Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M

De la Vega, Juan Carlos y otro c. Torre La Plata S.A. y otros • 09/03/2011

**2ª Instancia**. — Buenos Aires, marzo 9 de 2011.

La doctora Diaz de Vivar dijo:

I.- La sentencia de primera instancia, dictada por el Dr. Juan Pablo Rodríguez, rechazó la demanda por daños y perjuicios, interpuesta por Juan Carlos De la Vega y María Elena Martínez Pendert contra Torre La Plata S.A., Tizado Propiedades S.A., Carlos Ferreira de Melo y Banco Hipotecario S.A (fs. 320/330).

Los actores, expresaron que el 15 de marzo de 1997 inducidos por un anuncio publicitario aparecido en el Diario La Nación, concurrieron al edificio, en ese momento en construcción, sito en Muñiz 355/69/79 esquina Venezuela de esta Ciudad, denominado "Jardines de Caballito" con el fin de adquirir un inmueble de cuatro ambientes, promocionado por un precio de u$s 99.185 y con una superficie propia de 108m² para el ejemplo anunciado del inmueble del piso 1° dto. "B", que es precisamente el que terminaron comprando.

Con fecha 18 de abril de 1997 suscribieron el pertinente boleto de compraventa respecto de la unidad funcional de 4 ambientes ubicada en el piso 1° letra "B" y además la 1/73ava parte de la unidad funcional Nº 1 (cochera), ubicada en el subsuelo del mismo edificio. La U.F. del 1er. piso fue comprada en u$s 99.185 y la parte indicada de la U.F. Nº 1 en u$ a 9.800, comprometiendo el pago total por ambas unidades en la suma de u$s 108.985.

El 19 de noviembre de 1998, estando ya construido el departamento y el espacio guardacoches, suscribieron la escritura traslativa de dominio, abonando el saldo a través de un mutuo hipotecario otorgado por el Banco Hipotecario SA. De la misma, surgía que la superficie real de la UF. de 4 ambientes designada finalmente con el Nº 4 -letra "B" del primer piso- era de 76,25 m², es decir 31,75 m² menos que los señalados en la publicidad referenciada.

En el escrito de demanda que fue presentado el 28 de diciembre de 2001, reclamaron la suma de u$s 39.158 por los perjuicios que les ocasionó la diferencia de metraje que existía entre el publicitado y el que efectivamente presentó el inmueble, en el entendimiento de que infringiendo lo dispuesto por la ley 24.240, las pautas dispuestas en el anuncio importaban una oferta que no fue respetada por los demandados (fs. 70/72).

A fs. 321, se desistió de la acción contra el Banco Hipotecario.

El codemandado Tizado Propiedades contestó demanda solicitando su rechazo y oponiendo defensa de falta de legitimación pasiva. Manifestó que no había tenido participación en ninguna de las instancias del proceso de la venta, ejecución de la obra, publicidad, o comercialización del inmueble, y que tampoco se encontraba entre los legitimados pasivos comprendidos en el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor. Negó que los actores desconocieran las dimensiones del departamento adquirido con anterioridad a la suscripción del boleto de compraventa y escritura traslativa de dominio y afirmó que conforme surgía de la cláusula séptima del boleto de compraventa, las partes contratantes habían suscripto en esa oportunidad un plano del inmueble en donde constaban las medidas proyectadas, sin perjuicio de que la venta se realizó "ad corpus" y que las medidas definitivas resultarían del plano de subdivisión de propiedad horizontal. Agregó que en la escritura de venta constan las reales dimensiones del inmueble, las que conocidas por los actores con anterioridad fueron aceptadas de plena conformidad al suscribir el documento (fs. 103/104).

Posteriormente se ordenó el desglose de la contestación de Ferreira de Melo por extemporánea, y se decretó la rebeldía de Torre La Plata SA (fs. 150 y 168 respectivamente).

La sentencia de grado anterior admitió la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Tizado Propiedades y rechazó la demanda toda vez que al firmar el boleto de compraventa y la escritura traslativa de dominio -conteniendo ambas información sobre la superficie del departamento o la posibilidad de cambio de las mismas-, los actores habían aceptado las nuevas condiciones de venta (fs. 320/330).

Los actores apelaron a fs. 334 y expresaron agravios a fs. 354/366. Cuestionaron la valoración de la prueba y la falta de consideración a la confesión ficta de Torre La Plata y Ferreira De Melo, la admisión de la oposición de falta de legitimación pasiva por parte de Tizado Propiedades y la interpretación de la Ley de Defensa del Consumidor.

II- Previo a tratar los agravios y analizar las pruebas aportadas a la causa, es dable señalar que en reiteradas oportunidades se ha sostenido que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes, ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquellos elementos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. C.S. ED 18-780; Sup. Corte de Buenos Aires, ED 105-173; C.N.Civ., Sala F, "Pino Nicolás c/ Salaber Marcelo", del 18-10-99; esta Sala, "Novo Mirta c/ Empresa de Cargas Aéreas s/ daños y perjuicios", de fecha 30-03-05, y otros).

Por otra parte, también recuerdo que "la ponderación del juicio del juzgador acerca de los hechos y de la apreciación de la prueba rendida por las partes, debe medirse tomando el proceso en su desarrollo total y con respecto a la lógica y razonabilidad de las conclusiones que sienta en su mérito. La prueba debe ser así valorada en su totalidad, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el Código Procesal, puesto que el proceso debe ser tomado en su desarrollo integral y ponderado en múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí; resultando censurable la descomposición de los elementos, disgregándolos para considerarlos aislada y separadamente" (conf. Morello A., "Códigos Procesales...", T. V-A, pág. 251, Editorial Abeledo Perrot 1991). Los medios de prueba no constituyen, en consecuencia, compartimentos estancos: unos y otros son elementos de un todo, y es el conjunto el que da la prueba sintética y definitiva que permite reconstruir los hechos (conf. Gorphé F., "La apreciación judicial de las pruebas", pág.463 y siguientes, Fedye, Bs.As.).

Esta manera de apreciar el material probatorio en su conjunto mediante la concordancia o discordancia entre ellos es la única manera de crear la certeza moral necesaria para dictar el pronunciamiento judicial definitivo. Es que no es la certeza absoluta lo que ha de buscar el juzgador al ponderar la prueba, sino la certeza moral de características harto distintas. Esta última se refiere al estado de ánimo en virtud del cual el sujeto aprecia, ya que no la seguridad absoluta, sí el grado de probabilidad acerca de la verdad de la proposición de que se trata, de tal suerte que superada la mera opinión pueda el juez fundar su pronunciamiento. Muchas veces, dicha certeza moral no se obtiene con una evaluación aislada de los diversos elementos de prueba sino en su totalidad, que es bien diferente. Probanzas que individualmente estudiadas pueden ser objeto de reparo, ser débiles o imprecisas, en numerosos casos se complementan entre sí de tal modo que, unidas, llevan al ánimo del juzgador la convicción de la verdad de los hechos (conf. distintos fallos dictados por esta sala y sus citas doctrinarias).

a) Los actores se agraviaron por entender que el señor Juez a-quo desvirtuó y contrarió normativas y preceptos legales al no reconocer verdad en sus dichos ante la falta de contestación de la demanda por parte de Torre La Plata y Ferreira de Melo.

Al respecto, cabe mencionar que la consideración fundada otorgada por el sentenciante de grado anterior a esta circunstancia resulta a mi criterio la única acertada, ya que desde todo punto de vista sería imprudente otorgar valor absoluto a la confesión ficta o emitir una decisión favorable sobre la petición de los actores sin siquiera corroborar sus dichos con los elementos probatorios aportados. Lo invocado por los actores en la especie en cuanto a la antigüedad de los fallos invocados, resulta aplicable en su contra, toda vez que da muestra acabada de lo pacífico de la doctrina al respecto.

Ésta señala que si bien la rebeldía declarada en juicio, genera una presunción iuris tantum de la verdad acerca de los hechos invocados en la demanda, ello no impide que el juez dicte sentencia según el mérito de la causa (art.60 del Código Procesal). Como la propia ley lo indica, para que esa presunción no opere es necesario que el resultado de la prueba producida desvirtúe esa presunción" (conf. CNCom., Sala A, 27-03-02, SAIJ, sum.0009615, citado en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...", de Highton - Areán, Editorial Hammurabi, 2004).

Por su parte, la confesión ficta no trasciende más allá de una situación formal, cuando se opone una verdad acreditada, ya que la prueba en contrario destruye su importancia y desmejora su fuerza probatoria. De ahí, que esta norma la relativiza en sus efectos frente a las circunstancias de la causa pues de lo contrario se haría prevalecer la ficción sobre la realidad y la decisión podría alejarse de la verdad objetiva (conf. Morello A., "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación - comentados y anotados", T. V-B, pág. 89, Editorial Abeledo Perrot, 1996; conf. esta Sala, voto de la mayoría en "Conte Marcella Elisa c/ Galucci María Cecilia s/ daños y perjuicios", expte. nº 415.598).

En el caso a estudio la presunción sobre la veracidad de lo expuesto por los actores no encuentra sustento en precisiones de hecho o derecho suficientes que puedan corroborarla. Lo mismo ocurre en cuanto a la confesión ficta respecto de Torre La Plata SA, en base al pliego de posiciones de fs. 319, donde la prueba mencionada carece de relevancia para desvirtuar lo que aquí se decide y nada aporta a los fines de la resolución de la litis. Por ello, propongo rechazar el agravio y confirmar la sentencia a este respecto.

b) La pretensión procesal para ser viable debe cumplir con los requisitos de admisibilidad (regidos por normas formales) y fundabilidad (debe juzgarse por normas de derecho material).

La pretensión es admisible cuando posibilita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a consideración del Tribunal y es en cambio fundada, cuando en razón de su contenido resulta apropiada para obtener una decisión favorable a quien la ha planteado.

1-Los requisitos extrínsecos (procesales y fiscales) conciernen al sujeto (el órgano debe ser competente. Los sujetos activo y pasivo deben tener aptitud de ser parte o sea titular de la relación procesal y su aptitud para realizar por sí o mandatario los actos procesales válidos), objeto (debe ser idóneo para satisfacer la pretensión dentro del tipo de proceso elegido y cumplir con los requisitos establecidos respecto de la cosa demandada y la petición en términos claros y precisos) y finalmente a la causa de la pretensión (ver Palacio: Derecho Procesal, T. I, pág. 404, nº 59).

2- Los requisitos intrínsecos se vinculan sólo a los sujetos y al objeto. Respecto de los sujetos, no son las aptitudes genéricas, sino la de quienes deban figurar en este proceso concreto,"partes legítimas" y la aptitud se caracteriza como legitimación para obrar, es decir la que determina la coincidencia entre las partes que efectivamente actúan en el proceso y las que la ley habilita especialmente respecto de la materia sobre la que versa el proceso (activa o pasiva).

La pretensión debe ser deducida por y frente a aquél que la ley habilita especialmente como "parte legítima". La pauta está dada por la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso.

La ausencia de ella torna admisible la defensa de "falta de acción" (sine actione agit), que debe ser analizada al momento de la sentencia, con carácter previo a los requisitos de fundabilidad. También aquí se vincula el interés procesal, es necesario el reclamo dirigido al juez, pues el órgano no se pronuncia en abstracto. El objeto: debe ser jurídicamente posible.

Resuelta la concurrencia de los requisitos de admisibilidad, el juez analiza los de fundabilidad.

Enseña Alsina, que es preciso distinguir entre las condiciones exigidas para el ejercicio de una acción, de las requeridas para obtener una sentencia favorable. La acción debe ser intentada por el titular del derecho contra la persona obligada, es decir partes en la relación jurídica sustancial. La "legitimatio ad causam" es la demostración de la existencia de la calidad invocada y corresponde a la actora demostrar su calidad de titular del derecho y la calidad de obligado del demandado. Si de la prueba no resulta la legitimación activa o pasiva, la sentencia rechazará la demanda porque la acción no corresponde contra el demandado. De ordinario la prueba de la pertenencia de la acción se confunde con la prueba de la pertenencia del derecho u obligación (conf. Palacio, L.: Derecho Procesal Civil, T. I, pág. 404, nº 59 y sgtes.; Alsina, Hugo: Tratado, t.I, pág. 388 y sgtes; S.C: J.A. 1962-V-173).

En el caso a estudio, Tizado Propiedades S.A. opuso excepción de falta de legitimación pasiva en nombre propio, manifestando que no había tenido "...participación en el proyecto, ni en la dirección, ni en la ejecución de la obra, ni en la publicidad del mismo, ni siquiera ha intervenido en la venta ni en la comercialización de la unidad...". Agregó posteriormente que "...de los hechos alegados por la actora y de la prueba documental…no surge elemento alguno que vincule, demuestre o justifique que Tizado Propiedades SA haya tenido intervención alguna en la operación..." (103/ 103vta.).

Sin embargo, en el aviso publicitario del diario La Nación de 15/03/97 agregado como prueba documental se observa en el margen derecho inferior la leyenda "Vende Tizado Emprendimientos" apareciendo el nombre de la marca con la tipografía característica que la distingue (fs. 78 vta.).

Por otra parte, en su audiencia testimonial, César Horacio Méndez Chavarría declaró ser empleado de la inmobiliaria "Emprendimientos Inmobiliarios S.R.L." a cargo de la promoción y venta de las unidades, y admitió haber utilizado la marca Tizado en el anuncio, ya que entre ellas existía un contrato de franquicia (fs. 190/191).

Importa en este punto aclarar que, contrariamente a lo afirmado por el demandado en la contestación de agravios, no surge de los elementos aportados que "Tizado Emprendimientos" fuera un nombre de fantasía perteneciente a "Emprendimientos Inmobiliarios SRL" sino que, como se menciona en el párrafo anterior, todo indica que existía entre esta última y "Tizado Propiedades" un contrato de franquicia para la explotación de la marca.

No es atendible la excusa sugerida como eximente en cuanto a que seguido de "Tizado" apareciera la designación "Emprendimientos" y no "Propiedades" ya que de igual manera, había existencia notoria de la marca y su uso para la identificación del servicio promocionado; hecho que, por su magnitud, no pudo ser desconocido por la empresa que pretende la desvinculación en este proceso.

En este punto, entonces, debe analizarse el tema de la responsabilidad del otorgante de la franquicia, frente al consumidor, por los hechos del franquiciado.

Frente a terceros cobra especial relevancia la consideración de la responsabilidad que pueda asumir el franquiciante, en supuestos de incumplimiento de servicio o falta en las condiciones de calidad de un producto. A lo que corresponde agregar todo otro supuesto, pues el público acude confiado por el prestigio de la marca y del nombre comercial, sin preocuparse en saber si el franquiciado es un empresario autónomo o no. Considero, pues, que cabe la extensión de la responsabilidad del franquiciado al franquiciante, en razón de que aquél desenvuelve su actividad bajo marca y emblema o insignias del franquiciante, con ajustes operativos y sistemas tecnológicos impuestos por éste. En virtud de todo esto, el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor resulta aplicable al caso (Farina, Juan M. "Defensa del Consumidor y del Usuario" 3ra. Edición ampliada, pág. 460, Astrea, 2004). Por lo tanto, de acuerdo con lo peticionado en los agravios mencionados en este considerando, propongo revocar la sentencia en este aspecto y rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Tizado Propiedades S.A., con costas.

c) Los recurrentes enunciaron en su expresión de agravios que el "thema decidendum" consistía en determinar si la publicidad integró la relación contractual, si lo publicitado fue sincero, y si correspondía indemnización por el hecho acaecido.

El capítulo III de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor -reformada por la ley 26.361- se denomina "Condiciones de la oferta y la venta" y comprende los artículos 7° a 10 bis.

Es evidente que el anuncio en cuestión cumplió acabadamente con los requisitos que configuran una oferta en los términos del art. 7 de la ley 24.240 y 1144 y 1148 del Código Civil, que la misma estaba sujeta a lo normado por los arts. 4° y 8° de la misma ley, y que fue aceptada por los actores (consentimiento).

Sin embargo, coincido con el criterio del señor Juez a-quo en el sentido de que desde la formulación de la primera oferta (ver documental de fs. 1, 280/282) y su aceptación, conforme la forma en que evolucionara el vínculo negocial habido entre las partes, dicha oferta sufrió modificaciones sustanciales que fueron expuestas en forma clara a la otra parte contratante en dos oportunidades y que además, fueron aceptadas.

La aceptación es una declaración de voluntad, emitida por el destinatario y dirigida al oferente, mediante la cual aquél comunica a éste su conformidad con los términos de la oferta. La aceptación transforma al "destinatario" en "aceptante" y a la "oferta" en "consentimiento" (Bueres- Highton, "Código Civil y Normas complementarias, Análisis Doctrinario y Jurisprudencial", T. 3 "B", pág. 574).

Si bien, en un primer momento la oferta quedó formulada conforme lo que surge de la documental obrante a fs. 1 debidamente reconocida por el diario La Nación a fs. 280/282, posteriormente, con fecha 18 de abril de 1997, los actores suscribieron el boleto de compraventa con Torre La Plata SA, en la que se les vendía una unidad funcional que se encontraba en construcción, aclarando que aclaraba que las medidas de la unidad eran provisorias y sujetas a modificación, y que se considerarían definitivas las que resultaran en el plano de subdivisión en propiedad horizontal que oportunamente se sometería a la aprobación de las autoridades competentes. También formaban parte del boleto el plano de la unidad (fs. 45/47, cláusulas 2°, 7° y 14°). Es dable destacar que el actor Vega fue empleado del Registro de Propiedad Automotor Nº 56 y actual de la Asociación de Concesionarios de Automóviles de la República Argentina y ella, empleada administrativa del Ministerio de Justicia de la Nación, con lo cual, su nivel de comprensión del negocio es inobjetable.

Es de destacar que los planos a que se hace referencia en la cláusula citada en último término, no fueron acompañados a esta causa, debido a que intimados los actores a esos fines, su apoderado contestó sin demasiada credibilidad que si bien recordaban haber suscripto al menos dos anexos (específicamente el III y el IV) de los mencionados en la cláusula 14, los mismos se rubricaron en dos juegos y no en tres, por lo cual si bien constaba en el boleto que habían suscripto tres juegos, solo recordaban dos ejemplares y no se habían llevado ninguna copia (fs. 200/201).

Es que si los actores suscribieron un boleto formando parte integrante de él cuatro anexos, entre ellos los planos de la unidad que incluso admiten haber firmado (ver fs. 200 in fine), no se entiende cómo admitieron llevarse el boleto sin ellos. Esta conducta resulta incompatible con la diligencia debida y a todo evento, sólo puede ser atribuida a una actitud poco cuidadosa de los compradores. Ese propio descuido, no puede configurar un error excusable y como lógica consecuencia, no correspondería atribuirle entidad para generar derecho alguno. En otras palabras, lo concreto es que en el escrito de fs. 200/201 los accionantes reconocieron, haber suscripto el plano de la unidad, donde es dable presumir figuraban las medidas reales del bien, que como ineludible derivación, ellos conocían o debieron conocer.

Ello importó la propuesta de un nuevo contrato en los términos del art. 1152 del Código Civil, hasta quedar la venta definitivamente sellada y concluida con la escritura traslativa de dominio celebrada con fecha 19 de noviembre de 1998 (ver fs. 14/216), lo que contrariamente a lo manifestado por los actores en el agravio 5° no implica incongruencia alguna.

Consecuentemente, coincido con el señor Juez a-quo cuando refiere que el "thema decidendum" gira alrededor de una cuestión de oferta y aceptación.

Por último, además, se concluye que el agravio vinculado a la LDC tampoco puede tener acogida favorable. No resulta aplicable el art. 18 de la LDC por no existir vicio redhibitorio, toda vez que los vendedores cumplieron con su obligación de informar en forma cierta clara y detallada las características del inmueble.

d) Respecto del agravio en cuanto a la venta formalizada "ad corpus", los recurrentes afirmaron que la cláusula séptima era abusiva y contraria a lo dispuesto en el art. 1344 del C. Civil por denominar "ad corpus" la venta cuando el inmueble todavía no estaba construido al momento de la firma del boleto de compra venta.

La norma expresa que "La venta de un inmueble determinado puede hacerse: 1°- Sin indicación de su área, y por un sólo precio...". Es el caso de la venta de un inmueble urbano o rural individualizado sólo por su ubicación o linderos y la indicación del precio total.

Ahora bien, la interpretación doctrinal y jurisprudencial coincide en que además de los casos literalmente comprendidos en el inciso 1° , también en otros en que se menciona superficie pero con alcance ilustrativo, la venta debe considerarse "ad corpus". La calificación resultará, en definitiva, de la interpretación. Así, por ejemplo, la expresión "lo que en más o en menos resulte entre muros" u otros similares, y en particular la manifestación expresa de que la venta es "ad corpus" llevan a interpretar que la venta cuadra en el inc. 1° del art. 1344 (Highton - Bueres, "Código Civil, Análisis Doctrinario y Jurisprudencial", T-3C, pág. 370). Por otra parte, el inc. 5° del artículo dice "Con indicación de área, pero por un precio único, y no a tanto la medida."

Al respecto el Dr. Zannoni enuncia que este supuesto se refiere a la venta "ad corpus" siempre que el objeto vendido sea un inmueble que se individualiza por su área, cuyo precio no se pacta con indicación de "a tanto la medida", sino un precio único. Es decir, cuando a pesar de que la superficie ha constituido elemento relevante del objeto vendido no se ha pactado el precio por cada unidad de esa superficie. Y si la diferencia de superficie no ha impedido al comprador dar al inmueble el destino para el cual lo adquirió -situación en contrario que nos llevaría a un supuesto de anulabilidad por error- debe descartarse la aplicación del art. 1346 del Código Civil. (C.N.C., sala F, L.340089 de 09/06/02).

Y aún si esta interpretación no fuera suficiente, podría argumentarse, que en el caso a estudio la modalidad "ad corpus" se legitimó luego de la visita al departamento modelo de 2 ambientes a fin de ver los detalles de construcción, materiales, etc. (fs. 70 ult. párr., 281).

Las partes tuvieron en cuenta otras consideraciones distintas o más allá de las medidas. En efecto y resumiendo los reclamantes no sólo consintieron formalización de la venta ad-corpus, sino que escrituraron, tomaron posesión y vivieron tres años en el departamento. Por lo cual cuando menos resulta contradictorio con sus actos propios intentar el reclamo por la diferencia de superficie dado la claridad de la cláusula del boleto respectivo en el que las medidas resultaban sometidas a "..." (conf. CNCiv, Sala C, 7/05/87 "Guglielmelli, Vicente A. c. Argham, S.A").

El efecto práctico de la venta ad corpus es repeler una acción resolutoria o indemnizatoria por incumplimiento del negocio, por diferencia de medidas, salvo lesión (art. 954), o un error esencial (art. 927), pero será de interpretación estricta y deberá acreditarse tal extremo (conf. Llambias - Alterini Código Civil anotado, 1985, t. III-A, p. 399; Borda, Tratado de derecho civil, Contratos, 1990, t. I, p. 344).-

Así la operación efectuada en estos términos encuentra sustento legal al amparo del art. 1344 del Código Civil, no da lugar a reclamo alguno porque la superficie difiera, alegando haber creído que ésta era mayor o menor. En la venta "ad corpus" las medidas del inmueble carecen de relevancia de modo que si ellas se han indicado es menester que se haya restado paralelamente incidencia en su mención a fin de que el negocio conserve el carácter que pretende la denominación (conf. Bueres- Highton. Código Civil T 3C, págs. 376 y sgtes; CNC, sala H R. 436686/06 - "Baredes, Guido Matias c/ Torres De Libertador 8.000 S.A y otros s/ Daños y Perjuicios", Sala D, ED108, 522).

Por ello, toda vez que la venta, se hizo bajo la modalidad "ad corpus" sin que esto importara un abuso, propongo el rechazo de este agravio.

e) En la escritura traslativa de dominio del 19 de noviembre de 1998, se lee: "La parte adquirente manifiesta su más absoluta conformidad y aceptación con los términos de la venta… las circunstancias individualizantes de las unidad funcional Nº 4 son las siguientes: consta de una superficie cubierta de 71 metros 41 decímetros cuadrados, semicubierta de 2 metros 14 decímetros cuadrados, balcón de 2 metros 70 decímetros cuadrados, superficie total de setenta y seis metros veinticinco decímetros cuadrados... "(cláusula IV, fs. 214/216). Los mismos datos se repiten en la fotocopia de la hipoteca inscripta (fs. 225 vta).

Coincido con el sentenciante de grado anterior, en cuanto a que la escritura mencionada sella definitivamente la relación habida entre las partes, como así también la suerte negativa de la acción intentada. Es que nada impedía la posibilidad de modificar el contrato y de ninguna manera se puede entender al presente instrumento como un contrato de adhesión. Lo "pétreo e inmodificable" del contrato es simplemente el resultado de la inacción de la parte adquiriente cuando en aquel momento aceptaron las nuevas condiciones de la venta (arg. art. 1144, 1148 y 1152 del Código Civil), expresando conocer y aceptar la superficie del inmueble.

A mayor abundamiento es acertado el criterio del Dr. Juan Pablo Rodríguez y ratifico la relevancia de la doctrina de los actos propios, que enuncia que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (conf. CS marzo 11-976, Gutiérrez, Oscar D. en: Miolato de Krebs, Adelaida c. Krebs, Walter, publicado en El Derecho 23/6/1976). Ha sostenido nuestro más Alto Tribunal que "los comportamientos incompatibles con la conducta idónea anterior violentan el principio que impide ir contra los propios actos. (CSJN B.768. XXVII."Banco Nacional de Desarrollo c/Guillermo Arturo Catella s/ejecución prendaria" 20/12/94, T.317, P.1759).

En este sentido, "no es admisible que un litigante pretenda aportar razones de derecho que contravengan su propia conducta anterior, cuando ésta ha sido adoptada de un modo formalmente relevante y jurídicamente eficaz" (CSJN, O.38.XXIX. "Ojea Quintana, Julio María y otro c/Estado Nacional -Secretaría de Educación y Justicia s/juicio de conocimiento" 7/8/96, T.318). (conf. esta Sala, "Parmalat Argentina S.A. c/ Lago Verde S.A. y otro s/acción declarativa", de fecha 15-12-99.)

La parte adquirente manifiesta su más absoluta conformidad y aceptación con los términos de la venta que por el presente acto se realiza a su favor..." (ver cláusula IV de la escritura de fs. 214/216), sin alegar vicio alguno de la voluntad que invalide tales manifestaciones, carece derecho a reclamar indemnización alguna, porque la relación entre vendedora y compradora quedó definida al celebrarse la escrituración de la compraventa. Es así que frente a la manifestación de los actores de su conformidad y aceptación con los términos de la venta, pierde entidad el metraje anunciado publicitariamente.

Por ello, es mi convicción que se equivocan los recurrentes cuando manifiestan que la teoría de los actos propios constituye una "regla de derecho residual" ya que se trata, ni más ni menos de aplicación obligatoria derivado del principio de buena fe.

f) Respecto de la información ofrecida en la publicidad, y sin perder de vista que lo que aquí se discute encuentra su respuesta en una modificación de la oferta inicial, vale aclarar que si bien el art. 8 de la LDC determina que "Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor" no corresponde otorgarle otro sentido interpretativo distinto del que la norma expresa, esto es, simplemente: "integran la oferta", que luego puede ser o no aceptada o modificada y constituir una nueva oferta.

A diferencia del art. 4 en el que la obligación de informar esta directamente dirigida a transmitir al consumidor o usuario el conocimiento suficiente como para poder reflexionar antes de decidir, y por tal motivo debe facilitar todo lo relativo a todas las características esenciales del bien o servicio y las condiciones de adquisición, la publicidad prevista en el art. 8° promociona el bien o servicio, pero no está dirigida directamente a transmitir el conocimiento necesario para la prestación del consentimiento. De ahí, que no se exige que sea una información completa como la del art. 4, porque persigue "promover" la contratación, que no es lo mismo que informar para decidir la contratación (Juan M. Farina, "Defensa del Consumidor y del Usuario", 3ª edición ampliada, pág. 177/178, Astrea, 2004).

Por otra parte y a mayor abundamiento, no puede soslayarse que en el momento de celebrar el contrato, cobran importancia los deberes de buena fe, cooperación y diligencia debida. Estos deberes accesorios al cumplimiento son exigibles en la misma medida que las prestaciones principales pactadas, tanto para una como para otra parte.

Morello, señala que las exigencias de la buena fe imponen a las partes una obligación de determinados deberes de conducta accesorios, anteriores aún al propio cumplimiento de la prestación, cuya observancia se extiende a la etapa de ejecución del contrato e incluyen la cooperación que, según la equidad, puede cada parte esperar de la otra en semejante relación (Morello, Indemnización del daño contractual, pág. 76).

De lo antedicho se desprende que de haber prestado la mínima atención requerida, es decir leer el boleto y la escritura, debieron solicitar que las precisiones formuladas en la publicidad integraran la oferta y luego el contrato, y en caso contrario no aceptarlos. Tuvieron esta oportunidad antes de suscribir el boleto de compraventa y sus anexos; también cuando el departamento estuvo terminado y por último, antes de firmar la escritura traslativa de dominio. Sin embargo, no lo hicieron.

Por ello, propongo el rechazo del presente agravio.

g) Con relación a las críticas efectuadas en este punto III-10 (fs. 362/ vta.), con relación a la consideración del señor Juez a-quo respecto del plazo transcurrido desde la toma de posesión del inmueble hasta la interposición de la demanda, entiendo que no se cumplen los recaudos exigidos por el artículo 265 del Código Procesal sino que se tratan aquéllas de una simple disconformidad con la sentencia apelada, sobre la base de apreciaciones propias de quien las formula -en este caso los accionantes- acerca del análisis realizado de las constancias y pruebas aportadas al proceso, que lo llevaron a inclinarse por el rechazo de la demanda.

Es decir, comparto la postura que sostiene que no basta disentir con la interpretación dada por el juzgador sin fundamentar la posición ni concretar pormenorizadamente los errores u omisiones en que éste habría incurrido respecto de la valoración de los elementos traídos a juicio en función de las normas que rigen la materia, o sin dar las bases jurídicas de los distintos puntos de vista, como igualmente manifestar la disconformidad con la decisión para considerarla equivocada o injusta sin dar ninguna pauta distinta a la evaluada por el a quo (conf. Morello, "Códigos Procesal en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentado y Anotado", Abeledo- Perrot, 2a reimpresión, 1997, t. III, p. 358 y jurisprudencia allí citada).

Así las cosas, considero que las quejas efectuadas por los actores en este agravio no deben ser recibidas en esta instancia por lo que propicio se declaren desiertas.

III.- Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido por mis distinguidos colegas, propongo modificar la sentencia de primera instancia rechazando excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Tizado Propiedades SA y confirmarla en lo principal que decide, rechazando la demanda, con costas a los actores (conf. Art. 68 CPCC).

Los Dres. Mabel de los Santos y Fernando Posse Saguier adhieren por análogas consideraciones al voto precedente. Y Visto:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal Resuelve: 1) Revocar parcialmente la sentencia de fs. 320/330 en cuanto admitió la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Tizado Propiedades S.A., con costas y confirmarla en todo lo demás que decide y fue materia de agravios, con costas a los actores (conf. art. 68 CPCC). 2) Diferir la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia, para una vez que se encuentren determinados los correspondientes a la instancia anterior (art. 14 del Arancel).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. —Elisa M. Díaz de Vivar. —Mabel de los Santos. —Fernando Posse Saguier.