------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los

días del mes de julio del año dos mil nueve, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Jorge Luis Früchtenicht y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Günther Enrique Flass, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados:***"L., A. C. c/ C. C. A. s/ Sumario"*** (Expte. N° 14/09 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.---------

------Practicado a fs. 168 el sorteo establecido por el art. 268 del C.P.C.C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FLASS – FRÜCHTENICHT.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 141/143 vta? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Flass dijo:----------

-----A fs. 11/12 el Sr. A. C. L. mediante su apoderado el Dr. M. V. F. inicia demanda de daños por incumplimiento contractual contra el Sr. C. A. C..-------

---

------A fs. 21/23 el demandado, con el patrocinio letrado del Dr. F. B. contesta demanda oponiéndose al progreso de la acción.----------

------A fs. 141/143 vta. se dicta sentencia n° 05/2009 del 2 de febrero de 2009 por la cual: 1) Se rechaza la demanda al entender el a quo no configurada la mora del deudor demandado. 2) Las costas se imponen en el orden causado dado que el rechazo de la acción no obedeció a los argumentos defensivos sino a las consideraciones jurídicas manifestadas por el a quo en virtud del principio *iura novit curia*.----------

------A fs. 151 apela el actor y concedido que le fuera el recurso expresa agravios a fs. 156 y vta. Se queja por entender que la obligación fuente de la

acción era de plazo tácito y en consecuencia la mora se produciría con la sola interpelación del acreedor sin que fuera necesaria determinación judicial. El carácter tácito del plazo deviene –a criterio del recurrente- del transcurso del tiempo. En una confusa fundamentación argumenta que la demanda no puede considerarse prematura pues *"la pretensión es de resarcimiento de daños por un contrato que ha debido rescindirse" (SIC).*----------

------A fs.150 apela el demandado y concedido que le fuera el recurso expresa agravios a fs. 159/161 vta. donde se queja por la imposición de costas que, estima ,debieron cargarse al actor en forma exclusiva.----------

------Resumidas de esta forma las constancias, hechos y pretensiones de autos corresponde analizar los agravios expresados.----------

------**La mora del deudor demandado.**----------

------Nuestro codificador dispuso en el art. 509, distintos modos para constituir en mora al deudor de una obligación. En lo que aquí interesa debemos decir que cuando la obligación tiene plazo tácito basta con la interpelación del acreedor, mientras que si el plazo es indeterminado resulta necesario que el mismo sea establecido por la jurisdicción. Lo dicho nos lleva a la vez a distinguir el concepto del plazo tácito del de indeterminado. Un plazo es tácito cuando puede llegar a ser inferido de la naturaleza y circunstancias de la obligación mientras que, en caso contrario resultará indeterminado.----------

------La obligación cuyo incumplimiento genera la presente acción es la de efectuar mensura con vistas a la escrituración.----------

------La queja del recurrente radica en que –a su entender- el carácter tácito del plazo viene dado por el tiempo transcurrido sin que el deudor hubiere cumplido u ofrecido cumplir, en consecuencia la cuestión sometida a conocimiento de este Tribunal se circunscribe a decidir si el transcurso del

tiempo resulta hábil para convertir un plazo indeterminado en tácito. Dicho de otra forma no podemos adentrarnos a analizar si la obligación es en efecto de plazo tácito o determinado sino exclusivamente si uno u otro carácter puede devenir solamente del tiempo transcurrido con posterioridad a la constitución de la obligación sin que el deudor hubiere cumplido.----------

------Dice WAYAR *"El tácito es una especie de plazo indeterminado, porque si bien en la fuente de la obligación no se individualiza el acontecimiento que marcará el límite final del plazo, de la naturaleza y circunstancias de la misma obligación es posible inferir el momento o época a partir de la cual el comportamiento debido se habrá hecho exigible … Lo que caracteriza a esta especie de obligación es que en la fuente que ha hecho nacer ese vínculo no se ha determinado un hecho cuyo acaecimiento pueda servir como límite final. Pese a ello, de la naturaleza y circunstancia de la misma obligación se puede deducir cuando llegará ese límite" (WAYAR, Ernesto C. derecho Civil. Obligaciones. T.II. Lexis Nexis Buenos Aires 2002, pag. 29).*----------

------Queda claro para mi que la naturaleza y circunstancias de las cuales se podrá inferir el límite final del plazo son las atinentes a la misma obligación, a su constitución y no las circunstancias posteriores. Así, en el caso que nos ocupa, el acontecimiento que permita deducir el límite del plazo debe derivar de lo acordado por las partes en la cláusula sexta del boleto de compra y venta agregado a fs. 5 y vta., mas no del transcurso del tiempo posterior.----------

------Puede que la obligación sea efectivamente de plazo tácito, puede que ese carácter derive –quizás- del hecho de que la contraparte ha pagado ya la totalidad del precio de venta pero no es eso lo planteado por el recurrente y no podemos, en consecuencia avocarnos al análisis de ello, pues el principio de congruencia limita nuestro conocimiento a las cuestiones invocadas por las partes. El recurrente se limitó a atribuir carácter tácito al plazo, basándose solo en el tiempo transcurrido con posterioridad y se equivoca pues esta última circunstancia no hace a la naturaleza del plazo ni tiene aptitud para tornar

tácito lo que en su origen es indeterminado o a la inversa.----------
---

------Propongo al pleno el rechazo del agravio en cuestión.----------
---

------La imposición de costas:----------

------Se queja el demandado de que las costas se hubieran distribuido por su orden pues entiende que, habiendo resultado vencedor se le debieron imponer exclusivamente al actor.----------

------El a quo fundó su decisión en la circunstancia de que el demandado reconoció expresamente la obligación de proceder a la mensura mas no ofreció cumplirla y en que la *exceptio non adimplenti contractus* resultaba improcedente ante la falta de prueba del incumplimiento de la actora.----------
---

------Entiendo que asiste razón al recurrente. No es quien opone la excepción de incumplimiento quien debe probar dicho incumplimiento ni quien debe ofrecer cumplir sino el que acciona. A este respecto ha dicho LOPEZ DE ZAVALIA *"Por aplicación del principio el que excepciona se convierte en actor, creyeron algunos que el cargo de la prueba pesaba sobre el demandado. Había en esto un error, derivado de la antigua concepción sobre la distribución de la prueba. El demandado que opone la exceptio no invoca ningún hecho impeditivo, ni modificativo sino simplemente niega que se haya integrado el hecho constitutivo que justifica la demanda del actor , y que como todo hecho, debe ser probado por aquel a quien su acreditación beneficia... La redacción de nuestra ley, que no describe la exceptio, sino las condiciones de procedencia de la demanda, no deja lugar a dudas: la prueba corresponde a quien demanda el cumplimiento." (LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. "Teoría de los contratos. Parte General" 3ª ed. Zavalía. Buenos Aires 1984 pag. 381)*. La letra del art. 1201 tampoco deja lugar a dudas: es quien demanda el cumplimiento el que debe probar haber cumplido la obligación a su cargo u ofrecer cumplirla.-------En consecuencia entiendo que, aun cuando la acción sea rechazada en base a consideraciones jurídicas introducidas por el a quo en virtud del principio iura curia novit, es el actor

quien debe asumir la totalidad de las costas cuando la defensa del demandado apareciera in limine fundada.----------

------Lo dicho me lleva a concluir que no existe en la causa razón para apartarse del principio objetivo de la derrota y en consecuencia propongo al pleno modificar la sentencia de la anterior instancia disponiendo que las costas sean impuestas en su totalidad al actor derrotado.----------

------Queda por decidir respecto a las costas de la presente instancia las que en atención al principio objetivo de la derrota y al resultado que propongo al pleno, considero deben imponerse a la actora.----------

------**A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. Früchtenicht, dijo**:---

------1. Llegan los presentes autos a esta Alzada, a fin de atender sendos recursos de apelación intentados: a fs. 150 por el demandado y a fs. 151 por el actor, ambos concedidos a fs. 152 y contra la sentencia definitiva de fs. 141/143 y vta., que en lo sustancial, resolvió rechazar la demanda de daños y perjuicios e impuso las costas en el orden causado.----------

------Los agravios deducidos por el actor se agregan a fs. 156 y vta, y dispuesto su traslado a la contraria (v. providencia de fs. 157), merecieron la réplica de la parte demandada (v. fs. 162 y vta.).----------

------A fs. 159/161vta., el demandado apelante dedujo sus propias quejas, las que no merecieron la réplica de la contraria (v. constancia de la Actuaria de fs. 165).---

------A esta altura, advierto que las quejas serán tratadas en el orden en que fueran propuestas por las partes.----------

------En ocasión de fundar sus ofensas el actor quejoso (v. fs. 156 y vta.), se agravia sosteniendo que la obligación que surge del convenio que unió a las partes contenía plazo tácito de cumplimiento y que en virtud de ello la mora

del demandado incumplidor se produce con la sola interpelación fehaciente del actor/acreedor sin necesidad de determinación judicial de aquel plazo.----------

------2. Entiendo que la cuestión central que debo abordar a fin de dar tratamiento al agravio del actor apelante está constituida por la eventual mora del deudor que aquél acusa.----------

------Así, resulta inevitable advertir que la cuestión central que irrita al actor apelante resulta ser la relacionada con el plazo de la obligación que surge de la cláusula 6º del boleto de compra venta que uniera a las partes y que luce anejado a fs. 5 y vta. Por ello no puedo eludir referenciar, al art. 509 del Código Civil, el que, al referir las *obligaciones a plazo*, alude sólo a las de plazo cierto y la mora en este caso se produce por su solo vencimiento. En su consecuencia, la mora automática de la primera cláusula del precitado art. 509 de la ley sustantiva resulta aplicable sólo a los casos de obligaciones con plazo cierto.----------

------Diferente tratamiento tienen las obligaciones con ausencia de plazo determinado. En éstas, el plazo es incierto cuando se ha fijado con relación a un hecho futuro necesario, para culminar venciendo el día en que aquel hecho necesario se realice o produzca. En este segundo supuesto, la mora del deudor debe ser fijada judicialmente en los términos del tercer párrafo del art. 509, en tanto y cuanto se haya indicado en el contrato el comienzo del plazo para que el deudor cumpliera con su obligación mas no el término ni la duración de aquél, tal el supuesto en análisis (en idéntico sentido, ver CNCom, sala D, sent. 13.09.99 *in re* "*Casella de Bangerter, María A. y ot. c/ Corporación Metropolitana de Finanzas S.A.*", LL 2000-C-913).----------

------En virtud de la cláusula contenida en el párrafo tercero del art. 509 del Código Civil, y no existiendo plazo determinado para el cumplimiento de la obligación asumida en el art. 6º del boleto de compraventa que une a las partes (v. fs. 5vta.), la carta documento cursada al demandado y que luce a fs. 6 no resulta válida para constituir en mora al demandado/vendedor en aquel boleto,

desde que es el juez quien debe señalar el tiempo en el cual deberá aquél cumplir con su obligación (v. C.Civ. y Com. Córdoba, 2da. Nominación, sent. 10.03.99 en "*Yánez Calderón, Rafael A. c/ Moretti de Yánez Calderón, Elyda*", LL 2000-D-891 y LLLitoral 2000-205).----------

------En función a todo lo dicho y coincidiendo con el vocal que me precediese en el voto, entiendo que los agravios deducidos por el actor apelante no pueden tener acogida en esta sede, debiendo confirmarse la sentencia apelada. Así lo voto.----------

------3. Al deducir sus quejas el demandado apelante, se ofende por cuanto el sentenciante impuso las costas del proceso en el orden causado, apartándose del principio objetivo de la derrota, pues ponderó en su sentencia el reconocimiento que hizo el demandado de la obligación contenida en la cláusula sexta del contrato que los unía, no habiendo intentado cumplirlas e intentando repeler la acción.----------

------Respecto de su agravio, debo advertir que no comparto lo sostenido por el judicante de grado en el sentido que el demandado "*reconoció expresamente la obligación contenida en la cláusula sexta del contrato, (…) más, no ofreció cumplirla e intentó repeler la acción*…" (v. cons. SEGUNDO fs. 143 de la sentencia apelada). Y digo que no comparto, pues tratándose de un supuesto de ausencia de mora por lo incierto del plazo de la obligación, el demandado no debía ofrecer cumplirla y repeler la acción resulta ser parte de su derecho de defensa constitucionalmente reconocido y protegido en el art. 44 de la Constitución provincial. Por ello, el agravio del demandado debe prosperar y así lo voto.----------

------4. Tal como propongo se resuelva la cuestión, las costas deberán ser impuestas al apelante vencido, por imperio del principio objetivo de la derrota (art. 68 CPCC). Así lo voto.----------

------A la Segunda cuestión el Dr. Flass dijo:----------

-

-----Conforme a lo expresado al analizar la primer cuestión voy a votar por: **1)CONFIRMAR** parcialmente la sentencia n° 05/2009 del 2 de febrero de 2009 modificándola en cuanto a la distribución de las costas que deben imponerse en su totalidad al actor vencido. **2) IMPONER** las costas de la presente instancia a la parte actora conforme principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C. y C.). **3) REGULAR** honorarios profesionales del Dr. M. A. W. en la suma de $ 3.750 y los del Dr. F. B. en la de $ 5.250, ambos montos más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada. (art. 13 Ley XIII Nº 4 del Digesto Jurídico – Provincia del Chubut).----------

---

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. Früchtenicht, dijo:----------

--

------Por lo expuesto en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** parcialmente la sentencia apelada, modificándola en cuanto a la distribución de las costas que deben imponerse en su totalidad al actor vencido. **II.- IMPONER** las costas de esta instancia al actor vencido conforme principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.). **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. M. A. W. en la suma de $ 3.750,00.- y los del Dr. F. C. B. en la suma de $ 5.250,00.- ambos montos con más el IVA correspondiente, por la tarea desarrollada en esta Alzada. (art. 13 Ley XIII Nº 4 del Digesto Jurídico – Provincia del Chubut).-------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

---

----------S E N T E N C I A----------

-----Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

---

------**I).- CONFIRMAR** parcialmente la sentencia n° 05/2009 del 2 de febrero de 2009, modificándola en cuanto a la distribución de las costas que deben imponerse en su totalidad al actor vencido.----------

------**II).- IMPONER** las costas de la presente instancia a la parte actora conforme principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C. y C.).----------

------**III).- REGULAR** honorarios profesionales del Dr. M. A. W. en la suma de $ 3.750 y los del Dr. F. B. en la de $ 5.250, ambos montos más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada. (art. 13 Ley XIII Nº 4 del Digesto Jurídico – Provincia del Chubut).----------

------**IV).- REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 8 y 9 de la Ley V Nº 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y hallarse vacante una vocalía de Cámara.----------

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT GÜNTHER ENRIQUE FLASS

REGISTRADA BAJO EL Nº CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2009. CONSTE.