PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN

NEUQUEN, 1 de Diciembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"CERVIÑO LILIAN RAQUEL C/ ASOC. MUTUAL UNIVERSITARIA DEL COMAHUE Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO"**, (Expte. Nº **502734/2014**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 3 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 229/235 vta., que hace lugar a la acción de amparo, disponiendo que se efectúe la adjudicación permanente de la vivienda involucrada en el trámite y se otorgue a la amparista el crédito contemplado en la Resolución n° 131/2011, en las mimas condiciones en que fue otorgado a los demás beneficiaros del plan de viviendas, con costas a los vencidos.

a) La codemandada Agencia de Desarrollo Urbano Sustentable se agravia, denunciando la arbitrariedad del decisorio recurrido en tanto afirma la existencia de derechos adquiridos.

Dice que lo decidido se aparta de las constancias de la causa ya que la actora tuvo en todo momento, desde que esa Agencia intervino, una expectativa a acceder a una vivienda, que se supeditó a una serie de condiciones no cumplidas por la amparista.

Sostiene que no es cierto que la actora tuviera un derecho adquirido. Entiende que una valoración completa y correcta de todas las constancias hubiera determinado una

solución distinta a la plasmada en la sentencia que se critica.

Señala que un primer atisbo de arbitrariedad se encuentra en la fecha tomada como de inicio de los hechos relevantes para la dilucidación de la controversia, ya que no puede partirse del ingreso de la actora a A.M.U.N.C., hecho ocurrido en el año 2006, cuando la A.D.U.S. no tenía intervención. Considera que, en todo caso, debió analizarse que sucedió cuando la Agencia ingresó para financiar el proyecto, en el año 2010. Afirma que esto está reconocido por la propia amparista, surgiendo del relato de los antecedentes que consta en la demanda.

Agrega que, en tal sentido, la actora consintió no sólo el ingreso de la agencia estatal, sino que también consintió que fuera este organismo, de acuerdo con su normativa, el que estableciera quienes serían los beneficiarios del crédito, y quienes no.

Reitera que de autos surge que la actora conoció cuáles eran los requisitos que se imponían y el efecto que tenía su incumplimiento. Recuerda que en la audiencia de fecha 18 de mayo de 2015, la parte actora reconoció toda la documental presentada por la A.D.U.S., encontrándose entre esa documental el contrato de fideicomiso, instrumento que expresamente prevé las causas por las cuales una persona perderá la calidad de fiduciante. Agrega que surge de la Resolución n° 437/2010 que los asociados propuestos por la entidad intermedia, en su carácter de postulantes a los créditos hipotecarios mancomunados a otorgar por la A.D.U.S., como asistencia financiera para la ejecución de sus viviendas, se encuentran sujetos a revisión y evaluación de sus aptitudes crediticias por parte del organismo.

Precisa que la cláusula Décimo Tercera del contrato de fideicomiso establece como causal de exclusión, que el cumplimiento de las obligaciones de pago de las sumas comprometidas y/o la falta de aptitud y/o calificación crediticia deficiente determinada por la A.D.U.S. implicará la rescisión del contrato de fideicomiso con respecto al fiduciante incumplidor, aceptando el mismo en consecuencia ser desafectado y reemplazado en forma automática.

Sigue diciendo que entre la documentación reconocida también se encuentra la nota por la cual se establecía el compromiso por parte del presidente de la mutual codemandada, de fecha 27 de agosto de 2010, que establecía entre los requisitos de los titulares ser mayores de 21 años o estar emancipados y menores de 40 años.

Sostiene que la actora tenía un derecho sujeto a una condición resolutoria: acreditar la aptitud crediticia, lo que no ocurrió en el caso. Cita el precedente “Berrocal Torres” de esta Sala II.

Pone de manifiesto que la Agencia desconocía las reglas originales, que tenía sus propias reglas y que las fijó para financiar la obra.

Manifiesta que la postulación para un beneficio crediticio, en los términos del art. 2 de la Ley 2.460, encierra una expectativa y no un derecho; que ser postulante no es lo mismo que beneficiario. Agrega que la actora nunca fue aceptada como beneficiaria.

Se agravia también por lo que considera una incorrecta imposición de las costas procesales, sosteniendo que el principio objetivo de la derrota reconoce excepciones para aquellos supuestos en que nos encontremos ante situaciones dudosas.

Señala que aquí la discusión se dio por la aplicación de la Resolución n° 157/2007, que no fue dejada de lado por el sentenciante de primera instancia, quién reconoció, incluso, que se encontraba dentro de las facultades del organismo reglamentar la forma de acceso al crédito con destino habitacional, la que, además, no fue declarada nula.

b) La codemandada Asociación Mutual Universitaria del Comahue se agravia por la condena respecto de su parte, con fundamento en que la mutual ha incumplido con las obligaciones que emanaban de su Estatuto y del contrato de fideicomiso firmado.

Destaca que la amparista se constituyó en fiduciante del fideicomiso y realizó el aporte fiduciario junto con el resto de los fiduciantes, con respecto al inmueble adquirido sobre el que se construiría el plan de viviendas.

Dice que resulta claro de las cláusulas del contrato de fideicomiso que el otorgamiento de los créditos por parte de la autoridad pública estaba sujeto a la previa evaluación y aprobación, por parte de la misma, de la aptitud crediticia de los fiduciantes y que, por lo tanto, sus derechos y obligaciones se efectivizarían una vez emitida la resolución que los aprobara.

Sigue diciendo que la mutual no tuvo la menor injerencia en la evaluación de la aptitud crediticia de la amparista, quedando el ejercicio de dicha facultad en cabeza de la A.D.U.S. Agrega que esa parte remitió los legajos de todos los fiduciantes, no pudiendo ser responsable por la decisión del ente estatal, ni por el tiempo que demoró el organismo para adoptarla.

Reitera que la mutual no tuvo nunca la facultad de decir ni influenciar respecto del otorgamiento de los créditos individuales.

Pone de manifiesto que la sentencia de primera instancia no puede ser cumplida por la mutual, ya que no puede otorgar crédito alguno.

c) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de la codemandada A.M.U.N.C. a fs. 248/249 vta.

Afirma que el memorial no constituye una crítica razonada y concreta del fallo de grado.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Dice que como fiduciario, la mutual debe dar cumplimiento a las obligaciones del fideicomiso, no pudiendo quedar sujeta esta obligación a la extemporánea resolución cuya nulidad se pidió.

Manifiesta que si no ocurrió que el crédito fue otorgado, tendría que haber dicho con que dinero pagó la obra, y explicar cual fue la razón por la cual los fiduciantes beneficiarios debieron aceptar una modificación del financiamiento, para atender los mayores costos.

Afirma que la sentencia recurrida no incurre en ninguna confusión, sino que demuestra que A.D.U.S., en forma incongruente con su accionar, pretendió dejar sin efecto un acto que ya había sido consumado y consumido por la actora, pues los fondos que le otorgaron fueron gastados.

Considera que la mutual, en su carácter de fiduciario debió activar ante el agente financiero que se dejara sin efecto la decisión adoptada, y se formalizaran los actos necesarios para que la amparista no se vea privada del uso de la casa que se construyó en su terreno, con sus

recursos y los que le dio la A.D.U.S. Agrega que la fiduciaria es responsable por los daños y perjuicios integrales que ha infringido a la fiduciante.

d) A fs. 250/254, la amparista contesta el memorial de agravios de la A.D.U.S.

También plantea la deserción del recurso y subsidiariamente contraviene las quejas de la apelante.

Señala que nos encontramos ante un contrato de fideicomiso que dio comienzo con el traspaso del dominio imperfecto de un inmueble de propiedad del fiduciante al fiduciario, paso previo y necesario para dar inicio al fideicomiso.

Agrega que el otro bien que el fiduciante se obligó a fideicomitir al fideicomiso es el dinero para que el fiduciario pueda llevar a término su cometido.

Señala que los fiduciantes, que sólo contaban con el terreno que habían adquirido para hacer el plan de viviendas y lo fideicomitido al fideicomiso, ingresaron en la etapa de obtener los recursos, solicitando al A.D.U.S. el financiamiento.

Afirma que la A.D.U.S. es sólo agente financiero, no cumpliendo ninguna otra función; en tanto que los fiduciantes, en cumplimiento de lo requerido por A.M.U.N.C. y por A.D.U.S. se avienen a presentar toda la documentación requerida, y quedan a la espera de la obtención de los fondos para que al ser fideicomitidos al fideicomiso, el fiduciario pudiera contar con los recursos para construir.

Pone de manifiesto que la A.D.U.S otorgó mediante Resolución n° 131/2011, 144 créditos individuales a los 144 fiduciantes, cada uno de ellos en la proporción de una ciento cuarenta y cuatro avas partes del total del financiamiento de

la obra; y que estos 144 créditos fueron fideicomitidos al fideicomiso. Señala que el crédito no alcanzó y los mismos fiduciantes aceptaron requerir al agente financiero más dinero, el que aceptó hacerlo y otorgó los montos requeridos.

Sostiene que vencido el fideicomiso aún no se había cumplido con su objeto, por lo cual los fiduciantes decidieron ampliar el plazo, además de pagar mensualmente sumas presupuestadas para gastos, que incluso actualmente son desembolsadas.

Reitera que el crédito le fue otorgado a la amparista.

II.- Ingresando al análisis de los recursos planteados en autos, se advierte que los memoriales de ambos apelantes reúnen los recaudos del art. 265 del CPCyC, ya que constituyen una crítica razonada y concreta a los aspectos del fallo de grado con los cuales no se acuerda, por lo que no resulta procedente la deserción pretendida por la parte actora.

III.- El presente caso guarda similitud con la causa “Berrocal Torres c/ A.D.U.S.” resuelta recientemente por esta Sala II (expte. n° 504.350/2014, P.S. 2015-v, n° 120).

Si bien el requisito incumplido por el amparista en la causa “Berrocal Torres” no es el mismo que en autos, los conceptos vertidos en este precedente resultan de aplicación en el presente, cuanto menos en lo que refiere a la codemandada A.D.U.S.

Con primer voto de mi colega de Sala se dijo en el fallo citado: “*…conforme resulta del contrato vigente entre la accionada y la mutual, los fiduciantes estaban sujetos a la aprobación de la aptitud crediticia, razón por la cual mal puede esgrimirse la existencia de un derecho adquirido cuando dicho pronunciamiento todavía no había sido dado.*

"Es así que el actor fue objetado por el fiduciario por tener un inmueble a su nombre y si bien ello ocurrió con cierta demora, la misma es explicable dado que el accionante no comunicó su anterior número de documento con el que figuraba el bien a su nombre.

"En tales condiciones, cabe tener por cierto que al caso resulta de aplicación la resolución 157/2007 así como que los beneficiarios estaban sujetos a aprobación por parte de la demandada y a que el actor es propietario de un inmueble, en condominio con su hermano, y en el cual se desarrolla un emprendimiento comercial, según sus propias manifestaciones.

"… dentro del marco del proceso elegido por el actor –amparo-, lo cierto es que en modo alguno se advierte que exista una ilegalidad o arbitrariedad en la norma cuestionada.

"Tal como resulta de los términos de la ley nacional y provincial e incluso lo reconoce el propio accionante, se trata de una normativa aplicable a quienes carezcan de recursos suficientes como para adquirir una vivienda única o digna en la terminología de la ley 24.464 y que, por ende, no se encuentra dirigida a solucionar el problema de vivienda para todos los habitantes sino solamente a aquellos que carezcan de ingresos suficientes a punto tal que establece un número de metros cuadrados máximo.

"En tal sentido, que el estado regule los recaudos que deben cumplir los interesados resulta absolutamente necesario ante la situación en que se encuentra parte de la población con menores ingresos y que obliga a ser prudente en dichos supuestos, toda vez que los recursos del estado no son ilimitados como se advierte de las fuentes de financiamiento del sistema previstos por las legislaciones.

"Es por ello que el recaudo previsto por la resolución objetada, en el sentido que los interesados no deban poseer una vivienda o un inmueble realizable, resulta razonable ante la situación de carencia de viviendas por parte de un sector importante de la población.

"…Por ende la facultad legal de la demandada de examinar la procedencia de la inscripción o situación crediticia de los inscriptos, tal como fuera prevista en el contrato firmado con la asociación intermediaria, resulta acorde a la letra y fines de la ley nacional y provincial.

"Por otra parte, cabe recordar que si bien la ley nacional no dispone los requisitos exigidos para ser comprendido dentro de sus disposiciones, en momento alguno impide que las provincias establezcan su existencia como ha ocurrido en el caso local".

Conforme lo puse de manifiesto, en el sub lite el recaudo que se tiene por incumplido es la edad máxima del titular del crédito al momento de su cancelación (70 años), toda vez que teniendo en cuenta el plazo de financiamiento (20 años), al momento de la cancelación del préstamo la actora contaría con 82 años de edad, no pudiendo establecerse una financiación menor ya que la amparista no se encuentra en condiciones de afrontar con sus ingresos una cuota y un interés mayores que los que corresponden al plazo de 20 años (fs. 57).

El recaudo referido se vincula directamente con la posibilidad de recupero del crédito otorgado, en atención a contar con fondos para la financiación de otro planes de vivienda, por lo que en si mismo no aparece como ilegítimo o irrazonable, por lo menos con la nitidez que exige una acción de amparo.

La versión que da la amparista al contestar la expresión de agravios no se encuentra acreditada. No aparece probado que la A.D.U.S. haya otorgado un crédito a la actora, antes bien, su postulación a tal fin fue rechazada.

La resolución que se informa a fs. 53 otorga 144 créditos individuales mancomunados hipotecarios por un monto global, lo que no impide que estos créditos fueran asignados a loa fiduciantes de acuerdo con su capacidad crediticia, la que tenía que ser evaluada por el mismo agente financiero, conforme se pactó.

Por lo dicho es que he de propiciar la revocación de la sentencia de grado, rechazándose la demanda en lo que refiere a la Agencia de Desarrollo Urbano Sustentable.

IV.- En cuanto a A.M.U.N.C. y si bien el a quo sostiene que la mutual ha incumplido deberes estatutarios, no obstante que el Estatuto de la entidad no se encuentra agregado a autos, y contractuales entiendo que la vía procesal elegida por la demandante impide efectuar un análisis acabado de la eventual responsabilidad que tendría esta organización en la situación de la amparista, en atención a que ello requiere de mayor debate y prueba.

Tal como se ha dicho en autos “Aguirre c/ I.S.S.N.” (expte. n° 509.811/2015, P.I. 2015-VI, n° 475), “…*la restricción a la procedencia de la vía del amparo referida a que la cuestión planteada requiere de mayor amplitud de debate o prueba, hace a la esencia de la acción de amparo, puesto que está en íntima vinculación con el objeto mismo de la acción (cfr. aut. cit., “El caso Iamip Medisur S.A.”. La controversia sobre la admisibilidad formal del amparo –artículo 43 de la Constitución Nacional y el inciso a del artículo 2° de la ley 16.986- continúa”, LL 2000-B, pág. 280).*

"Explica Obarrio (op. cit.) que "Se crea entonces un nexo indisoluble entre la esencia del amparo: la manifiesta arbitrariedad o ilegalidad, con la necesidad que no se necesite una mayor amplitud de prueba o debate. Esto resulta claro: si es necesaria una mayor amplitud de prueba, ello importa que la ilegalidad o arbitrariedad no es tan manifiesta, lo cual desvirtúa el amparo.

"Dicho de otro modo: sin necesidad de prueba más que la mínima que puede acompañar el actor en su demanda y la que acerque el demandado, cuando presenta el informe del artículo octavo de la ley 16.986, el juez debe estar en condiciones de emitir un juicio de certeza, de dictar sentencia. Si por el contrario no surge esa certeza, el juez no puede dictar sentencia; de tal manera, quién estime lesionado sus derechos, tendrá inevitablemente que recurrir a las vías procesales ordinarias, y si existe alguna urgencia, podrá peticionar allá, alguna medida cautelar.

"Pero, valga la reiteración, el amparo solamente procede cuando la vulneración del derecho es manifiesta. Si no es así, no puede haber amparo, pues esta acción es expedita, y el juez necesita certeza para decidir".

En autos, si bien la actora adhirió oportunamente a un plan de viviendas propuesto e impulsado por la mutual demandada, con posterioridad se requirió la financiación de la A.D.U.S., habiendo adherido, en principio, la amparista a esta modificación toda vez que se sometió a las exigencias de la agencia estatal, por lo que no aparece claro cuál sería el obrar antijurídico de A.M.U.N.C., más aún cuando dicha entidad mutual ha ofrecido a la demandante la devolución del dinero abonado por ésta con más sus intereses, conforme surge de la contestación de demanda de A.M.U.N.C.

Consecuentemente, la demanda también ha de rechazarse respecto de esta codemandada.

V.- El resultado de los recursos (revocación de la sentencia de grado), me exime de examinar la queja de la codemandada A.D.U.S. en orden a la imposición de las costas procesales.

VI.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo hacer lugar a los recursos de apelación de la parte demandada y revocar el resolutorio apelado, disponiendo la declaración de improcedencia de la acción de amparo.

Las costas por la actuación en ambas instancias se imponen a la accionante vencida (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia en la suma de $ 12.300,00 para el Dr. ..., patrocinante de la codemandada A.M.U.N.C.; $ 12.300,00 para el Dr. ... y $ 4.900,00 para la Dra. ..., patrocinante y apoderada, respectivamente, de la codemandada A.D.U.S.; y $ 8.600,00 en conjunto para los Dres. ... y ..., patrocinantes de la parte actora, todo de conformidad con los arts. 6, 10, 11 y 36 de la Ley 1.594.

Los honorarios por la actuación ante la Alzada se regulan en las sumas de $ 4.300,00 para el Dr. ...; $ 4.300,00 para el Dr. ...; $ 1.700,00 para la Dra. ... y $ 2.500,00 en conjunto para los Dres. ... y ..., de acuerdo con lo establecido en el art. 15 de la ley arancelaria.

El **Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia de fs. 229/235 vta., disponiendo la declaración de improcedencia de la acción de amparo.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias a la accionante vencida (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia en la suma de $ 12.300,00 para el Dr. ..., patrocinante de la codemandada A.M.U.N.C.; $ 12.300,00 para el Dr. ... y $ 4.900,00 para la Dra. ..., patrocinante y apoderada, respectivamente, de la codemandada A.D.U.S.; y $ 8.600,00 en conjunto para los Dres. ... y ..., patrocinantes de la parte actora, todo de conformidad con los arts. 6, 10, 11 y 36 de la Ley 1.594.

III.- Regular los honorarios por la actuación ante la Alzada en las sumas de $ 4.300,00 para el Dr. ...; $ 4.300,00 para el Dr. ...; $ 1.700,00 para la Dra. ... y $ 2.500,00 en conjunto para los Dres. ... y ..., de acuerdo con lo establecido en el art. 15 de la ley arancelaria.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI
Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA