--- En la ciudad de Trelew, a los días de julio del año dos mil diez, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“P., M. E. c/ Y., P. A. s/ Cumplimiento de contrato” (Expte. 104 - Año 2010 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 160.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

----Vienen estos actuados a conocimiento de este Tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. 140) en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 131/135) por el cual se rechaza la demanda por incumplimiento de contrato que incoara en contra del Sr. P. A. Y., con costas.---------- ----------

---- El escrito de expresión de agravio luce agregado a fs. 145/148 y vta..---------- -------

---- A fs. 151/152 vta., obra glosada la sentencia interlocutoria registrada bajo Nº 031 de 2010 del libro de protocolo respectivo de este Tribunal, por la cual no se hace lugar a la apertura a prueba requerida por la recurrente en esta instancia.----------

--- A fs. 155 se ordena el traslado de los agravios a la parte actora, evacuándolo por el escrito que se encuentra glosado a fs. 156/157.---------- ----------

----I.- La parte actora apelante se agravia de los considerando que utilizara el Sr. Juez a quo para no viabilizar el reclamo por ella impetrado, señalando que es dable delimitar que si: el comprador abonó o no el saldo del precio, si cayó o no el comprador en mora, si torna aplicable o no la cláusula sexta del boleto de compra-venta y, por lo tanto, si se puede o no hacer lugar o acoger el reclamo interpuesto por su parte. Adentrándose en analizar dichas cuestiones observa que para su sorpresa el juzgador en el punto IV de los considerando meritúa que los extremos son indicativos de la inexistencia del incumplimiento que se imputa al demandado, tal como fuera definida la cuestión litigiosa. Se pregunta cuáles son esos extremos para concluir que no hubo incumplimiento por parte del comprador ya que, a poco de andar –expresa-, de la lectura del boleto de compraventa surge con claridad que el mentado negocio contractual se realizó el día 16/10/07. Por ello, y según cláusula cuarta, apartado b) el comprador debía entregar a los 30 días la suma de U$S 5.000, o sea, el 16/11/07 y, agrega, mediante lo establecido en el apartado c) el saldo restante, o sea, U$S 70.000 debía abonarse conjuntamente con la escrituración a los 40 días, siempre contados desde la firma del boleto (16/10/07), por lo que éste último plazo vencía el 26/11/07. Se pregunta también, cómo el magistrado de primera instancia pudo sostener que el pago efectuado por el demandado –si en el más hipotético de los casos lo haya efectuado a favor de esta operación- fue realizado en los plazos señalados, si recién abonó el

20/12/07 cuando ambas obligaciones se hallaban incumplidas. Se agravia también en relación a la prueba rendida respecto al seudo recibo aportado por la accionada, sosteniendo que mediante la prueba de absolución de posiciones su parte negó haber recibido dinero alguno por este negocio contractual luego de la entrega de U$S 20.000 –originarios a la fecha de suscripción del boleto-. Afirma que esta acreditado que el demandado no solo no efectuó anteriores negocios con la inmobiliaria P. sino que también niega que lo hiciera con su parte. Indica que no es la primera vez que el Sr. Y. era cliente de la inmobiliaria P., sino que además tuvieron una relación anterior de compra-venta entre las mismas partes de este litigio. Se agravia igualmente en cuanto a la valoración de la prueba. Señala que el recibo presentado, el que fuera negado por su parte, sea atribuible a este negocio contractual. Postula que debe tenerse especial consideración en que la testigo de la parte contraria, Sra. P. R., no aportó dato alguno ni referencio que este instrumento de pago de fecha 20/12/07 se encuentre vinculado al negocio en cuestión. Insiste que nada dijo, indicando solamente que era su firma y que reconocía el contenido. Expresa que lo más llamativo es que, de la lectura minuciosa y específica, no surge que el mismo haga referencia a la cancelación de parte del saldo adeudado a su parte. Repite que no se vincula al negocio, no hace referencia al objeto por el que se abona la suma ni indica el concepto por el que debe ser aplicado, está fuera de la fecha de compromiso establecida en el apartado b y c de la cláusula cuarta del boleto de compra y venta, o sea –manifiesta- en definitiva no especifica el motivo, el objeto, la causa fuente, por la que debe aplicarse el pago en cuestión. Se agravia que el Sr. Juez a quo no tuviera en cuenta, ni se acreditó en autos el incumplimiento que indica la contraria de su parte, o sea el relativo a no viabilizar la escritura de dominio, cuanto menos ese era y es el mayor propósito de su parte: cobrar. Asevera que no se acreditó en autos incumplimiento alguno imputable a su parte. Advierte que el comprador jamás intimó, ni probó siquiera el incumplimiento de la cláusula décimo primera, ni tampoco argumentó y mucho menos acreditó alguna falta imputable por dolo, culpa, malicia, etc., de su parte hacia el comprador, por lo que también llamativamente –estima- el juez hace una apreciación de los hechos cuanto menos errada. Transcribe parcialmente los considerando donde indica que la intimación fue del 18 de mayo de 2008 cuando la intimación fue del 19 de mayo de 2008, señalando el juzgador que fue un acto intempestivo y casi temerario porque en ese momento el demandado no había incumplido con las obligaciones a su cargo. Dice al respecto que con tan solo repasar o hacer una breve lectura de las obligaciones de la cláusula cuarta del contrato, se acreditan todos los incumplimientos. Expresa que olvida el Sr. Juez a quo que lo que no se acreditó fueron los incumplimientos de su parte. Hace notar cómo el demandado no recibió ninguna de las piezas epistolares, otra la rechazó, cuando ambas fueron enviadas al domicilio correcto del hoy demandado, señalando que éste nunca intimó por escrituración o por incumplimiento a la cláusula décimo primera. Nunca consignó, no reconvino por daño o por incumplimiento en autos, nunca demostró

buena fe de su parte, o falta de dolo o malicia, por el contrario siempre su parte puso sobre la mesa hasta la posesión de hecho en pos de beneficiar al comprador. Continúa diciendo que , capítulo aparte merece, la falta de apreciación respecto de que nuevamente en los considerando el Juez a quo indica que, a la intimación de fecha 18/05/08 –fecha errada- el comprador no se hallaba en mora, sosteniendo que técnicamente sí se hallaba en mora porque la obligación de escriturar concluía el día 26/11/08, fecha en que se debía afrontar el pago del saldo juntamente con la escritura traslativa. En razón de ello destaca que nunca se abonó los U$S 25.000, luego que en el más del hipotético e impensado caso que le asistiera razón, los plazos estaban vencidos –reitera el 16/11/07 primero y el 26/11/07 segundo, en razón de lo que debía cumplir el comprador, según apartados b y c de la cláusula cuarta-. Refiere al mérito del juzgador del anterior grado, indicando en relación al entendimiento que tuviera el decisor respecto a que, mal pudo la parte vendedora exigir su paga antes de hallarse en condiciones de escriturar el inmueble citando el art. 1.201 del Código Civil, señalando que la mentada normativa que trascribe establece, *a contrario sensu*, en el caso de autos se aceptaría que el comprador que ha incumplido y violado la norma pudiera hacer valer el derecho del art. 1.201 del C.C., ello por cuanto ante el acreditado e injustificado incumplimiento en el que incurriera el comprador se le veda a quien sí ha cumplido en un todo –vendedor- la posibilidad de acceder por medio de dicho artículo (sic). Se pregunta nuevamente cual ha sido el argumento por el cual el Sr. Juez a quo sostiene que su parte no ha cumplido con las obligaciones a su cargo, solamente por lo que dice el comprador en su escrito de contestación de demanda sin más. Se interroga cual ha sido la prueba por la cual se ha llegado a esa consideración. Precisa que esta no es una crítica abstracta sino que es la más contundente de las pruebas sobre la que sostiene y argumenta su agravio. Cual es la mora y/o incumplimiento de su parte –vendedor- que el juzgador de grado observó como para vedar el acceso al art. 1.201 del C.C.. Debe entenderse, dice, que en el caso de autos no existe una mora purgada o neutralizada por ambos incumplimientos porque ello no se corresponde con la realidad fáctica, ni jurídica. Asimismo, el comprador nunca opuso la *exceptio nom adimpleti contractus* y, por lo tanto, en el caso que así fuere debería habérsela rechazado ya que se acreditó que el saldo final no se canceló en tiempo oportuno, no se acreditó la falta de voluntad de escriturar de su parte. Indica que la obligación de escriturar es de ambas partes quebrándose el vínculo de la corresponsabilidad tornando viable la posibilidad de demandar en los términos del art. 1.201 del C.C. a la contraparte, o sea al Sr. Y... Alude a la buena fe contractual, con cita legal a lo cual me remito por razones de brevedad. Postula que la cancelación de los U$S 70.000 a los 40 días de la celebración del boleto de compraventa (26/11/07) debía realizarse juntamente, por lo que no implica que era un acto condicionante, no era contra escrituración por lo que esta demostrado –afirma- que aún en el más hipotético y remoto de los supuestos, no puede asistirle razón al comprador que no pago porque no se le escrituró, cuando antes ya el apartado b de la

cláusula cuarta estaba incumplido y no intimó la falta de cumplimiento en los términos de la cláusula décimo primera del boleto. Advierte que el comprador no acreditó que la mora no le era imputable en los términos del art. 509 del C.C. “in fine”. Hubo obligación a plazo y por lo tanto, expresa, la mora se produjo por el solo vencimiento de éstos. En tanto que ahora mal puede alegar mora el comprador hacia su contratante –vendedor- pues la aplicación del art. 1.201 del C.C. tiene su lógica aplicación en una prelación temporal que beneficia al que en el primer tropiezo del contrato no retardó su cumplimiento e impidió que el ya moroso pretenda la mora contraria. Efectúa cita jurisprudencial y doctrinal en apoyo de su posición a la cual igualmente remito. En definitiva manifiesta, el comprador nunca se debió resistir al pago del precio del saldo a favor de su parte ya que aquel recibió la cosa inmueble y no lo restituyó, porque el débito del precio es esencial al contrato mismo. Efectúa nueva cita jurisprudencial y doctrinal a la que también remito. Otra cuestión medular, estima, es la relativa a lo establecido en la cláusulas quinta y séptima del boleto de compraventa, en la cual el comprador Sr. Y. declaraba que gestionaría un crédito en el Banco Credicoop, a efectos de cancelar el crédito a favor de su parte, en razón del saldo adeudado en la cláusula cuarta. Asimismo, en la cláusula séptima, refiere, la vendedora se obligaba a otorgar escritura traslativa de dominio a favor del comprador con hipoteca a favor del Banco Credicoop, conjuntamente con la cancelación del saldo del precio. En razón de ello dice que todas estas cuestiones jamás se acreditaron por el comprador, ni la gestión del crédito, ni la comunicación formal a su parte de haber tomado dicho crédito, ni la comunicación por la documental en aras de otorgar escritura con hipoteca que debía presentar su parte, ni la comunicación del escribano del Banco, ni su designación, ni intimación alguna a escriturar. Ello echa por tierra –interpreta- los argumentos de que detentaba fondos dinerarios con los que asevera el demandado que abonó o con los que abonaría el saldo de deuda. Es más, agrega, si tenía el dinero sin acceder a un crédito no se necesitaba hipoteca alguna, por lo que tampoco comunicó tal extremo a su parte, ello ya que mediante la cláusula séptima se había designado que la escritura fuera realizada por el escribano del Banco Credicoop. Cita jurisprudencia vinculada a la presente controversia a la cual remito. Resalta la buena fe de su parte ya que pese haberse pactado el pacto comisario expreso remitió carta documento de fecha 19/05/08 intimando en los términos del pacto comisario tácito, dando y otorgando un nuevo esquema de plazo para que el comprador viabilice su cumplimiento. Demostrado en autos que el comprador, ante cualquier plazo asignado a su favor, no cumpliría su obligación de abonar el saldo del precio contractual, incurrió e incurre a la fecha en nuevos incumplimientos, evidenciando que el resto del saldo es cuantioso, por lo que –expresa- no es excesiva la resolución en tales condiciones, no estando obligado el vendedor a oponer la *“exceptio non rite adimpleti contractus”*, no siendo en este caso posible analizar prohibición de pacto comisorio. Es más, añade, la alegación por parte de la hoy demandada, de un impedimento a escriturar sin precisarlo, ni hasta qué

momento, no constituye obstáculo para el ejercicio del *ius variando* del art. 1.204 del C.C.. Cita fallo de ésta Cámara de apelaciones, sala A, al que remito. Por último, expresa que es procedente la resolución contractual cuando el comprador no integra el saldo del precio dentro del término pactado que se acordara en el contrato con las consecuencias estipuladas en el mismo y en las normas vigentes, por lo que debe entenderse –dice- que el boleto de compraventa, tenga o no establecido el pacto comisario, puede resolverse en caso de incumplimiento de una de las partes.----------

----II.- En los límites determinados por los agravios que vengo de reseñar estimo relevante dejar establecido *“ab initio”* que el juzgador emitió su veredicto en sentido desestimatorio de las pretensiones de cobro del saldo de precio pendiente de pago, con más los daños y perjuicios reclamados y cláusula penal pactada; todas las cuales fueron esgrimidas en el escrito promocional y que, en su exordio, la actora concretara como objeto de la demanda, aún cuando enunciándolas confusamente del siguiente modo, a saber: *“...vengo por el presente a promover formal demanda por incumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios...”* (sic) (vide: punto I de fs. 22). Si bien, luego, en los puntos subsiguientes, concretó en su postulación activa, más allá de la reserva de accionar por desalojo (ver: punto IV de fs. 23), su opción por el cumplimiento del contrato –pago del saldo pendiente de pago y cláusula penal pactada-, con más los daños y perjuicios derivados del denunciado incumplimiento obligacional.----------

---Este preliminar resumen de lo pedido por la parte actora en autos lo efectúo para poner en la palestra, con la mayor claridad que me es posible extraer de la farragosa manera de formular la demanda, la trascendencia que verdaderamente tiene determinar en la especie la siguiente cuestión: si efectivamente el demandado incurrió en el incumplimiento obligacional que se le endilga en demanda o no. Ello así, tal como, con toda corrección y adecuación al caso bajo examen, lo estableciera como plafón de su análisis el Sr. Juez a quo.----------

----En tal dirección debe traerse a colación el concepto de “incumplimiento”. Y, para determinar qué es hay que recordar que cumplir un contrato implica la plena y absoluta realización de lo convenido por las partes al contraer las obligaciones asumidas; cumplir es por cierto también una manera de extinguir el contrato, pero es el modo normal de extinción, frente a los modos anormales que propiamente se denominan causales de extinción. Para cumplir es necesario ajustar la conducta a lo realmente pactado. Ello es así no sólo por aplicación del art. 1197 del Cód. Civil, sino también del art. 1198 del mismo cuerpo legal, en cuando dispone que el cumplimiento debe ser de buena fe. Es una verdadera actitud, un comportamiento del obligado, un adecuarse a lo convenido. Incumplir, por oposición, significa en general no adecuar la conducta a las obligaciones asumidas por el contrato. Empero, con tal criterio hermenéutico, en términos amplios, cualquier desajuste sería incumplimiento, aún el cumplimiento parcial o el defectuoso, porque, en definitiva, en cualquier caso, no se satisface íntegramente la obligación

contraída. Pero en realidad no todo desajuste es incumplimiento (vide: Gastaldi, José María “Pacto comisario”, Ed. Hammurabi, año 1985, págs. 135/136, letra b).----------

--- Ahora bien, sin ingresar a repeticiones estériles relativas a cuáles fueron las prestaciones asumidas por cada una de las partes al tiempo de formalizar el contrato de compra y venta suscripto por los co-contratantes, ahora devenidos en litigantes, el que se halla glosado en copia simple a fs. 8/10 y en copia simple y con timbre fiscal a fs. 34/36; advierto que la cuestión controvertida centra en establecer básicamente lo siguiente: si con el pago que se acredita con el recibo obrante a fs. 37, por la suma de U$S 25.000 el demandado por cumplimiento de la prestación a su cargo –pago del precio pactado-, se encuentra o no en tal situación jurídica de incumpliente de dicha prestación -pago de la suma parcial de U$S 5.000 a los 30 días de la fecha de la suscripción del boleto.----------

----Adelanto desde ahora, que el recibo aludido no fue negado por la actora en su autenticidad ni tampoco arguyó ésta que no la vinculara dicha constancia de pago en sus efectos –por ejemplo: por encontrarse firmado por un tercero ajeno a ella-, en la correspondiente oportunidad procesal. Esto es, no realizó tales planteos en relación a dicha instrumental al momento de evacuar el traslado que se le corriera de la documental acompañada por la demandada (ver: providencia de fs. 50 y cédula de notificación obrante a fs. 51) en los términos impuestos por el art. 356, inc. 1º del C.P.C.C. (actual art. 360, inc. 1º de la Ley XIII Nº 5 Anexo A).----------

--- Y tal adelanto de opinión, respecto a la ausencia de una negativa de autenticidad y/o vinculo a su respecto del recibo de pago acompañado, el cual cotejado concomitantemente con la no controvertida encomienda y representación otorgada a su firmante, Sra. P. I. R. (véase: segundo párrafo del escrito de demanda –fs. 22 vta.-; corroborado ello con las firmas de los despachos telegráficos glosados a fs. 5 y 6; y, de mismo modo ratificado explícitamente por la actora al prestar su confesional –vide: respuestas a la 2da.; 3ra.; 7ma. y 8va. posición del acta obrante a fs. 69-), ahuyenta toda posibilidad de discutirlo en relación a su imputación a la operación o negocio jurídico de compraventa que motivara las presentes actuaciones, como también al efecto cancelatorio que es propio y connatural al pago como modo de extinción de las obligaciones que, como en la especie, son de naturaleza dineraria. Ello, aún cuando se trata de un pago parcial (U$S 25.000) respecto del total del precio convenido y que fuera asumido por el comprador del inmueble ahora demandado (U$S 95.000).----------

--- Sumado a ello, pondero que de la confesional prestada por la actora en autos de modo alguno puede descartarse tal consecuencia presuncional, la que –repito- es derivada de la aplicación del art. 356, inc. 1º del Código del rito (actual art. 360 inc. 1º de la Ley XIII Nº 5 Anexo A), merced a que lisa y llanamente omitió pronunciarse respecto al recibo de fs. 37 del cual se le corriera oportuno y debido traslado, sino que, por el contrario, se reafirma la misma. Ello así, desde que lejos de pronunciarse la actora absolvente, de un modo concluyente o categórico, por la verdad o falsedad de

los hechos afirmados en las posiciones que se le realizaran, solo expuso respuesta dubitativas y vagas en relación al pago bajo cuestión.---------- ----------

----Así pues, ante la posición relativa a que *"...autorizó a la Sra. P. R. a percibir dineros con motivos de la operación de compraventa del inmueble vendido al Sr. A. P. Y...."* la misma respondió: *"Si, es cierto, aclara que figura en el boleto de compraventa..."*. Preciso que esta última observación realizada por la actora absolvente es estrictamente cierta a tenor del contenido de la cláusula cuarta "in fine" del boleto de compraventa adjunto a estas actuaciones, en el cual se indicó expresamente lo siguiente: *"...Dichos saldos son documentados y serán cancelados en P. inmobiliaria, oficina interviniente en la presente gestión de compra-venta. Las condiciones de la forma de pago son expresamente aceptadas por la VENDEDORA..."* (sic) (ver: boleto glosado a fs. 8/10 y 34/36).---------- ----------

----Sin embargo, a pesar de tal confesión expresa, a la posición siguiente relativa a que *"...autorizó a la Sra. I. P.R. a percibir la suma de U$S 25.000 en concepto de compraventa del inmueble vendido al Sr. A. P. Y...."* contestó: *"...No es cierto. Aclara que sabe que se recibió una suma de dinero pero se remite a la respuesta anterior..."* (sic) (ver: posición 2da. del pliego y acta respectiva –fs. 68 y 69-).---------- Al insistirse sobre el punto ampliando el pliego de posiciones y ser requerida que confiese sobre que *"...LA SRA. I. P. R. PERCIBIÓ POR SU CUENTA Y ORDEN DEL SR. A. P. Y. LA SUMA DE U$S 25.000 CORRESPONDIENTES A ESTA OPERACIÓN..."* respondió: *"...No lo sabe, aclara que no puede contestarlo porque la absolvente no recibió nada ni firmó nada, asimismo se remite a la respuesta segunda..."* (sic). Aclaro que la respuesta a la segunda posición se encuentra vinculada a la alusión que efectuara la confesante en el sentido de que habrían tenido con el demandado otra operación de compraventa anterior y que la mencionada firmante del recibo, Sra. I. P. R., le administraba otras propiedades, añadiendo al final de su respuesta a dicha posición que *"...lo que no sabe porque no tiene ninguna documentación firmada de si ese dinero es de esta operación o no es de esta operación o de otra operación..."* (sic) (ver: posición y respuesta obrante a fs. 69).----------

----Finalmente, ya en una actitud que cabe ser calificada cuanto menos de evasiva y en franca contradicción con los explícitos reconocimientos anteriores en relación a la, entiendo, indudable existencia de la representación que le otorgara a la pre-mencionada corredora inmobiliaria Sra. I. P. R.; a la afirmación de que extendió poder a favor de la misma respondió *"...no lo puede contestar si no le se exhibe el instrumento ya que realmente no lo recuerda..."* (sic) (ver respuesta a la 8va. posición –fs. 69-). Tal tesitura la mantuvo en las respuesta dadas a las posiciones posteriores negándose a responder en relación a la posición relativa a que hubiera iniciado acción de revisión de cuentas en contra de la representante individualizada "supra" y que ratificó todos los actos realizados por ésta en su nombre, lo que negó manifestando no saber de qué se estuviera hablando; o bien, suponer que ésta fuera titular de "P. Inmobiliaria", aclarando

que no tiene conocimiento de ello por no poseer documentación que lo avale (ver: respuesta a las posiciones 9na., 10ma. y 11ma. –fs. 69 y vta.-).---------- Repito, la valoración de dicha confesional, en los términos normados por los arts. 412, 413, 417 y 423 del C.P.C.C. –actuales arts. 416; 417; 421; y, 427 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A- impone concluir, a mi ver, que la representación argüida por la parte demandada en su responde –vide: escrito contestatario, punto 4to., 2do. párrafo de fs. 44-; y, otorgada expresamente en el mismo boleto de compraventa con el que se instrumentara el contrato suscripto entre las partes, resulta incontestable en la presente litis debiendo ser todas las respuestas evasivas o mediante circunloquios o con reticencia, asumidas como confesiones de las respectivas posiciones a las que de tal modo fueran evacuadas por la actora absolvente.---------- --- De otro lado, aduno, tal apreciación probatoria es enteramente concordante con lo declarado por la susodicha representante Sra. I. P. R., quien al prestar su testimonial manifestó, al responder por las generales de la ley, que conocía a la actora porque era su clienta y vendedora del inmueble en cuestión y que conocía al demandado porque era comprador de dos inmuebles, reconociendo expresamente su firma y el contenido del recibo de pago obrante a fs. 37 (ver: acta de fs. 102)(Conf. arts. 386 y 456 del C.P.C.C. –actuales arts. 390 y 460 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A-).---------- A esta altura del análisis es necesario añadir respecto a la circunstancia fáctica incorporada extemporáneamente por la actora, consistente en la dicente segunda “operación” o negocio jurídico que sostiene la recurrente que los vinculara y a la cual refiere también la citada testigo, aunque sin identificarlo ni aportar los más mínimos datos temporales, personales y de la cosa sobre la cual se habría realizado el mentado negocio, que la misma resulta en verdad totalmente extraña al presente proceso. Ello así, toda vez que, repito, no fue un hecho que conformara la materia sobre la cual se expidiera el Sr. Juez a quo, por cuanto no fue introducido por la actora al momento de demandar ni, por ende, tampoco fue éste susceptible de ser contestado al responder a la demanda resguardando de tal manera el adecuado ejercicio de su derecho de defensa en juicio. En consecuencia, vedado en realidad se encuentra para éste Tribunal de alzada ingresar siquiera a análisis alguno a su respecto, so riesgo de incurrir en incongruencia (Conf. arts. 34, inc. 4to; 163, inc. 6to; 271 y 277 del C.P.C.C. –actuales arts. 34, inc. 4to; 165, inc. 6to.; 274; y 280 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A-).---------- Despejada del horizonte del presente análisis tal cuestión, destaco que el pago parcial que debía ser realizado a los 30 días de la fecha de suscripción del boleto (16/11/2007), por la suma de U$S 5.000, tal como fuera acordado en la cláusula 4ta., apartado b), se encuentra cumplido allende de la fecha tardía en el que fuera realizado (20/12/2007).---------- ----------

----Apunto, pues, que la circunstancia derivada de que el pago referido fuera tardío es harina de otro costal, puesto que es factible que sea materia de un posible reclamo de intereses derivados de la demora en efectivizarlo, si es que ésta le es imputable al

deudor que de tal manera tornaría en moroso (conf. arts. 509; 622 y conc. del Cód. Civil) (ver: Pizarro-Vallespinos, “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”, Ed. Hammurabi, ed., año 1999, T.1, págs. 411 y s.s., & 175; ídem, Alterini-Ameal-Lopez Cabana, “Derecho de obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, 1ra. ed., año 1995, págs.279 y s.s.).----------

----Empero, no puede predicarse de tal circunstancia que concurra incumplimiento de tal débito parcial por cuanto, repito, el mismo fue satisfecho y, es más, por una cuantía mayor a la acordada (se abonó según constancia del recibo de fs. 37 la suma de U$S 25.000).----------

----En esta dirección las intimaciones extrajudiciales cursadas al Sr. P. A. Y. por despachos de fecha 15/05/2008 (fs. 5), el que fuera remitido recién el 19 de dicho mes; el de fecha 30/05/2008, del que no se acompañara constancia alguna en autos, y su ratificatorio de fecha 06/06/2008 (fs. 07), devienen en ineficaces a todos sus efectos, puesto que en realidad traducen un punto de vista que, luego, fue traducido en el escrito promocional del presente proceso sin obtener buen éxito en tanto que desde una postura activa pregona incumplimientos que no han ocurrido tal como lo decidiera el juzgador del anterior grado. Y efectúo tal aserto comprendiendo, en primer lugar, el relativo al pago parcial acordado en la cláusula cuarta, apartado b), al que ya me referí “supra”; y, en segundo lugar, al pago parcial del saldo restante del precio acordado en la cláusula cuarta, apartado c), el que seguidamente paso a examinar en detalle.----------

--- Dicha cláusula cuarta del boleto, en su inciso c) enuncia lo siguiente: *“...el saldo pendiente de pago, o sea la suma de dólares estadounidenses SETENTA MIL (U$S 70.000)* ***será cancelado conjuntamente con la escrituración*** *dentro de los cuarenta (40) días de firmado el presente instrumento. Dichos saldos son documentados y serán cancelados en P. Inmobiliaria oficina interviniente en la presente gestión de compra-venta...”* (sic) (lo resaltado en negritas me pertenece). El énfasis que le he dado a la frase del apartado del boleto que he trascripto tiene por finalidad poner en el tapete que la cancelación del saldo del precio pendiente que, aclaro, en el caso ya no era por el importe indicado en dicho apartado c) (U$S 70.000) sino de uno menor (U$S 50.000), toda vez que el pago realizado según recibo de fs. 37 lo fue por una suma superior a la acordada para tal oportunidad (U$S 25.000 en vez de U$S 5.000), se encontraba íntimamente supeditado al concomitante acto de escrituración al expresarse que se efectivizaría “conjuntamente” con tal escrituración.----------

--- Dicho término es equivalente a “juntamente” que en su primera acepción significa “con unión o concurrencia de dos o más cosas en una misma persona o un mismo lugar” y en su tercera acepción significa “a un mismo tiempo” (conf. Diccionario de la Real Academia Española, vigésimo segunda edición, ver: www.rae.es). En vías de interpretar el significado de tal término estimo que no es dable apartarse de la significación propia del término en tanto, tengo para mi, es con el que fuera utilizado por los contratantes, esto es, tal como se lo ha trascripto precedentemente (Conf. doct. del

art. 1.198 del Código Civil).----------

--- Advierto en tal sentido que en el lenguaje usual, se entiende por interpretación la acción que tiende a fijar el significado y el sentido de las manifestaciones de la voluntad, específicamente de las palabras. Ello toda vez que el que quiera manifestar al exterior su voluntad interna necesita valerse de ciertos signos que el mundo exterior pueda percibir; tiene que declarar su voluntad, y esta declaración se efectúa ordinariamente mediante palabras. Poner en claro estas declaraciones es el fin de la interpretación y no hallo razón para apartarse, en el caso, al significado literal del término “conjuntamente” utilizado por ellas, el que seguramente, estimo, es lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, lo que implicaba fijar de tal manera el momento en que se cumplirían simultáneamente las partes del contrato con el pago del saldo del precio y con la escrituración supeditada al mismo.----------

--- Y, entonces, por tal circunstancia fáctica que de tal manera fuera prevista contractualmente, relativa a cuándo se debía integrar el total del saldo del precio pactado, es que no puede predicarse válidamente que el término de 40 días, a computar desde la fecha de suscripción del boleto, operara por sí solo a los fines de establecer la exigibilidad de la prestación dineraria pendiente de pago y que se encuentra a cargo del comprador denunciado como incumpliente. Es que, el mencionado plazo juega coordinadamente con la condición a la que se supeditara el mismo, cual es, que al mismo tiempo se efectivice la obligación de hacer la respectiva escritura, obligación ésta que es de naturaleza mixta -toda vez que refiere a un hecho que involucra conjuntamente la voluntad y el actuar de ambos contratantes y, eventualmente, de terceros (por caso: el escribano que intervendrá o la entidad crediticia que pudiera participar como mutuante con garantía hipotecaria sobre el bien inmueble objeto de la transferencia dominial a la que se obligara el vendedor)-, consistente en que dicho pago debe ejecutarse concomitantemente con el acto de escrituración.----------

----Es necesario también establecer que dicha obligación de escriturar pesa conjuntamente sobre ambos contratantes (Conf. CNCiv., Sala G, “Bonomi, Corina M. I. C/Dodero, Nicolás C. y otros”, L.L., 1985-B-553; id., CNCiv., Sala C, “Nemoy, Beatriz c/ Horowitz de Balfour, Halina”, E.D., 85-248; ídem, CNCiv., Sala E, “Cabral, Iván B. c/ Boco, Primo A, suc”, J.A., 1980-III-340; ver: “Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil”, 1982, comisión nº 3, en “El Derecho Privado en Argentina, Universidad Notarial Argentina, pág. 70, citada por Mosset Iturraspe-Novellino, “La obligación de escriturar”, Ed. La Rocca, año 1994, pág. 79, nota nº 2; id., Kiper, Claudio M., “Juicio de escrituración” Ed. Hammurabi, año 1999, pág. 237, letra c, apart. 2).----------

----En este itinerario del razonamiento que vengo realizando es donde se inserta apropiadamente, entiendo yo, la regla prevista en los arts. 510 y 1.201 del Código Civil y que es traída a colación por el Sr. Juez a quo. Las normas de cita contemplan, rememoro, lo que ha sido dado en llamar como “excepción de incumplimiento

contractual” (también llamada *exceptio non addimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido o de toma y daca) es la facultad (medio de oposición o de defensa) que tiene un contratante de diferir legítimamente el cumplimiento de su propia obligación, hasta tanto la otra no cumpla u ofrezca cumplir simultáneamente con la suya, o que ésta sea a plazo (ver: Masnatta, Héctor “Excepción de incumplimiento contractual”, J.A., 1967-V-775).----------

----Ello habida cuenta que, en los contratos bilaterales una de las partes no puede reclamar el cumplimiento de la prestación pendiente (pago del saldo del precio, es decir, en la especie, la suma de U$S 50.000) si no ofrece ella, a su vez, cumplir con la prestación a la cual se supeditara la primera (la escrituración), lo cual es la natural consecuencia de la relación de interdependencia en que se encuentran ambas prestaciones pendientes de plena satisfacción (Conf. CNCom. Sala B, 28/10/2008, “Fast Mait S.R.L. c/ Centro de capacitación y empresa S.A.”, D.J., 08/04/2009, 920; id., CNCiv., Sala E, 16/6/82 “Bellotti, P. c/ Mastropiero, Francisco”, E.D., 102-268; id., CNCiv., Sala F, 23/6/82, “Pelemene, Saverio c/ Ercoli, Humberto”, J.A., 1984-I-551).----------

--- Para decir esto último, precisaré, que comparto la tesitura doctrinal que postula que la “*non rite adimpleti contractus”* tiene la naturaleza de una excepción sustancial o de Derecho Sustantivo, cuya cualidad propia es la de ser un derecho contrapuesto al pretendido por el actor, un contra-derecho, con carácter dilatorio, pues demora el cumplimiento de la obligación a cargo del demandado que no es desconocida y menos aún negada por éste.---------- ----------

----Con esto último quiero significar que descarto que la *“exceptio non adimpleti contractus”,* regulada por el art. 1.201 del Código Civil, requiera ser opuesta en términos sacramentales, ni tampoco que deba ser alegada expresamente como excepción, bastando que de los hechos o argumentaciones expuestas al contestar la demanda o de las imputaciones y cargos efectuados por el demandado resulte que se la ha esgrimido como defensa de fondo. En tal punto es de recordar que las partes del proceso son las que “pones los hechos” y que el juez es quien decide el Derecho aplicable; de donde, con esta base –iuria novit curia- bastaría con señalar el incumplimiento de quien acciona para la procedencia de la excepción sustancial de mentas (Conf. CNCiv., Sala A, 22-6-2000 “Vázquez, Benigno c/ Son Ae Young”, L.L., 2001-B-738).----------

----En tal inteligencia, destacaré también, que la actora ni en la correspondencia epistolar cursada al demandado extrajudicialmente, ni tampoco en su escrito promocional, ofreció siquiera escriturar el inmueble objeto del negocio de compra y venta.---------- ----------

----Finalmente, tal como bien lo destacara la propia parte actora en su líbelo (vide: punto II, fs. 22 vta. “in fine”), la eventual gestión del comprador que se indica en la cláusula quinta del boleto que iniciaría para la obtención de un crédito hipotecario, en nada se vincula a la pretensión de cumplimiento de las respectivas prestaciones

principales o nucleares que asumieran las partes, esto es, al pago del precio acordado por parte del comprador y a la escrituración por parte de la vendedora.----------

--- Finalmente, diré que en el supuesto planteado en autos, en idéntica y congruente línea de entendimiento que se viene exponiendo, aún cuando se aceptara que el vencimiento del plazo contractualmente pactado (40 días a computar desde la fecha de la suscripción del boleto) ha operado y, de allí, se postulara que la mora operó automáticamente respecto al comprador, la misma no es tal si, como acontece en la especie, aparece un factor impeditivo, cual sería el incumplimiento de la vendedora de sus propias obligaciones correlativas (concurrir con su actuar a la escrituración del inmueble a favor del comprador contra el pago simultáneo del saldo del precio pendiente) (Conf. Wayar, Ernesto, “Tratado de la mora”, Ed. LexisNexis, 1ra. ed., año 2007, pág. 478/479, & 63, y jurisprudencia allí citada).----------

----En consecuencia, de todo lo expuesto, concluyo, que corresponderá desestimar el recurso impetrado. Así lo dejo propuesto se decida al acuerdo.------- ----------

----III.- Conclusión: ----------

--- Por todo ello, corresponderá confirmar el fallo venido en apelación en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a cargo de la parte actora vencida en ella (Conf. arts. 68 y 279 del C.P.C.C. –actuales arts. 69 y 282 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A-).----------

----Los honorarios del Dr. I. O. B., letrado patrocinante de la parte actora recurrente; y, los correspondientes a los Dres. P. D. S. y P. O. A., letrados apoderados del demandado, por sus tareas cumplidas por ante esta segunda instancia, apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado fijarlos en las sumas respectivas equivalentes al 25% al primero; y, a la suma equivalente al 30%, en conjunto, a los mencionados en segundo lugar. En ambos casos tales porcentuales se aplicarán sobre el monto pretendido en la demanda, con más sus intereses a determinar en la etapa de ejecución de sentencia y el I.V.A. pertinente (Conf. arts. 6 y 14 de la ley 2.200 –actuales arts. 5 y 13 de la Ley XIII Nº 4-; y, leyes 23.349 y 23.871)(Conf., S.D.C., sala B, Nº 01/01, CANE).---------- ----------

----Finalizo el tratamiento de esta cuestión expidiéndome pues en ella por la AFIRMATIVA.----------

---- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:----------

----1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 140, que fuera concedido libremente a fs. 141, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 131/135 y su aclaratoria de fs. 136/vta. que rechazó la demanda por incumplimiento de contrato instaurada por M. E. P. contra P. A. Y., con imposición de costas a la vencida. -

---- Los agravios vertidos lucen a fs. 145/148 y vta., el pedido de apertura a prueba en esta instancia formulado por la apelante fue rechazado a fs. 151/152 y vta., el traslado conferido a fs. 155 fue evacuado por su contraria a fs. 156/157, y la relación sucinta de

las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. Lucero, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las precisiones que en cada caso corresponda realizar.----------

---- 2. Al ingresar al análisis de la queja cabe destacar que la parte actora demandó por "incumplimiento de Contrato e indemnización de daños y perjuicios" (p. I, fs. 22), explicitando posteriormente su opción por el cumplimiento del mismo lo que así claramente resulta al reclamar el pago del saldo de precio con más la cláusula penal pactada, sin perjuicio de la reserva formulada por desalojo (p. IV y V, fs. 23).----------

----Y ante ese reclamo es necesario determinar si el demandado en su calidad de comprador del inmueble incurrió en incumplimiento de las obligaciones asumidas al suscribir el boleto de compraventa como lo alegara la actora. ----------

----En ese contexto, cabe destacar que frente al incumplimiento de una de las partes, en un contrato bilateral -con prestaciones y contraprestaciones- la otra parte, la cumplidora o *in bonis* puede optar por alguna de las alternativas siguientes: *a)* Demandar el incumplimiento, previa constitución en mora (art. 509), con más los daños por el retardo imputable (art. 505 y ss., 519 y ss., Cód. Civil); el incumplidor incurre en responsabilidad contractual, con las consecuencias consiguientes, sea su cumplimiento total o parcial ... (Bueres-Highton, "Código Civil ...", Editorial Hammurabi, 1999, T. 3C, pág. 55).----------

----Y a tal fin debe precisarse que es más exacto afirmar que el cumplimiento constituye la *realización* de la prestación debida, en lugar de hablar de su extinción, y se entiende por incumplimiento la falta de correspondencia entre la conducta debida y la efectivamente realizada (Ibáñez, Carlos Miguel, "Resolución por incumplimiento", Astrea, 2003, par. 78 y 79, págs. 167 y 171, respectivamente). ----------

----Toda *disconformidad* entre la conducta *obrada* y la *debida* implica, *sin más*, incumplimiento (Wayar, Ernesto C., "Tratado de la mora", Lexis Nexis Argentina, 2007, pág. 34). Incumplimiento puede llamarse a cualquier desajuste entre la conducta debida y el comportamiento del obligado y puede consistir por tanto en un incumplimiento total o parcial o en un cumplimiento defectuoso (Ramella, Anteo E., "La resolución por incumplimiento", Astrea, 1975, par. 17, págs. 51/52).----------

----Todo lo cual no impide considerar como lo señala el Dr. Lucero que no cualquier desajuste entre la conducta obrada y la debida sea en definitiva un incumplimiento.------

----Por lo demás, aún en el caso de incumplimiento uno de los presupuestos de la excepción de incumplimiento contractual es la de oposición no abusiva, o sea, relevancia del incumplimiento del excepcionado. Se vincula necesariamente con la relevancia del incumplimiento del excepcionado y debe tenerse en cuenta que no debe violarse la buena fe contractual (Gastaldi-Centanaro, "Excepción de incumplimiento contractual", Abeledo-Perrot, 1995, págs. 89 y 104). ----------

----Incumplir significa dejar de hacer aquello a que se está obligado. La jurisprudencia ha sentado criterio sobre el particular estableciendo como principio rector que no

cualquier incumplimiento constituye motivación idónea para generar el derecho a la resolución del contrato (Miquel, Juan Luis, “Resolución de los contratos por incumplimiento”, Depalma, 1979, pág. 125). ----------

----Es preciso distinguir entre el incumplimiento y la falta de cumplimiento. En efecto, si bien todo incumplimiento supone una falta de cumplimiento, no toda falta de cumplimiento es un incumplimiento resolutorio (Ibánez, ob. cit., par. 81, pág. 177). -------

----Como ya lo anticipáramos al referirnos al concepto de incumplimiento, para que se pueda optar por la resolución, éste debe alcanzar cierta magnitud ... el incumplimiento debe tener cierta entidad para autorizar una consecuencia tan extrema como es la extinción del vínculo (Ramella, ob. cit., págs. 53/54). ----------

----En tales condiciones, resulta relevante determinar en la presente causa si el demandado se encuentra incurso en incumplimiento de las obligaciones asumidas al celebrar el boleto de compraventa que luce a fs. 8/10 tal como se postula en el escrito de inicio, para lo cual en primer lugar corresponde establecer si con el pago efectuado según recibo que luce a fs. 37 el comprador cumplió con la obligación asumida en la cláusula cuarta, apartado b), referida al compromiso de abonar la suma de u$s 5.000.- dentro de los 30 días de firmado el citado instrumento. ----------

----En tal sentido, destaco que dicho recibo no fue negado por la accionante en la oportunidad procesal prevista por el art. 362 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A (art. 358 del C.P.C.C.) pues ante el traslado conferido según providencia de fs. 50 que fuera notificada a tenor de la cédula que corre a fs. 51/vta. esa parte guardó silencio ya que a fs. 54 se limitó a peticionar la apertura a prueba de estos actuados, máxime si se considera que aún cuando no se trate de un documento que pueda atribuirse a la actora adquiere particular trascendencia la circunstancia de que el mismo lleva la firma de la Sra. P. I. R. que actuara como apoderada de esa parte y que en esa calidad se encontraba autorizada a percibir dinero, conforme admisiones que surgen de su escrito de demanda (fs. 22 vta., segundo párrafo) y de su absolución de posiciones (respuesta a la segunda posición, pliego de fs. 68 y acta de fs. 69). ----------

----Y tales reconocimientos se incorporaron a esta litis y deben considerarse por tratarse de admisiones expresas de esa parte. ----------

----Se trata del principio de adquisición procesal, y es de su esencia que los materiales de conocimiento aportados por cualquiera de las partes benefician o perjudican a las mismas, indistintamente, o sea, cual fuere su resultado, ya que dejan de pertenecer al oferente y se incorporan al proceso para entrar al servicio de la justicia que en éste se realiza (Eisner, “El principio de adquisición procesal (Su ámbito de vigencia)”, La Ley t. 128, 1032). ----------

----De tal modo, cualquier afirmación o prueba aportada por una de las partes son elementos de convicción y se adquieren para el proceso, en virtud del principio de adquisición y comunidad probatoria, con independencia de la parte que los haya arrimado (Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 5a. edición, I-445, “h”;

esta Cámara, en su composición de sala única, c. 9.780, S.D.L. 82/92; c. 9.927, S.D.C. 20/92; c. 10.084, S.D.L. 97/92). ----------

----Es que, por el principio de adquisición, los resultados de la actividad procesal que realizan las partes dentro del proceso se logran para éste, al margen de quien haya producido los actos respectivos y de la distribución de las cargas de afirmación y de la prueba (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1982, T. I, par. 163, pág. 619). ----------

----Así, en atención al alcance de la representación conferida (poder de administración con facultad de percibir) que se corresponde con la autorización otorgada por la vendedora a fin de que los saldos sean “cancelados en P. Inmobiliaria” (penúltimo apartado de la cláusula cuarta, fs. 8 vta.), concuerdo con el vocal que me precede en la votación en cuanto a que dicho recibo de pago suscripto por la apoderada de la actora cierra toda posibilidad de discusión pues es claro que debe imputarse dicho pago parcial que asciende a u$s 25.000.- al negocio jurídico de compraventa que diera lugar a estos actuados con efecto cancelatorio en relación al total del precio estipulado. --------

----Y como ya se señalara la accionante al absolver posiciones admitió que la Sra. R. se encontraba autorizada a percibir dinero con motivo de la operación de compraventa del inmueble vendido (respuesta a la segunda posición, fs. 69), por lo que en ese contexto debe ponerse de relieve que a pesar de esa confesión expresa a renglón seguido no se pronunció de modo categórico respecto del alcance del recibo de fs. 37 ya que si bien formuló negativa aclaró que sabía que esa persona recibió una suma de dinero remitiéndose a la respuesta anterior (ver tercera posición, pliego y acta de fs. 68 y 69). Todo lo cual debe ser valorado conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 390, 416, 417, 421 y 427 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A; arts. 386, 412, 413, 417, y 423 del C.P.C.C.), máxime cuando al contestar la séptima posición la actora manifestó que no sabía que la Sra. R. había percibido la suma de u$s 25.000.-, y a su vez en abierta contradicción con su admisión acerca de la representación que ostentaba la Sra. R. (ver afirmación de fs. 22 vta.) expresó que no podía contestar acerca de si le extendió un poder a favor de esa persona “si no le exhibe el instrumento ya que realmente no lo recuerda” (sic) (respuesta a la octava posición). ----------

----Por lo demás, en cuanto a las aclaraciones formuladas por la absolvente sabido es que son afirmaciones en beneficio propio, y por tanto una alegación que sólo puede tenerse por cierta si recibe sustento probatorio (art. 428, inciso 1º, de la Ley XIII Nº 5, Anexo A; art. 424 del C.P.C.C.). ----------

----Cuando el hecho que agrega el confesante es absolutamente separable e independiente del hecho principal, recae en esa parte la carga de probar los hechos favorables que alega (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal ...”, Astrea, 1983, T. 2, pág. 434). ----------

----Es que pesa sobre el confesante, según así lo prescribe esta norma, la carga de probar los hechos impeditivos, modificativos o extintivos. ----------

----La prueba del elemento agregado por el confesante (impeditivo, modificativo o extintivo), incumbe al mismo, pues está alegando una defensa sustancial (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1992, T. V-B, pág. 129 y cita de fallo). ----------

----En síntesis, el dato admitido en demanda en lo que hace a la representación conferida a la Sra. R. (fs. 22 vta.), el reconocimiento expreso formulado al absolver posiciones el sentido de que esa persona contaba con autorización para percibir dinero (respuesta a la segunda posición), y la facultad expresamente conferida en la cláusula cuarta del boleto de compraventa a fin de que los saldos se cancelaran en P. Inmobiliaria, son datos que resultan indiscutibles y permiten asimismo poner de relieve las evidentes contradicciones y respuestas evasivas vertidas por la absolvente debiendo tenerse a la actora por confesa respecto de tales posiciones con el alcance fijado por los arts. 417, segundo párrafo, y 421, primer párrafo, de la Ley XIII Nº 5, Anexo A; arts. 413 y 417 del C.P.C.C.), lo que así aprecio de acuerdo a las reglas de la sana crítica. ----------

---- Por otra parte, esa valoración probatoria se corrobora con la declaración testimonial prestada por su representante la Sra. R. pues esa testigo expresó que conoce a la actora por ser clienta y vendedora del inmueble, y asimismo reconoció la firma y el contenido del recibo obrante a fs. 37 (acta de fs. 102).----------

----Y sin perjuicio de que las aclaraciones vertidas por un absolvente son afirmaciones en beneficio propio por lo que deben ser acreditadas, párrafo aparte merece la aclaración vertida por la actora al contestar la quinta posición al sostener que había hecho una operación anterior con el Dr. Y. (fs. 69), como también la manifestación de la citada testigo acerca de que el demandado fue comprador de dos inmuebles.----------

----En efecto, ese no fue dato alegado por ninguna de las partes en sus respectivos escritos constitutivos del proceso (demanda, fs. 22/23 y vta.; contestación, fs. 43/46), por lo que es evidente que no pueden probarse hechos no invocados (“No podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos”, art. 368 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A; art. 364 del C.P.C.C.). --------

----Admitir prueba respecto de hechos no afirmados, es decir impertinentes, significaría no sólo violentar el “buen orden” aludido en el art. 35 que debe seguir el procedimiento, sino también permitir nuevas alegaciones en perjuicio del principio de defensa e igualdad en que se desarrolla el debate judicial (Fenochietto-Arazi, obra y tomo citado, pág. 296). ----------

----El objeto de la prueba lo constituyen los mismos datos que integran el contenido de las alegaciones procesales. Hay una identificación normal, de principio, entre objeto de la prueba y objeto de la alegación. Respecto de los datos de hecho rige el principio general que acaba de ser expuesto. La necesidad de su prueba es la regla (Guasp, Jaime, “Derecho Procesal Civil”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, Tomo Primero, par. 23. 5. págs. 328 y 329, respectivamente). En cuanto a la acreditación del hecho no alegado, es de precisar que son los mismos datos fácticos alegados los que

deben comprobarse (Guasp, obra y tomo citado, pág. 328, n° 5).----------

----Explica Palacio que la norma bajo análisis regula dos diversos supuestos o grados de *impertinencia* de la prueba: en el primer apartado establece el principio general que impide producir pruebas sobre hechos que no hubieran sido articulados -y controvertidos- por las partes en los escritos constitutivos (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1991, T. V-A, pág. 100). ----------

----Vale decir que los hechos llamados a establecerse en objeto de la prueba deben haber sido introducidos por las partes en el proceso, a través de sus escritos constitutivos de demanda, reconvención, excepciones y sus contestaciones, y excepcionalmente, al alegarse hechos nuevos en primera y segunda instancia, pues para el ordenamiento procesal que nos rige el hecho no afirmado no existe (Kielmanovich, “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Abeledo-Perrot, 1996, par. 2.a) I., pág. 40) (el subrayado me pertenece). ----------

----Desde otra perspectiva, tampoco ese dato referido a la existencia de otro negocio jurídico fue capítulo propuesto a la decisión del juez de primera instancia, por lo que la prohibición impuesta por el art. 280 de la Ley XIII, Nº 5, Anexo A (art. 277 del C.P.C.C.), veda toda consideración. ----------

----Como una manifestación o derivación del principio dispositivo, rige el principio de congruencia, en virtud del cual, debe existir conformidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional. El principio de congruencia constituye una manifestación del principio dispositivo en sentido material, dado que si el juez no respetara esa conformidad que debe existir entre su fallo, por un lado, y las pretensiones y oposiciones a las mismas, por el otro, estaría incursionando de esta manera en un campo que el ordenamiento jurídico ha reservado exclusivamente a la voluntad de los particulares, cual es la disposición de los derechos materiales o de fondo; igual conclusión cabe inferirse en caso de que sea un tribunal de alzada. Señala Fassi que los poderes del tribunal de apelación tiene como límite máximo los capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia, salvo el surgimiento de cuestiones referentes a intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia (Loutayf Ranea, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, vol. 1, par. 37 y 60, págs. 115 y 165/166, respectivamente). ----------

----Es que, al modo en que se constituyó la relación procesal debe atenerse el juzgador en esta segunda instancia, ya que la primera limitación a que se encuentran sometidos los tribunales de Alzada viene dada por la relación procesal trabada en el grado inicial, cuyo respeto se ve impuesto por el principio de congruencia, que también rige en la instancia apelatoria (art. 34, inc. 4°, de la Ley XIII Nº 5, Anexo A, antes del C.P.C.C.). ---

----Por ello, en virtud de las limitaciones impuestas por los arts. 274 y 280 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A (arts. 271 y 277 del C.P.C.C.) no puede el tribunal apartarse de las pretensiones y oposiciones y las cuestiones introducidas oportunamente por las partes

y sometidas a decisión del juez de la anterior instancia. ----------

----Por un lado se encuentra limitado, siguiendo la terminología del artículo 271 del Código Procesal, por las pretensiones y oposiciones y las cuestiones de hecho y de derecho sometidas al juez de primera instancia; y por el otro, por lo que haya sido materia de agravios. Se tratan de limitaciones que se producen por la actitud de los propios litigantes. Si el tribunal de alzada no respeta tales limitaciones y se pronuncia más allá de lo permitido, la sentencia respectiva resulta incongruente, y vulnera las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del derecho de propiedad (Loutayf Ranea, obra y tomo citado, par. 29, pág. 76).----------

----Como lo destaca Palacio, la regla general que consagra la norma (art. 277 del C.P.C.C.) es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, que no configura un nuevo juicio en el que sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueran objeto de debate en la instancia precedente (Loutayf Ranea, obra y tomo citado, par. 60, pág. 166).----------

----Quedan fuera de la decisión del tribunal de alzada los temas extraños a los escritos de constitución del proceso, aunque se lo introdujere bajo la apariencia de meros argumentos de derecho (CNCiv., sala B, julio 2-975, E.D. 64-514; idem, sala F, junio 22-983, E.D. 105-357). ----------

----Es criterio sentado por esta sala “B” en reiterados pronunciamientos, entre otros, c. 593/09, S.D.L. 110/09, c. 28/10, S.D.L. 05/10, y c. 136/10, S.D.L. 25/10. ----------

----Con ese alcance, debe precisarse que el pago parcial efectuado de u$s 25.000.- supera con holgura el convenido de u$s 5.000.- (cláusula cuarta), y a pesar de que fue cumplido el 20 de diciembre de 2007, esto es, vencido los treinta días de la suscripción del boleto que lleva fecha 16 de octubre de 2007, dicha tardanza en todo caso autoriza al reclamo de intereses en caso de que la demora resulte imputable al deudor por su mora, conforme lo dispone el art. 622 del Código Civil a fin de resarcir los daños ocasionados frente al incumplimiento de una obligación de dar sumas de dinero.----------

----Por eso, si no obstante esta originaria inconducta no desaparece la posibilidad de realizar la prestación, verificándose ésta *con posterioridad*, se habrá efectuado un cumplimiento tardío. El cumplimiento tardío se caracteriza por la *perdurabilidad* del vínculo durante todo el tiempo que dure el retraso del obligado. La subsistencia del nexo obligatorio es una situación que no depende de la culpabilidad del infractor, mientras sea posible ejecutar la prestación, el deudor está obligado a cumplir (Wayar, ob. cit., pág. 49). ----------

----De tal modo, ese eventual reclamo por intereses no impide considerar que el comprador en definitiva dio cumplimiento aunque tardíamente a la obligación asumida según la cláusula cuarta, inciso b), del boleto de compraventa, máxime cuando ese pago parcial importa una cifra cinco veces superior a la acordada.----------

----En tales condiciones, desde que la obligación fue cumplida el 20/12/2007 ineficaces resultan las intimaciones practicadas con posterioridad al hoy demandado referidas al

requerimiento de pago de la suma convenida según apartado b) de la cláusula cuarta, resultando por demás sugestivo que la carta documento fechada el 15 de mayo de 2008 fuera suscripta por la Sra. P. R. cuando dicha persona ya había recibido el pago con anterioridad. ----------

----Tocante a la obligación asumida según apartado c) de la mencionada cláusula cabe considerar que el saldo pendiente de pago debía ser “cancelado **conjuntamente** con la escrituración ...” (el resaltado me pertenece). ----------

----Y como lo expresara el Dr. Lucero conjuntamente es sinónimo de juntamente que en su primera acepción importa unión o concurrencia (Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española. h/z”, vigésima segunda edición, 2001, pág. 1330, segunda columna). ----------

----En ese contexto, los contratos deben interpretarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender (art. 1198 del Código Civil). ----------

----En la interpretación de los contratos debe primar la buena fe y el sentido que el uso general otorga a las palabras, para lo cual corresponde tomar las cláusulas atendiendo a la intención común de las partes, conforme al uso y la práctica. La norma del art. 1198 del Código Civil debe ser complementada en su aplicación por las disposiciones emanadas de los arts. 217 y 218 del Código de Comercio, pues son preceptos que fijan normas hermenéuticas que exceden el marco de las relaciones mercantiles para regir en el campo del derecho privado en general. Cuando los términos y expresiones utilizados en el contrato son claros y terminantes sólo cabe limitarse a su aplicación, sin que resulte necesario una labor hermenéutica adicional, cuando aparece clara, terminante y expresa la voluntad de los contrayentes hay que atenerse a su tenor literal (López Mesa, Marcelo J., “Código Civil ...”, Lexis Nexis Argentina, 2008, T. II, págs. 903 y 912/913).----------

----De tal modo, la cláusula cuarta del boleto de compraventa debe ser interpretada conforme a su uso habitual pues los términos utilizados en un convenio deben interpretarse de acuerdo al uso general de las palabras (art. 217 del Código de Comercio). ----------

----Es más, cuando las palabras y expresiones empleadas fuesen equívocas, debe darse preferencia siempre al sentido que les da el uso general (objetivo) sobre el que pretende darle el obligado (art. 217) (Fontanarrosa, “Derecho Comercial Argentino. 2: Doctrina General de los Contratos Comerciales”, Víctor P. de Zavalía, 1997, pág. 156). El art. 217 Cód. Com. remite a “las palabras” de los contratos, según el sentido que les da el “uso general”. Ello implica que el punto de partida pasa por el sentido literal de los términos utilizados en el contrato, lo cual presupone su redacción por escrito. Cuando el convenio es claro y preciso no puede ser modificado por interpretaciones sobre la base del espíritu de las cláusulas, intención presunta de las partes o las finalidades perseguidas, pues las palabras se corresponden en sí mismas con la realidad que

designan y además, por regla general, traducen con fidelidad el pensamiento (Rouillón, Director, “Código de Comercio Comentado y Anotado”, La Ley, 2005, T. I, pág. 455). ----

----Con tales alcances, es evidente que el término empleado “conjuntamente” importa que ambas partes debían cumplir al mismo tiempo, esto es de modo simultáneo, con sus respectivas obligaciones, pago del saldo de precio y escrituración condicionada a dicho pago. ----------

----Dicho de otro modo. El plazo de cuarenta días para otorgar la escrituración importa que esa obligación de hacer comprendía el accionar conjunto de ambas partes (vendedora y comprador) e incluso la de terceros, por caso el escribano interviniente y la entidad bancaria otorgante del mutuo hipotecario (ver cláusula séptima). ----------

----Al respecto, la obligación de hacer la escritura es una obligación que alcanza a ambas partes y de la que las dos son deudoras o acreedoras a la vez (Bueres-Highton, ob. cit., 2000, T. 3B, pág. 681). ----------

----Son asimismo ideas que circulan con pleno acatamiento, entre otras, las siguientes: a) la obligación de escriturar pesa por igual sobre ambos contratantes y su conducta debe ajustarse a los principios de lealtad y buena fe en todo lo que se refiere al cumplimiento del contrato (Morello, Augusto M., “El boleto de compraventa inmobiliaria”, 3ra. ed., Librería Editora Platense S.R.L., 1981, T. 1, pág. 324). ----------

----Y siguiendo este razonamiento resulta necesario considerar tal como acertadamente lo hiciera el Sr. Juez de primera instancia la regla prevista por el art. 1201 del Código Civil toda vez que la vendedora no podía válidamente requerir como pretendiera en sus intimaciones extrajudiciales que el comprador cumpliera con la obligación de pagar el saldo de precio si a su vez no cumplió u ofreció cumplir seriamente con su obligación de escriturar asumida según la cláusula séptima, conforme lo prescribe dicha normativa. ---

----La excepción de incumplimiento contractual la definimos en los siguientes términos: La facultad (derecho potestativo) de una de las partes de un contrato bilateral de no cumplir sus obligaciones -rechazando incluso el pedido de cumplimiento- si la otra parte no cumple, salvo con algunas excepciones, que la obligación de esta última sea a plazo u ofreciera cumplirla. Es un instituto también conocido como *exceptio non adimpleti contractus* o como “excepción de inejecución del contrato”, “excepción de toma y daca”, o “excepción de contrato no cumplido” y, asimismo, “excepción de incumplimiento del contrato”. La excepción es efectivamente una consecuencia de la bilateralidad contractual, de la reciprocidad e interdependencia de las obligaciones, de la correlatividad de las mismas. En definitiva, resulta ser un efecto de esa bilateralidad contractual, que autoriza dentro de ciertas condiciones a no cumplir el contrato si la contraparte no cumple, suspendiéndolo, por así decir, en el tiempo (Gastaldi-Centanaro, ob. cit., págs. 14, 16/17, y 18). ----------

----El art. 1201 del Código Civil encuentra justificación en las características que ofrecen las obligaciones recíprocas emergentes de un contrato bilateral. Tal interdependencia es tan natural, que se violaría la común intención de las partes si se permitiera a una de

ellas exigir a la otra el cumplimiento de la obligación sin haber cumplido u ofrecido cumplir la propia, soslayando también la lealtad y buena fe que debe observarse en la formación y en el cumplimiento del contrato (López Mesa, obra y tomo citado, pág. 969). --- El fundamento de los asertos: “no cumplo si no cumples” y “si me demandas me excepciono” se encuentra en la bilateralidad o sinalagma funcional, que fuerza a la ejecución “mano a mano” (Bueres-Highton, ob. cit., T. 3C, pág. 57). ----------

----Y desde ya que esa excepción no requiere términos sacramentales y tampoco es necesario que sea opuesta expresamente como excepción por tratarse de una defensa de fondo dada su naturaleza sustancial. ----------

----La excepción de incumplimiento es, pues, un medio de oposición o defensa de los derechos emanados del contrato bilateral, por el cual una parte puede diferir legítimamente el cumplimiento de sus propias prestaciones, hasta tanto la otra parte no cumpla u ofrezca cumplir simultáneamente con las suyas. Siendo así, en conclusión, opinamos que se trata de una excepción dilatoria, pero coincidimos con Messineo en cuanto a que es “de fondo” o “sustancial”, pues está establecida en el Código Civil. Se ha dicho que se trata de un medio de defensa sustancial (Gastaldi-Centanaro, ob. cit., págs. 23 y 31).----------

----La doctrina coincide en juzgarla como una excepción sustancial dilatoria, que puede hacerse valer como contrademanda o reconvención (Bueres-Highton, ob. cit., T. 3C, pág. 57).----------

----Así, debe destacarse que en esos términos fue planteada por el demandado en su escrito de contestación (p. 4, fs. 44, cuarto párrafo, y fs. 44 vta., dos últimos párrafos). --

----En tales condiciones, desde que la vendedora no cumplió ni ofreció cumplir con su obligación de escriturar el inmueble no pudo válidamente requerirle al comprador el pago del saldo de precio que debía materializarse al momento de la escritura traslativa de dominio. ----------

----Nótese en tal sentido que la actora ni en sus requerimientos extrajudiciales ni en su escrito de demanda ofreció cumplir con la escrituración del bien objeto del boleto de compraventa. ----------

----Finalmente, cabe precisar que la obligación a escriturar es un acto complejo que está a cargo de ambas partes, respecto de esa obligación, la intervención notarial altera el régimen de la mora, toda vez que el solo vencimiento del plazo no la produce, dado que incumbe a las partes urgir la citación. En otras palabras, al acto complejo le resultan en principio inaplicables los efectos de la mora automática prevista para las operaciones a plazo, no pudiendo ninguna de las partes imputar morosidad a la otra cuando no impulsó el acto en el que se encuentra tan interesada como ella en realizar, estando habilitada para hacerlo (arts. 509, 510, 1201, CCivil) (López Mesa, obra y tomo citado, pág. 975). ----------

----En ese direccionamiento, el vencimiento del plazo convenido para escriturar no importa mora automática por existir una circunstancia impeditiva que reside en el

incumplimiento de la vendedora de la obligación asumida según la cláusula séptima del convenio al no impulsar el acto de escrituración del bien. ----------

----La obligación de escriturar a la que hace mención el art. 1187 del Código Civil debe reputarse como una obligación de hacer que pesa, indistinta y recíprocamente sobre el comprador y el vendedor, y dada su característica no es aplicable sin más el art. 509 del Código Civil sobre el régimen de la mora siendo erróneo suponer que el mero transcurso del plazo la produzca (López Mesa, obra y tomo citado, pág. 843).----------

----Es que, el acreedor que quisiese poner fin a la situación derivada del incumplimiento en las obligaciones simultáneas y conexas deberá ofrecer, formalmente, el cumplimiento de las prestaciones que le son propias, o bien ofrecer cumplirlas, requerimiento éste que podrá tener carácter judicial o extrajudicial. Existen diversos factores que impiden el estado de mora del deudor, que si bien no surgen expresamente del artículo 509 se deducen de una interpretación arM. de los textos legales. A) Ausencia de Cooperación. ... B) Ausencia de cumplimiento de la obligación correlativa. ... Supuesto específico en la obligación de escriturar (Gagliardo, Mariano, “La mora en el Derecho Civil y Comercial”, Abeledo-Perrot, 1979, págs. 80/81 y 97/98).-

--- Por tales razones se desestiman los agravios formulados por la actora apelante.------

----3. En consecuencia, también propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada a la apelante vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A; art. 68 del C.P.C.C.).----------

----Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudentes los honorarios que propicia regular el Dr. Lucero a favor de los letrados apoderados del demandado, en conjunto, y los del letrado patrocinante de la actora, en un 30% y 25%, respectivamente, de las cantidades establecidas para los emolumentos de primera instancia (arts. 5, 8, 13, y 46 de la Ley XIII Nº 4; arts. 6, 9, 14, y 47 de la ley 2.200), con más el I.V.A. pertinente. ----------

---- Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA. ----------

---- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:----------

---- El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) CONFIRMAR el fallo venido en apelación en todo lo que fuera materia de agravios. 2) IMPONER las costas de segunda instancia a la parte actora apelante vencida en ella. 3) REGULAR los honorarios devengados por las tareas cumplidas ante la alzada, del siguiente modo: al Dr. I. O. B., en la suma equivalente al 25% de la regulación que mereciera en la anterior instancia; y, a los Dres. P. D. S. y P. O. A., en conjunto, en la suma equivalente al 30% de la que merecieran por su actuación en el anterior grado. En ambos casos, con más el I.V.A. pertinente.----------

----ASI LO VOTO.- ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación. ----------

----Así lo voto. ----------

---- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por excusación del Sr. Juez de Cámara Dr. Aldo Luis De Cunto (Art. 7º Ley V Nº 17; antes art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550), pasándose a dictar: ----------

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

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

----CONFIRMAR el fallo venido en apelación en todo lo que fuera materia de agravios. -

---- IMPONER las costas de segunda instancia a la parte actora apelante vencida en ella. ----------

----REGULAR los honorarios devengados por las tareas cumplidas ante la alzada, del siguiente modo: al Dr. I. O. B., en la suma equivalente al 25% de la regulación que mereciera en la anterior instancia; y, a los Dres. P. D. S. y P. O. A., en conjunto, en la suma equivalente al 30% de la que merecieran por su actuación en el anterior grado. En ambos casos, con más el I.V.A. pertinente. ----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2010 – SDC – CONSTE.-

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA