

En Mendoza, a los dos días del mes de setiembre del dos mil once siendo las doce horas, reunidos en la Sala de Acuerdos de esta Excma. Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, los señores Jueces titulares, trajeron a deliberación para resolver en definitiva estos autos Nº 216.279/33.442 caratulados "González, María Luisa c/R., R. B. p/ D. Y P.", originarios del Vigésimo Juzgado Civil, venidos a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 671 por la parte demandada, en contra de la sentencia recaída a fs. 652/658 de los presentes obrados.

Practicado a fs. 692 el sorteo establecido por el Art. 140 del Código Procesal Civil, se determinó el siguiente orden de votación: Dres. Sar Sar, Leiva y Furlotti.

De conformidad con lo dispuesto por el Art. 160 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, se plantean las siguientes cuestiones a resolver:

Primera cuestión:

¿Debe modificarse la sentencia en recurso?

Segunda cuestión:

¿Costas?

Sobre la primera cuestión propuesta la Sra. Juez de Cámara, Dra. Mirta Sar Sar, dijo:

I. Llega en apelación la sentencia que glosa a fs. 652/658, por la cual la señora Juez "a quo" hizo lugar parcialmente a la acción entablada por María Luisa González, condenando a la demandada a pagar a la actora la suma de \$11.000, con más intereses y costas.

A fs. 680 la demandada funda el recurso de apelación, limitando los agravios respecto a la suma concedida en concepto de Daño Moral, solicitando se revoque la sentencia en este aspecto.

A fs. 684 la parte actora contesta el traslado conferido y solicita el rechazo de la queja, quedando la causa a fs. 688 con autos para sentencia.

II. PLATAFORMA FACTICA.

A fs. 2 comparece María Luisa GONZALEZ por apoderado y promueve demanda por daños y perjuicios en contra de la Escribana R. B. R., por la suma de \$11.000, o lo que en más o menos determine el Tribunal, con más intereses y costas.

Refiere, que la Escribana demandada autorizó la escritura de cesión de derechos y acciones N° 119 del 22/08/03 de su protocolo, de la Cooperativa de Viv., y Urb. "El Triángulo" Ltda. a favor de su parte, sobre un inmueble sito en calle Pedro Vargas N° 532, Guaymallén, unidad del sector "A" del 2do Piso, Departamento 5, Torre 11, siendo que aquella se encontraba adjudicada a otra persona, Sra. Verónica Coria, desde antes de dicha cesión, de lo cual tenían conocimiento la Cooperativa y la Presidente firmante.

Relata, que con fecha 27/06/2003 en la sede de la escribanía R., su representada firma un convenio de pago con la Cooperativa El Triángulo Ltda., según el cual su instituyente abonaría \$10.000 en un plan de pago y a cambio la Cooperativa se comprometía a adjudicarle una unidad determinada en el inmueble referido, llegando así a abonar \$8.500, por lo que la actora antes de realizar nuevos desembolsos petitionó se formalizara una escritura, aconsejando entonces R. celebrar una de cesión de derechos y acciones, lo que dio lugar a la escritura N° 119 del 22/08/2003 mediante la cual la Cooperativa le cedía y transfería sin reserva ninguna, todos los derechos y acciones que tenía y le correspondían sobre la precitada propiedad.

Que el accionar de la demandada encuadra en la mala praxis profesional, al admitir que el convenio de cesión solo fuera firmado por la presidente de la Cooperativa, debiendo ser firmados por el presidente, el secretario y el tesorero y precedida la cesión por una decisión asamblearia que los autorice, conforme

los Arts.46; 54; 59; y 64 de los estatutos sociales; no efectuó el estudio de títulos, ya que la notaria no podía desconocer que la Cooperativa no tenía capacidad para ceder la unidad y esto desde que el 15/08/2001 se celebró Fideicomiso de Garantía y Transmisión de Propiedad Fiduciaria a favor del I.P.V. sobre el inmueble en su conjunto, debidamente inscripto en la matrícula N° 70.820/4 de Folio Real.

Reclama el monto de \$8.500 en concepto de daño material correspondiente al reintegro de lo abonado en diversas fechas a la Cooperativa, con más los intereses apuntados desde que cada suma fue desembolsada hasta su efectivo pago; y el monto de \$2.500 como daño moral. Plantea la inconstitucionalidad o inaplicabilidad al presente caso de la Ley N° 7198.

A fs. 132 y sgtes. contesta R. B. R. por su propio derecho. Afirma, que a la actora se le ofreció una carpeta y no una vivienda, firmándose un convenio y luego una cesión de derechos para lo cual, mediante acta N° 26 del 11/6/2003, el Consejo de Administración autorizó a la Presidenta de la Cooperativa a concretar el llenado de las vacantes producidas por las bajas de asociados, facultado a ésta última por Acta N° 119 del 15/5/2003 a suscribir toda la documentación que fuere necesaria, como asimismo a efectuar todo trámite que fuere menester a estos efectos, por lo que concluye no resultaba necesaria la firma conjunta del Presidente, Tesorero y Secretario, tanto para la firma del convenio como la cesión. Insiste, que la falta de adjudicación de la vivienda obedeció al hecho de que GONZALEZ incumplió las obligaciones emergentes del contrato, omitiendo el pago de varias cuotas, no siendo imputable a la notaria interviniente las relaciones contractuales entre la Cooperativa y la actora después de la cesión de derechos.

Entiende, que no es cierto que GONZALEZ haya sido víctima de una estafa de la Cooperativa, en primer lugar toda vez que si dejó de pagar pudo reclamar los pagos realizados, cosa que al parecer no hizo, y en segundo lugar atento que el hecho de haber firmado la Cooperativa el Fideicomiso con el I.P.V. en fecha 15/08/2001, no impedía celebrar la cesión de derechos, dado que se transfiere la propiedad fiduciaria como garantía de la finalización del emprendimiento y

devolución del préstamo, y prueba de ello es que la Resol. 1170/03 del I.P.V. declara resuelto el contrato de fideicomiso solo respecto de la obra y no de su parte social, debiéndose observar que por Res. 495/99 del I.P.V. se establece para la adjudicación que los cambios que se produzcan en la nómina de preadjudicatarios durante la ejecución del proyecto deberán ser presentados por la ENTIDAD, agregando la Resol. 1017/03 del I.P.V. que los cambios de titularidad serán realizados conforme la Res. 495/99.

Que al momento de realizar la cesión de derechos, verificó que el socio al cual le correspondía la unidad de la actora y que había sido dado de baja era el Sr. Carlos Francisco BERENGUER, informando el I.P.V. que dicha unidad pertenece al preadjudicatario Domingo SALAMONE, en razón de haber cambiado este último las nomenclaturas de los Departamentos para luego rectificarlos, según surge de la Resol. 160/06.

Rechaza los montos reclamados.

Admitida y sustanciada la prueba ofrecida, a fs. 652/658 se dicta sentencia.

III.LA SENTENCIA RECURRIDA.

Encuadra el caso en la órbita de la responsabilidad contractual y sostiene que el escribano asume una obligación de resultado; en razón de que se compromete a otorgar un instrumento válido en cuanto a la observancia de las formalidades legales exigidas, idóneo para el logro de la o las finalidades perseguidas por su o sus otorgantes, como así también adecuado en su caso para su inscripción en el registro que corresponda, a los efectos de que el negocio en cuestión pueda adquirir oponibilidad erga omnes; que en nuestra provincia tal obligación se encuentra impuesta por la Ley N° 3058 Arts. 2 y 10.

Analiza la prueba aportada, para concluir que la Presidenta de la Cooperativa Guillerma Esther Malla, sin contar con la firma conjunta del Secretario y Tesorero prevista en el Art. 59 y 64 del Estatuto Social (ver fs. 116), no se encontraba legitimada ni para suscribir el convenio de fs. 6/7, en donde no se

especifica la unidad sino tan sólo el Sector A, PRIMER PISO, TORRE 11, ni la cesión de fs. 8/9, dado que la unidad del asociado BERENGUER, no se hallaba comprendida dentro de las que se dieron de baja a tenor del acta N° 119, respecto de las cuales, aquella sí estaba autorizada a suscribir la documentación, debiendo "a posteriori" solicitar la aprobación societaria (ver acta N° 26). Que tampoco estaba autorizada por el Acta N° 30, donde se la autorizó respecto a las carpetas de la TORRE 2, Dpto. 6, sector B°, 2do piso, y TORRE 3, Sector A, Dpto. 5, dado que ninguna de ellas fue objeto de las transacciones.

Sostiene, que en el Acta N° 119 del 15/05/2003, no figuraba dado de baja el asociado Carlos Francisco BERENGUER, a quién le correspondería la unidad cedida a la actora, según los dichos de la accionada, por lo que mal pudo la Presidenta de la Cooperativa, sin la firma conjunta del Secretario y Tesorero, tal como prescribe el Art.64 del Estatuto Social, ceder derechos y acciones alguno sobre bienes de la Cooperativa.

Afirma, que en nada empece dicha conclusión, la notificación acompañada por ROJAS, por la cual se hace saber a BERENGUER que se ha producido la baja de la entidad por falta de pago, según Acta N° 119 de fecha 17/5/2003 (ver fs. 48), dado que como se expresara, éste no constaba entre los asociados dados de baja, pero aún cuando así fuere, tampoco se ha probado que aquel fuere titular de la unidad del sector "A", del 2do Piso, Departamento 5, Torre 11, sino que al contrario, de la Resolución N° 1593 del I.P.V., por medio de la cuál el Instituto aceptó ciertas bajas y altas de beneficiarios como la adjudicación de 79 beneficiarios (ver fs. 261/ 277 del expte. venido "ad effectum videndi" N° 94239/04 "Fiscal c/MALLA p/Av. Estafa Genérica"), surge que BERENGUER era preadjudicatario de una unidad en Torre 10, Lado Sur, Planta Baja, Departamento 1, en tanto SALAMONE lo era de una Unidad en Torre 11, Lado Sur, Segundo Piso, Departamento 5 (ver fs. 275 y 276 del expte. citado).

Agrega, que si R. aseveró que el I.P.V. informó que la unidad en cuestión pertenecía al preadjudicatario Domingo SALAMONE en razón de haber cambiado las nomenclaturas de los Departamentos de éste con el de

BERENGUER, error que según sus dichos, habría sido rectificado por la Resolución N° 160/06, tenía la carga de acreditar tales extremos, debiendo soportar las consecuencias desfavorables de su omisión.

Analiza por último, si la Cooperativa tenía capacidad para comprometerse a adjudicar una unidad del Sector A del PRIMER PISO, TORRE 11 (ver fs. 11) como ceder todos los derechos y acciones que tenía y le correspondía respecto a una unidad del Sector A, SEGUNDO PISO, Departamento 5, TORRE 11 (ver fs.8/9).

Refiere, que el 15/08/2001 la Cooperativa y el Instituto Provincial de la Vivienda celebraron un contrato de fideicomiso y de financiación de obra, revistiendo la primera el carácter de FIDUCIANTE y el segundo de FIDUCIARIO. Que en virtud de dicho contrato, el FIDUCIANTE cede y transfiere al FIDUCIARIO los siguientes bienes: 18.1 INMUEBLE AFECTADO AL EMPRENDIMIENTO...Un inmueble ubicado sobre calle José Manuel Estrada 523, ubicado en el Distrito VILLA NUEVA, Departamento GUAYMALLEN de la Provincia de Mendoza...". Se estipula además en el citado instrumento que el INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA (FIDUCIARIO), transferirá los bienes fideicomitados en beneficio de los beneficiarios; es decir, del beneficiario primero (I.P.V.) hasta la concurrencia del monto del crédito y del beneficiario segundo (postulantes a la vivienda, priorizadas por el municipio y aceptados por el Instituto Provincial de la Vivienda); (ver fs. 95/105).

Que en virtud de dicho contrato, la Cooperativa no se encontraba facultada a celebrar la cesión de derechos de las unidades habitacionales. Que la Cooperativa carecía de facultades para adjudicar una unidad de vivienda tal como se comprometió en el Convenio suscripto con la accionante (ver fs. 6/7), encontrándose solamente autorizada al cambio de preadjudicatario, el que además debía someter a consideración del Municipio y del I.P.V. -Area de Adjudicaciones Nuevas Operatotiras- quienes debían consensuar y avalar el mismo, dictando ésta última, la Resolución correspondiente de aceptación de preadjudicación en forma previa a la adjudicación definitiva (ver Resolución N° 1017/2.003)

Concluye, que la accionada R.debió verificar, no sólo si la Presidenta de la Cooperativa se hallaba legitimada por sí sola, sin más recaudos, para realizar el acto que ella autorizó, sino además meritar si la Cooperativa podía ceder los derechos y acciones sobre la unidad en cuestión, incumplimiento que impidió su obligación de resultado de otorgar un instrumento válido en cuanto a las formalidades legales que el mismo debe observar, lo que torna viable la acción de responsabilidad.

Analiza los rubros y montos reclamados, y condena a la accionada al pago de la suma de \$8.500 en concepto de Daño Material y \$2.500 por Daño Moral.

IV. LA EXPRESION DE AGRAVIOS y SU CONTESTACION.

A fs. 680 expresa agravios la demandada, los que se circunscriben a la suma otorgada en concepto de daño moral.

Indica, que el solo obrar antijurídico no justifica la condena por el daño moral, el que debe ser acreditado por quien lo reclama.

Sostiene, que cualquier inquietud o perturbación no justifica el acogimiento de este rubro, dado que se requiere la efectiva prueba del mismo,.Que en el caso, al no haber lesión física, tal daño no se presume, y ante la ausencia de prueba el rubro debe ser desestimado.

A fs. 684 la actora contesta. Insiste, que convive con un grupo familiar de tres generaciones, lo que demuestra su necesidad de contar con una vivienda y la frustración provocada por la pérdida de tal oportunidad, a lo que se agrega la imposibilidad de acceder a otro inmueble dado el elevado costo de los mismos. Que han transcurrido 8 años sin que su parte tenga una solución a su problema, lo que justifica la reparación por el daño moral, por lo que petitiona la confirmación de la sentencia.

V. LA NORMATIVA APLICABLE.Sabido es, que la indemnización del daño

moral, no configura una sanción al ofensor sino la satisfacción de legítimos intereses de contenido extrapatrimonial que hacen a derechos inherentes a la persona.

Es, al decir de Mosset Iturraspe, una modificación disvaliosa del espíritu, que no se corresponde exclusivamente con el dolor, sino que puede tener otras conmociones espirituales.

Este daño es autónomo, y aparece como independiente del daño patrimonial; de allí que tal como se resolviera en las jornadas sobre Temas de Responsabilidad Civil, Rosario 1979 "La reparación del daño moral, no tiene porqué guardar relación con la cuantía del daño patrimonial, debiendo atender a ciertas pautas como las circunstancias particulares de afección, unidad y cohesión de la familia".

Lo relevante para el Magistrado, es que todo daño resarcible sea resarcido independientemente de su identidad o diversidad con otros; a su vez, que no haya doble indemnización por conceptos que son similares o, en cierto contexto se superponen (Highton, Helena, Accidentes de tránsito. Daño resarcible como lucro cesante y daño emergente en caso de lesiones a las personas desde la óptica de los jueces, Rev. de Derecho de Daños. Accidentes de tránsito II, 1998, pág. 71).

También se ha sostenido, que si bien el daño moral debe reunir el carácter de certeza, el criterio debe ser adaptado, pues no se trata de un daño que pueda ser probado en base a pautas objetivas, sino que debe analizarse en cada caso concreto como un hecho puede afectar el espíritu o los sentimientos de una persona.

Referido al acogimiento del daño en la órbita contractual, el Art.522 del Código Civil dispone que "en los casos de indemnización por responsabilidad contractual el Juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso."

Que si bien precedentemente existió una doctrina restringida acerca de la reparación de daño moral en material contractual, ésta ha quedado superada, admitiéndose tal reparación de conformidad a las circunstancias del caso; de allí que a esta altura de las circunstancias, no es ninguna novedad que la indemnización por daño moral no se reduce al precio del dolor o a la pérdida de afecciones, sino que se apunta a toda modificación disvaliosa del espíritu, sea en la capacidad de sentir, de querer, y de entender y que, a partir del carácter resarcitorio de tal rubro, éste desempeña la función de satisfacer perjuicios que no sean mensurables con exactitud, teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima y la gravedad objetiva del perjuicio, como así también el resto de las circunstancias del caso. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 1997/02/27, "Giménez, Pablo M. y otros c. Schuartz, Eduardo", LA LEY, 1997-C, 262 - DJ, 1997-2-656); por lo demás, el principio de individualización del daño requiere que la valoración de la indemnización del daño moral compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza objetiva -la índole del hecho lesivo y de sus repercusiones-, como las personales o subjetivas de la propia víctima. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 2000/03/07, "De Agostino, Nélide I. y otros c. Transportes 9 de Julio", LA LEY, 2000-D, 882 - DJ, 2001-2-72).

En sentido coincidente, el segundo Congreso Internacional del Derecho de Daños, amplió el espectro indemnizatorio del daño moral más allá de la afectación psíquica, sosteniendo que la persona debe ser protegida en todas sus manifestaciones, aspectos o virtualidades, debiéndosela preservar de daños, sean éstos patrimoniales o no.

En cuanto a su cuantificación, cabe también recordar, que la ley ha sujetado su resarcimiento a la discrecionalidad judicial (Art. 90 inc. VII C.P.C.), debiendo los jueces determinarlo con suma prudencia, dentro del mayor grado de equidad, de modo tal que la compensación no constituya un motivo de enriquecimiento sin causa, ni tampoco una mera expresión simbólica inadecuada a la entidad del agravio padecido, pudiendo, a tales efectos, ponderar los valores corrientes de los bienes que se podrían adquirir, pues una forma de resarcir el daño en trato, es el de los placeres compensatorios.

En el caso traído a resolución, el obrar de la accionada, trajo como consecuencia la frustración en la actora en el acceso a una vivienda familiar. Que al verse privada de las sumas que oportunamente pagara a la Cooperativa, es indudable que se le dificultó u obstaculizó el acceso a otro tipo de operatoria, determinando que la actora junto a su esposo viva con sus suegros en una casa de propiedad de éstos, conforme surge del acta de encuesta ambiental que aparece transcrita a fs. 223.

Todos estos, son sin duda daños al espíritu, más aún cuando se trata de una vivienda familiar, donde cualquier familia realiza ingentes esfuerzos para obtenerla y donde deposita no solo sus sueños sino también su proyecto de vida.

Las razones expuestas me persuaden de que el daño moral resulta resarcible y que el monto fijado de \$2.500 resulta ajustado al perjuicio sufrido, por lo que cabe el rechazo de la apelación y la confirmación de la sentencia en este aspecto. ASI VOTO.

Sobre la misma y primera cuestión propuesta el Sr. Juez de Cámara, Dr. Claudio F. Leiva y la Sra. Juez de Cámara, Dra. Silvina Furlotti, dijeron:

Que por lo expuesto precedentemente por el miembro preopinante, adhieren al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión propuesta, la Sra. Juez de Cámara, Dra. Mirta Sar Sar, dijo:

Atento como se resuelve la primera cuestión, las costas de Alzada deben ser soportadas por la apelante que resulta vencida en esta instancia impugnativa (Arts. 35 y 36 del C.P.C.). ASI VOTO.

Sobre la misma y segunda cuestión propuesta el Sr. Juez de Cámara, Dr. Claudio F. Leiva y la Sra. Juez de Cámara, Dra. Silvina Furlotti, dijeron:

Que por las mismas razones adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia definitiva, la que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Mendoza, 2 de setiembre del 2011.

Y VISTOS:

Por las razones expuestas, el Tribunal

RESUELVE:

- 1) Rechazar el recurso de apelación deducido por la accionada fs. 671 contra la sentencia de fs. 652//658, la que se confirma en todos sus términos.
- 2) Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (Arts. 35 y 36 del C.P.C.).
- 3) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta vía impugnativa de la siguiente forma: Dres. Daniel A. Herrera, Hugo A. Martino y Francisco David Kozusnik en las sumas de PESOS . (\$.), . (\$.) y . (\$.), respectivamente (Arts. 3, 15 y 31 de la Ley Arancelaria).

Cópiese, regístrese, notifíquese y bajen.

Dra. Mirta Sar Sar. Juez de Cámara.

Dr. Claudio F. Leiva. Juez de Cámara.

Dra. Silvina Furlotti. Juez de Cámara.

Dra. Andrea Llanos. Secretaria.