

UNIDAD JURISDICCIONAL N° 3
I CIRCUNSCRIPCION
INTERLOCUTORIA N° 211

Viedma, 29 de noviembre de 2021.-

VISTOS: Los presentes autos caratulados "BRUM VANINA FERNANDA Y OTROS C/ BANCO HIPOTECARIO S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Sumarísimo)" Receptoría B-1VI-509-C2020 - Expte. N° B-1VI-509-C2020, traídos a despacho para resolver; y

CONSIDERANDO:

I.- Que en fecha 03/10/2020 se presentan la Sra. Vanina Fernanda Brum, Carlos Alberto Martínez y Flavia Anabel Fontana mediante apoderado e interponen demanda de daños y perjuicios en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor contra el Banco Hipotecario S.A. tanto en su carácter de fiduciario de fideicomiso "Procrear" como a título personal y contra la empresa Lo Bruno Estructuras SA..

Manifiestan que con motivo de la suscripción de un contrato de relación de consumo para la adquisición de una vivienda social, resultaron adjudicatarios de viviendas a través de un fideicomiso del cual el Banco Hipotecario S.A resulta ser fiduciario y la Empresa Lo Bruno Estructuras SA., en tanto, entre otras, una de las empresas que realizó la construcción con la modalidad Casa forma.

Explican que con motivo de dicha relación de consumo, y considerando las adjudicaciones que se efectuaron, resultaron beneficiados con una vivienda en la ciudad de Carmen de Patagones, la que ha tenido, desde el momento en que comenzaron a vivir allí, serias dificultades estructurales tales como rajaduras en las paredes, deficiencias en el cableado eléctrico, humedad, filtraciones, puertas mal colocadas, terminaciones en mal estado.

Refieren que ello ha sido constatado por el perito Ing. Porro, el cual realizó una detallada descripción de lo que cada vivienda tiene como desperfecto y, deja en claro de que se trata de una venta de inmuebles a consumidores finales en el marco del fideicomiso suscripto por el Banco Hipotecario que tiene como fideicomitidos a los aquí actores.

Señalan que refuerza su clara naturaleza consumeril, el hecho de que el instrumento denominado "boleto de compraventa y convenio de financiación", que se ha

acompañado como prueba documental, ha sido elaborado exclusivamente por el proveedor. Que tanto él como los otros demandantes no han tenido ningún poder negocial, por lo que se han visto compelidos como única opción a suscribir el contrato tal como se encontraba predispuesto, incluso cuando incluía las cláusulas abusivas que más abajo se denunciarán (exención de responsabilidad a título personal del Banco Hipotecario S.A, fijación de competencia territorial, etc.).

Dan cuenta de los reclamos previos a la acción judicial intentados, se expiden sobre la competencia, concretizan las pretensiones indemnizatorias pretendidas, fundan en derecho, ofrecen prueba y concretan su petitorio.

II.- Oportunamente se presentan las demandadas, Banco Hipotecario S.A y la empresa Lo Bruno Estructuras S.A., ambas por apoderado y oponen excepciones contra el progreso de la acción, solicitan citaciones de terceros y contestan en subsidio la demanda entablada en su contra, peticionando su rechazo y dando razones de ello.

II.1.- Que en este orden, se observa que con fecha 13/09/2021, se presenta el Banco Hipotecario S.A.. y como consideración preliminar solicita la ordinarización del proceso.

Que asimismo opone como excepción la incompetencia del suscripto en razón del territorio y de la materia objeto de discusión, además de plantear la falta de legitimación pasiva a título personal del Banco Hipotecario S.A.

Requiere además que se cite como tercero al Estado Nacional en tanto constituyente del fideicomiso y beneficiario del mismo, requiriendo que se integre con él litis pues ha sido quien ha constituido al Banco Hipotecario S.A. en fiduciario de conformidad al Decreto N° 902/12 así como también a las aseguradoras contratadas durante la ejecución de la obra.

Subsidiariamente contesta la demanda entablada, niega los hechos relatados como también la procedencia de los gastos y liquidaciones efectuadas exponiendo su versión. Se expone acerca de las operatorias relativas al Procrear, dando cuenta de su rol, de la relación entre las partes, niega la aplicación de las normas propias de los consumidores, acompaña prueba documental, ofrece la restante, cita precedentes judiciales que considera de aplicación al caso, efectúa reserva del Caso Federal y concreta su petitorio.

II.2.- Que por su parte, con fecha 05/10/2021, se presenta la empresa Lo Bruno Estructuras SA, quien de similar manera en lo que aquí importa se expresa señalando como excepción, en lo que a ella respecta, la prescripción de la acción.

Asimismo contesta demanda, expone su versión de los hechos, se expide acerca de las

cláusulas que lo eximen de responsabilidad, responde al informe técnico acompañado como integrante del escrito de demanda, ofrece prueba, funda en derecho, cita jurisprudencia que entiende aplicable, efectúa reserva del Caso Federal y peticiona.

III.- Que al correr vista al Ministerio Público Fiscal, a los fines de que se expida acerca de la competencia de esta Unidad Jurisdiccional, el 03/11/2021 dictaminó en favor de la competencia del suscripto para entender en los presentes actuados.

IV.- Que en fechas 16/09/21 y 18/10/21 se tiene por contestado el traslado de la demanda por parte del Banco Hipotecario S.A., y de la empresa lo Bruno Estructuras S.A., y se corre traslado a la actora, quien, en lo que concierne a la presente, contesta en fechas 21/09/2021 y 18/10/2021 fundamentando el rechazo de los planteos excepcionantes, las citación del Estado Nacional y la ordinarización del proceso, dando razones de la postura adoptada con respecto a las alegaciones de las accionadas en sus respectivos escritos de conteste, más no se opone a la citación de la Aseguradora.

V.- Que en fecha 05/11/2021 se llamó a autos para resolver, providencia que por encontrarse firme motiva la presente.

VI.- Que sentado ello, corresponde ahora resolver la procedencia de los planteos efectuados relacionados con las excepciones de incompetencia, de prescripción y de falta de legitimación formuladas por las demandadas.

De igual manera me expediré acerca de la solicitud de ordinarización del proceso como también en torno a las citación pretendidas por las accionadas..

Que por una cuestión de orden procedimental me avocaré a resolver liminarmente las excepciones de incompetencia para, en su caso, continuar luego con el tratamiento de las restantes defensas deducidas en contra del progreso de la acción.

VII.1.- Incompetencia en razón de la materia:

Tengo presente que conforme doctrina reiterada, para la determinación de la competencia corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en la demanda y después, sólo en la medida que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión (Fallos 323:2342; 324:4468; 325:2311; 326:81, entre muchos); vale decir, atender a las pretensiones deducidas por el actor en su demanda y no a las defensas opuestas por la demandada (Fallos 320:2023, 326:3549, entre otros).

De acuerdo con lo reseñado, los actores persiguen que se los indemnice por los daños padecidos en virtud del incumplimiento contractual que alegan por parte del Banco Hipotecario y las empresas encargadas de la construcción y financiación de las

viviendas que se les asignara, cuyo dominio fiduciario fue transmitido mediante contrato de fideicomiso a esa entidad bancaria.

En ese marco, entiendo procedente declararme en favor de la competencia en razón de la materia del fuero ordinario provincial para entender en las actuaciones porque el objeto principal del juicio se vincula, definitivamente, con cuestiones de derecho privado y la interpretación del sentido y/o alcance de las normas de derecho común que regulan el instituto de daños del tenor de los reclamados, del incumplimiento contractual y del contrato de fideicomiso; materia que es de naturaleza civil y que no involucra la hermenéutica de la preceptiva federal que regula la actividad bancaria.

VII.2.- Incompetencia en razón de las personas: Igual resolución adopto con relación a la excepción de incompetencia en razón de las personas deducida desde que, tanto las empresas demandadas como el Banco Hipotecario S.A. -única entidad financiera demandada- revisten calidad de entes privados en virtud de lo establecido por la ley 19.550 y el artículo 16 de la ley 24.855.

Corresponde destacar asimismo, que en el caso de que alguna de las cuestiones que llegaren a conocimiento de esta Unidad Jurisdiccional pueda conducir al estudio de normas de naturaleza federal, no justifica la declaración de su incompetencia, desde que todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero se hallan facultados para interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponda, sin perjuicio que las cuestiones federales eventualmente comprendidas puedan ser objeto de adecuada tutela por vía del recurso extraordinario (Fallos 314:158, entre otros).

VII.3.- Incompetencia en razón del territorio: La misma suerte ha de seguir el planteo relativo a la incompetencia en razón del territorio formulado tendiente al desplazamiento de la causa a los tribunales de la ciudad de Bahía Blanca con sustento fundamentalmente en la circunstancia de que los demandantes tienen su domicilio en la ciudad de Carmen de Patagones y en razón de lo dispuesto al respecto en la cláusula 2.3 de los contratos celebrados donde se expresa que las partes se someten a las tribunales ordinarios correspondientes al lugar de su domicilio. .

Ello así en primer lugar por que la normativa aplicable en ese aspecto conforme el ritual (arts. 3 y 5 del CPCC) dispone que cuando se ejerciten acciones personales, será competente el juez en que deba cumplirse la obligación expresa o implícitamente establecida conforme a los elementos aportados en el juicio y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o cuando sean varios los demandados y se

trate de obligaciones indivisibles o solidarias, el del domicilio de cualquiera de ellos, a elección del actor, el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación.

De manera que haciendo aplicación de lo dicho puede acogerse la competencia de esta Unidad Jurisdiccional toda vez que el instrumento contractual base de las obligaciones en juego, fue suscrito en la ciudad de Viedma, constituyendo además domicilio especial el Banco Hipotecario S.A, en el de calle Colón 461 de Viedma, haciéndose constar que dicho domicilio posee el carácter de constituido a los fines de cualquier acción judicial.

Si bien no soslayo que tales puntos de conexión fijarán la competencia a excepción de los casos de prórroga expresa o tácita, ello lo es cuando la misma procediera, lo que en mi opinión no acontece en el caso, dado el marco compositivo en que tal competencia fuera fijada, donde campean para su interpretación lo principios elementales protectivos en favor de los consumidores, por lo que el alegado "pacto" ha de verse inhabilitado pues se trata de cláusula predispuesta por el más fuerte de la obligación en los que a priori entiendo la voluntad de los consumidores contratantes no ha participado.

Ello porque además, aún teniendo en cuenta lo dispuesto sobre el particular en el artículo 36 de la Ley de Defensa del Consumidor en virtud de la modificación operada por la Ley 26.361 que define la cuestión en modo similar en cuanto señala entre los requisitos para "las operaciones financieras y de crédito para el consumo", que "será competente para entender en los litigios relativos a esa clase de contratos el juez del lugar del domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier acto en contrario, no pierdo de vista los principios protectorios que a esta norma animaran y que la elección tajante de ese punto de conexión sin meritar el principio pro consumidor y las bases que lo alientan puede ir de bruces con aquellos en tanto y en cuanto ello no concretiza las garantías tenidas en cuenta con su sanción.

De allí que en el caso particular de autos, velar por aquellos recaudos de orden público fondal y procedimental implica evitar los gastos y contratiempos que demandaría para cada uno de los consumidores el verse obligado a litigar en la ciudad bonaerense mencionada, en tanto dista de la ciudad de Carmen de Patagones a 300 km, encontrándose Viedma, muy cercana, es que asumo corresponde apartarse de lo en ella expresado, de acuerdo con los principios de gratuidad y acceso a la justicia que indudablemente es del resorte del suscripto garantizar.

Por otra parte, cierto es que tampoco se evidencia perjuicio ni afectación a su derecho de defensa para el Banco excepcionante el litigar en esta ciudad, siendo que además,

como se ha expuesto, ha constituido en ésta su domicilio especial cuando los actores consumidores han elegido litigar en el domicilio de las demandadas.

En consecuencia, considero que corresponde que este proceso continúe su trámite por ante esta Unidad Jurisdiccional.

VIII.- Falta de legitimación:

Atento a la forma en que se resuelve el planteo de incompetencia, corresponde adentrarme en el tratamiento de la falta de legitimación pasiva opuesta por el Banco Hipotecario S.A.

En ese andarivel se impone recordar que la referida falta de legitimación se encuentra prevista en el art. 347 inc. 3 del C.P.C.C. entendiéndose que la legitimación para obrar en la causa, es decir, la legitimación procesal, determina quién puede actuar como parte actora en un proceso determinado (legitimación activa) y frente a quién, como demandado (legitimación pasiva). En suma, la legitimación procesal denota la posición subjetiva de las partes frente al debate judicial, desde el momento en que no es suficiente alegar un derecho, sino además, afirmar su pertenencia a quién lo hace valer y contra quién se deduce, de modo tal que la causa trámite entre los sujetos que, en relación con la sentencia, puedan ser útilmente los destinatarios de los efectos del proceso, y por consiguiente de tutela jurisdiccional.

En conclusión, hay falta de legitimación para obrar cuando el actor o el demandado no son las personas habilitadas por la ley para asumir tales cualidades, con referencia a la concreta materia sobre la cual versa el proceso (Fenochietto, Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado, 2ª edición actualizada, Editorial Astrea, Tº 2, P. 382/386).

En cuanto al momento procesal oportuno para su tratamiento, el código de rito autoriza lo sea como de previo y especial pronunciamiento cuando la falta de legitimación para obrar aparece como manifiesta. Así lo exige el texto legal (art. 347 inc. 3 del C.P.C.C.), entendiéndose que el defecto debe surgir palmariamente de la simple lectura de los hechos de la demanda, contestación o reconvenición, así como de la documentación adjunta.

Aplicadas esas definiciones al caso corresponde señalar que se verifican circunstancias que hacen imposible su resolución como de previo y especial pronunciamiento por cuanto existen hechos controvertidos en esta instancia respecto del proceso que deben ser objeto de comprobación para ser éstas resueltas.

En consecuencia, estimo prudente diferir su tratamiento y resolución para el momento

de dictar sentencia definitiva conforme lo previsto en los arts. 346 y 347 inc. 3 del CPCC., y continuar analizando el acierto de la restante excepción deducida como de previo y especial pronunciamiento.

IX.- Excepción de prescripción de la acción deducida por Lo Bruno Estructuras S.A.:

Es sabido es que a su turno la excepción de prescripción es oponible como de previo y especial pronunciamiento en tanto pueda ser resuelta como de puro derecho (cfr. art. 346, párrafo 7°, del CPCC), hipótesis que no se configura cuando se encuentra controvertido -entre otros aspectos- el momento de inicio del cómputo de dicho plazo de prescripción. Dicha cuestión deberá ser analizada al dictar la definitiva y luego de producir las pruebas que las partes consideren pertinentes en la etapa respectiva.

Tal es el caso de autos, pues se encuentra discutido a partir de qué fecha se produjo el invocado daño a los actores y en particular, si el plazo de prescripción de la garantía prevista contractualmente debe computarse desde el acta administrativa, o no. En definitiva, la determinación de la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción depende del amplio debate y de la prueba que puedan ofrecer y producir las partes. En consecuencia, la resolución de la defensa de prescripción opuesta por la demandada no es una cuestión de puro derecho, por lo cual resulta pertinente también, diferir el tratamiento de la misma para el dictado de la definitiva.

Y refiero a ello tanto en Considerando VIII como IX sin tener en cuenta primeramente en este estado el obstáculo procesal del art. 486 inc. 1 que refiere a la inadmisibilidad de excepciones de previo y especial pronunciamiento en los procesos sumarísimos, en virtud de lo que se resuelve en el próximo Considerando.-

X.- Ordinización del proceso:

Que reseñado lo que antecede me expediré en torno a la procedencia de la ordinización del proceso peticionada por el Banco Hipotecario SA.

En ese sendero, se impone mencionar de la lectura del art. 53 de la Ley 24240, y dicho por numerosa jurisprudencia, en las causas que se inician bajo el amparo de la ley del consumidor, el proceso aplicable será el más abreviado de la jurisdicción de que se trate, invirtiéndose así la regla establecida por el Art. 319 del código ritual.

Sin embargo, también es cierto que el juez, como director del proceso, es el que analiza la complejidad del caso planteado, dotando al proceso de un trámite u otro según la complejidad planteada.

Así en el marco del art. 319 del CPCC, el Juez podrá fundar la ordinización del proceso iniciado para ejercer / defender derechos establecidos en la ley del consumidor;

en la amplitud y diversidad de los medios probatorios ofrecidos, los que dado su volumen -como en el caso- requerirán un periodo probatorio más amplio que el escueto previsto para los juicios sumarísimos por el rito, y también y principalmente por cuanto el juez al analizar la pretensión y advertir su complejidad en base a la cantidad de rubros reclamados puede dotar al proceso de mayor amplitud cognoscitiva, la que estará mayormente garantizada en el marco del proceso ordinario.

Es que como " ..la doctrina siempre ha entendido que el juez puede determinar la clase de proceso aplicable, en tanto en caso de duda, el régimen legal vigente, admite el poder-deber del magistrado de establecer la clase de proceso por el que tramitará la contienda, atendiendo a las circunstancias del caso y a las modalidades de las pretensiones? (Ref.: CNCiv., Sala M, 11-8-2010, ?Gargiulo, Nancy Patricia c/ Villareal, Davis Ifraín s/ Desalojo ? ED Textos en Arazi Rojas, pag. 334, tomo II).

Que en el caso, los accionantes reclaman daños y perjuicios por el incumplimiento contractual que alegan, considerando además que se han violado principios rectores de la contratación consumeril. Para probar los rubros reclamados en tanto se trata de varios demandantes ofrece cuantiosa prueba documental con el escrito inaugural.

Ciertamente, entiendo, que a la luz del caso particular, y ello sin perjuicio del respeto que merece la consagrada Ley 24240, el proceso sumarísimo en el caso de marras no resulta el trámite que mejor garantiza los derechos de las partes, ya que un proceso más amplio permitirá que ambas puedan ejercer su derecho de defensa plenamente y además concretar la búsqueda de la verdad real a la que se debe tender siempre, sin que la rapidez por la rapidez misma pueda cumplimentar en casos como el presente la única garantía de la defensa en juicio y acceso a la justicia.

Por ello entiendo que resulta prudente que el presente juicio trámite por un proceso de conocimiento más adecuado a la realidad y complejidad de la pretensión (considerado la complejidad y la prueba ofrecida), esto es el juicio ordinario; y entiendo suficiente las razones brindadas para que rija en autos la excepción del Art. 53 aludido, más aún cuando dicha norma prevé expresamente la regla del proceso más abreviado "(...) a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado", lo cual ocurre en el caso.

XI.- Citación de terceros:

Que finalmente me expediré acerca del pedido de citación del Estado Nacional requerida por el Banco Hipotecario S.A. y de las empresa aseguradoras contratada,

Aseguradores de Cauciones S.A., Compañía de Seguros.

XI.1.- Citación del Estado Nacional: En cuanto a la primera pretensión reseñada, entiendo que se impone su rechazo. Ello así, por cuanto en primer lugar, la solicitud de intervención de terceros debe resolverse con criterio restrictivo y cuando la pide el demandado, constituye una medida excepcional, desde que se obliga al actor a litigar contra quien no ha elegido como contrario.

Por otra parte, y analizado el artículo 4.6.1 del contrato de fideicomiso que cita la propia entidad excepcionante al referirse al deber de indemnidad que tiene el fiduciante respecto del fiduciario, por cuanto esta misma norma exceptúa ese deber precisamente cuando lo que se reclama es causado por dolo o culpa del fiduciario.

Y aunque nos encontramos en esta instancia en la etapa germinal del proceso, se advierte con meridiana claridad que el reclamo plantea un incumplimiento contractual encuadrado en dicha excepción, por parte de los aquí demandados.

Por último, analizando el motivo por el cual el demandado pretende citar aquí al fiduciante, es decir, evitar, ante una eventual repetición, que el fiduciante oponga una excepción de deficiente defensa, advierto que el mismo no tiene mayor asidero, toda vez que conforme la cláusula 4.6.2 del citado contrato, obliga al fiduciario frente a cualquier reclamo a notificar de inmediato al Comité Ejecutivo describiendo los detalles de dicho reclamo o acción para ejercer la defensa con los Asesores Legales que ambas partes decidan. Dicho de otro modo, si el fiduciario cumple con esta obligación que también compromete al fiduciante ya que juntos deben asumir la defensa legal, en modo alguno éste último podría alegar ante una eventual repetición la reseñada defensa.

XI.2.- Citación de Aseguradores de Cauciones S.A., Compañía de Seguros. En el caso de la Aseguradora si entiendo que corresponde su citación con causa en la ?garantía de contrato? en este estado del trámite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley de Seguros y en la medida de su cobertura, sin perjuicio de los planteos que la citada pueda efectuar al momento de su participación en autos.

Cítese en garantía (art. 118 Ley de Seguros) a Aseguradores de Cauciones S.A., Compañía de Seguros por el término de 25 días, a quien se emplaza para que la conteste, bajo el apercibimiento previsto en los arts. 356 y cc. del CPCC, oponga excepciones y acompañe la prueba documental de que intente valerse. Notifíquese por cédula con entrega de las copias de ley (arts. 135 inc. 1º). Martes y viernes para notificaciones por Secretaría (art. 133 del código citado).-

Por todo ello;

RESUELVO:

I.- Rechazar las excepciones de incompetencia deducidas en razón de la materia, de la persona y del territorio por las demandadas Banco Hipotecario S.A.

II.- Diferir la resolución de las excepciones de falta de legitimación pasiva interpuesta por el Banco Hipotecario S.A. para la ocasión de dictarse la sentencia definitiva.

III.- Diferir la resolución de la excepción de prescripción formulada por la empresa Lo Bruno Estructuras S.A. para el tiempo de recaer resolución definitiva.

IV.- Hacer lugar a la ordinarización del proceso peticionada por el Banco Hipotecario S.A., el que a partir de la presente tramitará por ese cauce procesal y recaratular las presentes actuaciones.

V.- No hacer lugar a la citación del Estado Nacional en los términos pretendidos por la razones supra expuestas.

VI.- Hacer lugar a la citación de Aseguradores de Caucciones S.A., Compañía de Seguros por la ?garantía de contrato?, en este estado del trámite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley de Seguros y en la medida de su cobertura, sin perjuicio de los planteos que la citada pueda efectuar al momento de su participación en autos.. En consecuencia citar en garantía (art. 118 Ley de Seguros) a Aseguradoras de Fianzas y Créditos S.A. Compañía de Seguros por el término de 25 días, a quien se emplaza para que la conteste, bajo el apercibimiento previsto en los arts. 356 y cc. del CPCC, oponga excepciones y acompañe la prueba documental de que intente valerse. Notifíquese por cédula con entrega de las copias de ley (arts. 135 inc. 1°). Martes y viernes para notificaciones por Secretaría (art. 133 del código citado).-

VII.- Atento el modo como se resuelven las incidencias planteadas, corresponde imponer las costas en el orden causado. (art. 68° párrafo 2 y 72 del CPCC).

VIII.- Diferir la regulación de honorarios para cuando haya pautas para ello.

IX.- Regístrese, protocolícese y notifíquese.-

Leandro Javier Oyola

Juez