--- En la ciudad de Trelew, a los 10 días de marzo del año dos mil ocho, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Carlos Dante Ferrari, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“D. , M. A. y otro c/ R. , C. E. s/ Resolución de Contrato”** (Expte. Nº 22.444 - año: 2007) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Debe declararse desierto el recurso de apelación fundado a fs. 143/147?, SEGUNDA: Caso negativo de lo anterior, ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? y TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 156.----------

A LA PRIMERA CUESTIÓN, dijo el Dr. Ferrari: ----------

--- I. Al hacer lugar a la demanda entablada, la sentencia definitiva de primera instancia declaró resuelto el contrato de compraventa suscripto entre las partes, disponiendo el reintegro del inmueble vendido a los actores y eximiendo a éstos de reintegrar las sumas recibidas en concepto de pago parcial de precio, conforme a la estipulación contractual comisoria expresa, con costas al vencido.---------- II. Los fundamentos del decisorio, en lo esencial, fincan en que: a) ha quedado acreditada la relación contractual habida entre las partes a tenor del contrato glosado a fs. 4/5. b) En la cláusula 3era. se estipuló que en caso de mora en el pago del saldo de precio, los vendedores podían dar por rescindido ipso iure el contrato, quedando a su favor todas las sumas abonadas hasta ese momento por el comprador. c) Debe tenerse por probado el incumplimiento del deudor debido al silencio guardado ante el traslado de la demanda (cuya contestación por parte del Defensor Oficial fue declarada extemporánea por tardía) y por la confesión ficta incurrida, ante su inasistencia a la audiencia confesional. d) Que ante la existencia de un pacto comisorio expreso y habiéndose cumplido las condiciones previstas en los arts. 509 y 1204 C.C., corresponde hacer lugar a la resolución contractual pretendida, con las consecuencias previstas en la citada cláusula 3era., acogiendo así la demanda entablada, con costas.----------

III. El fallo es apelado por el perdidoso a tenor de la pieza recursiva glosada a fs. 143/147, respondida por la contraparte a fs. 149/152 vta.----------

------- Los motivos de agravios expuestos son, en síntesis, los siguientes: 1) el incumplimiento del deudor carece de entidad suficiente para autorizar la resolución, ya que abonó el 82% de la suma estipulada ($ 37.800.-), siendo que por el monto restante ($ 24.200.-) el acreedor era el Banco H. N. y no los demandantes. 2) La eximición a la parte vendedora de las sumas recibidas en concepto de precio por aplicación de la cláusula penal estipulada en el boleto de compraventa, violenta principios fundamentales como lo son el abuso de derecho, la buena fe, la moral y el enriquecimiento sin causa, entre otros. En base a las facultades que le confiere la ley, la sentenciante pudo haber reducido de oficio dicha penalidad, conforme a lo previsto por el art. 656, 2do. párrafo, del Código Civil.---------- IV. Un cotejo de los fundamentos de la sentencia y de las quejas planteadas permite comprobar que, más allá de lo que en definitiva haya de resolverse a su respecto, la parte apelante ha dirigido sus críticas sobre aspectos dirimentes que constituyeron el fondo de la decisión, y que dichas objeciones no se reducen a poner de manifiesto una mera discordancia de opinión, sino que además se exponen allí los motivos por los que considera que el fallo debe ser revocado, efectuando de tal modo una impugnación que, al menos prima facie, satisface los recaudos y exigencias formales.---------- En consecuencia, sin ahondar aquí en la consideración de las argumentaciones vertidas en dicha pieza recursiva y más allá del destino que en definitiva pueda merecer la apelación impetrada – aspectos que abordaré al tratar la siguiente cuestión– opino que, en tanto las objeciones planteadas reclamarán un condigno análisis y consideración por parte del Cuerpo, la expresión de agravios contiene por tanto un mínimo de crítica que, objetivamente, permite considerar cumplidos los requisitos exigidos por el ordenamiento procesal desde el punto de vista estrictamente técnico, pues, como ya lo hemos sostenido en precedentes análogos, en caso de duda, ha de estarse por la suficiencia del recurso (conf. Exptes. 10576; 19279; 20792; 20850 C.A.N.E.; entre muchos otros).---------- Voto entonces a esta cuestión por la NEGATIVA.---------- --- **A ESA MISMA CUESTION PRIMERA** el Dr. Velázquez expuso: ---------- A la síntesis que del fallo apelado y de los agravios vertidos hiciera el colega

preopinante me remito en homenaje a la brevedad.---------- Allende la suerte final que puedan tener los agravios reseñados, no veo que falte en ellos la crítica concreta y razonada requerida por el art. 265 C.P.C.C. para la suficiencia técnica de la pieza de impugnación. El recurrente siguió el esquema clásico de una correcta expresión de agravios: seleccionó del discurso de la juzgadora aquellos argumentos que constituyeron las ideas dirimentes -incumplimiento contractual, operancia del pacto comisorio expreso y cláusula penal que obstaba a la completa retroacción de todas las prestaciones cumplidas- y, efectuada esa labor de comprensión, señaló en cuáles puntos del desarrollo argumental habíase, a su entender, incurrido en erratas, fuere en las referencias fácticas o en la interpretación jurídica -falta de gravedad del incumplimiento contractual y carácter abusivo en la cláusula penal-, que condujeron al desacierto ulterior (confr.: esta alzada, c. 13.653 S.D.C. 51/98, c. 15.900 S.D.L. 24/00, c. 21.694 S.D.L. 52/06, c. 21.924 S.D.L. 13/07).---------- No existe pues deserción recursiva que quepa declarar en los términos del art. 266 C.P.C.C. y me expido pues en esta cuestión por la NEGATIVA.---------- **DIJO A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Ferrari: ---------- I. Ya han sido reseñados anteriormente los motivos de agravios, por lo que ingresaré directamente al tratamiento de los mismos.---------- II. Están fuera de discusión –por falta de agravio a su respecto (conf. art. 271, C.P.C.C.; su doctrina)– la existencia y términos del contrato, el estado de mora y el incumplimiento del deudor, así como las intimaciones y la comunicación de resolución cursados por los actores y su recepción por el demandado. El planteo concreto del apelante se ciñe, en definitiva, sostener que la entidad del incumplimiento no justificaba la decisión rupturista, y que la cláusula penal por retención de sumas recibidas es excesiva, pudiendo haberse morigerado aun de oficio.---------- III. Comenzaré por señalar que el demandado tuvo ocasión de introducir estos planteos defensivos cuando se le corrió traslado de la demanda, optando en cambio por la no contestación de la misma, de manera que su introducción en esta instancia resulta manifiestamente tardía.---------- En este orden de ideas, sabido es que la ocasión procesal oportuna para introducir excepciones o

defensas atinentes es la que marcan los arts. 346, 355 y ss. del C.P.C.C. De tal manera, la demanda y su contestación conforman la traba del litigio delimitando el marco de las cuestiones de fondo sometidas a la decisión jurisdiccional, y a ellas deben circunscribirse los magistrados, en virtud del principio de congruencia (arts. 34, inc. 4°, 163, inc. 6°, C.P.C.C. ; su doctrina).----- En consonancia con este esquema procesal, cuando la sentencia de primera instancia es apelada, los límites de la jurisdicción abierta por el recurso están dados por los capítulos litigiosos propuestos al inferior y quedan marginadas de la función revisora de la Alzada las presentaciones extemporáneas (conf. Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos Procesales...”, t. II, pág. 400/401 y sus citas – L.E.P., 1988), regla clara y categórica establecida por el ordenamiento adjetivo en cuanto determina que “el tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos al juez de primera instancia...” (art. 277 C.P.C.C.).---------- A partir de dichas pautas normativas, resulta evidente que quien no ha comparecido oportunamente al proceso no puede estar en mejor situación que quien contestó la demanda en debido tiempo y forma, de modo que las argumentaciones introducidas tardíamente por el aquí demandado en su pieza de agravios no pueden ser consideradas por este Cuerpo, a tenor de la prohibición legal ya apuntada.---------- En idéntico sentido se ha sostenido que el tratamiento por parte del tribunal de argumentos que no han sido expuestos en los escritos iniciales afecta seriamente los principios de defensa en juicio y de congruencia (art. 18, Constitución Nacional y arts. 34 inc. 4 y 163, inc. 6, Cód. Procesal (conf. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII • 28/12/2000 • Eneine, Norma Z. c. Obra Social de Conductores Camioneros y Personal del Transporte Automotor de Cargas • DT 2001-B, 1433; id. sala VII • 21/10/1998 • Granada, Aurelio c. Feder S. A. y otros • DT 1999-A, 689 - DJ 1999-2 , 354).---------- El mismo criterio ha sido ratificado por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación al expresar que “el régimen del art. 277 del Cód. Procesal sólo atribuye al tribunal de segunda instancia la jurisdicción que resulta de los recursos deducidos ante ella, limitación ésta que tiene jerarquía constitucional. Así, configura una extensión indebida de los límites de tal jurisdicción la incorporación al litigio de una

defensa no alegada y en oportunidad impropia para posibilitar la discusión de su admisibilidad y procedencia (Corte Suprema de Justicia de la Nación • 27/08/1993 • Elliff, Carlos H. c. Banco Central de la República Argentina. • LA LEY 1994-B, 182 - DJ 1994-1, 1117).---------- IV. Sólo a mayor abundamiento diré, en el marco puramente teórico, que en los casos de pacto comisorio expreso, las consideraciones acerca de la gravedad del incumplimiento que autoriza a la resolución contractual deben atender primordialmente a lo acordado al respecto por las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad (arts. 1137, 1198, 1204 y conc., C.Civil). Si se ha estipulado que la mora en el incumplimiento de una obligación principal da lugar al ejercicio de esta facultad –en la especie, pago del precio– la comprobación objetiva de dicho incumplimiento basta, en principio, para abonar el derecho ejercido, salvo que el incumplimiento fuera visiblemente irrelevante. Llegados a este punto, no puede dejar de señalarse la inexactitud de dos afirmaciones del recurrente en punto al precio pactado y al porcentaje abonado del mismo. El primero comprendía no sólo el monto acordado en efectivo ($ 37.800.-) sino asimismo la suma de $ 24.200.- adeudados en concepto de un préstamo hipotecario, pues conforme a los elementos aportados al proceso, está visto que esta última porción del precio constituyó una delegación de deuda imperfecta, esto es, sin novación (art. 814, C.Civil). Prueba irrefutable de ello son los resúmenes de cuenta del Banco H. N. con pagos realizados por los actores en febrero de 2005 (fs. 28/29) que demuestran que ellos seguían siendo deudores ante dicha entidad crediticia. Por la misma razón, los pagos realizados hasta la constitución en mora representaron el 50% y no el 82% del precio, tal como pretende sostenerlo el aquí apelante.---------- Por último, tampoco es atendible la argumentación del recurrente referida a que la cláusula penal por retención de sumas abonadas debió ser revisada aun de oficio por el juez, con base en lo establecido en el art. 656, 2da. parte del Código Civil. Sabido es que la facultad judicial de morigerar la penalidad pactada es excepcional y sólo se justifica en los supuestos en que importe una lesión abusiva y exorbitante. Por el mismo motivo, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, en criterio que comparto, han considerado que, en principio, la reducción debe ser a pedido de parte –y

recuérdese que este artículo defensivo no fue introducido en la debida ocasión procesal– de manera que los jueces carecen de atribuciones para ejercerla de oficio (conf. Borda, G.A., “Tratado...” , Obligaciones, t. I, pág. 209 y sus citas – Ed. Perrot, 1989; id. Belluscio-Zannoni, “Código Civil...”, t. 3, pág. 221 – Astrea, 1981; entre otros). Cierto es que una nueva corriente parece inclinarse por admitir la revisión oficiosa, pero ello tan sólo en aquellos supuestos excepcionales en que el vicio sea manifiesto por no requerir de una investigación de hecho, circunstancia que no concurre en la causa.---------- ---------- V. Conclusiones: ---------- ---------- Como síntesis de todo lo expresado, opino que el fallo deberá confirmarse en lo que ha sido materia de agravios, con costas al apelante (art. 68, C.P.C.C.). De compartirse esta postura, propongo fijar los honorarios por las actuaciones profesionales en esta Alzada, atendiendo a la extensión, eficacia de las tareas y resultados respectivamente obtenidos, como sigue: a) para los patrocinantes letrados de la parte actora, en la suma de $ 2.600.- b) para la apoderada y el patrocinante letrado de la parte demandada, en las sumas de $ 380.- y $ 1.085.- respectivamente (arts. 6, 7, 9, 10, 11, 13, 14, 19, 39, 47 y conc., Dec. Ley 2.200).------ Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.---------- **A ESTA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez manifestó: ---------- Incontestada la demanda en autos (v. fs. 77/vta.), no fue en consecuencia opuesta defensa alguna -esa era la única oportunidad procesal habilitada para hacerlas valer (art. 356 regla 1era. C.P.C.C.)- que a la Señora Magistrada de la anterior instancia le fuera dado decidir sin quebrantar el principio de congruencia (arts. 34 inc. 4°, 163 inc. 4° cód. cit.).---------- Tampoco es dado a este cuerpo resolver hoy sobre las alegadas al fundar la apelación, porque, como también en el trámite de segunda instancia rige el mentado principio de congruencia -pauta general consagrada para todo el proceso-, las defensas que no han sido materia del litigio no pueden ya ser incorporadas en la alzada, ante la que resulta inadmisible la ampliación de un debate cuya continencia quedó fijada al trabarse la litis (arts. 271 últ, párr., 277 ídem). En suma, que la expresión de agravios no es pieza que brinde ocasión para suplir la ausencia de responde a la demanda mediante la proposición extemporánea de

capítulos defensistas (confr.: Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., III-334 y 413/414 y sus extensas citas de jurisprudencia).---------- En cuanto a la reducción de oficio de la cláusula penal a la que el apelante se refiriera, ella era y es inadmisible tanto se conceptúe la morigeración del art. 656 párr. 2° Cód. Civ. como efecto de una nulidad, cuanto se la considere efecto de una acción de reducción. En el primer caso, porque, al ser instituida en interés individual del deudor afectado por el supuesto exceso, estaríamos en presencia de una nulidad relativa parcial (confr.: Llambías, “Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711", Ed. J. A. 1969, pág. 77; Alterini, “La inmutabilidad relativa de la cláusula penal”, Revista del Notariado, separata del n° 712, pág. 18, n° 23) que sólo puede ser declarada a pedido de parte (art. 1048 cód. cit.). En el segundo supuesto, porque la decisión sobre lo excesivo o no de la pena requiere de la alegación y prueba de datos fácticos que han de estar cargo de la parte interesada con resguardo del derecho de defensa de la contraria, de modo que el juez no podrá declarar la reducción sin ruego de parte (confr.: Kemelmajer de Carlucci, “La cláusula penal”, Depalma 1981, pág. 100 n° 75 y págs. 126/128, nros. 91 y 93).---------- Tales razones, coincidentes con las brindadas por el ponente, me conducen también a mí a concluir que el fallo atacado merece ser confirmado, con costas de segunda instancia al recurrente vencido en ella (art. 68 C.P.C.C.) y regulando los honorarios profesionales en las sumas que el prevotante propiciare por ser acordes con la extensión, calidad y eficacia de las labores desarrolladas en la alzada (arts. 6, 7, 9, 10, 11, 13, 14, 19 del dec-ley 2.200).---------- Voto en esta cuestión entonces por la AFIRMATIVA.---------- --- **A LA TERCERA Y ÚLTIMA CUESTIÓN**, el Dr. Ferrari expresó: ---------- En vista del acuerdo arribado acerca de las cuestiones precedentes, corresponderá por tanto: I) CONFIRMAR el fallo apelado en todas sus partes. II) Con costas en la Alzada al demandado, fijándose las retribuciones profesionales como sigue:) para los patrocinantes letrados de la parte actora, en la suma de $ 2.600.- b) para la apoderada y el patrocinante letrado de la parte demandada, en las sumas de $ 380.- y $ 1.085.- respectivamente.---------- Así lo voto.----------

---------- --- **A DICHA CUESTIÓN FINAL** el Dr. Velázquez respondió: ---------- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Ferrari, reflejo fiel de la decisión del cuerpo formada al expedirnos sobre las precedentes cuestiones.---------- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haber coincidencia de opinión y hallarse vacante la restante vocalía de la Sala (art. 8 de la Ley 1130, To. Ley 4550).---------- Trelew, 10 de marzo de 2008.---------- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:---------- **S E N T E N C I A**: ---------- CONFIRMAR el fallo apelado en todas sus partes.---------- --- IMPONER las costas en la Alzada al demandado, fijándose las retribuciones profesionales como sigue:) para los patrocinantes letrados de la parte actora, en la suma de $ 2.600.- b) para la apoderada y el patrocinante letrado de la parte demandada, en las sumas de $ 380.- y $ 1.085.- respectivamente.---------- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

Fdo: CARLOS A. VELÁZQUEZ – CARLOS DANTE FERRARI

REGISTRADA BAJO EL Nº 06 DE 2.008 – SDC.- Conste.-

c.

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA