



ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los ocho (8) días del mes de marzo del año 2018, la Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, la Dra. Alejandra Barroso y el Dr. Dardo W. Troncoso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"ZANGARO JUAN CARLOS Y OTRO C/ GUTIERREZ SANDRA LORENA Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"**, (Expte. Nro.: 38921, Año: 2014), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. Alejandra Barroso**, dijo:

I.- A fojas 452/465 vta. se dictó sentencia de primera instancia con fecha 15 de septiembre de 2017, por medio de la cual el Sr. Juez interviniente resolvió rechazar la acción incoada por JUAN CARLOS ZANGARO y AMELIA BEATRIZ MONTALDO contra SANDRA LORENA GUTIERREZ y SUSANA NOEMI ROLON, impone costas y difiere la regulación de honorarios.

II.- Contra el pronunciamiento citado se alza la parte actora interponiendo recurso de apelación a fs. 468 y la codemandada Gutiérrez y su letrada por derecho propio, quienes interponen apelación a fs. 469.

A su vez, a fs. 471 interpone recurso de apelación la codemandada Rolón mediante letrado apoderado.

A fs. 473 la letrada de la codemandada Gutiérrez, Dra. ..., desiste del recurso interpuesto por su propio derecho, manteniendo exclusivamente el incoado en representación de su poderdante.



A fs. 475 desiste del recurso interpuesto el apoderado de la Sra. Rolón.

A fs. 481 desiste de su apelación la codemandada Gutiérrez.

A fs. 483/494 expresan agravios los actores, los cuales son contestados por la codemandada Gutiérrez conforme resulta del escrito obrante a fs. 498/502.

III.- Agravios de la recurrente:

a) **Primer agravio:** En su primer agravio la recurrente plantea que el sentenciante ha incurrido en una errónea aplicación del derecho.

En este aspecto, afirma que el contrato "permuta por unidades a construir", no es reductible a la simple permuta, ya que tiene elementos de la compraventa, de la sociedad, de la permuta y de la locación de obra, siendo un contrato innominado y atípico.

Agravia a esa parte que el sentenciante haya simplificado o reducido el marco jurídico bajo el cual debe interpretarse el acuerdo entre las partes, y más allá de la denominación que se le haya dado. Sostiene que el magistrado no considera la conducta de la demandada, y que en la locación de obra la parte no está obligada al despliegue de una mera actividad sin consideración al resultado, sino todo lo contrario. En estos términos es que entiende que el juez ha omitido considerar la naturaleza de la obligación de la demandada.

Argumenta que no se han tratado estos aspectos dirimentes, suficientemente desarrollados en la demanda y que surgen del contrato que vinculara a las partes.

Cita parte de la sentencia en cuanto a la interpretación de la cláusula 3ª del contrato suscripto entre las partes.

Seguidamente, afirma que, conforme la prueba arquitectónica producida en autos y que cita, la diferencia



entre lo convenido y lo definitivamente entregado es de 10,48 m² en menos en la superficie del sótano de la obra a entregar y que esto no puede dejar de tener efectos jurídicos. Se pregunta entonces cuál es el argumento para que el a quo afirme que el contrato se cumplió.

Desarrolla los argumentos del juez para concluir que el saldo en menos de la unidad entregada es de 3,77 m² entre lo convenido y lo entregado.

Cuestiona concretamente que se haya recurrido para resolver a los arts. 1344 inc. 5, 1346 y 1347 del CC, con referencia a que la diferencia en la superficie es menor que la consignada por dicha normativa, considerando el recurrente que tales normas no son aplicables porque la obligación de las demandadas consistía en la concreción de un resultado, ya que su conducta se encuentra regida por las normas de la locación de obra. Agrega además que dichas normas se refieren a la posibilidad de requerir suplemento de precio, circunstancia que no integró la pretensión.

Afirma que el magistrado resolvió fuera de lo pedido, vulnerando el principio de congruencia.

b) Segundo agravio: Sin perjuicio de lo anterior, expresa el apelante que la diferencia de superficie en menos no es de 3,77m² como resulta de la decisión.

Sostiene, conforme surge de la prueba que reseña, que la superficie del subsuelo convenida era de 24,25 m² y en el proyecto aprobado era de 13,85 m², consecuentemente, entre lo convenido y aprobado existe una diferencia de 10,48m².

Discurre seguidamente con relación a una ampliación que no había sido aceptada por dicha parte y con la cual se pretendió compensar los metros cuadrados en menos porque la ampliación que se ofrecía representaba el 50% y los demandados no se avenían a pagar la diferencia. Describe que la ampliación la hicieron igual, y afirma que cumplieron violando todas las obligaciones y deberes legales y contractuales.



Argumenta que el juez centra el conflicto en la cláusula 3ª, obviando la importancia de la séptima y decimocuarta, que transcribe.

Concluye afirmando que, conforme la prueba que señala, no se entregaron 3,77 m2 en menos, sino 10,48 m2 de menos de superficie del sótano; por ello tampoco puede aplicarse la norma de la vigésima parte, normas que reitera no se aplican por ser la obligación de la demandada una obligación de resultado y porque tampoco es el supuesto de los arts. 1345 y 1347 del CC (velezano).

c) **Tercer agravio:** En esta queja sostiene que se reconoce el incumplimiento pero no se lo atiende; que ese incumplimiento supera el 10% y que, en consecuencia, hay daño.

d) **Cuarto agravio:** En estos párrafos reclama se revoque la imposición en costas por las razones que expresa a las que me remito en honor a la brevedad.

Realiza otras consideraciones, cita doctrina y jurisprudencia que hace a su derecho y solicita se revoque la sentencia apelada en lo que ha sido motivo de agravios, con costas.

Formula reserva de caso federal.

IV.- Contestación de agravios:

La parte actora contesta el traslado de los agravios vertidos planteando en forma preliminar que el escrito no cumple con la exigencia de ser una crítica concreta y razonada de la decisión cuestionada.

Expresa, con respecto a la errónea aplicación del derecho, que la actora ahora cuestiona lo que ella misma planteó en la demanda, es decir, que reclamaba por un contrato de permuta, por lo que entiende mal puede ahora pretender discutir una compraventa o una locación de obra, introduciendo nuevos planteos en esta instancia.

Considera que se encuentra probado que sobran 0,95 m2 en la Planta Baja, mientras que en el subsuelo existiría una



diferencia en menos de lo proyectado de 0,67m² que demuestra lo innecesario e inútil de este pleito, además de demostrarse que ningún perjuicio ha sufrido la parte actora por esa mínima diferencia. Agrega que del reglamento de copropiedad inscripto surge que a los actores se les entregó una unidad funcional con 82,50 m² en la parte superior y 19,69 m² en el sótano.

Por las razones expuestas, solicita se declare desierto el recurso interpuesto o, en su caso, se rechace el mismo, con costas.

V.- En forma preliminar destaco que considero que las quejas traídas cumplen, aunque mínimamente y con cierta falta de claridad, con la exigencia legal del art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial.

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica).

También, puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimientes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

VI.- Sentado lo anterior y expuestas brevemente las posturas de la apelante, ingresaré al tratamiento de los agravios.

a) Por una cuestión de orden lógico he de comenzar con los cuestionamientos introducidos en el segundo agravio, a fin de fijar previamente la situación fáctica.

En primer lugar, cabe destacar, que, conforme lo afirma la parte demandada, la cláusula tercera del contrato suscripto se refiere concretamente al caso en que los subsuelos no pudieran construirse. Así lo expresa literalmente



dicha cláusula y resulta lógico que, en consecuencia y para ese supuesto, se prevea que debería entregarse la misma cantidad de metros cuadrados pero en planta alta con una escalera de acceso desde el local, ante la imposibilidad de no poder construir los subsuelos que servirían eventualmente como depósito.

En el caso, por el contrario, se reclama por una diferencia de metros cuadrados entregados en el subsuelo, circunstancia que es motivo de este agravio y que habré de dirimir en función de los argumentos expuestos por el apelante.

El sentenciante, luego de valorar la prueba producida que transcribe, concluye que se entregaron 3,77m² en menos de lo convenido, circunstancia que el quejoso cuestiona, afirmando que dicha diferencia es de 10,48m², por las razones que expone.

Considero que no le asiste razón al apelante en este punto, adelantando que he de rechazar su cuestionamiento.

En primer lugar, el apelante destaca la superficie que surge del anteproyecto de 24,25 m² y la del proyecto aprobado de 13,85 m², y la superficie "originalmente" entregada, según afirma ahora (aunque siempre desconoció haber recibido formalmente el inmueble), calculando así la diferencia.

Sin embargo, el propio apelante reconoce que la superficie del sótano fue ampliada, que debió ajustarse el metraje al anteproyecto arribando de esa manera a la superficie efectivamente construida y, entiendo, usufructuada hasta la actualidad.

También reconoce que las partes no dudaban que el anteproyecto iba a ser modificado, por requerimiento Municipal u otros propios de la ejecución de la obra. Su crítica en este aspecto se centra en afirmar que esa modificación se realizó



sin su consentimiento previo y por escrito como requería el contrato.

Sin embargo, a los fines de esta decisión en cuanto a la reparación de los daños y perjuicios reclamados, que es la pretensión concreta del actor, esa circunstancia resulta irrelevante, o, al menos, no menciona el actor cuál fue el perjuicio concreto que esta conducta le produjo en su patrimonio o en su tranquilidad espiritual, más allá de cualquier reproche moral o de otra índole que pueda hacerse a las demandadas por no haberle pedido su consentimiento previo.

Los argumentos traídos a esta instancia no logran desvirtuar la valoración realizada por el a quo, fundamentalmente lo que resulta de la pericia técnica de arquitectura efectuada por el perito oficial Julio Gelabert (fs. 421/428), y que da cuenta que las diferencias entre la superficie del anteproyecto y lo definitivamente construido es de 3,77m² en menos.

Por su parte, de la pericia, declaraciones testimoniales rendidas y documental de fs. 106/111, todo debidamente valorado por el a quo, surge que el anteproyecto debió modificarse debido a requerimientos de la Municipalidad de San Martín de los Andes, conclusión que llega firme a esta instancia.

Estas circunstancias, no resultan cuestionadas por el quejoso, sino que en realidad pretende que no se tenga en cuenta la ampliación que se realizó en el sótano para ajustarlo al anteproyecto por faltar su consentimiento previo, insistiendo en que se le entregaron "originalmente" 10,48m² en menos.

Por estas razones, y considerando la naturaleza de la pretensión (daños y perjuicios), el agravio no puede prosperar.



b) Continuaré con el análisis del primer agravio, en el cual el apelante cuestiona la subsunción jurídica realizada por el sentenciante.

En este aspecto, he de fijar el criterio que adopto en cuanto el encuadre jurídico en este caso concreto para una correcta dilucidación de los agravios formulados.

El principio general es la relevancia de la naturaleza del contrato por sobre la denominación que le hayan dado las partes, de allí la importancia de calificar correctamente la vinculación contractual para establecer las consecuencias y solución del conflicto.

Existe divergencia doctrinal y jurisprudencial a la hora de encuadrar jurídicamente los contratos de compraventa de una cosa futura que consiste en un inmueble a construir (en este caso la permuta de un inmueble por otro inmueble a construir, fijando el valor en pesos de las contraprestaciones).

Considero que en este caso estamos en presencia de un contrato de permuta, al que se le aplican supletoriamente las normas de la compraventa (conforme art. 1492 del CC de Vélez Sarsfield aplicable al presente), dado que el objeto tenido en cuenta por las partes al momento de contratar es la entrega de una cosa para transferir la propiedad.

Según la cláusula primera del contrato, los actores se obligaron a transferir los derechos de propiedad, posesión y dominio de una fracción de terreno, mientras que la demandada (cláusula segunda), se obligó a cambio, a transferir los derechos de propiedad, posesión y dominio de una unidad funcional a construir.

Además, los actores reclaman por el presente juicio los daños y perjuicios por haber recepcionado un inmueble de inferiores medidas al oportunamente contratado, con lo cual estamos en la etapa posterior a la recepción del inmueble.



En este sentido se ha resuelto que: "...Otros consideran que dicho contrato resulta ser de compraventa, puesto que el objeto principal tenido en cuenta al momento de contratar resulta ser la entrega de la cosa para transferir su propiedad, salvo que el valor material sea de escasa significancia con relación al trabajo realizado (Gregorini Clusellas cita a CNCom., Sala B, 21/3/58, JA, 1959-1-6; CNCom., Sala A, 18/8/59, La Ley, 96, p. 595; Sala B, 21/4/61, La Ley, 103-494; Rezzónico, L. M., "Estudio de los contratos", ob. cit., t. II, p. 738 en nota al pie cita un fallo de la CNCivil, Sala D (fallo 55.103, La Ley, 5/3/66), Luis D. Leiva Fernández en "Digesto Práctico-Contratos", La Ley, ob. cit., t. II, Nº 3391, p. 296 - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F - Consorcio de Prop. Avenida del Libertador 5624 c. ECMA S.R.L. o 01/06/2007 - Publicado en: DJ 05/03/2008, 536 - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I - S., D. A. y. o. c. Amerio, Ricardo Jorge s/ vicios redhibitorios o 20/05/2014 - LLPatagonia 2014 (octubre), 589)..." ("Rodríguez Norma Elisa c/ Romero Aldo Fernando s/ daños y perjuicios", Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, sentencia del 27 de abril de 2015, microiuris.com).

Incluso quienes otorgan al contrato una naturaleza mixta, es decir con elementos de la compraventa y de la locación de obra, distinguen dos momentos de ejecución: hasta recibirse la obra aplican las normas de la locación de obra y las de la compraventa después de la recepción; lo cual también resulta de la nota del codificador al art. 1629 del código velezano.

Se afirma que: "...Así consideran que hasta el momento de recibirse la obra, las relaciones de las partes deben regirse principalmente por las normas de la locación de obra, mientras que las normas de la compraventa deben aplicarse después de la recepción (Gregorini ob. Cit., Acdeel SALAS en



“Locación de obra con suministro de materiales”. JA 66-588 y Vélez menciona que abona dicha teoría Aubry Rau en la nota del art. 1629 C.Civ.)...” (“Rodríguez Norma Elisa c/ Romero Aldo Fernando s/ daños y perjuicios”, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, sentencia del 27 de abril de 2015, microiuris.com).

Por otro lado, es la solución que indica el art. 1125 del CCyC, el cual aporta un criterio de razonamiento que permite encontrar una solución conforme a los términos y las circunstancias que rodean cada contrato, determinando así la naturaleza de la relación.

También se ha resuelto en este sentido que: “...Si el oferente es quien decide los planos, los servicios accesorios, las marcas y las calidades de los bienes utilizados en el proceso de fabricación, las empresas que construyen, y presentan al adquirente un bien determinado hasta en sus detalles e inmodificable; siendo además el precio estándar y no fijado como una obra y el oferente provee la parte sustancial de los materiales, se trata de una compraventa de inmueble y no de una locación de obra...” (CC0100 SN 10323 S 07/04/2015, “Menna, Pablo Cesar c/ Diplanurb S.R.L. s/ Cumplimiento de contrato”, JUBA on line).

En atención a lo expuesto, cabe confirmar el encuadre jurídico expresado en la sentencia, sin perjuicio de lo cual entiendo le asiste razón al quejoso en cuanto cuestiona la aplicación de los arts. 1346 y 1347 del CC (de Vélez), en tanto la pretensión de la parte no es la disminución del precio ni la resolución del contrato, sino los daños y perjuicios que la entrega de un inmueble de menor superficie le ocasionara.

Por estas consideraciones he de proponer al Acuerdo se rechace el agravio impetrado.



c) En orden al tercer agravio, teniendo en cuenta cómo he propuesto se resuelva el segundo agravio, no puede merecer favorable acogida.

Concretamente, los actores no han acreditado uno de los requisitos de procedencia de la responsabilidad civil, que es el daño.

Sin perjuicio de la aplicación de los arts. 1346 y 1347, la sentencia discurre en orden a la falta de demostración del daño que alegaran oportunamente los actores, esto es daño emergente y pérdida de chance.

La decisión argumenta entre otras cosas que no se ha frustrado el fin del contrato, que el inmueble puede destinarse a local comercial, que conforme resulta de la pericia (fs. 408) y de la declaración testimonial del martillero público Dapello, no existe diferencia en el valor locativo ni consecuentemente disminución de la renta, todo lo cual no ha sido controvertido por el apelante en su escrito recursivo, con lo cual llega firme a esta instancia.

d) Con respecto al cuarto agravio, que refiere a las costas, y considerando como propongo se resuelvan los restantes agravios, también ha de rechazarse.

VII.- Por los argumentos desarrollados precedentemente, doctrina y jurisprudencia allí citada entiendo que corresponde rechazar el recurso interpuesto por la parte actora, confirmando la sentencia apelada en todo lo que ha sido motivo de agravios para los actores.

VIII.- Con relación a las costas de esta Alzada y atento la forma como propongo se resuelvan los recursos interpuestos, las mismas han de imponerse a la actora apelante en su condición de vencida (art. 68 del CPCC), difiriendo la regulación de honorarios para la instancia procesal oportuna (arts. 15 y 20 LA, mod. por ley 2933).

IX.- En definitiva he de proponer al Acuerdo: a) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte



actora y consecuentemente confirmar la sentencia recurrida en lo que ha sido motivo de agravios para esa parte; b) Imponer las costas de esta instancia a la actora apelante en su condición de vencida (art. 68 del CPCC; c) Diferir la regulación de honorarios para la instancia procesal oportuna (arts. 15 y 20 de la LA, mod. Por ley 2933).

Mi voto.

A su turno, el **Dr. Dardo W. Troncoso**, dijo:

La prueba producida en el proceso debe ser valorada a la luz de las reglas de la sana crítica (cfr. art. 386 del C.P.C. y C.), las cuales suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de aquella y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica, y por otro, de las "máximas de la experiencia", es decir, de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente como fundamentos de posibilidad y realidad. (cfr. Palacio-Alvarado Velloso, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado, y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1992, pág. 140).

En tal orden de ideas el Tribunal Superior de Justicia de nuestra Provincia ha expresado "El Art. 386 del Ritual Civil coloca un cerco a la actividad jurisdiccional -en lo que a la apreciación del material probatorio se refiere- constituido por las reglas de la sana crítica (cfr. Ac. N°14/02 "Mosqueira" del Registro de la Secretaría Civil). Como bien lo señala Roland Arazi, ninguna ley indica cuáles son estas reglas. Ellas conforman un sistema que concede a la magistratura la facultad de apreciar libremente la prueba, pero respetando las leyes de la lógica y las máximas de la experiencia (cfr. aut. cit., La Prueba en el proceso civil,



Edit. La Rocca, Bs. As. 1991, pág. 102 y sgts.). La sana crítica es la consecuencia de un razonamiento integrado en el cual se conectan coherentemente los hechos y las pruebas aportadas para llegar al derecho aplicable (cfr. José V. Acosta, *Visión Jurisprudencial de la Prueba Civil*, Ed. Rubinzal-Culzoni, T.I, pág. 317, Santa Fe, 1996)". (Ac. Nro. 06/15 "Fuentes Pacheco" del Registro de la Secretaría Civil).

En este contexto, el a-quo ha analizado en el considerando 9) de su fallo la prueba producida, concluyendo que entre las superficies contenidas en el anteproyecto y las que el Municipio finalmente aprobó se constata una diferencia entre ambos de 3,77m² construidos en menos, y no advierto que esa valoración resulte arbitraria o parcial, más bien a mi criterio luce razonable.

Luego, ha subsumido la cuestión de hecho en el marco normativo que componen los artículos 1346 y 1347 del Código civil. Según la primera de esas normas, la mención de la superficie, al hacerse en forma indicativa pero no con carácter absoluto, no produce por sí la facultad de reclamar la diferencia que tuviese el inmueble, salvo que llegue o exceda el vigésimo "...con relación al área total de la cosa vendida...". Si la diferencia fuese inferior al vigésimo, la interpretación de la norma es que al contratar de este modo, las partes entendieron no darle relevancia a las diferencias de superficies menores, que de existir no incidirán sobre el precio ni sobre la validez del negocio. Si la diferencia de superficie en exceso o faltante entre la real y la expresada en el contrato fuese del vigésimo o más, el vendedor y el comprador respectivamente pueden reclamarse diferencias de precio o en mas o en menos, según el caso, con el agregado de que si la diferencia fuere en exceso el comprador podrá optar por tomar el excedente pagando la diferencia o dejar sin efecto el contrato, facultad resolutoria que no tiene cuando la diferencia consiste en faltante (Gregorini Clusellas



“Derechos Personales en las relaciones Civiles” en “Código Civil y Normas Complementarias Análisis Doctrinario y Jurisprudencial” dirigido por Alberto Bueres y Elena Highton tomo 3.c. páginas 374 y siguientes Ed. Hammurabi).

Con estas consideraciones a modo de complemento, adhiero al voto de mi colega, la Dra. Barroso.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva de primera instancia y, en consecuencia, confirmarla en aquello que fuera motivo de agravios para la recurrente.

II.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente perdedora (cfr. art. 68, del C.P.C. y C.), difiriéndose la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

**Dra. Alejandra Barroso - Dr. Dardo W. Troncoso
Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara**