------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de marzo del año dos mil diez, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Günther Enrique Flass y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Jorge Luis Früchtenicht, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"L., A. c/ Herederos de H. P. ó P. s/ Escrituración"*** (Expte. Nº 138/09 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 86 el sorteo establecido por el art. 271 del C.P.C.C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FRÜCHTENICHT – FLASS.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 66/69? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

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

------1. Llegan los presentes a esta Alzada, en función del recurso de apelación intentado a fs. 72 por el actor perdidoso y concedido a fs. 73, e impetrado contra la sentencia definitiva de fs. 66/69, que en lo sustancial resolvió rechazar la demanda sumaria de escrituración articulada por aquél y le impuso las costas del proceso.----------

------Los agravios deducidos por el apelante lucen agregados a fs. 80/81 y vta. y conforme al traslado ordenado a fs. 82 y constancia de la Actuaria de fs. 83, no merecieron la réplica de la contraria.----------

------2. En ocasión de deducir sus quejas el apelante (v. fs. 80/81), deduce un agravio genérico, y centra su ofensa afirmando "*Que esta parte se agravia con la sentencia en crisis atento que se refiere únicamente a la rebeldía de la parte demandada y a la aplicación del artículo 1012 del Código Civil para concluir rechazando la presente*

demanda." (v. 1er. párr. del pto. **2.- <u>AGRAVIOS</u>**: de fs. 80), para continuar asegurando que existen elementos y presunciones serias concordantes y probatorias que desvirtúan lo expresado por el Judicante ya que la sentencia toma como elemento la falta de firma de la documentación presentada por el actor. Así, continúa sosteniendo que la prueba documental acompañada en la demanda fue ratificada por los testigos que refiere y que en su consecuencia otorgaría a aquélla una certeza total y absoluta del acto celebrado por las partes y que prueban lo reclamado por el actor. Cita abundante doctrina y precedentes en apoyo de su postura, para concluir solicitando se revoque la sentencia puesta en crisis.----------

------3. Dispuesto a abordar el tratamiento de su agravio, estimo oportuno realizar algunas consideraciones previas. Así las cosas, podemos afirmar que la regulación de la forma de los actos jurídicos que surge de nuestra ley sustantiva sostiene como principio la "*libertad de formas*" (art. 974 del Código Civil), el que aparece recortado por lo que se ha dado en llamar "*neoformalismo*" real al decir de Spota y Mosset Iturraspe (v. MOSSET ITURRASPE, Jorge; "*Contratos*"; Ed. Ediar; Bs As; 1981; p. 222, y SPOTA, Alberto G.; "*Tratado de derecho civil*"; Tº I; Ed. Depalma; Bs As.; 1958; p. 14 y ss.). En su consecuencia, se ciñe la forma escrita en instrumento privado a aquéllos contratos que sobrepasen un cierto límite, en nuestro caso, determinado por el art. 1193 del mismo código, resultando irremplazable tal forma escrita (arts. 975, 976 y 1183 del cód. cit.), mitigándose con la posibilidad de utilizar testigos cuando exista "*principio de prueba por escrito*" en aquéllos casos en que la forma escrita resulta exigida *ad probationem* (arts. 1191, 1192 Cód. Civ.).----------

------Y la mención del art. 1193 del Código Civil no resulta casual, pues advierto que el Boleto de Compraventa en el que funda su pretensión el

actor y que se agrega como documental y tengo a la vista al emitir mi voto, resulta de fecha 10.09.1971 y se habría formalizado ya vigente la Ley Nro. 17.711 (B.O. 26.04.1968 y Fe de Erratas B.O. 05.05.1968), y en función del monto consignado en la cláusula TERCERA de aquél boleto (PESOS LEY 18.188 VEINTE MIL), se encontraría alcanzado por dicha previsión legal al sobrepasar el monto mínimo y en su consecuencia, la forma escrita exigida resulta *ad probationem*.----------

------Tampoco se admite la mitigación señalada en el primer párrafo del presente punto, toda vez que no existe el denominado "*principio de prueba por escrito*" que menciona el art. 1191 del código sustantivo. Y ello así, pues la solicitud de autorización para vender practicada por la Sra. E. G. D. W. a fs. 105 y la consecuente autorización judicial de fs. 106, ambas del Expte. Nro. 517 Fº 296 Letra "H" Año 1996 autos caratulados "*H., P. s/ Testamentaria*" que tramitase por ante el entonces Juzgado Letrado de Primera Instancia de Esquel –y que también tengo a la vista por hallarse acompañado *ad effectum videndi*– no menciona la persona del actor como adquirente, y tal circunstancia constituye también presupuesto fáctico de la pretensión afirmados por el propio actor.----------

------Como lo vengo diciendo, la manera de probar la compra de la parcela en cuestión es la escrita, y el instrumento privado del art. 1012, de forma tal que permita, de algún modo, demostrar la certeza de un hecho o la verdad de la afirmación sostenida por el actor en su escrito inaugural de la instancia.----------

------Así las cosas, y siendo que la forma es la manera en que se exterioriza en el mundo externo la voluntad de los sujetos y que permite otorgarle efectos jurídicos (cfr. DE CASTRO, A.; "*El negocio jurídico*"; Ed. Civitas; Madrid; 1985; Nº 336; p. 277 y ss), el instrumento acompañado e identificado como extendido entre el actor

y la Sra. E. G. de W. en fecha 10.09.1971 carece de un elemento estimado esencial por el art. 1012 del Código Civil –su firma–
y en su función, en los presentes autos no se logró acreditar la hipótesis fáctica afirmada por el actor en el escrito postulatorio de su pretensión y que luce agregado a fs. 7/11 de los presentes autos, pese a no haber sido contradicha aquélla afirmación. Sucede que en nuestro sistema ritual, la rebeldía declarada y firme constituye presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados, ***sólo en caso de duda*** (v. art. 61 de la Ley XIII-5 del Digesto Jurídico Provincial, ex Ley Nro. 2203, en adelante: CPCC). Y ello así, por cuanto el actual proceso civil responde a un modelo de colaboración en el que –en procura de la realización efectiva de los derechos sustanciales de los justiciables– las partes deben hacer lo suyo, controlados por un magistrado activo y no inerte.-
------Debo reiterar aquí lo que vengo sosteniendo de manera reiterada en el sentido que quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo, se expone al riesgo de no formar la convicción del juez y a la perspectiva de un fallo desfavorable, pues la actividad probatoria, como toda carga procesal, se constituye en un imperativo del propio interés.----------
------También, cabe señalar que nuestro máximo tribunal nacional y en relación con materias como las del *sub exámine*, ha resuelto en numerosos precedentes que: "*Los jueces no están obligados a ponderar una por una todas las pruebas. No existe arbitrariedad si la sentencia merita con claridad los elementos de juicio que estima relevantes para la solución del pleito.*" (C.S.J.N., sala I, 21-6-90, causa 47.051, Schmid, José D. en j.: "*Schmid, José D. c/Daniel Tarifa p/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 215-411; íd., 28-6-90, causa 47.695, Espósito, Manuel y otro en j.: "*Valverde, José y otros c/Adán A. Acevedo p/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S.

216-28; íd., 26-8-91, causa 48.377, Caja Nacional de Ahorro y Seguro en j.: "*Sini, Nancy Edith c/Dante Capitanelli y otros s/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 222-419; íd., 22-6-92, causa 50.239, Giovarruscio, María E. en j.: "*Giovarruscio, María E. c/Carlos Alberto Zocco Guatelli p/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 228-192; íd., 18-3-93, causa 51.145, Benavídez, María y otro en j.: "*Benavídez, María y ot. c/ Ricardo Blanco p/su hijo menor p/Sumario s/Inconstitucionalidad*", L. S. 235-345; íd., 11-4-96, causa 54.359, Inca S. A. Compañía de Seguros en j.: "*Borda Ballara, Casimiro c/ Hugo Bordón Gómez y otro p/ Daños y perjuicios s/ Inconstitucionalidad*", L. S. 264-95).----------

------Conforme lo dicho, estimo que los agravios deducidos por el actor apelante no pueden prosperar en esta sede, y así lo voto.----------

------4. Tal como propondré se resuelva la cuestión, estimo que las costas de esta instancia deben imponerse al apelante vencido, por imperio del principio objetivo de la derrota (art. 69 del CPCC), no advirtiendo motivos para su apartamiento.----------

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

------Habiendo el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión, descripto de forma acabada los antecedentes y planteos de la causa de marras voy a proceder al análisis de las cuestiones que fueron motivo de agravio.----------

------1) La prueba del contrato:----------

------El Sr. Juez a quo rechaza la acción de escrituración debido a que los documentos de donde –según el actor– surgiría la obligación de escriturar, carecen de firma. Considera insuficientes los testimonios rendidos en autos, extendiéndose especialmente en el del Dr. F. V.. Respecto a este último, el a quo resta valor convictivo a la prueba en atención a que el testigo recordó que se había suscripto un boleto de

compra venta en su estudio, sin embargo el boleto aludido no puede ser el acompañado en autos, precisamente por que este último no se encuentra suscripto.----------

------El actor se agravia de lo decidido. Se explaya en citas doctrinarias referidas a la obligatoriedad de los compromisos contraídos en documentación privada (fs. 80 parr. 7°) y sobre la eficacia de los instrumentos no firmados como principio de prueba por escrito.--------

------Entiende el recurrente que en autos hay principio de prueba por escrito. Sostiene que reviste tal carácter el testimonio de autorización judicial para la venta que –según su versión– entregara la demandada al Esc. D. B. y la escritura n° xxx del 19 de agosto de 1977 confeccionada por el Esc. De Bernardi y que nunca fuera suscripta por la demandada.----------

------Aducen, además, que el contrato ha tenido principio de ejecución habiéndose ya abonado el precio de venta y hecho tradición del inmueble al comprador. Consideran que estos hechos han quedado probados con la misma escritura n° xxx a la que me referí ut-supra.----

------Entrando al análisis del agravio encuentro que los recurrentes no lograron elaborar una crítica concreta y detallada de la sentencia.-------

------La sentencia rechaza la acción no por que la testifical sea inadmisible para probar contratos (art. 1193Cod. Civ.) –al menos no solo por ello– sino porque, además, los dichos de los testigos no aportan en sí mismos, certeza alguna acerca de los hechos que se pretenden probar. La prueba de testigos no fue rechazada sólo por **inconducente** al estar vedada por el Código Civil para este tipo de hechos sino también por **inútil** en atención a que los testigos nada aportaron que sirva para la resolución de la causa. Los recurrentes debieron intentar convencer al Tribunal no sólo de la conducencia sino también de la utilidad.----------

------Dice la a quo que el testimonio del Dr. F. V. no aporta convicción y lleva razón en ello. El testigo declara recordar que se suscribió en su estudio un boleto de compra venta entre A. L., L. L. y E. W. pero evidentemente se trata de un instrumento distinto a aquel con el cual se pretende llevar adelante la presente acción, pues este último carece de firma y en consecuencia hay imposibilidad material de que hubiera sido *"…suscripto…"* en el estudio del Dr. F. V.. Tampoco el testimonio del Esc. D. B. aporta mayores datos, pues de él sólo surge que alguien –no dice quien y nada me hace pensar que fuera la demandada– le encargó confeccionar escritura y que la misma no pudo perfeccionarse al no concurrir a firmar la vendedora. El apelante tuvo la posibilidad de repreguntar, pedir aclaraciones, etc. y nada de eso hizo.----------

------En conclusión, mas allá que la prueba documental puede ser considerada principio de prueba por escrito, habilitando así la producción de la prueba testifical en excepción a lo dispuesto por el art. 1193 del Cod. Civ., -con lo cual disiento según lo expondré ut-infra- lo cierto es que los testigos no dan certeza sobre la celebración del compromiso de venta que hoy se quiere hacer cumplir mediante juicio de escrituración.----------

------Lo hasta aquí señalado es suficiente para rechazar el agravio en cuestión.----------

------*Obiter dicta*, considero procedente hacer referencia a las quejas del recurrente quien entiende probado el negocio por un "principio de prueba por escrito" avalado por declaración testimonial. Que desde ya, adelanto, no es tal.----------

------El art. 1193 del Cód. Civ. veda la posibilidad de probar por testigos los contratos cuyo monto exceda el límite allí indicado.----------

------No obstante, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se admite la prueba testifical cuando exista "principio de prueba por

escrito" o comienzo de ejecución del contrato (doctrina de los art. 1191 y 1192 del Cod. Civ.).----------

------Según el art. 1192 se entenderá por "principio de prueba por escrito", cualquier documento que emane del adversario, su causante o tercero interesado y que haga verosímil el hecho litigioso. Ya otros Tribunales de Chubut han dicho que *"...Bien entendido el principio de prueba por escrito refiere a otros instrumentos incompletos que aluden al negocio y que puedan ser completados con toda otras fuentes de prueba, aún testimonial ..." (C.Ap. C. Rivadavia, Sala A S/D n° 26/2008*).----------

------Es necesario ahora analizar si los documentos aludidos por el recurrente, constituyen o no principio de prueba por escrito.----------

------a) Testimonio de autorización judicial para la venta:----

------La autorización de venta emitida en la testamentaria de H., P. (Expte.517 F° 296 Letra "H" 1996, fs. 106), y su testimonio (cuya copia se adjunta como prueba documental) no pueden ser considerado principio de prueba escrita pues –contrariamente a lo que sostienen los recurrentes– no se trata de un documento emanado de la contraria (E. G. W.), sino del Sr. Juez de la causa.----------

------Además y tal como lo dice el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión, ni la autorización de venta ni su testimonio, mencionan al actor como comprador, sólo autorizan a la demandada a vender, pero sin especificar a quién. En consecuencia, la autorización de venta y su testimonio, no pueden ser considerados "principio de prueba por escrito" pues están ausentes dos de los elementos esenciales de esta (art. 1192 Cod. Civ.) que son: a) El haber emanado de la contraria, y b) el dotar de verosimilitud al hecho invocado.----------

------Concluyo que contrariamente a lo sostenido por el recurrente, la autorización de venta emitida por el Sr. Juez de la causa no puede ser considerado principio de prueba por escrito.----------

------b) La escritura n°xxx:----------

------Tampoco constituye principio de prueba por escrito la escritura n° xxx pues nada hace inducir que ella hubiera emanado de la Sra. E. G. W. y ni siquiera que hubiera sido encargada por ella. Se trata en realidad de un proyecto de escritura –y no de una escritura como dicen los recurrentes– proyecto que nunca pudo concretarse por no concurrir la vendedora a suscribirlo.----------

------Un simple proyecto de escritura no suscripto por las partes no otorga verosimilitud –ni tan siquiera remotamente– a un supuesto compromiso de venta celebrado con anterioridad. Cualquiera puede solicitar a un escribano que elabore un proyecto de escritura sin ni tan siquiera consultar al vendedor y, por otro lado, no toda escritura traslativa de dominio está precedida por un boleto de compraventa.----

------El proyecto de escrituraxxx no constituye principio de prueba por escrito respecto a un boleto que –se dice– suscripto con anterioridad.--

------c) El boleto de compra venta:----------

------El actor recurrente, acompañó en su momento una prueba documental donde la Sra. E. G. y el Sr. L. L. dejaban sin efecto un convenio anterior y la primera, a su vez, vendía el inmueble al Sr. A. L..----------

------Este instrumento carece del mismo defecto que la supuesta escritura xxx. Ambos son “proyectos” que nada dicen sobre la voluntad de la demandada de celebrarlos, o no. No pueden ser considerados principio de prueba por escrito por que no emanaron de la Sra. E. G. ni tornan verosímil el hecho pretendido.----------

------d) El principio de ejecución del contrato:----------

------Sostienen los recurrentes que el contrato tenía ya principio de ejecución pues –dicen– la Sra. E. G., había recibido el precio de venta y el Sr. L. encontraba ya en posesión del inmueble. Ahora bien, la única prueba que invoca ante esta Alzada el recurrente para tener por acreditados los hecho descriptos (pago del precio y posesión) es el mismo proyecto de escritura n° xxx al que me referí ut supra y que nada prueba por no estar suscripta. Ninguna otra prueba invocan los recurrentes en su expresión de agravios, vedando a este Tribunal el análisis de la documental restante conforme al principio de congruencia.----------

------En atención a lo expuesto, coincido con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que el agravio debe ser rechazado y así lo voto.----------

------2) Los efectos de la rebeldía:----------

------Sostienen los recurrentes que la rebeldía declarada hace ciertos todos y cada uno de los hechos vertidos en el escrito de demanda y se quejan de que el a quo no lo haya considerado así. Citan doctrina y jurisprudencia según la cual la declaración de rebeldía hace que los documentos privados presentados por el actor y los hechos lícitos afirmados se tengan por verdaderos.----------

------Aún en el antiguo derecho romano, cuando la concurrencia al foro se consideraba una obligación y la contumacia una grave falta, la victoria en el pleito dependía siempre del *“bona causam habit”*, es decir la prueba de los hechos alegados y la existencia de los presupuestos que justifiquen la pretensión. Hoy se admite que las partes tienen plena libertad de apersonarse al juicio, o no, sólo existe la conveniencia de evitar el perjuicio procesal derivado de esa ausencia y esa conveniencia de actuar se denomina “carga procesal”. La rebeldía no autoriza a dictar sin mas una sentencia contra el demandado sino a condición de que la

demanda sea justa; es decir que el accionante debe probar el hecho constitutivo en que funda su pretensión y demostrar que lo ampara una norma de derecho. La no contestación de la demanda es insuficiente para fundar una sentencia condenatoria sin otra prueba que haga verosímil lo reclamado. Sólo en caso de dudas se invierte la prueba en contra del rebelde. Se ha dicho que *"La rebeldía declarada y firme no involucra la condena del rebelde ni altera la secuela regular del juicio. La sentencia se dicta según el mérito de la causa, es decir, conforme a la verificación de los hechos" (CNCiv- F 15/5/69 ED 31-603/608). "La declaración de rebeldía no implica, automáticamente el reconocimiento ficto por parte del declarado rebelde de la verdad de los hechos que hubiera alegado la otra parte como fundamento de su pretensión, ni constituye causa para tener por configurada una presunción iuris tantum acerca de la verdad de esos hechos. Incumbe al Juez mediante la valoración de los elementos de juicio incorporados al proceso, determinar si la ausencia comporta, o no, en el caso concreto, el reconocimiento de los hechos alegados por la otra parte ya que la ausencia de controversia que afecta al juicio seguido en rebeldía, no exime al juez de la necesidad de dictar una sentencia justa" (CNFed. III Civ. Y Com. 4/7/85 ED 117-649).*----------

------En conclusión la sola contumacia no permite tener por cierto, sin más, un contrato respecto del cual no se ha producido prueba **válida** alguna, pues la pretensión, carente de pruebas no tiene potencialidad ni siquiera para generar la duda a la que aludí anteriormente y que es presupuesto para la presunción en contra del rebelde. Así podremos tener por auténtico el proyecto de boleto de compra venta, podremos tener por auténtico el proyecto de escritura nº xxx pero siempre seguirán siendo escritos unilateralmente confeccionados, carentes de

firma y, por lo tanto, sin ningún valor probatorio por más auténticos que en sí mismo sean.----------

------Conforme a lo expuesto voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión y voy a votar por el rechazo del agravio bajo análisis----------

-----Queda por referirme a las costas de la presente instancia, las cuales, conforme al principio objetivo de la derrota, deben imponerse al recurrente vencido (art. 69 CPCC).----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Früchtenicht, dijo: -----

------De acuerdo a lo anticipado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada; **II.- IMPONER** las costas de esta instancia al apelante vencido (art. 69 del CPCC); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales de los Dres. J. M. V. y C. J. A., en conjunto y proporciones de ley, en el 2,75 %, con más el IVA pertinente, del monto del proceso que se determine, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 13 de la Ley del Arancel).----------

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

------Conforme a lo manifestado al analizar la primer cuestión voy a votar por: **I- CONFIRMAR** la sentencia apelada **II- IMPONER** las costas de esta instancia al apelante vencido (art. 69 del CPCC); y **III- REGULAR** los honorarios de los Dres. J. M. V. y C. J. A., en conjunto y proporciones de ley, en el 2,75 % con más el IVA pertinente, del monto del proceso que se determine, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 13 de la Ley del Arancel).----------

------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** la sentencia definitiva registrada bajo el N° 51/09, de fecha 30/09/09 y que obra a fs. 66/69.----------

------**II.- IMPONER** las costas de esta instancia al apelante vencido (art. 69 del CPCC), regulando los honorarios profesionales de los Dres. J. M. V. y C. J. A., en conjunto y proporciones de ley, en el 2,75 %, con más el IVA pertinente, a calcular sobre el monto del proceso que se determine, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 13 de la Ley del Arancel).----------

------**III.- REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la provincia).----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS JORGE LUIS FRÜCHTENICHT

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIA DEFINITIVAS DEL AÑO 2010. CONSTE.