



%08*è!RèxJkiŠ

Causa Nº 1-57813-2013 -

"DI GIANO, OSVALDO HORACIO Y OTROS C/ CALO, GUILLERMO

ALFREDO S/ RESOLUCION DE CONTRATO"

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nº 1 - TANDIL

Nº Reg.

Nº Folio

En la Ciudad de Azul, a los .13 días del mes de Junio de 2013 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Esteban Louge Emiliozzi, Lucrecia Inés Comparato y Ricardo César Bagú, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"DI GIANO, OSVALDO HORACIO Y OTROS C/ CALO, GUILLERMO ALFREDO S/ RESOLUCION DE CONTRATO "**, (Causa Nº 1-57813-2013), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores LOUGE EMILIOZZI-COMPARATO-BAGU .-**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-C U E S T I O N E S-

1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 109/114?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-V O T A C I O N-

A LA PRIMERA CUESTION: el señor Juez Doctor **LOUGE EMILIOZZI** dijo:

I) El día 12 de enero de 2007 se celebró en la ciudad de Tandil un boleto de compraventa –obrante a fs. 6- respecto a un inmueble sito en calle Quintana 1191 de dicha ciudad, resultando **vendedores los Sres. Osvaldo Horacio, José Roberto y Graciela Di Giano, y comprador el Sr. Guillermo Alfredo Calo.**

En lo que interesa destacar, en la cláusula segunda del aludido boleto se fijó el precio en la suma de \$ 60.000, estipulándose que \$ 24.000 serían pagados en ese acto, \$ 26.000 el día 29 del mismo mes, y el saldo de \$ 10.000 *“dentro de los próximos noventa (90) días y una vez finalizado el trámite sucesorio en trámite ante el Juzgado Civil y Comercial Nro. 1 de Tandil expediente Nro. 18.273, y juntamente con la escritura traslativa de dominio. Se deja aclarado que la suma de \$ 10.000, quedarán depositados en la escribanía interviniente hasta tanto se realice la escritura”*. Por su parte, en la cláusula tercera se declaró que la tenencia del inmueble era dada al comprador en ese acto, mientras que la posesión real le sería conferida junto con el pago de \$ 26.000 el día 29.01.2007. Finalmente, en la cláusula quinta se estableció que la escritura traslativa de dominio sería suscripta ante el Escribano Marcelo D’Alessandro, pactándose que los impuestos, honorarios y gastos que la misma demande serían solventados por el comprador, mientras que los gastos inherentes a la sucesión, tales como la cédula catastral y el tracto abreviado de la respectiva

sucesión o inscripción y construcciones y/o ampliaciones no declaradas, serían afrontadas por los vendedores.

II) El presente proceso es iniciado por los vendedores del aludido inmueble, quienes frente a lo que denuncian como un incumplimiento de la otra parte la demandan por **resolución de contrato y daños y perjuicios**.

Refieren en el escrito de inicio (fs. 24/28) que el vendedor cumplió con los dos primeros pagos comprometidos, pero hasta la fecha de la demanda no se canceló el saldo de \$ 10.000 que entienden debió haberse entregado hasta el 30.04.2007, siendo que el sucesorio (autos "Iozzia, Holanda s/ Sucesión ab-intestato") se encontraba totalmente concluido, cumplimentado el art. 20 de la ley 6716, pago el impuesto de justicia y mandada a inscribir la declaratoria de herederos con relación al bien, lo que permitía la escrituración por tracto abreviado.

Agregan que dicho pago fue requerido en forma extrajudicial de manera reiterada, gestiones en las que intervino la Martillera interviniente y el Escribano ante quien debía celebrarse la escritura.

Refieren que el día 05.02.2008 enviaron una carta documento al accionado (la que obra a fs. 11), intimándolo a que en el plazo de 15 días cumplimente el pago de \$ 10.000 depositándolos en la Escribanía correspondiente, con más intereses y gastos, en razón de encontrarse el sucesorio finalizado y en condiciones de escriturar, y bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Añaden que el día 14.10.08. el Escribano D'Alessandro también remitió una carta documento al accionado (obrante a fs. 9/10), convocándolo a suscribir la escritura.

Aclaran que ninguna de las dos misivas antes referidas fue contestada por el demandado, ante lo cual solicitan –como ya se anticipó- que se declare resuelto el contrato, se disponga la restitución del inmueble, y se les reparen los daños y perjuicios ocasionados equivalentes al canon locativo de la vivienda ocupada por el demandado.

III) Bilateralizada la demanda bajo el cauce del proceso sumario (fs. 29), se presentó el accionado a contestarla a fs. 46/51, solicitando su rechazo, con costas.

Si bien en este responde se reconoce la celebración del negocio, se brinda una versión de los hechos distinta respecto a los acontecimientos acaecidos durante la ejecución del mismo.

Es así que, en lo medular, refiere el accionado que cumplió con los dos primeros pagos comprometidos, y que en ningún momento le fue requerida su presencia para la suscripción de la escritura traslativa de dominio, a lo que se suma que su parte ignoraba que la sucesión estaba concluida ya que no fue informado de tal situación.

Aduna que ello surge del propio relato de la actora, ya que recién le “intentaron” comunicar que el trámite sucesorio se encontraba concluido mediante la carta documento de fecha 05.02.2008, aunque sin comunicarle cuándo se llevaría a cabo el acto escriturario. Además, afirma que jamás recibió esa carta documento, aunque igualmente de haberla recibido ella no habilitaría a la resolución del negocio.

En cambio, admite haber recibido la carta documento enviada por el Escribano, pero cuestiona que en ésta se lo haya intimado a abonar el saldo del precio con más intereses siendo que su parte no estaba en mora, y además desconoce efectos jurídicos a dicha misiva por no haber asumido los contratantes el compromiso de concurrir a las citaciones del Escribano.

Abocándose luego a las pretensiones contenidas en la demanda, considera abusiva la resolución contractual que persiguen los actores en atención a que su parte abonó más del 83% del precio total de la venta, invocando en tal sentido lo dispuesto por el art. 1185 bis del Código Civil. También rechaza los daños y perjuicios solicitados, consistentes – como ya vimos- en el valor locativo del bien, por considerar que es propietario del mismo restando solo la escrituración a su favor.

IV) A fs. 54 se abrió la causa a prueba, y luego de transitarse por las alternativas propias de esta etapa del proceso a fs. 109/114 se dictó la sentencia definitiva de primera instancia cuya apelación genera la actual intervención de este Tribunal.

Este decisorio dispuso, en su parte resolutive, rechazar la demanda impetrada por la actora en cuanto intenta resolver el contrato, debiendo abonar el demandado el saldo de precio de \$ 10.000, con más los intereses equivalentes a la tasa activa que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de descuento, desde la fecha de mora que se establece en la oportunidad de haber recibido el accionado la notificación de que el expediente sucesorio estaba finalizado y se encontraba en condiciones de escriturar (06.02.08., según respuesta del correo de fs. 76). Impuso las costas por su orden con sustento en lo normado por el art. 71 del C.P.C.C., y se difirió la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 51 de la ley 8904.

Para así decidir, el “a quo” partió por considerar abusiva la pretensión de resolver el contrato, con sustento en el art. 1071 del Código Civil y doctrina y jurisprudencia que consideró aplicables al caso, atendiendo fundamentalmente a que el accionado ya había pagado el 83% del precio del inmueble.

Sin perjuicio de ello, a través de la absolución de posiciones encontró acreditado que en febrero de 2008 los vendedores enviaron una misiva al comprador, intimando al pago del saldo de precio con más intereses y gastos, bajo apercibimiento de resolución. También explicó que el propio Sr. Calo reconoció al absolver posiciones que no concurrió a la Escribanía porque no tenía dinero disponible, sino otros “valores” que ofreció a la actora y que ésta no aceptó. Añadió que, a su entender, el tiempo de demora para escriturar desde el plazo fijado en el contrato (abril de 2007) hasta que finalmente se estuvo en condiciones de escriturar (febrero de 2008) no fue destacado por ninguno de las partes como un incumplimiento

relevante, por lo que no puede servir de defensa al accionado para alegar su propia irresponsabilidad.

De todos modos, y volviendo al razonamiento inicial, consideró abusiva la pretensión resolutoria, entendiendo que la solución más adecuada para el caso es disponer el cumplimiento con más los daños y perjuicios. Por ello, concluyó que el accionado deberá abonar el saldo impago de \$ 10.000 con más la tasa activa antes referida.

V) Ambas partes apelaron el decisorio reseñado ut-supra (fs. 118 y 121 y concesiones de fs. 119 y 122, respectivamente).

Arribados los autos a esta instancia la parte actora expresó agravios a fs. 132/134, recibiendo respuesta a fs. 146/148, mientras que el demandado hizo lo propio a fs. 136/141, obteniendo la contestación de fs. 143/144.

Las críticas de los actores giran en torno a la desestimación de resolución del contrato ante lo que consideran un incumplimiento pertinaz del demandado. Admiten que el monto impago es inferior al 20%, pero adunan que la falta de cancelación de ese importe les generó un grave perjuicio. Destacan que el incumplimiento se produjo en el año 2008, por lo que el importe a abonar sufrió el deterioro producido por la inflación, sin perjuicio de que las obligaciones no canceladas generan un daño en sí mismo. Ponen de resalto que el saldo tampoco fue abonado y/o depositado en oportunidad de la notificación de la demanda, ni transcurrido el plazo legal para su contestación, ni una vez notificada la sentencia. Señalan, en definitiva, que no se puede considerar abusiva la pretensión de resolución ante el incumplimiento del demandado, siendo que el mismo a través de lo actuado en forma extrajudicial y judicial no ha dado ninguna muestra de su interés en cancelar la obligación. Añaden, en otro orden, que no está discutido que el accionado se encuentra en posesión del inmueble desde su venta, dejando en evidencia que quien incurre en abuso es el Sr. Calo. Finalmente, recuerdan que la resolución del contrato debe ser acompañada de los daños y perjuicios que fueran reclamados.

Las críticas del demandado están orientadas, en primer lugar, a denunciar una supuesta violación del principio de congruencia, dado que se ha obligado a su parte a cancelar la suma de \$ 10.000 con más intereses, siendo que ello no había sido pedido por los actores, quienes demandaron por resolución y no por cumplimiento. Añade, en relación a este tópico, que recién se encontrará obligado a pagar dicha suma en el momento de procederse a la escrituración del inmueble a su favor, quedando eventualmente constituido en mora en ese momento. En subsidio, solicita que se considere que su parte no se encuentra constituida en mora, y eventualmente que los intereses a abonar sean los equivalentes a la tasa pasiva que aplica el Banco de la Provincia de Buenos Aires. Finalmente, se agravia por la condena en costas por su orden.

VI) A fs. 149 se llamó autos para sentencia y a fs. 151 se practicó el sorteo de ley, por lo que las actuaciones se encuentran en estado de resolver.

VII.a) Dado el tenor de los agravios de ambas partes, pero en especial del demandado, se impone, en primer lugar, **analizar si ha mediado o no incumplimiento del accionado en el pago del saldo del precio** que –de reunir los requisitos necesarios- autorice el ejercicio de la resolución contractual (doctr. arts. 1203 y 1204 del Código Civil). Este análisis es necesario pues –como vimos- los actores sostienen que aquél incurrió en incumplimiento desde el mes de abril de 2007, mientras que el Sr. Calo afirma que no está incurso en mora pues sólo deberá abonar dicho saldo al momento de hacerse efectiva la escritura.

Creo necesario abrir un pequeño paréntesis de tinte procesal para explicar que, a mi criterio, este tópico debe ser abordado por esta alzada máxime que el accionado haya variado parcialmente sus argumentos defensivos, ya que –como hemos visto- en primera instancia negó haber recibido la carta documento enviada por los actores en febrero de 2008 y no estar al tanto de la finalización del sucesorio, pero en esta instancia no intenta controvertir tal recepción que el “a quo” tuvo por

probada. Sin embargo, entiendo que no es de aplicación al caso el valladar que viene impuesto por los arts. 266 y 272 del C.P.C.C., ya que si bien en la contestación de demanda el accionado negó haber recibido la carta documento, también manifestó que aunque ésta se le hubiere cursado no se le mencionó el momento en que se iba a proceder a escriturar el inmueble y en el cual –a estar a su argumento defensivo- debía concretar el pago del saldo (fs. 47vta., último párrafo, con negritas y mayúsculas).

Aclarado ese aspecto procesal, y retomando lo que venía diciendo, con el fin de evaluar si ha mediado o no incumplimiento es imprescindible **interpretar** los términos del negocio para determinar cuáles eran los comportamientos debidos por las partes (Ramella, Anteo E., “La resolución contractual por incumplimiento. Pacto comisorio y mora en los derechos civil y comercial”, pág. 52, cit. por esta Sala en causas – acumuladas- 51.691 y 51.692, “Lomes” y “Alvarez”, respectivamente, del 05.09.08., y en causa n° 53.830, “Augelli de Trama”, del 24.02.11.).

De la cláusula segunda del boleto de compraventa que nos ocupa, que he transcripto en la reseña inicial (ver apartado I), se desprende que el pago del saldo del precio debía efectuarse *“dentro de los próximos noventa (90) días y una vez finalizado el trámite sucesorio en trámite ante el Juzgado Civil y Comercial Nro. 1 de Tandil expediente Nro. 18.273, y juntamente con la escritura traslativa de dominio.”*

Hasta allí podría asistir razón al demandado al sostener que su parte sólo se encontraría obligada a abonar el saldo del precio en el acto mismo de llevarse a cabo la escritura, lo que a su vez nos conduciría a analizar quién fue el responsable de que dicho acto no se concretara. Sin embargo, no puede soslayarse que en la oración final de dicha cláusula se dejó expresamente estipulado *“... que la suma de \$ 10.000, quedarán depositados en la escribanía interviniente hasta tanto se realice la escritura”*.

Esta oración final reviste la máxima importancia, pues deja en claro que una vez finalizado el sucesorio el pago del saldo

debía quedar depositado en la Escribanía mientras se preparaba la escritura. Además, la finalidad de la cláusula es clara, ya que, como lo tiene reiteradamente dicho esta Cámara a través de sus dos Salas, “la obligación de escriturar es compleja, porque requiere intervención notarial; y necesita de una actuación colectiva, ya que tanto el vendedor como el comprador deben cooperar para llevar a cabo la **serie de actos preparatorios** que permitirán, al fin, cumplir el acto definitivo de la escritura. De allí que las partes estén sujetas a deberes de fidelidad o de conducta, puesto que las mismas se vinculan en una estrecha comunidad jurídica, donde en su base existe una relación de confianza. Estos deberes fuerzan a las partes a obviar o superar los obstáculos que puedan impedir la escrituración, manteniendo una comunicación fluida; de allí que se trate de deberes de comunicación, información y otros que impone la buena fe (esta Cámara, Sala II, causa n° 53.869 “Aguilar” del 21.04.10., primer voto del estimado colega Dr. Galdós, con sus citas; esta Sala, causa n° 55.229 “Saavedra” del 13.09.11., primer voto de la estimada colega Dra. Lucrecia Comparato, con sus citas, entre muchas otras). En el mismo sentido, se dijo en otro precedente de esta Sala que contó con primer voto del estimado ex colega Dr. Céspedes que “El deber de hacer, de otorgar la escritura pública, recae por igual sobre ambas partes. Tanto el vendedor como el comprador deben cumplir con aquellas obligaciones previas y que hagan posible el otorgamiento de la escritura, así como a colaborar con el notario con todo lo que éste necesite para hacerlo. Puede decirse que para cada parte es una obligación y a la vez un derecho. Ambas partes deben instar la celebración del acto, y ajustar su conducta a los principios de lealtad y buena fe. Hay pasos previos denominados por Mosset Iturraspe y Novellino deberes secundarios, que de no ser observados, difícilmente podrá arribarse al otorgamiento de la escritura. Así, pueden ser mencionados para el comprador: **pago del precio**, designación del escribano, etc. Para el vendedor: entrega de los títulos, de los planos, de los comprobantes de pago de impuestos y expensas comunes etc. (Claudio

M. Kiper, “Juicio de Escrituración. Conflictos derivados del boleto de compraventa”, pág. 238)” (causa n° 52.514, “González”, del 26.02.09.).

En este marco, y como antes decía, no hay dudas de que el fin perseguido por las partes –en especial por los vendedores- al insertar la oración final de la cláusula segunda, era transitar por todos los pasos previos necesarios para concretar la escrituración asegurándose de que el saldo sería efectivamente percibido; de allí la exigencia de que el saldo debía quedar depositado en la escribanía hasta tanto se otorgara la escritura.

Efectuado este análisis, forzoso es concluir que el accionado incurrió en incumplimiento en abonar el saldo de precio de la operación, el que queda claramente evidenciado luego del envío de la carta documento por parte de los vendedores, que obra a fs. 11, mediante la cual se le comunicaba al Sr. Calo que el trámite sucesorio se encontraba concluido y los antecedentes en poder de la Escribanía D’Alessandro, y se lo intimaba a que en el plazo de quince días cumplimente el pago del saldo de \$ 10.000, con más sus intereses y gastos, depositándolos en la aludida Escribanía, bajo apercibimiento de resolver el contrato en los términos del art. 1204 del Código Civil. Cabe recordar –como antes lo hice- que en la contestación de demanda el accionado negó haber recibido esta carta documento que no fue acompañada de su correspondiente aviso de recibo y en base a tal negativa estructuró básicamente su defensa, pero –como lo destacó el “a quo”- al absolver posiciones reconoció haber recibido la carta documento y no haber cumplido con el saldo de precio por no contar con dinero disponible (ver pliego de fs. 79 y absolución de fs. 80, fundamentalmente posiciones 2da. a 4ta.). Esta confesión tiene valor de plena prueba (art. 421 del C.P.C.C.), a lo que se suma –como mero elemento coadyuvante- la respuesta del Correo Argentino de fs. 76, donde se informa que la carta documento en cuestión, que fue dirigida al inmueble objeto de esta litis y donde vive el demandado, fue entregada el día 06.02.08. y firmada su recepción por “Calo”.

También se mencionó en la demanda (fs. 25) que el reclamo del pago del saldo de precio se efectuó por vía extrajudicial en forma reiterada, gestión en la que intervinieron la martillera Celia Sánchez y el Escribano Jorge Marcelo D'Alessandro, quienes depusieron en autos como testigos ratificando tales afirmaciones (fs. 88 y 89 e interrogatorio de fs. 86, en especial respuesta a la pregunta quinta; arts. 384, 456 y conc. del C.P.C.C.). La trascendencia de la intervención de estos profesionales no puede soslayarse, ya que –como se ha destacado por la doctrina- son importantes las gestiones del escribano para superar los obstáculos que puedan suscitarse en el íter escriturario, reflexiones que también cabe hacer extensivas a las gestiones que pueda realizar el corredor interviniente en el negocio (Cabuli, Ezequiel “El uso abusivo del pacto comisorio. Una excusa para no cumplir”, en LL 2010-B-169).

b) Si la conclusión arribada en el apartado anterior es compartida, corresponde abordar ahora los agravios de la actora vertidos contra la sentencia en tanto -si bien tuvo por probado el incumplimiento del comprador- **rechaza la pretensión de resolución contractual por considerarla abusiva.**

A tales fines, útil es recordar que según una generalizada definición, la **resolución** es un modo de ineficacia de los negocios jurídicos, que se da en razón de la producción de un hecho sobreviniente a la constitución del negocio, que a veces es imputable a una de las partes y otras veces es totalmente extraña a la voluntad de ellas, y que extingue retroactivamente sus efectos debido a que en la ley o en el propio acto jurídico se le atribuyó esa consecuencia (Rivera, Julio C. “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, T. II, pág. 913, con sus citas; esta Sala, causa n° 53.580, “Carotti”, del 10.12.09.).

La **facultad comisorio** es el instituto que permite a la parte cumplidora **resolver** las obligaciones emergentes de los contratos con prestaciones recíprocas en caso de que su contraparte no cumpla. **La expresión facultad comisorio es un género comprensivo de dos**

especies: la facultad comisorio implícita y el pacto comisorio (Nicolau, Noemí L. “Fundamentos de Derecho Contractual”, pág. 348 y sig.).

Prosigue explicando esta autora que la **facultad comisorio implícita** es un elemento natural de los contratos con prestaciones recíprocas que autoriza a la parte acreedora de una prestación incumplida a resolver el contrato empleando determinado mecanismo judicial o extrajudicial. Se encuentra regulada en los párrafos primero y segundo de los arts. 216 del Código de Comercio y 1204 del Código Civil.

Por su parte, **el pacto comisorio** es un elemento accidental en los contratos que tiene efectos análogos a la facultad comisorio implícita. Puede ser incorporado en cualquier contrato por acuerdo de partes, y se encuentra regulado, en primer término por el régimen previsto por las partes, y, supletoriamente, por el párrafo tercero del art. 1204 del Código Civil y 216 del Código de Comercio. Además, está contemplado de modo genérico en el art. 1203 del Código Civil (Ibáñez, Carlos M. “Resolución por incumplimiento”, pág. 275).

En otro pasaje sumamente esclarecedor explica Nicolau que tanto la facultad implícita como el pacto pertenecen estructuralmente al mismo instituto, pero en nuestro derecho positivo se diferencian por el modo en que operan ante el incumplimiento, pues los Códigos prevén un **mecanismo resolutorio diferente** para cada uno de ellos (ob. cit., pág. 349).

Como bien lo destacó el “a quo”, existe amplio consenso en la doctrina y la jurisprudencia respecto a que **la facultad de resolver un contrato por incumplimiento de la contraria no puede ser ejercida abusivamente**, esto es, frente a un incumplimiento menor, pues ello colisionaría con los arts. 1071 y 1198 del Código Civil, al tiempo que atentaría contra el principio de conservación del negocio. La cantidad de citas contenidas en la sentencia apelada al respecto me relevan de ahondar sobre el particular, destacándose entre las mismas el precedente de esta Sala –en su anterior integración- que contara con primer voto del Dr.

Céspedes, y en el que se recoge “mutatis mutandi” (ya que no se trataba estrictamente de un caso de resolución contractual) lo que viene diciendo desde hace mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia acerca de la aplicación de la doctrina del abuso del derecho frente a la reclamación resolutoria de contratos (causa n° 47.676, “Ibañez de Ziljstra”, del 30.11.04.).

Ahora bien, la tarea de determinar cuándo puede considerarse abusiva la resolución no es sencilla, pues nuestro legislador no ha proporcionado previsiones explícitas. No obstante, y a pesar de las diferencias de opinión, es posible advertir que en nuestra doctrina y jurisprudencia prevalece el criterio objetivo, que pone énfasis en el impacto que el incumplimiento produce en la finalidad negocial, en cuanto afecta o deja insatisfecho el interés del acreedor. En definitiva, **el juicio sobre la gravedad del incumplimiento exige la ponderación de las concretas circunstancias de hecho**, a partir de la especial consideración de la finalidad negocial y de las razonables expectativas que el acreedor se hubiere formado en torno al negocio (puede verse a Frustagli, Sandra “Resolución contractual por incumplimiento: vía extrajudicial y el control judicial”, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XI, N° V, mayo de 2009, pág. 69 y sig.; Stiglitz, Rubén S., “La resolución contractual por incumplimiento, que afecta la causa final del negocio”, L.L. 2009-E-772; Ibañez, Carlos Miguel, “Resolución por incumplimiento”, Astrea, 2003, págs. 178 a 186).

En la misma orientación, se dijo en un precedente de esta Sala que “El art. 1204 no hace mención a la gravedad que debe revestir el incumplimiento. Ramella sostiene que “el legislador, como es lógico, no se ha aventurado con una fórmula única, sino que ha dejado librado a la apreciación judicial la solución de ese problema”; y agrega que los arts. 1071 y 1198 “brindan directivas bien amplias que permitirán a los jueces moverse con toda holgura para hacer jugar su prudente arbitrio frente a las circunstancias del caso y llegar en la práctica a soluciones que consulten principios de justicia, no haciendo lugar a pretensiones de

resolución, cuando ellas no respondan a un auténtico interés del acreedor (Ibañez, “Resolución por incumplimiento”, págs. 181 y 184)” (causas n° 54.645 “Banega” y 54.646 “González” –acumuladas- del 15.12.2010).

Sin lugar a dudas, y tal como lo explica Ibañez en la página 185 de la obra citada trayendo a colación el art. 1054 del Proyecto de Código Civil de 1998, **en este análisis no se puede prescindir del cotejo entre la dimensión del incumplimiento en relación con el valor objeto del acto**. Y vuelve sobre esta idea en la página 190, al aclarar que si bien el incumplimiento parcial –como acontece en la especie- no impide la resolución, corresponde examinar la gravedad que el incumplimiento parcial implica en la economía del contrato.

Esta faceta de la cuestión también fue analizada en las dos causas de este tribunal arriba citadas (causas n° 54.645 “Banega” y 54.646 “González” –acumuladas- del 15.12.2010), afirmándose que **el incumplimiento de que se trata debe ser importante**, en el sentido de que “...para que el incumplimiento autorice a pedir la rescisión debe referirse a la omisión de cumplir con una obligación fundamental del negocio, cuya importancia comprometa el equilibrio económico o jurídico...” (Zavala Rodríguez, Código de Comercio Comentado, T.I-248, n° 479, anotando el art. 216 de dicho código que es antecedente directo y de redacción similar al art. 1204 C.Civil). Y se agregaba que “No todo incumplimiento origina la resolución del contrato. Para ser idónea a tal efecto, la inejecución **debe alcanzar tal entidad que afecte una prestación sustancial**; o en otros términos, que de haber sabido el acreedor que la prestación no habría de cumplirse en su integridad, no hubiera celebrado el contrato” (Fontanarrosa, Derecho Comercial Argentino, T. II. 112, con igual aclaración que la cita anterior).

Con todo, y anticipándome a un aspecto sobre el que volveré en el apartado que sigue, ha de tenerse presente que **el solo hecho de haberse abonado parte sustancial del precio no obsta al ejercicio del pacto comisorio si no media abuso de derecho**, y

determinar cuándo ese ejercicio es o no abusivo depende de las circunstancias propias de cada causa, sin que corresponda ceñirse a un criterio puramente matemático (Kemelmajer de Carlucci, Aída en “Principios y tendencias en torno al abuso de derecho en Argentina”, en “Abuso del Derecho” Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 16, pág. 209 y sig., esp. pág. 245, cit. por esta Sala en causas n° 54.645 “Banega” y 54.646 “González” -acumuladas- del 15.12.2010).

Desde otra óptica, pero siempre a los fines de evaluar la entidad del incumplimiento, se ha distinguido entre las obligaciones principales y las accesorias. Expresa Ibáñez, siguiendo en este punto a Mosco, que “son obligaciones principales todas aquellas que sirven de manera necesaria para la consecución del resultado típico de un contrato determinado. Lo que significa, que son obligaciones principales ante todo, aquellas que configuran las posiciones de cambio; por ejemplo, **propiedad de la cosa contra precio de venta**, goce de la cosa contra el pago recíproco de la renta” (ob. cit., pág. 190; el resaltado me pertenece).

La distinción entre obligaciones principales y accesorias cobra especial relevancia en materia de resolución contractual pues, como explica Ibáñez en la obra citada, **el incumplimiento de una obligación accesoria constituye un incumplimiento parcial que en principio no tiene carácter resolutorio** (ob. cit., pág. 191). También se refiere a este punto con notable precisión Stiglitz, quien en el trabajo antes citado afirma que constituye presupuesto de hecho relevante de la resolución contractual el incumplimiento de una obligación principal o el incumplimiento de una obligación accesoria siempre y cuando ésta repercuta sobre el buen desenlace de la prestación principal. No me extenderé sobre la aptitud resolutoria de una obligación accesoria por no ser ese el supuesto de autos, pudiendo ampliarse la cuestión en un precedente de esta Sala en el que sí se planteaba la resolución por incumplimiento de una prestación de esa naturaleza (causa n° 53.580, “Carotti”, del 10.12.09.).

c) Aplicando los principios expuestos al caso de autos, he de coincidir inicialmente con el “a quo” en cuanto a que debe valorarse que el comprador ya abonó \$ 50.000 sobre un total de \$ 60.000, es decir, el 83,33% del precio del inmueble.

Sin embargo, como bien lo sostienen los actores en su recurso, el caso reviste otras particularidades que no pueden soslayarse.

En primer lugar, y como dato fáctico fundamental, ha de valorarse que –aún computando la fecha de la carta documento de fs. 11, sin perjuicio de encontrarse acreditado que mediaron gestiones de cobro previas- al presente **han transcurrido algo más de seis años** sin que el demandado abonara el saldo de precio. Entiendo que **el factor “tiempo” es un elemento que necesariamente debe evaluarse junto con la importancia del incumplimiento**, ya que no es lo mismo una demora por un período breve que un incumplimiento que se mantiene durante muchos años. Este factor –me refiero al tiempo del incumplimiento- también fue valorado en las causas del tribunal ya citadas (n° 54.645 “Banega” y 54.646 “González” –acumuladas- del 15.12.2010) como un elemento para encontrar procedente la resolución.

Junto a lo anterior, debe ponderarse que en la especie las partes no habían estipulado un pacto comisorio, por lo cual **los actores debieron recurrir al mecanismo resolutorio previsto en el art. 1204 segundo párrafo del Código Civil**, lo que implica la previa intimación a cumplir en el plazo de quince días, bajo apercibimiento de resolución. Esta intimación se llevó a cabo mediante la carta documento de fs. 11 de fecha 05.02.08., cuya redacción es inobjetable, y que –como vimos- el accionado negó haber recibido, aunque luego en el proceso se probó lo contrario, al punto que al expresar agravios tuvo que variar en gran medida los argumentos defensivos que había empleado al contestar demanda. Sin desconocer las ventajas que tiene la inclusión en el contrato de un pacto comisorio, debemos convenir que cuando ello no ocurre y debe recurrirse al mecanismo establecido para la facultad comisoria implícita, el margen para

cometer abusos en el planteo de resolución se reduce en buena medida, ya que es precedido de un apercibimiento a cumplir, con la ventaja que ello significa para el deudor.

Por último, y tal como se desprende de lo dicho hasta aquí, no puede dejar de evaluarse la conducta del accionado, quien ha permanecido en el inmueble desde el mes de enero de 2007 y postergado la integración del saldo mediante distintos argumentos que fue mutando a lo largo del proceso. Como hemos visto, en la expresión de agravios sostiene que su parte sólo estará obligada a abonar dicho saldo al momento de la escrituración, soslayando la oración final de la cláusula segunda del boleto de compraventa. Cabe traer a colación en tal sentido un fallo citado por Kemelmajer de Carlucci en el trabajo antes referido (págs. 245/246), recaído en un supuesto en el cual el accionado también había incurrido en contradicciones al pretender justificar su incumplimiento, afirmando el tribunal que “también debe revalorizarse el axioma del respeto por la palabra empeñada, cuyo amparo conduce al marco de la seguridad esencial para el desenvolvimiento de la vida en sociedad” (Cám. Civ., Com. y Cont. Adm. de Río Cuarto, 19-9-96, “Bufali c/ Bianchini”, L.L. Córdoba, N° 8, 1997, p. 689).

Como contrapartida, no encuentro que medie abuso del derecho por parte de los actores. Es que, tomando las pautas que hemos desarrollado ut-supra para evaluar cuándo un planteo resolutorio puede resultar abusivo y cuándo no, seguramente ningún vendedor de un inmueble se embarcaría en una compraventa sabiendo que transcurridos más de seis años desde la misma seguirá sin percibir un porcentaje –aunque sea menor- del precio.

Por todo lo expuesto, he de propiciar al acuerdo admitir los agravios de la actora, teniendo por operada la resolución contractual (arts. 1203, 1204 y conc. del Código Civil).

d) Si lo dicho hasta aquí es compartido, y en virtud de los efectos que produce la resolución del negocio –a los que me referiré a continuación-, quedan desplazados los agravios vertidos por la accionada, al

tiempo que el tribunal debe pronunciarse sobre las distintas pretensiones contenidas en el escrito de demanda. Esto último por aplicación del **principio de “plenitud de la jurisdicción”**, según el cual en estos casos en los que no se comparte el fundamento del juez por el cual se rechazaron las pretensiones contenidas en la demanda, debe la alzada pronunciarse sobre las mismas, sin que corresponda devolver el expediente al juez de primera instancia para que dicte un nuevo decisorio (De los Santos, Mabel “Flexibilización de la congruencia”, La Ley del 22.11.07., mediante remisión a otro trabajo de la misma autora: “Procedimiento en segunda instancia”, en la obra colectiva “Recursos ordinarios y extraordinarios”, Arazi (dir.) De los Santos (coord.), pág. 209; esta Sala, causas n° 53.322 “Larregina” y sus acumuladas, del 22.10.09., voto Dra. Fortunato de Serradell; n° 53.799, “Veiga”, del 25.02.10.; n° 55.098, “Volonté”, del 15.07.11.; n° 55.193, “Sucesores de Abdala” del 25.08.11.; n° 55.573, “De Lorenzo”, del 15.12.11., entre otras).

Como es sabido, la resolución de un negocio jurídico produce efectos: **a) extintivo**: las obligaciones de ambas partes se extinguen con efecto retroactivo; **b) liberatorio**: el acreedor se libera de las obligaciones contractuales y también el deudor; **c) recuperatorio (o restitutorio)**: las partes deben restituirse mutuamente lo que cada una de ellas hubiera recibido de la otra; **d) resarcitorio**: la resolución del contrato por el incumplimiento del deudor genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el acreedor (esta Sala, causas n° 51487, “Vázquez” del 12.03.2008, voto Dra. Fortunato de Serradell; n° 52858, “Romero” del 07.05.2009, voto Dr. Céspedes; n° 53.830, “Augelli” del 24.02.11., voto del suscripto; n° 56.562, “Granda” del 01.11.12., voto de la Dra. Comparato, con cita de Ibañez, “Resolución por incumplimiento”, pág. 291, entre otras).

1. En este caso, y comenzando por los **efectos restitutorios**, el accionado deberá restituir el inmueble a los actores –tal como fue reclamado en la demanda, conf. fs. 24-, al tiempo que éstos

últimos deberán restituir a aquél la suma de \$ 50.000 ya percibida, sin intereses por no haber esta parte dado lugar a la resolución (Excma. S.C.B.A., Ac. 41838, “Affranchino”, del 03.04.90., A. y S. 1990-I-645; Ac. 36.525, “Uribe” del 16.12.86.; Ac. 43.318, “Ferrara”, del 05.03.91.; esta Sala, causas n° 54.520, “Taboada” del 05.11.10. y fundamentalmente n° 53.830, “Augelli” del 24.02.11.).

2. En cuanto a los **efectos indemnizatorios** (art. 1204, segundo párrafo, última parte, y conc. del Código Civil), en la demanda se solicitó la reparación de los perjuicios ocasionados consistentes en la privación de uso y goce de la propiedad, reclamándose concretamente el pago de un **cánon locativo** con más sus intereses, desde el día 12.01.07. en que se entregó la tenencia del inmueble, y hasta la fecha de la demanda. Se estimó dicho monto en la suma de \$ 25.500 y/o lo que en más o menos resulte de la prueba, haciéndose reserva de ampliar por los nuevos períodos devengados hasta la efectiva restitución del inmueble. Sin embargo –y anticipándome a un aspecto procesal sobre el que luego volveré- esa ampliación nunca se hizo efectiva, e inclusive en la expresión de agravios de los actores se recordó que en el escrito de inicio se había pedido la reparación de este daño “desde que el demandado se encuentra en posesión del inmueble, hasta la fecha de promoción de la demanda (30 meses)” (fs. 133, último párrafo), sin hacer ninguna alusión a una ampliación del reclamo.

En lo que hace al fondo de la pretensión, esta Sala, en anteriores precedentes, se ha pronunciado a favor de su procedencia, afirmando que se trata de un daño que encuentra su causa en la retención sobreviniente al reclamo de restitución debiendo fijarse su importe –por analogía- según el **valor locativo del inmueble**, lo que resulta de la aplicación de los arts. 520 y 1198 del Código Civil (causas n° 51.487, “Vázquez”, del 12.03.08., voto de la Dra. Fortunato y n° 52.793, “Pereyra”, del 30.04.09., voto del Dr. Céspedes, entre otras).

En lo que respecta al “dies a quo”, que será el arranque para establecer el cómputo de dicho daño, en las causas de esta Sala recién citadas se dijo que “...la doctrina se ha debatido entre quienes consideran que se produce desde que el incumplidor ha sido notificado de la decisión de resolver, siendo innecesaria una nueva interpelación (Compagnucci de Caso, Goldemberg, Miguel, Trigo Represas, Zannoni) y quienes concluyen que para ello es preciso una intimación específica, que puede ser simultánea con la notificación de la opción de resolución (Alterini, Belluscio, Cifuentes, Kemeljer de Carlucci)...”.

En este caso, siendo que se recurrió al mecanismo resolutorio establecido para la facultad comisorias implícitas, habiéndose intimado al deudor a cumplir bajo apercibimiento de resolución mediante la carta documento obrante a fs. 11, la que fue entregada el día 06.02.08. (conf. respuesta del Correo Argentino de fs. 76), entiendo que la fecha de inicio del rubro en cuestión debe establecerse al vencimiento del plazo de 15 días allí otorgado, es decir desde el día **22 del mismo mes y año** (arts. 24, 27, 28 y conc. del Código Civil), ya que el efecto resolutorio se produce sin más una vez vencido el llamado plazo de gracia sin que el deudor haya cumplido su obligación (art. 1204 del Código Civil; Padilla, René A., “Responsabilidad Civil por mora”, pág. 519).

A su vez, este rubro se devengará hasta el día de interposición de la demanda, esto es el día **09.09.2009** (fs. 28) pues, como antes vimos, así fue solicitado en el escrito de inicio y no se hizo uso del derecho de ampliar (al respecto puede verse esta Sala causa n° 53.830, “Augelli”, sentencia interlocutoria del 28.09.2010), por lo que una solución contraria vulneraría el principio de congruencia (arts. 34 inc. 4to., 163 inc. 6to., 266, 272 y conc. del C.P.C.C.).

En lo que hace al “quantum” de este valor locativo, deberá estarse a los informados –para el período de tiempo en cuestión- en la pericia de tasación de fs. 98, de la cual no encuentro mérito para apartarme (arts. 384, 474 y conc. del C.P.C.C.), aplicándose a los mismos, a

mes vencido, y hasta su efectivo pago, la tasa pasiva que abona el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprometidos, y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa (conf. arts. 7 y 10, ley 23.928, modif. por ley 25.561, art. 622, Cód. Civil; Excma. S.C.B.A. C. 101.774 “Ponce” del 21.10.09.; C. 94.077 “García” del 07.04.10.; C. 97.868, “González” del 18.05.2011, entre otras).

3.- En cuanto al plazo para el cumplimiento de la sentencia (arts. 163 inc. 7mo., 164 y conc. del C.P.C.C.), propongo que se establezca en 30 días corridos a contar desde que la presente resolución adquiera firmeza (arts. 163 inc. 7mo., 164 y conc. del C.P.C.C.) para que el demandado restituya el inmueble y los actores la suma de dinero, y en diez días corridos contados desde que adquiera firmeza la aprobación de la liquidación pertinente para que el demandado abone el cánón locativo con más sus intereses.

Así lo voto.-

Los Señores Jueces Doctores **Comparato y Bagú** **adhirieron** por los mismos fundamentos **al voto precedente.-**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez **Doctor LOUGE EMILIOZZI,** dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo revocar la sentencia de fs. 109/114 y admitir la demanda de resolución contractual y daños y perjuicios, condenando a las partes a restituirse recíprocamente el inmueble y la suma de \$ 50.000 recibida como parte de precio, lo que deberá hacerse efectivo a los 30 días corridos a contar desde que la presente resolución adquiera firmeza, y al accionado a abonar al actor en concepto de daños y perjuicios la suma que resulte al practicar la liquidación conforme a las pautas proporcionadas al tratar la cuestión anterior, lo que deberá hacerse efectivo a los 10 días corridos de adquirir firmeza el auto que apruebe la aludida liquidación.

En orden a lo normado por el art. 274 del C.P.C.C., propongo que las costas de ambas instancias se impongan al accionado vencido (art. 68 y conc. del Cód. cit.), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad en que se determine el valor del bien y se liquiden los daños y perjuicios (arts. 26 primera parte, 46, 51 y conc. de la ley 8904, conf. Hitters-Cairo, "Honorarios de abogados y procuradores", pág. 528 apartado 46.2.b. y pág. 530 apartado 46.4.b. aplicable analógicamente a la resolución contractual).

Así lo voto.-

Los Señores Jueces Doctores **Comparato y Bagú** **adhirieron** por los mismos fundamentos **al voto precedente.-**

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC.; **se Resuelve: I)** Revocar la sentencia de fs. 109/114 y admitir la demanda de resolución contractual y daños y perjuicios, condenando a las partes a restituirse recíprocamente el inmueble y la suma de \$ 50.000 recibida como parte de precio, lo que deberá hacerse efectivo a los 30 días corridos a contar desde que la presente resolución adquiera firmeza, y al accionado a abonar al actor en concepto de daños y perjuicios la suma que resulte al practicar la liquidación conforme a las pautas proporcionadas al tratar la primera cuestión, lo que deberá hacerse efectivo a los 10 días corridos de adquirir firmeza el auto que apruebe la aludida liquidación. **II)** Con costas de ambas instancias al accionado vencido (art. 68, 274 y conc. del C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad en que se determine el valor del bien y se liquiden los daños y perjuicios (arts. 26 primera parte, 46, 51 y conc. de la ley 8904). Notifíquese y devuélvase.

Esteban Louge Emiliozzi
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Lucrecia Inés Comparato
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ricardo César Bagú
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ante mí

Dolores Irigoyen
Secretaria
-Sala 1-
-Cam.Civ.Azul-