamiento desde que la unidad prometida no se llegó a construir (ver peritaje de arquitectura, fs. 532), aun cuando el precio convenido se pagó casi en su totalidad (más del 90%). Y el caso fortuito alegado por la sociedad recurrente está lejos de haber sido demostrado.

Tal caso fortuito, como se sabe, es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse (cf. art. 514 del Código Civil, Fallos: 316:1601; ver asimismo art. 1733 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Ante todo advierto que, al contestar demanda, la sociedad enajenante únicamente hizo una vaga referencia al caso fortuito originado en una supuesta demora ocasionada por el retraso de organismos municipales, provinciales o nacionales (fs. 238 vta.); y nada de ello probó, al habérsela declarado negligente en la prueba informativa respecto de la Municipalidad de Pilar, el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires y la Inspección General de Justicia (fs. 559/560).

En esta instancia trae a colación otras causas que según ella configurarían el caso fortuito.

Más allá que la circunstancia que constituyan hechos no invocados ante la instancia anterior impide su tratamiento (ver art. 277 del Código Procesal), lo cierto es que existen motivos adicionales que determinan su improcedencia.

La vencida alega ahora una crisis del sector inmobiliario y de la construcción “a inicios de 2010” (fs. 1084 vta.) que, en todo caso, sería anterior a la suscripción del boleto el 26 de noviembre de ese año y, por ende, no imprevisible ni inevitable.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA G

Asimismo, hace una imprecisa mención a “decisiones del Gobierno”, pero no las detalla ni, menos aun, describe su relación causal con el incumplimiento. Tampoco explica cómo habrían impedido satisfacer la prestación acordada las medidas adoptadas en el mercado cambiario; medidas que, por otra parte, fueron previstas en la cláusula quinta del convenio suscripto entre las partes (fs. 4 y vta. y 222 y vta.).

Otro tanto cabe decir sobre la insolvencia de la firma Clevertec S.A. que menciona en un par de párrafos del memorial (fs. 1083 y 1086), cuya configuración no ha acreditado debidamente -mucho menos la fecha en que habría tenido lugar- y que, en todo caso, tampoco sería una circunstancia ajena en atención a la estrecha vinculación entre ambas empresas reconocida por los demandados (fs. 1017/1018 y 1019/121).

A mayor abundar, destaco que la sentencia ha tenido por confesa a la entidad demandada sin que exista agravio en el memorial al respecto (art. 417 del Código Procesal). Así, del pliego agregado a fs. 1017/1018 surge el reconocimiento de sus diversos incumplimientos como la entrega del departamento, la información sobre la hipoteca y la afectación al régimen de la ley 19.724.

Por todo lo dicho postulo la confirmación de la responsabilidad atribuida en el fallo.

Al encontrarse firme la desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por R. M. J., en razón de lo previsto en el art. 54 de la ley 19.550 (ver art. 144 del Código Civil y Comercial de la Nación) y el art. 16 de la ley 19.724, cabe admitir lo requerido por el actor y dispones que la condena al nombrado y a UPSA lo sea en forma solidaria.

V. Los daños

a. Limitación pactada



La empresa demandada se queja, con invocación del art. 1197 del Código Civil, de que no se haya tenido en cuenta la limitación de responsabilidad inserta en la cláusula séptima del convenio con cláusulas predispuestas (fs. 16/vta. y 209/210), pero, una vez más, no se hace cargo de los argumentos dados por la sentencia para apartarse de tal limitación (arts. 265 y 266 del Código Procesal).

Al respecto, el art. 37 de la ley 24.240 prescribe que sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.

A su vez, el art. 14 de la ley 19.724 prevé que las cláusulas que establezcan limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir o resolver el contrato sin previa comunicación o intimación, o suspender su ejecución o la de la obra, o sanciones a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a las facultades de oponer excepciones, cláusulas compromisorias o de prórroga de la jurisdicción judicial, así como los supuestos previstos en los incisos f) y h) del artículo 13, sólo tendrán efecto si son expresamente aceptadas por el adquirente en cláusula especial, firmada por éste. Lo que no ha ocurrido en el caso.

De allí que no cabe admitir el planteo recursivo de la sociedad demandada.

b. Pérdida de chance

El art. 519 del Código Civil expresa que se llaman daños e intereses no sólo al valor de la pérdida que haya sufrido, sino también al de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a su debido tiempo. El art. 520 del citado código agrega que el resarcimiento sólo comprenderá los





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA G

que fueren consecuencia inmediata y necesaria de esa falta de cumplimiento.

La ganancia que no pudo percibirse por el incumplimiento del deudor ha de ser, entonces, objeto de reparación. En este sentido, se ha definido al lucro cesante como las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas (cf. Fallos: 306: 1409: 312:2266).

Este lucro cesante no se presume sino que debe ser objeto de demostración (cf. Fallos: 317:144; 318:2228; 323:2930; 328:4175; Zavala de González, Matilde, Daños a los automotores, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1, ps. 262 y 373; Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, ps. 462 y 465; López Herrera, Edgardo, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, ps. 128 y 137).

En el caso, su procedencia se encuentra debidamente justificada pues es evidente que el actor no ha podido contar con el beneficio económico que hubiera importado tener los inmuebles prometidos.

Por lo que estimo que no cabe admitir la queja de la empresa demandada.

De todos modos, tampoco considero que deba aceptarse el incremento del valor locativo que pretende la demandante.

Ella misma reconoce que la cifra consignada por la jueza está dentro del rango previsto por la perito arquitecta (un margen de error entre el 5% y 7%; ver dictamen, fs. 534); y entiendo que ha acertado la magistrada al aplicar el porcentaje mayor de reducción, en atención a que en el dictamen no se han tenido en cuenta los gastos que importa el mantenimiento de una propiedad y a



que de lo que se trata es la pérdida de chance de aprovechamiento económico.

En el daño constitutivo de la pérdida de chance coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre. Certeza de que de no haber mediado el evento dañoso, el damnificado habría mantenido la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Incertidumbre sobre si, manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia se habría obtenido. Es decir que lo que se indemniza es la privación de la esperanza de obtener un beneficio y no el beneficio esperado como tal (cf. C.S. Mendoza, sala I, del 8/11/96, La Ley t. 1997-C, p. 560).

Se ha expresado que la pérdida de chance no puede identificarse con el lucro cesante, sino que lo resarcible es esa chance, la que debe ser apreciada judicialmente, según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta (cf. C.N.Civ., esta sala, L. 491.135, del 11/12/07 y su cita). Cuando tal chance implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que se ve frustrada por culpa del responsable, se convierte en un daño actual resarcible y la indemnización debe ser de la chance misma y no de la ganancia estimada en forma matemática, por lo que debe ser apreciada judicialmente y de acuerdo a las circunstancias del caso (cf. C.N.Civ., sala E, L. 13.935, del 21/3/86 y sus citas; C.N.Civ., esta sala, L. 500.268, del 27/6/08 y L. 549.751, del 7/5/10).

No obstante lo dicho, sí encuentro justificado el pedido de extender el período de reparación hasta el dictado de la sentencia en septiembre de 2017, desde que el perjuicio ha existido hasta la resolución del contrato.

Por ello, tomando en consideración lo requerido en el memorial, propicio incrementar esta partida a un total de \$ 390.948.

VI.- Daño punitivo





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA G

UPSA en cuatro renglones cuestiona su constitucionalidad porque si se lo aplicase en cualquier caso “se correría el riesgo de convertir el instituto en tratamiento en una ley penal en blanco que vulneraría el principio de legalidad” (fs. 1088 vta.).

En relación con esto último ha de tenerse presente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia y, como tal, configura un acto de gravedad institucional que debe ser considerado la última ratio orden jurídico, por lo que no cabe efectuarla sino cuando un acabado examen conduce a una convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho constitucional invocado (Fallos:324:920; 326:417, 2692, entre otros). El acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial deba pronunciarse, por lo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley - acto de suma gravedad institucional- no puede fundarse en apreciaciones de tal naturaleza, sino que requiere que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e ineludible (Fallos: 320:1166; 325:2600; S. 96. XL. “Santiago Dugan Trocello S.R.L. c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Economía s/ amparo”, sentencia del 30 de junio de 2005).

El planteo de la empresa recurrente se encuentra muy lejos de constituir un acabado examen sobre la cuestión como para justificar tan extrema medida.

Por otra parte, más allá de las discusiones doctrinales a las que ha dado lugar esta incorporación legal, uno de los supuestos en que se ha considerado que corresponde su aplicación es cuando se evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (cf. C.N.Civ., sala K, “M., M.B. c/



Compañía Financiera S.A.”, del 22/8/14; ídem, sala B, “B., M.S. c/ S.N.J.”, del 7/2/14; íd., sala H, “San Miguel, María Laura c/ Telecentro S.A.”, del 10/12/12, en RCyS 2013-VI, 148; íd., sala E, “Casanova c/ Fundación Universidad de la Marina Mercante”, del 26/10/12; íd. esta sala, L.606.288, del 25/9/12 y CIV/99.192/2011/CA1, del 27/4/15), por lo que se encuentra lejos de ser aplicado en cualquier caso.

Además, en relación con la descripción de los supuestos de hecho del instituto en estudio, no puede soslayarse que el art. 52 bis de la ley 24.240 debe interpretarse en conjunto con el art. 8 bis del mismo cuerpo legal, que hace referencia a conductas o prácticas abusivas (subjetivas) del proveedor que transgreden el deber de trato digno al consumidor o usuario, colocándolo en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. Y ambos a la luz del art. 42 de la Constitución Nacional, en el caso, en cuanto a la protección de sus intereses económicos, información adecuada y veraz, libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno. Y tampoco puede pasarse por alto que no son ajenas a nuestro sistema legal normas que, más allá del derecho penal, establecen sanciones, como los arts. 54 y 133 de ley 19.550, los arts. 80 y 245 de la ley 20.744, el art. 666 bis del Código Civil y los arts. 693 y 804 del Código Civil y Comercial de la Nación (ver C.N.Civ., sala A, expte. 111.090/11, “M., M.S. y otro c/ OSDE”, del 19/10/17, voto del juez Racimo; asimismo, Brun, “Sobre los daños punitivos a propósito del destino de la multa”, en La Ley, ejemplar del 29/09/2017 , p. 5; Barreiro, “La constitucionalidad del destino de la multa civil de la Ley de Defensa del Consumidor”, en La Ley, ejemplar del 06/09/2017 , p. 4; Bersten, “Procedencia de la multa civil del art. 52 bis LDC”, en La Ley 2013-A , p. 235; Frúgoli, “Daños punitivos en la amplitud del derecho de daños”, en RCyS 2012-VIII, 69; Alterini, Ameal, Pizarro, “Derecho Privado Comparado: Las penas privadas”, en Revista del Notariado 858 , p.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA G

155; Iribarne, Bravo d' André, "De los problemas que presenta la incorporación de los daños punitivos", en RCyS 2009-V , 31).

Tales consideraciones bastan, a mi juicio, para responder a la exigua referencia formulada por la recurrente sobre la constitucionalidad.

La empresa vencida también transcribe en el memorial objeciones a la incorporación de este instituto que constituyen, en todo caso, cuestiones de política legislativa, pero que no pueden soslayar su incorporación a nuestro sistema legal.

Tampoco desarrolla una crítica razonada de los argumentos expuestos por el fallo para la aplicación en el presente de los mentados daños punitivos, ni sobre la condición de consumidora o usuaria del actor, ni sobre el monto de la imposición (art. 265 y 266 del Código Procesal), lo que veda su revisión.

Por otra parte, estimo que existen elementos como para considerar configurado un supuesto de práctica abusiva por parte de la firma demandada, en atención al flagrante incumplimiento de la citada empresa en la construcción y entrega de los inmuebles ofrecidos como "listo para escriturar y habitar con entrega llave en mano" (fs. 115 y reconocimiento de fs. 1017/1018 y 1019/1021), a pesar del pago de mas del 90% del precio por parte del actor.

De todos modos, tampoco considero que corresponda incrementar el importe asignado, en atención a las particularidades del caso reseñadas, a lo indicado por la sentencia sobre el valor económico comprometido y a la finalidad de "desbaratar la perversa ecuación" del proveedor que ha destacado el legislador de la ley 26.361 y que constituye, a su vez, su límite; sin que quepa considerar a su favor la multiplicidad de juicios a los que hace referencia la demandante (cf. Irigoyen Testa, "Fórmulas para cuantificar los daños punitivos", en Jurisprudencia Argentina 2011-I, p. 1069, "Aplicación jurisprudencial de una fórmula para daños



punitivos”, La Ley 2014-E , 497 y “Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables”, en DCCyE 2011 (diciembre) , 87; Rua, María Isabel, “El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales”, en Jurisprudencia Argentina 2011-IV, p. 10; Martinotti, “La cuantificación de los daños punitivos”, en RCyS 2016-X , 61; Cossari, “Cuantificación de los daños punitivos en la jurisprudencia estadounidense y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en RCyS 2012-XII , 53; Falco, “Cuantificación del daño punitivo”, en La Ley 2011-F , 1081).

Consecuentemente, propicio no admitir los agravios esgrimidos contra este aspecto del fallo.

VII.- Intereses

El carácter sancionatorio de los intereses punitivos, impuestos más allá de la reparación del daño, hace que ellos nazcan a partir de la sentencia que los determina; por lo que el punto de partida de los intereses que pueden generar es el del plazo fijado para su cumplimiento.

No procede, entonces, establecerlos a partir de la mora en el cumplimiento de la obligación pactada por las partes, como pretende la demandante. Ni, en el caso, modificar lo decidido, en ausencia de recurso específico por parte de los condenados a su pago.

VIII.- Conclusión

En mérito de lo expuesto, después de haber examinado las argumentaciones y pruebas conducentes, propongo al acuerdo modificar parcialmente la sentencia apelada para incrementar lo asignado en concepto de pérdida de chance a un total de \$ 390.948 y para disponer la solidaridad de la condena; y confirmarla en lo demás que decide y fue materia de agravios no atendidos; todo ello con costas de alzada a los vencidos (art. 68 del Código Procesal).

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Carlos A. Bellucci y María Isabel Benavente votaron en el mismo sentido por





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA G

razones análogas a las expresadas en su voto por el Doctor Carlos A. Carranza Casares. Con lo que terminó el acto.

Buenos Aires, 15 de marzo de 2018.-

Y VISITOS:

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I.- Modificar parcialmente la sentencia apelada para incrementar lo asignado en concepto de pérdida de chance a un total de \$ 390.948 y para disponer la solidaridad de la condena; y confirmarla en lo demás que decide y fue materia de agravios no atendidos; todo ello con costas dealzada a los vencidos. II.- Devueltas que sean las actuaciones se proveerá lo pertinente a fin de lograr el ingreso de la tasa judicial (arts. 13 y conc. de la ley 23.898). III.- Los honorarios se fijarán una vez establecidos los de la instancia de grado. IV.- Se deja constancia de que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el art. 164, segundo párrafo, del Código Procesal. Regístrese, notifíquese al domicilio electrónico denunciado, conforme lo dispone la ley 26.685 y acordadas 31/11 y 38/13 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la acordada 24/13 de la Corte Suprema de la Nación y devuélvanse. Integra la Vocalía 20 la Sra. Juez de Cámara Dra. María Isabel Benavente (Resol. 707/17 del Tribunal de Superintendencia).

CARLOS A. CARRANZA CASARES CARLOS. A. BELLUCCI MARIA ISABEL BENAVENTE

