

Fideicomiso

Fideicomiso de garantía: financiamiento de la construcción; fiduciario; falta de legitimación pasiva.

1. El Banco Hipotecario que, en el marco de la operatoria conocida como "Línea de Crédito para la Financiación de Emprendimientos Constructivos con Transmisión de Dominio Fiduciario", otorgó un préstamo a un desarrollista u originante para la realización de un emprendimiento inmobiliario y se constituyó en fiduciario del fideicomiso que garantizó el mencionado préstamo, no se encuentra pasivamente legitimado frente a quien suscribió un convenio de preventa de una unidad funcional y que, ante la rescisión de la operación, reclama la restitución de lo pagado y la indemnización de daños sufridos, pues de las disposiciones del contrato de fideicomiso surge que sea en cuanto a la escrituración de las unidades, como al ejecutar la garantía que le otorga el fideicomiso, dicha entidad actúa por cuenta ajena –del fiduciante u originante como vendedor–, por lo cual, cabe concluir que no es titular de la relación jurídica sustancial relativa a la ad-

quisición de la vivienda elegida por la actora.

2. No puede afirmarse que el banco demandado –que, en el marco de la operatoria conocida como "Línea de Crédito para la Financiación de Emprendimientos Constructivos con Transmisión de Dominio Fiduciario", otorgó un préstamo a un desarrollista u originante para la realización de un emprendimiento inmobiliario y se constituyó en fiduciario del fideicomiso que garantizó el mencionado préstamo– sea legitimado pasivo para el reclamo de la restitución de las sumas abonadas por la actora, suscriptora de un convenio de preventa de una unidad funcional que luego se rescindió, pues si bien los pagos efectuados se hicieron efectivos a favor de dicha entidad, lo cierto y concreto es que las percepciones respectivas se aplicaron con destino a la generación del flujo de fondos que permitía encarar el emprendimiento constructivo y posterior

venta de las unidades construidas, de cuyo correcto cumplimiento no era responsable, frente a la actora, el accionado, sino el originante.

3. La suscriptora del convenio de pre-venta de una unidad de propiedad horizontal a construir con el financiamiento del Banco Hipotecario, quien se constituyó en fiduciario del fideicomiso que garantizó el mencionado préstamo, carece de título para reclamarle el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos a raíz de la rescisión de dicho convenio, pues si bien el "fideicomisario" (destinatario final de los bienes) puede demandar al fiduciario para lograr

el cumplimiento de su obligación de suscribir la correspondiente escritura de dominio y contribuir a su inscripción registral y a fortiori, cuando por su culpa ello se haga imposible, puede demandarlo por los daños y perjuicios pertinentes (arg. art. 889, cód. civil), lo cierto y evidente del presente caso es que la actora no ostenta la calidad de "fideicomisaria", como tampoco la de "beneficiaria" del fideicomiso, pues ambas corresponden –según el contrato respectivo– al fiduciante. R.C.

55.148 - CNCom., sala D, agosto 14-2007. Molina, Adriana Marcela c. Banco Hipotecario S.A. s/ordinario.

En Buenos Aires, a los 14 días de agosto de dos mil siete, se reúnen los señores jueces de la sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa "Molina, Adriana Marcela c. Banco Hipotecario S.A. s/ordinario", registro nº 70.339/02, procedente del Juzgado Nº 10 del fuero (Secretaría Nº 19), donde está identificada como expediente nº 79.930, en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del cód. procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, doctores: Heredia, Vassallo, Dieuzeide.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el doctor Heredia dijo:

1º. La actora promovió demanda contra el Banco Hipotecario S.A. imputándole responsabilidad porque, según afirmó, en su condición de dueño fiduciario, transmitió a un tercero el dominio de un inmueble que se encontraba reservado a su favor con compromiso de una futura venta, tornando imposible de tal manera la pertinente escrituración. Sobre esa base, reclamó la devolución de las sumas que pagara en concepto

de reserva de la unidad y gastos de tasación, así como por los daños materiales y morales que dijo haber sufrido, intereses y las costas del juicio (fs. 83/96).

El Banco Hipotecario S.A. resistió la demanda oponiendo una excepción de falta de legitimación pasiva, y sosteniendo su falta de responsabilidad (fs. 179/192).

2º. La sentencia de primera instancia rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva articulada por el Banco Hipotecario S.A., pero también la demanda promovida en su contra, imponiéndole a la demandante la totalidad de las costas, inclusive las derivadas de la apuntada excepción perentoria por haber sido opuesta como defensa de fondo (fs. 363/371 y aclaración de fs. 377).

Contra esa decisión apelaron ambas partes (fs. 373 y 378).

La actora expresó agravios a fs. 389/396 y la demandada a fs. 398/401, obteniendo cada una las respuestas de fs. 405/409 y 403/404, respectivamente.

3º. Ante todo, corresponde aclarar que si bien la sentencia apelada rechazó la demanda entablada contra el Banco Hipotecario S.A., el recurso de apelación de este último no es formalmente improcedente pues la declaración de derecho contenida en el fallo en lo que respecta a la excepción de falta de legitimación pasiva difirió de la reclamada por esa parte al oponer la defensa y podría, eventualmente, resultar frustratoria de su interés, lo que justifica su examen (conf. Palacio, L., "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, 1986, t. V, p. 86).

4º. La correcta comprensión de la materia fáctica a la que se refieren las apelaciones, exige realizar una reseña de los antecedentes del caso y de lo resuelto en la instancia anterior.

(a) La actora suscribió el 22-11-98 un "Convenio de Preventa" (fs. 2/7) con la firma Norgres S.A. (designado como "vendedor") referente a la adquisición de una unidad de propiedad horizontal a construir con el financiamiento del Banco Hipotecario S.A. en el marco de la denominada "Línea de Crédito para la Financiación de Emprendimientos Constructivos con Transmisión de Dominio Fiduciario" y "Línea de Crédito de Acceso Inmediato", reglamentadas por diversas resoluciones de la citada entidad bancaria. En concreto, por dicho instrumento Norgres S.A. comprometió la reserva y futura venta a favor de la actora (individualizada en el documento como "compradora") de una unidad funcional ubicada en el piso 10, designada "...provisoriamente como C...", del edificio "Torre C5" de la calle Crisólogo Sarralde nº ..., Tigre, provincia de Buenos Aires (cláusula 1ª). Se pactó que una vez finalizada la construcción, se generaría la obligación de enajenación a favor de la compradora, otorgándosele la escritura traslativa de dominio dentro de los treinta días (cláusula 2ª). Por su lado, la actora se obligó a pagar

diversos importes y cuotas durante 13 meses hasta completar el 20% del precio total y definitivo de la unidad antes del momento de la escrituración, quedándole abierta la posibilidad de acceder a una financiación, con garantía hipotecaria, a otorgar por el Banco Hipotecario S.A. -bajo los términos de la citada "Línea de Crédito de Acceso Inmediato"- para cubrir el pago del 80% restante (cláusula 3ª). En fin, a los fines de comprometer la oportuna transferencia del dominio en los términos acordados por el "vendedor", el citado "Convenio de Preventa" fue también suscripto por el Banco Hipotecario S.A. en su condición de titular del dominio fiduciario del inmueble (cláusula 13ª), carácter este último que fue expresamente reconocido por la actora así como, por ello mismo, su falta de derecho y/o acción contra el banco por resultar de aplicación lo dispuesto por los arts. 14 y 15 de la ley 24.441 (cláusula 14ª).

(b) El día 19-1-01 la actora suscribió un Convenio con el Banco Hipotecario S.A. por el cual este último, a requerimiento de aquélla, y en vista al otorgamiento del crédito para financiar el saldo, accedió a conceder una reducción equivalente al 20% de dicho saldo, dejándose constancia que la escritura traslativa de dominio se celebraría antes del 30-3-01 (cláusula 1ª). Cabe observar que en este Convenio, las partes manifestaron de común acuerdo que el banco había actuado en la operación de adquisición de "...la Unidad provisoriamente designada como piso 10º, depto. C..." (fs. 19, pto. "d") en el carácter y "...como mero agente financiero, y no se responsabiliza bajo ningún concepto de los problemas que pudieran derivarse por eventuales deficiencias en el desarrollo o terminación de la obra...", y que el otorgamiento del crédito hipotecario a la actora importaba para el banco "...un negocio inde pendiente del negocio de financiación del proyecto constructivo..." (fs. 18 y 19, ptos. "b" y "e"). Asimismo, la actora declaró que nada tenía que reclamar del banco "...por ningún concepto derivado de la operación objeto del presente instrumento, ni por ningún otro concepto actual o eventual que pudiera surgir en el futuro en relación al emprendimiento constructivo (...) reconociendo que ve satisfechos todos y cada uno de los reclamos oportunamente comunicados, a través de la reducción del precio cuya efectivización se realiza en este acto..." (fs. 20, cláusula 2ª).

(c) El mismo día 19-1-01 el Banco Hipotecario S.A. extendió a la actora un permiso para el ingreso, en concepto de visita, por única vez, a la unidad identificada como "...Torre C5, Piso 10º, Depto. 'D'..." (fs. 23, lo subrayado no pertenece al original).

(d) El 16-2-01 el Banco Hipotecario S.A. envía a la actora una carta documento con el siguiente texto: "...Me dirijo a Ud. en relación al Convenio de Preventa suscripto con fecha 22-10-98, mediante el cual encauzó la adquisición de una unidad de vivienda en el Emprendimiento Los Álamos de Tigre. Teniendo en cuenta la problemática suscitada en lo que a la unidad comercializada se refiere, se la invita a concurrir al Banco Hipotecario S.A., sito en (...) a fin de regularizar la irregularidad presentada, rescin-

diendo el convenio de preventa y proceder a la devolución de las sumas por Ud. abonadas..." (fs. 25, lo subrayado no pertenece al original).

(e) Un mes después, el 15-3-01 la actora envió una carta documento al banco demandado intimándolo a la devolución de las sumas que pagara por la adquisición de la vivienda, con más otras destinadas a cubrir intereses y daños y perjuicios allí estimadas, indicando que ello se justificaba "...como consecuencia de haber incumplido maliciosamente su única función asignada en el contrato que consistía en comprometer la transferencia del dominio del inmueble a mi persona..." (fs. 26).

(f) Como respuesta a tal intimación, el Banco Hipotecario S.A. contestó a la actora negándole estar obligado a la restitución de suma alguna y menos a resarcirle daños y perjuicios; recordándole las renunciaciones de derechos que formalizara en el Convenio del 19-1-01; y tomando nota de la voluntad rescisoria que se desprendía de la carta documento que contestaba (fs. 27).

(g) Tras una última carta documento que rechazaba la respuesta anterior, la actora promovió la instancia de mediación y, ante su fracaso, la presente demanda (fs. 83/96).

En el escrito respectivo, explicó la actora -dicho en prieta síntesis- que después de firmar el Convenio del 19-1-01 y con ocasión de visitar el inmueble según la autorización conferida por el Banco el mismo día, comprobó que la unidad vendida (departamento "C") se hallaba ocupada por otra persona. Efectuado el correspondiente reclamo, fue que recibió la carta documento mencionada más arriba del 16-2-01, por la cual el Banco la invitaba a "regularizar la irregularidad presentada", rescindir el Convenio de Preventa y proceder a recibir, en concepto de devolución, las sumas abonadas. Pero como tiempo después el Banco cambió de opinión negando toda obligación de restitución y resarcitoria, se vio obligada a accionar judicialmente.

Como datos de interés, cabe destacar que al demandar la actora afirmó: 1) que las renunciaciones que hiciera en el Convenio del 19-1-01 debían considerarse nulas por contrarias a los arts. 6º y 7º de la ley 24.441, y art. 37 de la ley 24.240 (fs. 85 vta./86); 2) que en la carta documento del 12-2-01 el Banco reconoció su incumplimiento, por lo que el cambio de actitud posterior no puede ser admitido en función de la doctrina de los propios actos (fs. 87 vta./88); y 3) que de "...los hechos expuestos surge que la demandada, que ostentaba el dominio fiduciario del inmueble, transfirió la unidad correspondiente a la actora a un tercero, tornando imposible la obligación de escriturar a mi favor y debiendo en consecuencia responder por los daños y perjuicios resultantes..." (fs. 85).

(h) Al responder la demanda, el Banco se defendió alegando su falta de legitimación pasiva. Explicó que en el emprendimiento constructivo que involucró la unidad reservada a la actora, solamente ocupó la función de agente financiero, sin responsabilidad personal por los incumplimientos referentes al emprendimiento mismo y a las condiciones de cumplimiento de la venta. Destacó que solamente participó en la operación a los fines de extender la correspondiente escritura traslativa de dominio –a favor de los adquirentes de unidades– como dueño fiduciario del terreno y de lo construido sobre él en virtud del contrato de fideicomiso de garantía que, oportunamente, suscribiera con el “fiduciante” (Turbina S.A.) para desarrollar el emprendimiento constructivo denominado “Condominio Privado Los Álamos” del que es “originante” la empresa Norgres S.A. (véase contrato de fideicomiso en fs. 136/149). Observó, en particular, que lo anterior fue objeto de expreso reconocimiento por la actora al firmar el Convenio del 19-1-01.

Asimismo, el Banco reconoció haber ejecutado la garantía fideicomitada por incumplimientos del fiduciante y del originante a las previsiones del Convenio de Financiación suscrito en el marco de la denominada “Línea de Crédito para la Financiación de Emprendimientos Constructivos con Transmisión de Dominio Fiduciario” (véase copia en fs. 116/125 y convenios complementarios de fs. 126/127 y 128/133), y haber adquirido, por ello, la tenencia de la propiedad fiduciaria, hasta entonces en cabeza del fiduciante.

Independientemente de lo anterior, ratificó que la unidad comprometida a favor de la actora fue el departamento “C” del piso 10º, de la Torre C5 (lo cual claramente resulta del Convenio de Preventa, y del Convenio del 19-1-01), y que se debió a un simple error de escritura la identificación de la unidad “D” en la autorización que el Banco diera a la actora para visitar, por única vez, el inmueble. Aseveró que el departamento “C” estuvo en condiciones de ser escriturado desde que se terminó la obra y que jamás fue transmitido a un tercero, pero que el acto notarial respectivo no se concretó porque la actora, en vez de presentarse a escriturar como se había comprometido en el Convenio del 19-1-01, sorpresivamente intimó la devolución de lo pagado y el resarcimiento de daños y perjuicios argumentando que la unidad motivo de la preventa (“C”) había pasado a denominarse unidad funcional “D” después de la finalización de la obra, lo que –dijo– no es cierto.

(i) La sentencia dictada por el juez comercial de primera instancia rechazó, como se adelantó, la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Banco Hipotecario S.A., pero también la demanda articulada contra dicha entidad.

Para así concluir, sostuvo que el demandado estaba pasivamente legitimado pues no resultaba “...un tercero ajeno en la contienda, en tanto al ejecutar la garantía el Banco tomó la tenencia de los bienes fideicomitados, reemplazando al anterior constructor, es

decir asumiendo todos los derechos y obligaciones...". Y en cuanto al rechazo de la demanda, concluyó que se imponía porque la actora no había acreditado que el departamento que reservara como unidad "C" había pasado a ser la unidad "D", pues en ese sentido omitió ofrecer y producir una peritación de experto ingeniero, y los testigos que depusieron en autos no fueron concluyentes sobre el particular.

5º. Entiendo que asiste razón al Banco Hipotecario S.A. en su apelación, y creo que sólo una superficial comprensión de cuál ha sido su participación en el negocio ha podido llevar a considerarlo pasivamente legitimado frente a la actora.

La participación de la citada entidad bancaria, como continuadora del Banco Hipotecario Nacional (ley 24.855), en la operación conocida como "Línea de Crédito para la Financiación de Emprendimientos Constructivos con Transmisión de Dominio Fiduciario", ha sido suficientemente examinada por la doctrina especializada en términos que conviene recordar.

Se trata de una operatoria bajo la forma de una financiación atípica, para la construcción de viviendas familiares, en la que se pacta un fideicomiso de garantía que cubre, en definitiva, el préstamo que el Banco otorga al desarrollista u originante del emprendimiento constructivo. Dicho fideicomiso de garantía opera, pues, en la etapa de construcción. Por él se transfiere a título de confianza la propiedad del inmueble, donde se levantará el edificio, y se ceden al Banco todos los derechos y acciones que el desarrollista u originante tiene sobre el proyecto, inclusive los créditos y dinero provenientes de la preventa o venta de las unidades funcionales que se construyan, lo cual le permite al Banco fiduciario contar con un flujo de fondos para asegurar el recupero del crédito. El fideicomiso garantiza, de tal manera, el cumplimiento del contrato de préstamo o Contrato de Financiación que el Banco otorga al desarrollista u originante, pero con la particularidad de que también se reserva recurso contra este último si el proyecto resulta insuficiente para el pago del crédito otorgado (conf. Freire, B., "El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios", Buenos Aires, 1997, pp. 264/267).

En cuanto aquí interesa destacar, dicho recurso del Banco fiduciario contra el desarrollista u originante tiene dos posibles variantes. 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 del 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 nego-

cio 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., págs. 273/274).

De acuerdo con la operatoria de referencia, la comercialización de las unidades de vivienda es llevada a cabo por el originante (o por quien éste designe), recabando del Banco (en tanto dueño fiduciario) la colaboración y los instrumentos necesarios para firmar reservas, boletos, escrituras traslativas, etcétera. Y, evidentemente, en caso de incumplimiento, el banco fiduciario puede vender las unidades por cuenta y orden del originante para cobrar el crédito conforme lo pactado en el fideicomiso de garantía. En tal caso, el fiduciario otorga las escrituras traslativas de dominio como soporte jurídico de la propiedad, vacío de contenido económico, ya que -se insiste- el valor patrimonial del negocio continúa en cabeza del originante (conf. Freire, B., ob. cit., pp. 276/277).

Pues bien, el contrato de fideicomiso al que se refieren las presentes actuaciones, confirma claramente la dinámica contractual precedentemente expuesta, y la correlativa ausencia por parte del Banco Hipotecario S.A. de una titularidad en la relación jurídica sustancial que justifique su legitimación para estar en juicio y eventual condena.

En efecto, entre los derechos transferidos al Banco por virtud del contrato de fideicomiso, está el de suscribir los instrumentos inherentes a la preventa y también el derecho de rubricar la escrituración de las unidades a construir, pero siempre "por cuenta del fiduciante" (fs. 140 vta., pto. 4.5). Asimismo, para posibilitar lo propio, el fiduciante y el originante se comprometieron a "...Realizar todos los trámites necesarios para posibilitar la venta y escrituración de las unidades integrantes del Proyecto (...) recabando del Fiduciario las autorizaciones e instrumentos procedentes al efecto..." (fs. 141 vta., pto. 6.1.2).

Como se advierte, estas disposiciones del contrato de fideicomiso muestran que el Banco fiduciario no actúa, en cuanto a la escrituración de unidades como la reservada por la actora, sino en cumplimiento de una obligación ajena (del fiduciante u originante como vendedor), pero no propia.

La cuestión no cambia, por cierto, cuando el Banco fiduciario procede a ejecutar la garantía que le otorga el fideicomiso frente al incumplimiento del Convenio de Financiamiento o del contrato de fideicomiso mismo. En tal situación, que es precisamente la de autos (ver transcripción de fs. 170 vta.), y de conformidad con lo previsto en la cláusula 10.1. del contrato de fideicomiso, el Banco fiduciario queda habilitado a vender el inmueble en el estado en que se encuentre o, en su caso, las unidades individuales erigidas sobre él (fs. 143 vta.), lo cual también se hace por cuenta y orden

del fiduciante u originante pues, como se señaló antes, el fiduciario otorga en ese caso las escrituras traslativas de dominio como soporte jurídico de la propiedad, pero sobre un negocio cuyo contenido patrimonial le es ajeno, ya que continúa en cabeza del originante.

Desde esta última perspectiva, la afirmación del juez a quo en el sentido de que por haber ejecutado la garantía fiduciaria, el Banco fiduciario reemplazó al anterior constructor, asumiendo sus derechos y obligaciones (fs. 368), evidencia una manifiesta incompreensión del complejo negocial al que se refieren las presentes actuaciones, no sólo porque aun en esa situación la entidad demandada actuó, como se dijo, por cuenta ajena y sin asunción personal de derechos u obligaciones, sino porque tampoco hubo reemplazo alguno, ni del constructor, vendedor u originante (Nogres S.A.), ni del fiduciante (Turbina S.A.), pues no es un caso de subrogación legal, ni de novación subjetiva, sino de ejercicio del denominado *step in*, o sea, del derecho del banco fiduciario de intervenir por sí mismo en el contrato, tomando las medidas que crea convenientes (conf. Freire, B., op. cit., p. 271).

Concordando con lo precedente expuesto y ratificando que el Banco fiduciario no es el titular de la relación jurídica sustancial relativa a la adquisición de la vivienda elegida por la actora, señala el contrato de fideicomiso que el fiduciante y el originante liberan al fiduciario de toda responsabilidad emergente de las preventas o ventas de unidades correspondientes al proyecto, aclarando que dicha responsabilidad corresponde, en todos los supuestos, al beneficiario (fs. 144 vta., pto. 14.2), que a la sazón es el propio fiduciante (Turbina S.A., según se indicó en el propio contrato de fideicomiso, fs. 138).

Así pues, para concluir que el Banco demandado no es legitimado pasivo, no es siquiera necesario recurrir argumentalmente a la renuncia de derechos y acciones que contra él formalizó la actora en el Convenio del 19-1-01, lo que exime de todo comentario sobre la validez de esa renuncia a la luz de los arts. 6º y 7º de la ley 24.441 o 37 de la ley 24.240. Basta examinar, en efecto, las condiciones y alcances de la operativa "Línea de Crédito para la Financiación de Emprendimientos Constructivos con Transmisión de Dominio Fiduciario" en cuyo marco la actora suscribió el Convenio de Preventa del 22-10-98, tal como en el propio instrumento se dejó clara constancia (fs. 2, declaraciones preliminares); y basta examinar, asimismo, el contrato de fideicomiso y la condición de dueño fiduciario del Banco demandado que también en el Convenio de Preventa se puso de relieve, aceptando allí la actora, de inicio, su carencia de derecho y/o acción contra el Banco, sin perjuicio de las acciones que pudiera tener contra el vendedor (fs. 6, cláusula 14ª).

6º. En un afín pero distinto orden de ideas, no es ocioso advertir que tampoco el Banco demandado es legitimado pasivo para el reclamo de la restitución de las sumas abonadas por la actora.

Si bien los pagos efectuados se hicieron efectivos a favor del Banco Hipotecario S.A. en cumplimiento de lo previsto por el Convenio de Preventa (fs. 3, cláusula 3ª), bien que no necesariamente en esa misma entidad (véase boletas de fs. 31/43 que dan cuenta de pagos en otros bancos), lo cierto y concreto es que las percepciones respectivas se aplicaron con destino a la generación del flujo de fondos que permitía encarar el emprendimiento constructivo y posterior venta de las unidades construidas, de cuyo correcto cumplimiento no era responsable, frente a la actora, el banco demandado, sino el originante Nogres S.A.

Desde tal perspectiva, la devolución que ofreciera el Banco Hipotecario S.A. por carta documento del 16-2-01 (fs. 25), debe ser entendida como hecha por cuenta y orden de Nogres S.A., sin que de ello pueda derivarse una personal asunción de legitimación pasiva por parte de la entidad bancaria que, objetivamente, sería extraña a la posición que asumiera respecto del emprendimiento como simple agente financiero, tal como resulta de la distinta documentación agregada en autos y fuera reconocido por la actora (conf. Convenio del 19-1-01, fs. 18, pto. "b"; Convenio de Financiación de Proyecto, fs. 119, cláusula 8ª). Así las cosas, el rechazo posterior a los reclamos de la actora efectuado por carta documento del 11-7-01 (fs. 27), no puede considerarse como representativo de una conducta contraria a los actos anteriores jurídicamente relevantes, sino como una simple reafirmación de la ausencia de legitimación pasiva del Banco frente a tales reclamos.

7º. Es de observar, por otro lado, que la actora carece de título contra el Banco actor para demandarlo por daños y perjuicios invocando su condición de fiduciario.

Esto es así, porque si bien el "fideicomisario" (destinatario final de los bienes) puede demandar al fiduciario para lograr el cumplimiento de su obligación de suscribir la correspondiente escritura de dominio y contribuir a su inscripción registral (conf. Kiper, C. y Lisoprawski, S., "Obligaciones y responsabilidades del fiduciario", Buenos Aires, 1999, págs. 57 a 85; Bueres, A. y Highton, E., "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Buenos Aires, 2004, t. 5-A, p. 817, nº 20) y a fortiori, cuando por su culpa ello se haga imposible, puede demandarlo por resarcimiento de los daños y perjuicios pertinentes (arg. art. 889, cód. civil), lo cierto y evidente del presente caso es que la actora no ostenta la calidad de "fideicomisaria", como tampoco la de "beneficiaria" del fideicomiso, pues ambas corresponden -según el contrato respectivo- al fiduciante Turbina S.A. (fs. 138 y fs. 138 vta.).

De ahí, entonces, lo dicho en cuanto a su falta de título para demandar como lo hace contra el Banco Hipotecario S.A.

Va de suyo que lo anterior explica, además, el sentido propio de la cláusula 13ª del Convenio de Preventa, según la cual el Banco demandado comprometió la transferencia del dominio del inmueble de que se trata "...en los términos comprometidos por el vendedor...", esto es, no sobre la base de un compromiso personal asumido frente a la actora como dueño fiduciario (fs. 5); y explica, desde luego, el sentido de la cláusula 14ª en cuanto, como ya se dijo, señaló la falta de titularidad por la actora de cualquier acción contra el Banco, sin perjuicio de su derecho de ir contra el vendedor (fs. 6).

8º. Finalmente, me importa observar que aun si se considerase cierta la versión de la actora en el sentido de que la unidad "C" por ella elegida resultó vendida a un tercero, no se ha probado que tal alegada venta hubiera sido hecha por el Banco demandado con posterioridad a que dispusiera la ejecución de la garantía fiduciaria y quedara habilitado para vender, por sí, como fiduciario, las unidades erigidas en la propiedad fideicomitida.

Al ser ello así, no es posible juzgar si ha actuado en ese cometido con culpa grave o dolo causando la imposibilidad de escrituración alegada en la demanda, por lo que –sin agravio de los arts. 6º y 7º de la ley 24.441– cabe estar consiguientemente a lo que resulta del contrato de fideicomiso en cuanto dispuso, con evidente aplicación respecto del Convenio de Preventa, que "...el fiduciario no contrae responsabilidad alguna ante el fiduciante, ante el originante ni ante terceros como consecuencia de sus actos u omisiones como fiduciario..." (fs. 142, pto. 7.3; lo subrayado no está en el original), y que "...No existen responsabilidades implícitas de ningún tipo atribuibles al fiduciario..." (fs. 142 vta., pto. 7.4).

9º. Las razones que anteceden, llevan a admitir la apelación de la parte demandada, y tornar innecesario el tratamiento del recurso de la actora, salvo en lo relativo a la imposición de las costas.

Por ello, debe confirmarse la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó la demanda, pero no por las razones expuestas por el juez a quo sino como consecuencia de la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Banco Hipotecario S.A.

En cuanto a las expensas del juicio, propongo que tanto las de primera instancia, cuanto las de alzada en ambos recursos, se impongan por su orden, teniendo en cuenta la complejidad jurídica y fáctica del caso, que pudo generar en la actora la convicción de que le asistía derecho para demandar (art. 68, segunda parte, cód. procesal).

Los doctores Vassallo y Dieuzeide adhieren al voto que antecede.

Concluida la deliberación los señores jueces de Cámara acuerdan: (a) Admitir la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Banco Hipotecario S.A. y, consecuentemente, confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó la demanda. (b) Imponer las costas de ambas instancias por su orden (art. 68, segunda parte, cód. procesal). - *Pablo D. Heredia*. - *Gerardo G. Vassallo*. - *Juan J. Dieuzeide* (Sec.: *Fernando M. Pennacca*).