



NEUQUEN, 13 de Junio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MONETTI CARLOS ALBERTO Y OTRO C/ BANCO HIPOTECARIO NACIONAL S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** (JNQC14 EXP 395335/2009) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 764 los actores dedujeron recurso de apelación contra la sentencia de fs. 754/763 vta., que rechaza la demanda, con costas.

Dicen, que la A-quo se equivoca al concluir que la obligación de escriturar se habría extinguido o no habría nacido. Alegan, que del intercambio epistolar entre las partes se desprende que la demandada en forma anticipada y sin aguardar que solicitaran la financiación del saldo del precio u ofrecieran el pago del mismo de contado, pretendió resolver unilateral e injustificadamente el contrato.

Sostienen, que no se puede pretender que acrediten el cumplimiento de obligaciones que no eran exigibles, tal como haber solicitado la financiación u ofrecido el pago de contado, cuando debían hacerlo al recibir las llaves de las unidades funcionales, las que jamás fueron puestas a su disposición. Afirman que no se encuentra en discusión que no se encontraban en mora.

Manifiestan, que la Sentenciante pasó por alto el intercambio epistolar. Expresan que la carta documento del 18/10/2007 acredita el reconocimiento por parte del Banco Hipotecario del contrato, en tanto pretendió rescindir el mismo y en consecuencia todas las obligaciones asumidas, entre



ellas, la de entregar las unidades funcionales y escriturar las mismas, luego su voluntad de resolver y las causas que invoca para la rescisión.

Además, manifiestan que la cláusula novena del contrato disponía que el vendedor debía intimar al comprador en forma fehaciente al domicilio constituido para que en el término de 15 días corridos cumpla con sus obligaciones, pero tal obligación no existió y el banco pretendió resolver el contrato equivocadamente. Sin perjuicio de ello, afirman que el banco no se encontraba en condiciones de intimarlos porque no existían obligaciones vencidas que debieran cumplir.

Criticán la resolución de la *A-quo* en tanto utiliza como elemento a favor de la posición del banco que al inicio de este juicio las unidades funcionales aún no se encontraban en situación de entregarse ni otorgarse las escrituras, pero que por el contrario este es un elemento más para sostener que el banco no pudo resolver el contrato.

Agregan, que sin perjuicio que la obligación de pagar el saldo del precio, ya sea con financiación del propio banco o de contado, no llegó a ser exigible, al demandar ofrecieron cumplir.

Afirman que la obligación de escriturar quedó sujeta al cumplimiento del comprador, no del comprador y vendedor y que, en consecuencia, no puede invocarse la falta de terminación de la obra en el plazo indicado para resolver el contrato.

Por otra parte, se quejan por cuanto la Jueza sostuvo que el banco ejecutó su garantía designando a otra constructora y terminó la obra, pero cuando interpusieron la demanda ello no había ocurrido, por lo cual mal podrían haber reclamado la escrituración. Dicen, que ello no es fundamento



para rechazar la demanda ya que ante la resolución injustificada del contrato por parte del banco ello los habilitó a demandar el cumplimiento del mismo a efectos de resistir la rescisión improcedente.

Manifiestan, que el banco nunca puso a disposición las unidades funcionales que hicieran nacer la obligación de solicitar el crédito y ofrecer la cancelación. Afirman, que recién se encontraron en situación de solicitar la financiación u ofrecer el pago de contado al demandar el cumplimiento del contrato como forma de resistir la resolución que injustificadamente y sin razón proponía el banco.

Por último, mencionan que en el supuesto de la cesión de derechos de Theiler, el banco dispuso directamente de las unidades funcionales sin siquiera intentar la resolución del contrato.

Por último, se quejan de la imposición de costas y de los honorarios regulados a los letrados de las partes y peritos intervinientes, por considerarlos altos, reiterando lo expuesto a fs. 764.

A fs. 792/793 la contraria contestó los agravios. Solicitó su rechazo, con costas.

A fs. 766, los letrados de la demandada apelan sus honorarios por bajos, en tanto no se aplicó el art. 10 de la LA en cuanto establece el porcentaje estipulado en caso que el abogado actúe en el doble carácter de apoderado y patrocinante.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que



hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), y en ese marco corresponde analizar los recursos.

1. En el caso de autos, no se encuentra controvertido que: *"De la prueba documental surge que Banco Hipotecario S.A. otorgó un crédito a Alicura S.A. para la construcción del emprendimiento Edificio Giuliani, el que fuera presentado por el originante Compañía General Hipotecaria S.A.; en resguardo del crédito otorgado se formalizó un fideicomiso de garantía, constituyéndose el Banco Hipotecario en fiduciario y beneficiario, al que se le transmitió el patrimonio fiduciario (inmueble); Alicura S.A. se constituyó en fiduciante y Compañía General Hipotecaria Sociedad Anónima en fiadora solidaria del crédito. El pago del crédito se haría con el valor de las preventas de los departamentos y lo pagado a la escrituración de las unidades funcionales"*.

"Los compradores aparecen en el negocio al suscribir la reserva y el convenio de preventa. El negocio concluye con la escrituración del inmueble por parte del Banco Hipotecario pues ostenta el dominio fiduciario, al comprador quien eventualmente otorgaría un crédito hipotecario para la cancelación del precio acordado con la vendedora", (fs. 756).

En ese contexto fáctico resulta aplicable la doctrina judicial del Tribunal Superior de Justicia en cuanto sostuvo: *"Que, no obstante lo expuesto, cabe precisar que en autos "ORTIZ, CARLOS ENRIQUE C/ INECOS S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"*, Acuerdo N° 13/07, a cuyos fundamentos in extenso me remito en honor a la brevedad, este Cuerpo ha examinado un convenio formulado en iguales términos al debatido en los presentes, cuyos postulados resultan, en consecuencia, de directa aplicación."

"La citada causa es, además, calificada por la propia accionante como idéntica a los presentes."



"Allí se reflexionó que la propiedad fiduciaria puede tener su fuente en un contrato -como es el caso de autos- del que surge la obligación del fiduciante de transmitir al fiduciario un bien afectado a una finalidad, que una vez cumplida, dicho bien es nuevamente transmitido al fiduciante o a un tercero, denominado fideicomisario."

[...]

"14) Que en el convenio de preventa obrante a fs. 315/318 -suscripto entre el Presidente de INECOS S.A. (vendedora) y las señoras Miryam Susana Crespo Palomo, Mirta Noemí Crespo Palomo y Margarita Alejandra Crespo Palomo (compradoras)-, sobre cuya interpretación no cabe más que coincidir con el razonamiento efectuado por los sentenciantes de Alzada [...]"

"De lo expresamente estipulado por las partes se deduce que la actora no se vinculó en forma directa con el Banco accionado."

"Pues, en la etapa de la negociación que se encontraba transitando la accionante -lo cual determina la razón de ser cierta de las diversas soluciones brindadas a los distintos casos llevados a juzgamiento ante la Cámara de Apelaciones-, el mencionado organismo tampoco firmó en carácter de parte vendedora, sino que claramente se consignó en la preventa que tal calidad ostentaba INECOS S.A., y que el Banco Hipotecario financiaría la construcción de la obra, sólo comprometiéndose a la transferencia del dominio del inmueble cuando la parte compradora acreditase el cumplimiento de las obligaciones asumidas en dicho convenio."

"Por lo demás, de las cartas documentos arrimadas a esta causa surge que la frustración del convenio no puede ser imputada al banco accionado, puesto que la accionante no



acreditó su cumplimiento en orden a la cancelación del precio, lo que haría ingresar recién en escena a la entidad financiera para cumplir con su obligación de escriturar."

"Refuerza la interpretación expuesta, lo expresamente consignado en cuanto a que el representante de la entidad financiera concurría a la firma del documento bajo examen al solo y único efecto de comprometer la transferencia del dominio en virtud de su calidad de titular fiduciario."

"16) Que si bien es cierto que el Banco es titular fiduciario del bien inmueble con los alcances establecidos en la escritura de constitución del fideicomiso, no es menos cierto que no contrató con la adquirente de la vivienda, ya que la relación contractual se trabó entre el accionante e INECOS S.A. En este caso, estrictamente, y tal como en forma correcta lo analizó el Ad-quem, el Banco no fue parte del convenio de preventa de la unidad a construir."

"Sabido es que constituye una característica de los contratos que las estipulaciones en ellos pactadas obligan en forma recíproca a las partes que participaron del acuerdo (Arts. 1197 y 1199, C.C.) y que sus efectos son relativos. Regla ésta que pese a las modernas teorías que reconocen, en ciertas circunstancias, un efecto más amplio, conforme los sucesos, que rodearon la presente contratación, no cabe excepcionar."

"Pues, en las condiciones expuestas, el Banco resulta un tercero ajeno a la relación jurídica sustancial dispuesta en el convenio examinado."

"Por todo lo cual no cabe más que compartir el rechazo de la acción entablada a su respecto."



"En consecuencia, con arreglo al criterio expuesto, y siendo correcta la interpretación dada por el Ad-quem a la normativa en juego, corresponde declarar improcedente el remedio intentado por la demandada", (TSJ, Ac. N° 20/09, "CRESPO MIRYAM SUSANA C/ BANCO HIPOTECARIO S.A. S/ RESOLUCIÓN DE CONTRATO", Expte. nro. 45-año 2006).

Dicha doctrina resulta aplicable al presente, al tratarse de un caso similar donde el convenio de preventa firmado entre Alicura S.A. por una parte y los Sres. Carlos Alberto Monetti y Carmen Amalia Alemano, de fecha 08/07/1.998, en la cláusula décimo tercera dice: *"Se halla también presente en este acto, el Sr. Mario Eduardo Lértora, en su carácter de Jefe del Area de Gestión Mayorista de la Delegación Neuquén del Banco Hipotecario Nacional, en adelante EL BANCO, quien manifiesta que concurre al sólo y único efecto de comprometer la transferencia del dominio del inmueble de que se trata, en los términos comprometidos por EL VENDEDOR, toda vez que actualmente ostenta el dominio fiduciario del inmueble, en garantía de recupero del crédito otorgado a EL VENDEDOR a los fines de la construcción del emprendimiento. Expresa asimismo que el compromiso asumido queda supeditado al cumplimiento por parte de EL COMPRADOR de las obligaciones emergentes de este Convenio, y a los restantes términos del mismo", (fs. 7 vta).*

Por otra parte, la cláusula 13 del convenio suscripto por el Sr. Theiler expresa: *"Se halla también presente en este acto, el Sr. Julio Ernesto Arroyo en su carácter de Jefe del Area de Gestión Mayorista de la Delegación Neuquén del Banco Hipotecario Nacional, en adelante EL BANCO, quien manifiesta que concurre al sólo y único efecto de comprometer la transferencia del dominio del inmueble de que se trata, en los términos comprometidos por EL VENDEDOR, toda vez que actualmente ostenta el dominio fiduciario del inmueble, en*



garantía de recupero del crédito otorgado a EL VENDEDOR a los fines de la construcción del emprendimiento. Expresa asimismo que el compromiso asumido queda supeditado al cumplimiento por parte de EL COMPRADOR de las obligaciones emergentes de este Convenio, y a los restantes términos del mismo", (fs. 9vta.).

Además, los convenios poseen idéntica cláusula que establece que el comprador: "reunidos por el Emprendimiento Constructivo los requisitos previstos en LA OPERATORIA, podrá acceder, a los fines del pago del saldo de precio total arriba referido (80% del valor de la adquisición), a la financiación de EL BANCO en el marco de la Línea de Crédito ACCESO INMEDIATO en sus diversas modalidades, a cuyo efecto ha sido favorablemente calificado. El acceso al crédito quedará condicionado al mantenimiento de la situación laboral, económica y de ingresos de EL COMPRADOR tenido en cuenta a los fines de dicha precalificación, al momento del efectivo otorgamiento del crédito. La financiación a otorgar, en su caso, por el Banco Hipotecario S.A., a los efectos de la cancelación del saldo de precio de la unidad fijado en el presente párrafo, podrá ser acordada en PESOS si así lo solicitare EL COMPRADOR, y la financiación no excediera del 80% (Ochenta por ciento) del valor de la tasación del inmueble)", (fs. 6vta. y 8vta.).

Luego, la cláusula décimo cuarta de ambos convenios expresa: "EL COMPRADOR reconoce la calidad de Titular Fiduciario del inmueble que ostenta EL BANCO, así como que, resultando de aplicación los artículos 14 y 15 de la Ley 24.441, carece de cualquier derecho y/o acción contra el Banco, sin perjuicio de las acciones que pudiera ostentar contra EL VENDEDOR".

A partir de lo expuesto, es que los actores en autos no se vincularon en forma directa con el banco demandado, en



tanto la entidad financiera se comprometió a la transferencia del dominio del inmueble sólo en su carácter de fiduciario y en el supuesto en que las partes del contrato de preventa cumplieran sus obligaciones, hecho que no sucedió, en tanto Alicura S.A. no finalizó con la construcción de la obra en cuestión.

Y en este sentido, los actores no rebaten lo expuesto por el perito con especialidad en arquitectura, quien a fs. 628 informa que *"a partir de lo estudiado del expediente de obra 581-B-2004 / 3680-B-2012 (Moratoria) (Municipalidad de Neuquén), puedo determinar que según el certificado final de obra B° 076/2013 que la fecha de finalización de obra fue el 19 de Noviembre de 2013"*.

Pero además, el experto a fs. 627vta. transcribe el formulario de cambio de constructor presentado ante la Municipalidad de Neuquén, el que dice: *"En el día de la fecha (07/06/2004), inspecciono la propiedad ubicada en Marcelo T. de Alvear N° 45 constatando que SI concuerda con los planos de edificación presentados ante la Municipalidad. Estado de Obra: Obra gruesa ejecutada - Faltan terminaciones de pintura, pisos y cielorraso s- Falta revestimiento en escaleras - Falta colocar aberturas - Faltan artefactos sanitarios en varios niveles-. Observaciones: Falta indicar tabiques y sector para subestación transformadora en subsuelos - Columnas no indicadas"*.

A partir de lo expuesto, tal como lo sostuvo la A-quo, los actores al momento de iniciar la demanda no se encontraban en condiciones de reclamar al banco la escrituración y entrega del bien, en tanto Alicura no había cumplido con su obligación de construir las unidades funcionales en cuestión (fs. 762). En definitiva, a la fecha de interposición de la demanda no se podía escriturar en tanto



las unidades funcionales no se encontraban terminadas, lo cual no rebaten los recurrentes.

Además, no quedó acreditado en autos que al momento de vencerse el plazo estipulado en el contrato de preventa el Banco Hipotecario hubiera efectuado la ejecución de la garantía fiduciaria y, en consecuencia, la demora le fuera imputable, tal como invocan los apelantes.

Entonces, resultaba de aplicación la cláusula novena de los contratos de preventa celebrados, que establecía que, para el supuesto que Alicura S.A. no cumpliera, es decir estar terminada la obra para el año 2000, los compradores podrían considerar rescindido de pleno derecho el convenio, en cuyo caso el vendedor debía reintegrarles en un plazo de cinco (5) días la suma total de los pagos efectuados por cualquier concepto con más intereses y una indemnización total del 10% del precio pactado para la venta futura (fs. 7 y 9). En este sentido es expuesto por la Jueza de grado a fs. 759vta. y los apelantes no se quejan al respecto.

Asimismo, los recurrentes nada dicen de lo expuesto por la Jueza de grado en cuanto a que *"Ninguna de las partes modificó su posición procesal ni alegó en el sentido de considerar hechos posteriores, por lo que la pretensión y defensa analizada en esta sentencia tendrá en cuenta los hechos existentes a la traba de la litis"*.

Además, la ejecución de la garantía por parte del banco tampoco torna procedente el reclamo, tal como pretenden los apelantes.

Ello, por cuanto el banco, *"La primera posibilidad es ejecutar la garantía en el estado en que se encuentre. La segunda variante es continuar con la obra y luego vender las unidades funcionales para recuperar el crédito. Ambas son*



formas de ejecución de la garantía y, cualesquiera sea el caso, siempre se entiende que el Banco fiduciario actúa por cuenta y riesgo del originante, esto es, bajo responsabilidad patrimonial de este último. El Banco fiduciario es, así, mero soporte jurídico de la propiedad, vacío de contenido económico; es el titular el proyecto, pero patrimonialmente hablando, no se enriquece con el negocio. Es por eso que el Banco fiduciario ejecuta su garantía por cuenta y riesgo del originante, porque los resultados del negocio siguen siendo del originante, aunque primero sean aplicados a cancelar el crédito de la entidad. En definitiva, cuanto el fiduciario actúa por cuenta y riesgo del originante, la responsabilidad de los actos realizados continúa siendo de este último (conf. Freire, B., ob. cit., ps. 273/274)", (CNCom., Sala D, en autos "Molina, Adriana M. c. Banco Hipotecario S.A.", 14/08/2007, La Ley On Line, AR/JUR/5192/2007).

Luego, sin perjuicio de lo expuesto en cuanto al reclamo de la escrituración de los inmuebles, cabe señalar que no se encuentra discutido en autos que los actores debían firmar el convenio de preventa y además *"completar la solicitud de crédito, aportar la documentación requerida por el BHN a efectos de su evaluación crediticia"* (fs. 758vta.), y tal como lo sostuvo la Jueza a fs. 759vta., *"no hay evidencias de que hubieran requerido y tramitado el crédito y véase que el contrato de preventa prevé la posibilidad de que no calificaran para el crédito, supuesto en el que hubieran podido cancelar el saldo del precio de contado"*.

Además, del intercambio epistolar al que aluden los apelantes a fs. 786, no surge el requerimiento y tramitación del crédito, en tanto al respecto la CD de fecha 14 de Noviembre de 2007 dice: *"intimo [...] 2º) en el término de 15 días de recibida la presente, cumpla con el contrato*



oportunamente suscripto, transfiriendo la propiedad de las unidades otorgando la financiación en las condiciones pactadas por el saldo del precio establecido en el contrato, pesificado a la relación de cambio U\$S1 = \$1, conforme las disposiciones legales pertinentes", (fs. 14).

Por otra parte, si bien conforme la cláusula novena de los contratos de preventa, en caso de mora debía el vendedor intimar en forma fehaciente al domicilio constituido por el término de quince días para que cumpla con sus obligaciones, cabe aclarar a partir de lo expuesto, que el Banco no fue el vendedor con quienes pactaron, sino Alicura S.A., y en consecuencia, ésta fue quien se comprometió a efectuar tal intimación. Además, de las constancias de autos (fs. 6 a 10), surge que los apelantes celebraron un convenio de preventa o reserva de la unidad funcional y no un contrato de venta con financiación del precio, tal como alegan los recurrentes.

Así, todas las cuestiones relacionadas a la forma de pago, la financiación o pago de contado, el incumplimiento por parte de la constructora, son cuestiones por las que el banco no se responsabilizó, en tanto sólo se obligó a la transferencia del inmueble cuando las partes acreditasen haber cumplido con las obligaciones en el contrato de preventa.

En definitiva, la condena al banco sólo hubiese sido posible si el actor hubiese cumplido con todas las obligaciones a su cargo y Alicura S.A. con la construcción, finalización y aprobación de la obra (cfr. "GAITAN JORGE LUIS CONTRA ALICURA S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", Expte. N° 267118/1).

A partir de lo expuesto, el recurso de los actores no resulta procedente.



2. Luego, en punto a las apelaciones arancelarias efectuadas por los actores a fs. 764 y a fs. 766 por los letrados de la demandada, realizados los cálculos pertinentes teniendo en cuenta las labores efectuadas por los mismos y las etapas cumplidas, como también el resultado del pleito, las regulaciones efectuadas a los Dres. ... y ... deben ser elevadas al 22,4% en forma conjunta dado que actuaron en el doble carácter (conforme los arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39 de la L.A).

Por otro lado, en cuanto a los honorarios de los peritos, cabe tener en consideración que si bien no existen pautas aplicables a sus honorarios, la retribución debe ser fijada atendiendo a la calidad y complejidad de sus respectivos trabajos y conforme reiterada jurisprudencia de esta Alzada, estos emolumentos deben guardar relación con los de los restantes profesionales y su incidencia en la definición de la causa (cfr. Sala I, *in re* "PUGH DAVID CONTRA CABEZA RUBEN OSVALDO Y OTRO S/D.Y P. POR USO AUTOM. C/LESION O MUERTE", EXP N° 385961/9).

Sentado lo anterior y, efectuados los cálculos de rigor, de conformidad con las pautas mencionadas y las que habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, se observa que la regulaciones de los peritos, atacadas por los actores a fs. 764, resultan ajustadas a derecho por lo que se impone su confirmación.

En cuanto a las costas, la recurrente no alega fundamentos para apartarse del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C. y C.) aplicado por la A-quo (conf. Ac. N° 20/09 TSJ "CRESPO MIRYAM SUSANA C/ BANCO HIPOTECARIO S.A. S/RESOLUCIÓN DE CONTRATO").



III. Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo rechazar el recuso de apelación deducido por los actores y hacer lugar a la apelación arancelaria de los letrados de la demandada, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 754/763vta. y elevar los honorarios de los letrados de la demandada al 22,4% en forma conjunta (arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39 de la L.A), confirmándola en lo restante que fue materia de recurso y agravios. Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa en un 30% de los de la anterior.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Rechazar el recuso de apelación deducido por los actores y hacer lugar a la apelación arancelaria de los letrados de la demandada, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 754/763vta. y elevar los honorarios de los letrados de la demandada al 22,4% en forma conjunta (arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39 de la L.A), confirmándola en lo restante que fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa en un 30% de los que correspondan a la instancia de grado.

3. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA