En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los 13 días del mes de marzo del año dos mil nueve, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"E. M. S.A. c/ B., M. F. s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 16.881/08**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 139/05), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 268 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 301), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 229/242vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo

Que llegan las presentes actuaciones a la Alzada en apelación (fs. 252 y 253) de la sentencia de fs. 229/242vta. que admite parcialmente la demanda y declara resuelto el boleto de compraventa celebrado el 11 de julio de 2000, entre E. M. S.A. y M. F. B., con efecto retroactivo a la medianoche del 18-3-2005, fecha de notificación de la demanda, por culpa de la demandada, por el cual la primera vendió a M. F. B., el inmueble individualizado como lote * del Solar X de la

manzana ** de la ciudad de Comodoro Rivadavia, con una superficie de terreno de 500 metros cuadrados, ubicado en la calle Bouchardo N° ****, ciudad, con todo lo plantado, enclavado y adherido al suelo. Enumera los efectos que tendrá la resolución contractual, tales como devolver la actora a la demandada la suma percibida de U$S 78.750, en el 70% del valor del dólar, convertido a la moneda de curso legal en nuestro país, al momento de su efectivo pago, más intereses a la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco Nación Argentina, hasta el efectivo pago, según liquidación a practicar en la etapa de ejecución de sentencia desde que cada una fue cobrada; como consta en el boleto de compraventa para U$S 40.000; desde el 28-12-2004 para U$S 38.750; y la demandada restituirá a la actora, libre de todo ocupante o de toda persona o cosas que dependan de ella, el inmueble individualizado como lote * del Solar X de la manzana ** de la ciudad de Comodoro Rivadavia, con una superficie de quinientos metros cuadrados, ubicado en la calle Bouchardo N° ****, con todo lo plantado, enclavado y adherido al suelo, concede 15 días para el cumplimiento de lo ordenado. Condena a M. F. B., a pagarle a E. M. S.A. la suma de U$S 77.000, más $ 8.500, en concepto de daño emergente, que en el caso de la moneda extranjera abonará en el 100% de su cotización en el mercado cambiario, convertidos a la moneda de curso legal en nuestro país, al momento de su efectivo pago, más intereses conforme a la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina, desde la mora 14 de marzo de 2003 para la deuda en moneda extranjera y desde la fecha del dictado de las normas individuales de ambas instancias para las

costas, hasta el efectivo pago, según liquidación a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia. Rechaza la reconvención interpuesta por la demandada y los daños por lucro cesante y daño moral reclamados por la actora, así como las sanciones por conducta temeraria y maliciosa, pedidas por las partes. Impone las costas a la demandada y regula los honorarios.

A fs. 260/264 el actor expresa agravios con relación a los puntos 3 y 4 de la sentencia.

La devolución de 40.000 y 38.750 dólares ordenados por el sentenciante es motivo de queja ante los términos del contrato, donde se establece que el incumplimiento producirá la resolución inmediata de este contrato sin necesidad de interpelación alguna, perdiendo el comprador todas las sumas que hasta ese momento hubiera abonado, en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Y es ello lo que reclama, máxime por entender que a su mandante no se le ha probado culpa contractual alguna.

Señala que, en la contestación, la demandada no reclama el 100% de lo abonado sino el 50%.

Agrega que la devolución de las sumas a un 70% del valor del dólar le causa agravio, pues la normativa aplicable es el decreto 214/02, vigente a esa fecha.

Hace notar que la suma de 38750 dólares fue recibida por la Sra. M. L. B., bajo el régimen cambiario 1 peso = 1 dólar, por lo que mal puede pretenderse se devuelva el 70% del valor del dólar a la fecha.

Indica que ante la inminente subasta del establecimiento se formuló acuerdo con el acreedor hipotecario más los gastos por tasa de justicia. La

suma de 77.000 dólares que el a-quo manda a abonar al actor, dice es distinta a la abonada al acreedor hipotecario, de acuerdo a lo que consta en el Expte. N° 4126/04 sobre ejecución hipotecaria.

Se agravia por lo que considera una suma nimia por daño emergente, ya que determinar que éste sólo se ajusta a los montos de costas reguladas en la ejecución hipotecaria en la primera instancia, significa desconocer lo probado en autos.

A fs. 265/285 se agrega el memorial del demandado.

La sentencia, dice, es auto-contradictoria y arbitraria, enumerando lo que entiende justifica tal calificación: declarar resuelta la compraventa inmobiliaria, condenar a la actora a devolverle a la demandada las sumas pagadas por el 50% del precio de la compraventa, ordenar la devolución del inmueble, e insólitamente mandar a pagar el daño emergente.

Resalta que los dólares que debe devolver la actora son afectados por la crisis del año 2002, pero los dólares a pagar por su representada a favor de la actora, los impone al 100%.

Alega que el Juez expresa que la actora no probó los daños, igualmente la hace acreedora, a nada menos que el 50% del precio de la compraventa, en dólares escondidos dentro de la ejecución hipotecaria.

Expresa que, si hubiese sido responsable del juicio hipotecario, sólo lo sería por las costas, ya que el capital adeudado por la actora a un tercero no es un perjuicio, sino, precisamente, eso, una deuda preexistente a la compraventa objeto de este juicio.

Menciona la incorrecta intimación

cursada por el demandante a su representado, requiriendo un pago al que no tenía derecho, ya que a quien se debía era a B., al asumir la deuda hipotecaria al comprar el inmueble, situación que dice, es descripta en el punto 10.7 por el sentenciante, pero no le asigna el efecto jurídico que debe tener.

Indica que al contestar la demanda sostuvo, que la intimación cursada en 12-3-2003 por la actora, desconoce lo firmado con anterioridad y la intima a abonar a ella, lo que debiera discutirse con el verdadero acreedor de la deuda. Reitera que el contrato de compraventa no estableció ni contuvo el pacto comisorio expreso, por lo tanto, la carta documento, mal podía establecer un plazo inferior al que menciona el art. 1204 del CC.

Resalta que el a-quo vio purgada la defectuosa notificación de la carta documento con la demanda, pero en la parte resolutiva de la sentencia fija la mora desde la fecha de tal irregular notificación.

Alude a su preocupación ante la decisión que ordena el pago del daño emergente, en billetes dólares estadounidenses, pese a que en la ejecución hipotecaria sufrida por la actora, se hizo mérito del esfuerzo compartido.

Se agravia ante la falta de consideración de la negativa del acreedor hipotecario a recibir el pago en la forma en que se establecía normativamente, alegando que se trata de hechos no probados, no considerándose tampoco el hecho que los pagos anteriores habían sido puntualmente abonados.

No valoró, dice, la falta de respuesta a la invitación de tomar participación en la ejecución

hipotecaria iniciada por B., ni permitir que su parte lo hiciera.

Alega que no consideró el a-quo que si bien la deuda hipotecaria ascendía a U$S 53900 (70% del capital adeudado) su abogado reconoció el derecho de la acreedora B. a percibir la suma de U$S 120.000, de los cuales U$S 95.000 correspondían a capital e intereses y que, aún cuando el actor exigía el pago en dólares estadounidenses, ambas sentencias en el proceso hipotecario declararon pesificada la deuda (art. 778 y sgtes. del CC. que fueron omitidos).

Le causa agravio la deficiente interpretación del art. 1204 del CC., cita jurisprudencia, que la imprevisión sólo opere a favor del actor, así como la consideración del daño emergente, y el modo en que se impusieron las costas.

Posteriormente analiza las pruebas producidas en la causa, el contrato de compraventa, los despachos postales de las partes, la resolución del contrato: pretensión mutua de las partes; la reconvención rechazada; temeridad, y mala fe de la actora.

A fs. 287/295 el demandado contesta los agravios de la parte actora.

I) Atento las cuestiones sobre las cuales las partes se agravian, me referiré en primer término a los desarrollados por la demandada, con relación a la constitución en mora y a la falta de legitimación de la actora para reclamar el pago de lo que entiende debía al acreedor hipotecario, toda vez que de su admisión o rechazo tendrá virtualidad expedirme sobre lo que expusiera la actora.

No existe controversia en que se entabló

una relación, entre la actora y demandada, mediante el boleto de compraventa, por el que E. M., por representante, y la Sra. M. F. B., convienen suscribir el contrato de compraventa sobre el inmueble, ubicado en la calle Bouchardo N° ****, de la ciudad de Comodoro Rivadavia, por el precio de U$S 154.750, entregando como seña la suma de U$S 10.000, la obligación por parte del comprador de abonar la suma de U$S 10.000 el 8-9-2000, y la suma de U$S 20.000 que se abonarían en diez pagos mensuales y consecutivos de U$S 2.000, entregando cheques diferidos por tales sumas. Asimismo, el comprador asume la deuda hipotecaria, en primer grado a favor de la M. L. B., cuyos vencimientos operaban el 20-1-2001 por la suma de U$S 38750, el 20-1-2002 por U$S 38.750, y el 20-1-2003 por U$S 38.250. En el mismo boleto consta que los cheques entregados como obligación de pago, no podrán se rechazados por falta de fondo o cualquier otra causa, sea por caso fortuito o fuerza mayor y si alguno de los cheques fuera rechazado, el comprador deberá abonar el monto del cheque rechazado en dinero en efectivo, dólares, y dentro de las 48 hs. de haber sido fehacientemente notificado por el acreedor o portador, caso contrario y ante la inobservancia del comprador y dentro del plazo mencionado, lo hará incurrir en mora automática y de pleno derecho, y producirá el decaimiento de todos los plazos y vencimientos otorgados, haciéndose exigible el pago total dentro de las 72 hs. de constituirse en mora. Si cumplido el plazo el comprador no diera respuesta satisfactoria, dicho incumplimiento producirá la resolución del contrato sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial, perdiendo el comprador todas las sumas que hubiese abonado, en

concepto de daños ocasionados.

Afirma Morello, en "Ineficacia y frustración del contrato", pág. 144 que "la finalidad del pacto comisorio tiende a asegurar la verdadera reciprocidad, guardar el equilibrio, evitar que nadie preste o deje de recibir contraprestación".

De la lectura de la demanda surge que el actor pretende la resolución del contrato, la devolución del inmueble, por no haber cumplido el comprador con el pago de las dos últimas cuotas de la hipoteca a favor de la Sra. B., motivo por el que fue demandado en autos "B., S. G. c/ E. M. S.A. s/ Ejecución Hipotecaria", Expte. N° 16.881/2008, y debió cumplir con el pago allí requerido de acuerdo a la sentencia N° 14/2004, su aclaratoria y el convenio homologado.

Al contestar, la demandada se opone a dichas pretensiones, reconoce el contrato, así como la falta de pago de dos cuotas con vencimiento en enero de 2002 y enero de 2003, pero alega a su favor que no sólo no era el actor a quien debía abonar, sino a la Sra. B. y que ésta se negó a recibir el monto en pesos.

Reconoce también el haber recibido la carta documento enviada por Establecimiento, intimándolo al cumplimiento de la deuda en el plazo de 72 hs. bajo apercibimiento de resolución del contrato, insistiendo que no era el actor quien debía reclamar, que el pago no debía ser en moneda estadounidense y que el plazo otorgado no pudo ser establecido en 72 horas ante la inexistencia de plazo comisorio expreso.

Reconvino por resolución de contrato por culpa de la actora, con devolución del 50% del precio de la compraventa, más el mayor valor del inmueble y el

reintegro de las mejoras útiles. Solicita sanciones.

El aquo admitió la resolución del contrato y sobre ello se alza la demandada, reiterando lo ya sostenido en la contestación con relación a la inexistencia del pacto comisorio expreso y a la no obligación de abonar a la actora.

Y advierto que el sentenciante dio respuesta a la alegación de la apelante, pero más allá que no he de coincidir con la interpretación que diera al contrato, respecto al tema en tratamiento, sí lo haré con relación a la declaración de resolución del contrato.

Resulta cierto que las consecuencias y plazos acordados para el pago (cláusula cuarta) del boleto de compraventa, se referían a los cheques que de acuerdo a la cláusula segunda fueron entregados, y no al cumplimiento del saldo pendiente de pago de la hipoteca, lo que no es el objeto de esta causa, pues se reclama en la presente la resolución del contrato, como consecuencia del incumplimiento de lo acordado en la cláusula segunda, en cuanto la compradora se comprometió a abonar a la Sra. M. L. B., las sumas de 38.750 y 38.250 dólares estadounidenses en fechas enero de 2002 y 2003, lo que no cumplió.

Aunque no es menos cierto que la cláusula tercera si bien se refiere en el boleto de compraventa a los cheques, en la segunda se acordó que el comprador (B.) "asume la deuda hipotecaria que pesa sobre el inmueble vendido, tomando a su cargo en este acto la cancelación del saldo pendiente de pago de Hipoteca en Primer Grado de Privilegio a favor de M. L. B., ...todo según surge de la Escritura número trescientos ocho ...cuya copia y posteriores

modificatorias ...se adjuntan a la presente y se dan por reproducidas todas sus cláusulas y son expresamente aceptadas por la compradora, quien de esta manera se obliga a satisfacer dicho crédito del mismo modo al acordado por la vendedora...".

Y mediante escritura 308 agregada a fs. 15/19 del expte. encordelado, el vendedor se comprometió a efectuar los pagos en el domicilio del acreedor, y admitió "es parte substancial y determinante de este contrato que el préstamo sea abonado en dólares billetes estadounidenses", detallando el modo de obtenerlos; "en caso de mora... y si la mora se prolongara por más de treinta días, autorizará al acreedor a disponer sin previa interpelación la resolución del contrato de compra-venta, con más los daños y perjuicios resultantes... hasta la fecha del efectivo pago. En todos los casos se producirá de pleno derecho y por el mero vencimiento de cada una de las cuotas acordadas, sin necesidad de previa interpelación.

En consecuencia, al haberse convenido que el incumplimiento autorizaba al acreedor a disponer sin previa interpelación la resolución, la mera voluntad declarada de la parte de acogerse al derecho operó sin más la resolución del contrato. Sin embargo consta en la causa, que el acreedor comunicó la decisión y otorgó plazo para el cumplimiento, siendo la intimación por carta documento prescindible.

La trascripción de lo acordado da razón al accionante en punto a las obligaciones asumidas por el deudor y a la vigencia de la cláusula tercera, y es ante ello que las razones esgrimidas por la apelante respecto del plazo, no resultan relevantes, en

principio, y aún cuando sus argumentos hubiesen prosperado, porque la demanda se inicia transcurrido un plazo mayor a los quince días que entiende la apelante correspondían, sin que se hubiera cumplido con la obligación.

Tal como surge del expediente sobre ejecución hipotecaria, ante el incumplimiento de la hoy demandada; quien había asumido la deuda hipotecaria y reconoció que sólo había abonado la primera cuota de la misma; el acreedor hipotecario hizo uso del derecho que le conferían las cláusulas mencionadas, asumiendo el ahora actor el cumplimiento de lo allí reclamado. Alegar que la actora no tenía derecho a exigir el pago, resulta al menos una sinrazón.

Más allá de ello, dice que pretendió abonar en pesos que no le fueron recibidos, pero no surge que haya depositado suma alguna, ni que haya pretendido pago por consignación, tampoco promovió -por la vía pertinente- alguna acción para obtener la nulidad de la cláusula o la revisión de lo pactado, ante los hechos que le impedían cumplir con la obligación.

Asimismo, en la cláusula tercera de la escritura 308 se convino que el acreedor ante el incumplimiento podía iniciar ejecución hipotecaria, contra el deudor por el capital adeudado más los intereses moratorios y punitorios pactados y los gastos judiciales, lo que se reitera en la cláusula décima.

Desde que en el caso, la obligación de abonar las cuotas de precio se halló sujeta a plazos mensuales, la mora del deudor tuvo lugar por el sólo transcurso infructuoso del tiempo (art. 509, párr. 1°, cód. cit.) y la intimación por carta documento fue,

reitero, perfectamente prescindible a ese efecto. Sin perjuicio de ello y habiendo enviado carta documento, esa será la fecha de la constitución en mora.

Y coincidiré con el Dr. Borda en cuanto considera que el concepto de mora es puramente objetivo y se configura con prescindencia de la culpa del deudor, ya que la única condición necesaria para la producción de la mora en las obligaciones es el retardo y que la culpa del deudor, tiene significación respecto de los efectos de la mora, pero no es condición de su existencia, "Resolución de los contratos por incumplimiento", Miquel, pág. 128.

El párrafo tercero del art. 1204 CC., contempla el pacto comisorio expreso, esto es la facultad que tienen las partes de prever expresamente en el contrato la posibilidad de resolver en caso que alguna modalidad inserta en el mismo, no fuera cumplida; la resolución se producirá de pleno derecho dice la norma y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver. Así la carta documento, más la notificación de la demanda, importó la notificación fehaciente, que contempla el dispositivo legal.

Rechazo en consecuencia la queja de la demandada y la reconvención, en este aspecto, permaneciendo incólume la sentencia en cuanto admite la resolución del contrato, aunque el sentenciante se haya apoyado en otros fundamentos.

II) Las restantes quejas de las partes tendrán respuesta conjunta, toda vez que ambas se agravian sobre lo decidido por el sentenciante en punto a los alcances de tal resolución, y a la conclusión que

se arribe, permitirá o no introducirnos en la reconvención articulada y que es motivo de queja.

El sentenciante dispuso que devolverá la actora a la demandada la suma percibida de U$S 78.750, en el 70% del valor del dólar, convertido a la moneda de curso legal al momento del pago, más intereses conforme la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco Nación de la República Argentina hasta el efectivo pago; condenó a B. a pagar a la actora la suma de 77.000 dólares, más 8.500 pesos por daño emergente, que en el caso de la moneda extranjera abonará el 100% de su cotización, más los intereses. Y tal decisión entiende la actora debe revocarse, con fundamento en la cláusula tercera del contrato de compraventa, agraviándose que el sentenciante haya considerado que el pacto comisorio expreso se refería sólo a los cheques, aunque si entiende que la interpretación de los contratos debe ser en conjunto y no obstante lo obliga a tal devolución cuando de su parte no existió incumplimiento y más: el demandado solicitó la devolución del 50% de lo pagado.

El pago del 70% del valor dólar de 77.000 dólares, también lo agravia, ya que abonó 120.000 en la ejecución hipotecaria.

Entiende que la suma otorgada por daño emergente es nimia, ya que consideró solo las costas de la primera instancia.

El a-quo resolvió, asimismo, con relación al demandado que debía restituir el inmueble objeto de la compraventa a la actora, otorgó un plazo de 15 días y condenó a B. a pagar a E. M. S.A., la suma de 77.000 dólares más 8.500 pesos, en concepto de daño emergente, más intereses. Ello fue motivo de agravio.

Y en un memorial confuso y reiterativo, la demandada basa sus agravios en principio en que los dólares que debe devolver a la actora serán al 100% de su valor y los que debe la actora al 70%, en la falta de constitución en mora y en la crisis del año 2002.

Si bien la resolución de un contrato de compraventa celebrado bajo condición debe producir como efecto natural la restitución recíproca de las prestaciones cumplidas por cada parte, como que la ley reputa a la venta con pacto comisorio hecha bajo condición resolutoria (arts. 1370 y 1374 Cód. Civil), ello adquiere relevancia en autos ante el punto tercero y quinto del boleto, sobre cuya base el actor funda sus pretensiones, siendo que el pacto comisorio expreso (art. 1432 Cód. Civil) ha sido combinado con la siguiente cláusula: "Si cumplido ese plazo, y aún así, el comprador no diera respuesta satisfactoria al vendedor, dicho incumplimiento producirá la resolución inmediata de este contrato, sin necesidad de interpelación judicial y/o extrajudicial alguna, perdiendo el comprador todas las sumas que hasta ese momento hubiere abonado, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios.

Con ello el comprador admitió, que ante el incumplimiento el vendedor podía optar por resolver el contrato, lo que así aconteció, y por ende el efecto de tal situación es la obligación del comprador de restituir el inmueble adquirido al actor -vendedor-, perdiendo el demandado -comprador- que se le restituyan las sumas abonadas en concepto de precio, al haber sido ello pactado en favor del vendedor como una indemnización tarifada por los daños generados a raíz de la resolución del negocio jurídico por causa

imputable al incumplimiento del comprador.

Pero se sometieron las partes, también, a lo que dispusieron el punto quinto: "Ambas partes hacen renuncia expresa en este acto de invocar la teoría de la imprevisión".

Entiendo que lo que las partes acordaron en punto a la pérdida de lo abonado por incumplimiento constituyó una cláusula penal, la que se encuentra prevista en el art. 652 del Cód. Civil y constituye una estipulación que las partes de un negocio jurídico pueden pactar libremente para asegurar el cumplimiento de una obligación, sometiéndose a una pena o multa para el caso de retardar o de no ejecutar la obligación asumida. "Se trata de una tasación anticipada y convencional de los perjuicios que acarrearía un eventual incumplimiento contractual, de modo tal que la cláusula penal viene a sustituir la indemnización de perjuicios e intereses a tenor del art. 655 de la ley civil. En virtud de ello, el acreedor para exigir su cumplimiento no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios ni el deudor puede eximirse de satisfacerla probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno (art. 656 Cód. Civil). Si bien la cláusula penal debe regir las relaciones entre las partes por el principio de la fuerza obligatoria de lo libremente pactado entre estas sobre materia disponible (arg. art. 1197 Cód. Civil), no es menos cierto que el art. 656 del Código Civil en su apartado 2° ha facultado a los jueces para morigerar las penas estipuladas cuando de su aplicación al caso concreto pudiere derivarse una gran injusticia por resultar manifiestamente desproporcionada y conducente a un enriquecimiento incausado. Es lo que ha determinado la denominada inmutabilidad relativa o

mutabilidad de la cláusula penal.” (Kemelmajer de Carlucci, A., "Algunos aspectos de la inmutabilidad relativa de la cláusula penal", LA LEY, 1991-B, 353; Bekerman, J., "La mutabilidad de la cláusula penal", LA LEY, 1994-B, 194) y CACC de 2da Nominación de Santiago del Estero, ”Storniolo, José c. Zalazar de Acosta, Irma”, LLNOA 2005-LLOnline).

De acuerdo a la cláusula de mención, y reiterando lo dicho, el actor si optaba por la resolución recibía el inmueble objeto del contrato y a su vez retenía las sumas pagadas por los daños y perjuicios.

En autos, el comprador abonó el 50% del valor del inmueble y es ese 50% el que reclama, toda vez que de la documentación acompañada, que no fue controvertida, el vendedor recibió como seña 10.000 dólares; 10.000 dólares en fecha 8-4-2000 y 2.000 dólares mediante cheques que fueron cobrados. Asimismo, pagó al acreedor hipotecario la suma de 38.750 dólares, correspondiente a la primera cuota con vencimiento enero de 2001, de las tres que se comprometió.

La venta del inmueble se produjo por la suma de 154.750 dólares. De acuerdo a lo dicho en el párrafo anterior, lo abonado ascendió a 78.750 dólares, restando cancelar 77.000 dólares, suma que las partes acordaron debía a B. y que ésta reclamó en la ejecución hipotecaria.

Ponderando ello, y más allá que la conducta remisa del comprador diera lugar a este estado, otorgar como reparación por los daños el 50% del valor del inmueble resulta a toda luces excesiva, si se considera que el accionante va a recuperar la plena disponibilidad del bien vendido.

Previo a fijar las sumas que las partes se deben, daré motivos.

En principio, es cierto que al no cumplir el demandado con el pago de la 2ª y 3ª cuota al acreedor hipotecario, y ser el actor quien había contraído la obligación con B. debía y así lo hizo, cumplir con el compromiso que había asumido, por lo tanto considero que exigirle a B. tal suma no se ajusta a derecho, máxime cuando se ordena la devolución del inmueble. Pero sí debe B. responder por la diferencia entre lo que se debía 77.000 dólares y lo que la sentencia N° 14/2004 ordenó abonar, es decir el 70% de los 77.000 dólares, más los honorarios de la primera y segunda instancia, más los intereses, lo que significó al momento del pago $ 95.000 dólares, más los honorarios de ambas instancias que se fijaron en pesos.

El convenio que realizaron M. y B., resultó ser, si se quiere, un acuerdo de parte o una liberalidad del ahora actor, que no lo obliga al demandado.

En consecuencia, por aplicación de la facultad conferida por el art. 656 ap. 2° del Cód. Civil, teniendo en cuenta el valor actual de un inmueble de esas características en esta ciudad, que es público, y por tanto no merece sea probado, y que las sumas abonadas fueron en valor dólares convertidos, atento que la sentencia N° 14/2004 dispuso: "El monto de condena se oblará en moneda argentina en el equivalente del 70% del monto adeudado en dólares y la conversión de la misma a nuestro signo deberá hacerse al día del efectivo pago", estimo equitativo morigerar la cláusula tercera y disponer que deberá el demandado devolver al actor la suma de 30.000 dólares en moneda

de curso legal que es comprensivo de lo abonado por el actor como consecuencia de la ejecución hipotecaria y daño emergente (95.000 dólares – 77000 dólares = 25.000 dólares), más los intereses desde la fecha de constitución en mora (14-3-2003) de acuerdo a los considerandos al respecto.

Diferente será lo que dispondré respecto a la suma que debe reintegrar el vendedor al comprador, no obstante que ambos renunciaron a la teoría de la imprevisión.

El actor deberá devolver al demandado la suma de $78.750, que B. abonara por la compra del inmueble, y digo en pesos toda vez que al momento del pago, existía paridad cambiaria 1 peso = 1 dólar, más los intereses desde la fecha de cada pago.

No resultando conducente lo alegado por el actor que parte de ese monto fuera recibido por B., ya que no debemos olvidarnos que Establecimiento, permanece con el bien inmueble y de no haberse efectuado la operación estaba obligado al pago que se había comprometido y que dio origen a la hipoteca.

Aquí es útil señalar que el mantenimiento de la fuerza obligatoria de los contratos, es una necesidad de la propia convivencia social, ya que permitir revisar el contenido de la obligación libremente asumida puede perjudicar la seguridad jurídica y poner en tela de juicio la base misma de la normativa contractual. Pero, por otro lado, el juez no puede desatender el contenido de justicia de su decisión. De lo contrario su actividad resultaría meramente mecánica aplicando una solución disvaliosa si no se la examina dentro del contexto general y particular en que las partes celebraron el acuerdo de

voluntades.

Se observa que el demandado cumplió con el pago acordado hasta el mes de enero de 2002, fecha en la cual dejó de abonarlos, lo que coincide con el dictado de la ley 25.561 y del dec. 214/02, circunstancias que reclaman una decisión, ante los términos del contrato y lo que produjo la aplicación de dicha ley ante las obligaciones contraídas en dólares.

"Es útil recordar que en varios pronunciamientos se destacó que el mismo Congreso que declaró la emergencia con sustento en los hechos de inusitada gravedad acaecidos a fines del año 2001, cambió abruptamente de parecer en la apreciación de los hechos que le dieron fundamento, ya que "escasos meses antes de la sanción de la ley 25.561, el propio Estado sancionó la ley que establecía la intangibilidad de los depósitos (N° 25.466) y la definió como la imposibilidad por parte del Estado de alterar las condiciones pactadas entre los depositantes y la entidad financiera, así como también la prohibición de canjearlos por diferentes activos del Estado Nacional, de prorrogar su pago o de reestructurar su vencimiento. Esta disposición, aunque vinculada al sistema financiero, no alteraba sobre la modificación operada con posterioridad en ese ámbito, sino que actuaba como un reaseguro de la legalidad. De tal modo, en la esfera de las relaciones jurídicas entre particulares, había menos motivos aún para sospechar que el Estado pudiera modificar repentinamente las bases de los negocios o interferir en las contrataciones a través de una sustancial modificación de la moneda de pago" (CNCiv. Sala "F", R 357.361, del 27/12/2002 y sus citas: íd. sala G, R 368.506, del 16/4/2003).

"Cierto es que en los contratos existe una relación de cargas y beneficios. La prestación de una de las partes tiene en cuenta la contraprestación de la otra. Es decir, lo que se entrega al momento de celebrar el contrato tiene en miras aquello que se va a recibir. También lo es, que la premisa fundamental debe ser que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla cuya obligatoriedad no puede alterarse, debiendo presumirse justo lo ordenado por la ley. Pero, cuando se advierte que la convención, se aparta de manera grosera rebasando los límites de lo tolerable, es necesario morigerar sus efectos para evitar la consumación del injusto" (conf. CNCIV sala F, R 369.720, del 3/4/2003).

Sin que quepa en el caso analizar el verdadero sentido y alcance del principio contenido en el art. 1197 del Cód. Civil en su origen y evolución histórica y dentro del contexto del pensamiento filosófico en que se fue afirmando (ver al respecto Mayo, Jorge, "Autonomía de la voluntad" ¿Es el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato?", La Ley, 1996-E, 833, op. cit), se estima adecuado señalar que el "principio de la autonomía de la voluntad", si bien importa el reconocimiento de la libertad de la persona en el ámbito de sus relaciones negociales privadas, no sirve como sustento a la fuerza obligatoria del contrato, sino que es la propia ley la que se sirve de fundamento al reconocerla, en tanto y es justo que así sea. Ni el respeto a la palabra empeñada, ni a una voluntad cristalizada en el mismo negocio, que después de manifestada no podría modificarse, son fundamento suficiente. Realmente, la libertad contractual, y también la regla moral de

respeto a la palabra empeñada, deben conciliarse con otros elementos relevantes: por una parte, la utilidad social, el bien público, donde se apoyan el orden público y la seguridad jurídica, y por otra, la justicia, y su corolario la lealtad traducida por la noción de la buena fe (conf. Ghestin, Jaegues, "Traité de Droit Civil. Les Obligations. Le contrat formation", 2da., ed., L.G.D.J., París, 1988, p. 24. No.37, 1; citado por Mayo, Jorge en op.cit).

Permitir el cumplimiento en los términos en que se pactó, se vería vulnerado el derecho del comprador a quien se lo obligaría a devolver el bien inmueble y perder las sumas de dinero abonadas, y también el derecho del acreedor si se lo conminara al pago en pesos, cuando ya existente la ley 25.561, abonó a valor dólar.

Así, se impone en este caso, una solución de equidad como modo de compensar el desequilibrio operado.

Lo equitativo no es para Aristóteles algo distinto por esencia de la justicia, sino una misma cosa con ella, la equidad no sustituye ni corrige la justicia, sino que es la misma justicia que corrige la injusticia estrictamente legal que se comete en el caso particular, cuando sólo se la considera bajo el esquema genérico y abstracto de la norma general (Del Vecchio, Giorgio, "Filosofía del Derecho", Barcelona, 1953).

La equidad es un juicio de valor que hacen los jueces en la realización del derecho mediante el ejercicio de la función jurisdiccional que les es propia, al crear en la sentencia la norma individual adecuada al caso concreto. "El criterio de

determinación y de valoración del derecho, que busca la adecuación de las normas y de las decisiones jurídicas a los imperativos de la ley natural y de la justicia, en forma tal que permita dar a los casos concretos de la vida con sentido flexible y humano (no rígido y formalista) el tratamiento mas conforme a su naturaleza y circunstancia" (Luis Legaz Lacambra, "Filosofía del Derecho", Barcelona, 1953, citado por Bustamante Alsina, Jorge H., en "Función de la equidad en la realización de la Justicia", La Ley, 1990-E, 628).

En ese entendimiento, juzgo equitativa la decisión adoptada, más allá que las partes hayan renunciado a la teoría de la imprevisión y que lo hicieran libremente, toda vez que la relación entre las partes iniciada en el año 2000, que como ya se manifestara con apoyo doctrinario, se había dictado la ley de intangibilidad, no puede permanecer ajena a las graves consecuencias de la crisis que originó la emergencia.

"Como se ha sostenido, el 6 de enero de 2002 opera como un punto de inflexión en el normal desarrollo obligacional. Si el deudor honró puntualmente su obligación hasta que las circunstancias sobrevinientes dispuestas por el hecho del príncipe sacudieron el contexto en que se generó y desenvolvió el sinalagma contractual, y aniquiló sus bases, degradó no sólo la propiedad del acreedor sino que también empobreció al deudor, quien vio repentinamente disminuir su capacidad de pago a límites que eran insospechados al tiempo de tomar el préstamo, los jueces están facultados a dar respuestas justas y equilibradas, echando mano a los distintos recursos que propone el derecho. Es decir, deben tratar de buscar el

"iustum concreto", porque el derecho sólo se concibe como un sistema de solución de los conflictos (conf CNCiv., sala G, R 368.506, del 16/4/2003 y su cita). Fallo al que adhiriéramos en sentencia definitiva N° 14/2004.

Bajo el título "Temeridad. Mala fe de la actora", trae a la alzada fundamentos de lo requerido, como los expresados en la contestación de demanda, por el rechazo del sentenciante de las sanciones pedidas.

Concuerdo con el Sr. Juez de grado que deben rechazarse, ya que luego del análisis efectuado y a la decisión a que arribo, me permite concluir que "ningún límite ha sido desorbitado" como pretende la demandada para imponer sanciones.

No advierto en la actora sin razón para iniciar la causa, ni falsedad en los hechos que den indicios sobre la temeridad o mala fe que se pretende. Tenía la accionante motivos valederos para litigar.

Atento a lo resuelto las costas y honorarios, por mandato legal deben adecuarse.

Las costas por el principio objetivo de la derrota estarán en ambas instancias, a cargo de la vencida, porque fue el accionar del demandado quien dio origen a este proceso y si el actor no obtuvo lo requerido, ha sido con fundamento en razones opinables.

A fin de regular los honorarios de ambas instancias tendré presente la labor profesional el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen, el tema discutido y demás pautas de los artículos 6, 7 y 14 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo que propone:

1) Rechazar parcialmente los agravios de las partes.

2) Confirmar los puntos 1 y 2 de la sentencia de fs. 229/242vta.

3) Modificar parcialmente los puntos 3 y 4. La resolución judicial tendrá los efectos siguientes: a) devolverá la actora a la demandada la suma percibida de $ 78.750, más los intereses en la forma y desde el momento que los fijara el sentenciante, b) la demandada restituirá a la actora, libre de todo ocupante el inmueble ubicado en la calle Bouchardo N° ****, y que fuera individualizado por el sentenciante de grado en el plazo que fijara, más la suma de U$S 30.000, convertidos a la moneda de curso legal al momento del pago, de acuerdo a los considerandos respectivos, más los intereses desde la mora.

4) Confirmar los puntos 5 y 7 de la sentencia que fuera motivo de apelación.

5) Readecuar costas y honorarios. Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida, y diferir la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que, a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut, es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de la Alzada, razón por la cual a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien vota precedentemente la síntesis

suficiente del caso traído a decisión, a la misma me remito.

I.A) Contra la sentencia de fs. 229/242vta. cuya parte resolutiva ha sido transcripta por la vocal preopinante, interponen recursos de apelación la parte actora y la demandada, fundando la primera su recurso a fs. 260/264, siendo contestados por la demandada a fs. 287/295. Asimismo, la accionada expresó agravios a fs. 265/285, no siendo contestados por la parte actora conforme emerge del proveído de fs. 299.

Concretamente la demandada se agravia en cuanto a que el a-quo:

a) (fs.- 265/267) la haya condenado (pto. 4to. del fallo) a que abone a la actora la suma de dólares setenta y siete mil (U$S 77.000), más pesos ocho mil quinientos ($ 8.500) en concepto de daño emergente, que en el caso de la moneda extranjera deba abonarla en el 100% de su cotización en el mercado cambiario convertidos a la moneda de curso legal en nuestro país al momento del su efectivo pago, más intereses... desde la mora operada el 12/03/03 para la deuda en moneda extranjera y desde las fechas del dictado de las normas individuales de ambas instancias para las costas, hasta el efectivo pago, según liquidación a practicar en la etapa de ejecución de sentencia. Alegando a su favor que aquella deuda preexiste a la compraventa a cargo de la vendedora, jamás pudo ser propuesta y menos impuesta como daño emergente pasible de indemnización.

b) (fs. 267/268vta.) erróneamente la condenó a pagar el saldo al actor cuando debía abonarse al acreedor hipotecario, con lo cual la notificación en

la que el actor intima al pago del saldo en cuestión en su persona tomada por el juez carecía de validez, más aún cuando la carta documento del 12/03/2003 que le fuera enviada imponía erróneamente un plazo de pago de 72 horas cuando el contrato de compraventa no contenía el pacto comisorio y el mismo era inferior al dispuesto por el art. 1204 del Código Civil (agravio que reitera a fs. 270vta.).

c) (fs. 269/270vta.) la no consideración de la negativa del acreedor hipotecario a recibir el pago en la forma que establecía normativamente, alegando falsamente que se trataba de hechos no probados ni tuvo en cuenta que cuando el actor exigía el pago de dólares estadounidenses, ambas sentencias en el proceso hipotecario habían determinado la pesificación de la deuda.

d) (fs. 270) errónea interpretación de la teoría de la imprevisión.

e) (fs. 272vta./273) (fs. 283vta./284) en tanto rechazó la reconvención por él interpuesta y determinó los montos de condena en forma distinta.

f) (fs. 273) la imposición de costas y

g) (fs. 284) rechazó su pedido de declaración de temeridad y malicia.

En cuanto a la parte actora, la misma recurre los ptos. 3ero. y 4to del fallo por entender que el sentenciante ha errado en cuanto a que:

a) (fs. 261/262.) entendió que el pacto comisorio expreso era aplicable a los cheques entregados cuando el mismo era de aplicación a la totalidad del contrato y su consecuencia era la pérdida de todas las sumas entregadas.

b) resolvió la devolución de las sumas

de u$s 40.000 y de u$s 38.750 a un 70% del valor en la actualidad, suma que hoy y de acuerdo a la cláusula 3era. reviste carácter indemnizatorio por los daños y perjuicios provocados.

c) (fs. 262vta./263vta.) determinó que la demandada restituyera la suma de U$S 77.000 cuando se había formulado acuerdo con el acreedor hipotecario por la suma de U$S 120.000.

I.A-1) Atento a las particularidades que se han evidenciado en el presente caso, considero dable hacer una introducción antes de analizar en profundidad la cuestión traída a debate en cuanto a los criterios doctrinarios y jurisprudenciales en que he de basar la decisión ha tomar.

Es entendimiento de la suscripta siguiendo los lineamientos del Dr. Atilio Aníbal Alterini en su obra "Contratos – Civiles- Comerciales- de Consumo – Teoría General -", (edit. Abeledo Perrot, año 1999, pág. 91), que en lo atinente a los alcances de los poderes del juez en materia contractual después de citar la frase del distinguido maestro Dr. Augusto Mario Morello en cuanto a que "Los jueces no pueden ser fugitivos de la realidad", sugiere que al decidir sobre la interpretación, la integración, la ejecución, la modificación o la extinción del contrato les incumbe una tarea de gran relevancia. La sentencia no es una expresión neutral de técnica jurídica o de acierto lógico, sino que debe necesariamente tener un contenido, responder a una política jurídica, a tal fin, los jueces pueden –más vale- deben aplicar todos los criterios axiológicos de moral y buena fe.

En cuanto a la ejecución del contrato de buena fe. La doctrina citada precedentemente determina

con claridad que el cumplimiento debe ser llevado a cabo de buena fe. En esto también influye el criterio de verosimilitud respecto de lo que las partes quisieron y entendieron al celebrar el contrato según lo prescribe el art. 1198 del Código Civil, debiendo tal deber de corrección pesar tanto sobre quien realiza la prestación como sobre quien debe recibirla (aut. cit., ob. cit., pág. 35).

I.A-2) Al igual que la colega preopinante, he de tratar en primer término los agravios expuestos por la apelante demandada.

Ha llegado firme en esta instancia la voluntad de las partes de resolver el contrato de compraventa de un inmueble celebrado el día 11/07/00 quedando cuestionado por culpa de quién se resolvió el mismo y las consecuencias derivadas del incumplimiento.

Previo a entrar a evaluar el material recursivo, observo que en el expte. nro. 13.976/03 de la CAPCR sent. definitiva nro. 14 del 19/03/04 y sent. def. nro. 21 del 14/04/04, respectivamente, en autos caratulados: "B., S. G. c/ E. M. S.A. s/ Ejecución Hipotecaria" (fs. 161/173 y 179/180vta.) –agregado por cuerda al principal– se decidió, en lo que aquí interesa, que: pto. "2) ...el monto de condena se oblará en moneda argentina en el equivalente al setenta (70%) por ciento del monto adeudado en dólares estadounidenses y la conversión de la misma a nuestro signo deberá hacerse al día del efectivo pago, con más los intereses que deberán liquidarse conforme la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina desde la mora y hasta el efectivo pago..." y "4. Costas de la Alzada en el orden causado...". Dicho fallo quedó firme conforme emerge

del proveído de fs. 184 del día 05/05/04.

En cuanto al análisis de las presentes actuaciones surge que los días 27/10/04 y 30/12/04 promueve demanda y ampliación de la misma el actor, E. M. S.A., contra la demandada M. F. B. por incumplimiento contractual, rescisión y daños y perjuicios (fs. 7/9 y ampliación de demanda – fs. 26/35vta.) basándose en que con fecha 11/07/00 y mediante boleto de compraventa vendió, cedió y transfirió, previa autorización de la administradora judicial la Dra. M. L. B., a favor de la demandada el inmueble hipotecado y que ante el incumplimiento de B., la acreedora hipotecaria le inició ejecución hipotecaria. (expediente nro. 13.976/02 de la CAPCR).

La parte demandada (fs. 45/57) contesta la acción promovida en su contra y plantea reconvención.

El a-quo en su sentencia rechazó la reconvención plateada por la demandada, haciendo lugar a lo solicitado por la actora en los términos individualizados en el voto de la colega preopinante a los que me remito brevitatis causae.

Atento los términos en que basan sus posturas las apelantes, el meollo de la cuestión versa sobre la interpretación de las cláusulas del boleto de compraventa del 11/07/00 efectuado entre la actora y la demandada, el cual está íntimamente relacionado con la escritura N° 308 del día 19/06/98 concretada entre la actora y la acreedora hipotecaria de un inmueble (fs. 63/66 y 15/19vta., respectivamente del expte.: "B., S. G. c/ E. M. S.A. s/ Ejecución Hipotecaria" –agregado por cuerda al principal-).

Analizando los términos de la cláusula

2da. surge que el precio total y convenido de la operación se realizó en la suma de U$S 154.750, obligándose a pagar la demandada dicho importe de la siguiente manera: 1) en concepto de seña, a cuenta de precio y principio de ejecución del contrato la suma de U$S 10.000 abonados mediante cheque que individualiza, con fecha de cobro el 25/07/00, sirviendo de eficaz recibo y formal carta de pago; 2) la suma de U$S 10.000 que la demandada se obliga a pagar en efectivo el 08/09/00; 3) por la suma de U$S 20.000 que la compradora se obliga a pagarlos en diez pagos iguales, mensuales y consecutivos de U$S 2.000 por los que hará entrega la demandada el día 08/09/00 de diez (10) cheques diferidos del Banco Galicia sobre cuenta corriente que indica, cuya nómina se adjunta por separado y forma parte integrante del dicho contrato; 4) para la cancelación del saldo de precio, o sea, U$S 115.750 la compradora asumía la deuda hipotecaria que pesaba sobre el inmueble vendido, tomando a su cargo en dicho acto la cancelación del saldo pendiente de pago de la Hipoteca en Primer Grado de Privilegio a favor de M. L. B., cuyos vencimientos operaban el día 20/01/01 por la suma de U$S 38.750, el día 20/01/02 por la suma de U$S 38.750 y el 20/01/03 por la suma de U$S 38.250, todo según surgía de la escritura nro. 308, cuya copia y posteriores modificaciones se adjuntaban a dicho acto, dándose por reproducidas todas sus cláusulas y que fueron expresamente aceptadas por la compradora (aquí demandada), quien de esa manera se obligaba a satisfacer dicho crédito del mismo modo que el acordado por la vendedora (aquí actora), acordando más adelante que los pagos mencionados anteriormente no devengan intereses, ajustes y/o actualizaciones y/o indexaciones

de ninguna índole, y que el solo pago de las tres (03) cuotas mencionadas y en los plazos estipulados, producirá la liberación y/o cancelación total de la deuda hipotecaria mencionada, caso contrario se obliga lisa y llanamente a responder por todo acto u ocultamiento que se tradujera en perjuicio del comprador...; 3) Las partes convenían expresamente que los cheques entregados como obligación de pago por parte de la compradora, no podrían ser rechazados por falta de fondo y/o cualquier otra causa, sea caso fortuito o fuerza mayor y que la compradora tomaría todos los recaudos necesarios para que el portador pudiera percibir el monto de cada uno de ellos y sin ningún tipo de inconveniente alguno, responsabilizándose lisa y llanamente al efecto. Si alguno de los cheques fuera rechazado por el Banco a la fecha de su presentación al cobro, la demandada debería abonar el monto del cheque en dinero efectivo (dólares) y dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de haber sido notificado fehacientemente por el acreedor o portador, caso contrario y ante la inobservancia de la compradora y dentro del plazo mencionado, la haría incurrir en mora automática y de pleno derecho y produciría el decaimiento de todos los plazos y vencimientos otorgados, haciéndose exigible el pago total dentro de las setenta y dos (72) horas de constituirse en mora. Si cumplido dicho plazo, y aún así, la compradora no diera respuesta satisfactoria al vendedor dentro de los plazos estipulados, dicho incumplimiento producirá la resolución inmediata del contrato, sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial alguna, perdiendo la compradora todas las sumas que hasta ese momento hubiera abonado, en

concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados y ...5) Las partes convienen expresamente que el pago de todas las sumas de dinero mencionadas en dicho contrato podrán ser abonadas en moneda de curso legal en la República Argentina al cambio según la Ley de Convertibilidad vigente U$S 1 = $ 1, pero se convenía expresamente que si la Ley de Convertibilidad fuera derogada con posterioridad a la firma del contrato, la compradora debería procurarse la obtención de moneda americana y cancelar todos y cada uno de los vencimientos estipulados, dentro de los plazos pactados o abonar en moneda argentina al cambio y/o cotización publicada en el diario Ámbito Financiero de Capital Federal del día próximo pasado al vencimiento de cada pago... Ambas partes hacían renuncia expresa en el acto a invocar judicial o extrajudicialmente la teoría de la imprevisión".

He de adelantar conforme lo individualizado anteriormente que en el caso y tal como lo entendió el a-quo (si bien por las razones que en adelante expresaré) no había impedimento para que operase la facultad resolutoria por el hecho de que la compradora haya pagado una parte sustancial del precio (50%) -circunstancia en la cual no acuerdo con el entendimiento que efectúa el a-quo en el pto. 13 de sus considerandos (fs. 238)-, toda vez, que se encontraban reunidos los requisitos que condicionaban esa facultad de resolver el contrato e incumplimiento que fuera expresamente reconocido por la demandada en su absolución de posiciones (fs. 117 – contestación a la 8va. Posición) en cuanto a que no se abonaron las dos últimas cuotas cuyo vencimiento operaban los días 20/01/02 y 20/01/03, respectivamente, por la suma total

de dólares setenta y siete mil (U$S 77.000).

Sin perjuicio de lo hasta aquí ameritado, no menos cierto es que el abuso del derecho (art. 1071 del C.C.), quedó configurado respecto de las consecuencias jurídicas que el vendedor pretende a partir de la disolución del vínculo negocial. Es decir a más de la facultad resolutoria, el derecho a retener en concepto de daños y perjuicios los importes recibidos. Tales estipulaciones resultan en principio inadmisibles ya que si bien es cierto que le asiste al vendedor cumpliente la legítima expectativa de ver resarcido su perjuicio ante el incumplimiento del comprador, la mera traslación de lo pagado a cuenta de precio como reparación de daños y perjuicios, sin tener en consideración qué porcentaje del precio representa, resulta un abuso inaceptable.

Ello es así ya que considero que es menester, cuando se pretende retener un importe tan representativo del precio (50%), que el vendedor acredite la efectiva existencia de perjuicios que justifiquen semejante indemnización. Más aún cuando el perito contable -prueba ofrecida por la actora a fs. 34vta./35 y efectuada a fs. 186/187-, ha informado que en base a lo examinado sobre los libros contables de los años 2003/2005 no ha constatado registraciones contables que se consideren inversiones, evaluadas éstas en sus diversas acepciones como inversiones temporarias dentro del activo corriente durante el período solicitado, ni se han constatado inversiones en bienes de uso según lo expuesto en Estado de Situación Patrimonial y en los Anexos “Bienes de Uso” de cada juego de estados contables, no encontrándose nuevos aportes sociales por parte de los propietarios en el

período examinado. Dicha pericia es valorada atento que no fue impugnada siendo que fue debidamente notificada a la parte actora (fs. 188/vta.)

La aplicación sin más de la cláusula pactada llevaría a un resultado injusto. Ello en virtud de lo dispuesto por los arts. 953 y 1167 del C.C., por ser contraria a la buena fe que debe dominar el cumplimiento de los contratos.

La jurisprudencia ha consagrado que no corresponde un ejercicio abusivo de la cláusula resolutoria ni tampoco que la misma exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (conf. crit. expte. N° 282233/36 – Millones Ayesta Daniel Alfonso c/ Weissbein Marcelo José – Ordinario – Daños y Perj. – otras formas de Respons. Extracontractual – Recurso de Apelación – Cámara Octava de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba - 13/12/2005: eldial - aa3313).

Es entendimiento de la suscripta que en situaciones inéditas, como las que se han experimentado, el apego a la literalidad de la norma puede desembocar en situaciones intrínsecamente alejadas de la "justicia del caso particular" y en el caso de la figura jurídica de la mora y sus implicancias respecto a la normativa de emergencia económica ello resulta muy posible. El estado de mora en que se encuentra quien sufre luego los hechos sobrevinientes, sólo es relevante cuando guarda relación la prestación incumplida con el desequilibrio y, además se puede atribuir a la mora el haber empeorado dicho desquiciamiento. En tal caso sólo se trasladan al deudor moroso los riesgos ordinarios, pero no los extraordinarios. Esta posición tiene su base en

la idea de previsibilidad y en la noción de las expectativas razonables que subyacen en toda la problemática de atribución de responsabilidad por las consecuencias dañosas derivadas del incumplimiento contractual, aún en nuestro régimen legal que adopta la idea de causalidad adecuada; un entendimiento distinto equivaldría a convalidar la existencia de una inconsistencia sistemática.

Me encuentro persuadida que los derechos constitucionales deben ser protegidos no sólo en pro de los acreedores, sino también de los deudores, quienes podrían encontrar vulnerados aquéllos, ante el mantenimiento de las pautas contractuales en un contexto totalmente distinto e imprevisible al momento de contratar, donde los riesgos asumidos por las partes han sido superados por los parámetros impuestos por la realidad, o más precisamente por el Estado. Por ello, la situación de crisis por la que atravesó y atraviesa el país amerita que en supuestos como el de la especie, sean calificados como de emergencia.

Asimismo, tengo en cuenta que la apelación a la equidad, implica necesariamente la búsqueda de la solución más justa posible para el caso concreto y se proyecta a establecer una propuesta superadora que solucione el estado de conflicto permanente suscitado entre deudores y acreedores de sumas pactadas originalmente en moneda extranjera, por cuanto la realidad condicionante ha socavado los presupuestos básicos de la seguridad jurídica, y frente al escenario en análisis sólo resta reflexionar y meditar el rol del Poder Judicial como único factor que coadyuve a lograr el máximo de seguridad necesaria que permita afrontar el desafío de obtener soluciones

justas en un marco de avasallamiento de elementales principios de orden constitucional.

Aún cuando no es desacertado que legalmente corresponde al deudor moroso un tratamiento jurídico distinto al propiciado respecto del deudor cumplidor, no menos cierto es que estimo excesivo condenarlo a pagar en dólares, con lo cual lo equitativo y justo resulta prescindir del mercado libre de cambios, fijando una paridad intermedia, lo que -en definitiva- se erige como un reparto equitativo del riesgo cambiario.

En este orden de ideas se ha expedido la jurisprudencia cuando establece que: "1- Es evidente, no obstante la criticable técnica legislativa, que los decretos 214/02 y 320/02 amplían el ámbito de las obligaciones "pesificadas" a que se refiere la ley 25.561. No podría pensarse que quedan excluidas la enorme cantidad de prestaciones vencidas y pendientes de cumplimiento, cuando el nacimiento de la obligación ha sido tenida en cuenta al delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido por el art. 2°. También la misma ley se refiere a los contratos nacidos con anterioridad a su vigencia, cuando deja sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras, en los contratos celebrados por la administración pública ... 2- Tanto por la letra del decreto 214/02 y sus modificatorios, como así también por la condición de decreto de necesidad y urgencia de este instrumento normativo, debe concluirse que la conversión comprende todas las obligaciones existentes al 6/1/02, inclusive las que se encuentran en mora.

Fundamentos del Dr. Daray:

1- Los decretos 214/02 y 320/02 amplían el espectro de las obligaciones "pesificadas" a que hacía referencia la ley 25.561 y conforme ellos la normativa de emergencia económica se aplica a todas las obligaciones dinerarias de cualquier causa y origen, de plazo pendiente o vencido en mora. No se trata de premiar la mora. La crisis comenzó mucho antes que en diciembre del año pasado y el incumplimiento bien puede tener su causa en esas circunstancias, a tal punto que puede presumirse dicha premisa. Por ello se torna procedente la aplicación de estas leyes aún a los deudores morosos.

2- Las devastadoras consecuencias de la crisis actual y la devaluación de la moneda son circunstancias que exceden los efectos de la mora del deudor y no guardan relación con la misma (arts. 508 y 513 del Código Civil). Es que si bien el deudor está en mora, la excesiva onerosidad -proveniente y originada por la crisis actual y la consecuente devaluación de la moneda- no es causada por dicha circunstancia, la cual resulta al efecto irrelevante: la incidencia de la inflación, como factor general de pérdida del poder adquisitivo de la moneda, sucede con independencia de la actitud del sujeto contractual singular y, por lo tanto, es ajena a él" (conf. crit. Sumario N° 15791 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 3/2004; - CNCIV - Sala: M - Expte. N°: M378827 - Fecha: 30-12-03, "Capra, Graciela c/ Monti, Mirta s/ Ejecución": elDial - AE1DD4).

Ahora bien, siendo que se ha decidido en el presente voto la facultad de la actora de resolver

el contrato de compraventa que unía a las partes, y teniendo en cuenta que ha sido expresamente reconocido el intercambio epistolar por la demandada (fs. 199) y si bien y de acuerdo a la cláusula 3era. de dicho instrumento (fs. 64/ 65 expte. Ejecución hipotecaria) no era necesaria la interpelación efectuada por la actora por CD ******** AR del día 12/03/03 (copia de fs. 19) recibida por la demandada el 14/03/03 (fs. 202), conforme términos de la CD remitida por la actora del 02/04/03 (fs. 16 y 18) y términos en que contestó la demanda (fs. 47vta./48vta.), será tomada como fecha de constitución de mora el día 14/03/03.

Por la misma línea argumental expuesta corresponde hacer lugar a la reconvención peticionada por la demandada en la extensión pretendida (fs. 54vta./55), ya que la resolución del contrato se produjo, si bien no por causas imputables a ella, tampoco probó recientemente que realizara mejoras sobre dicho inmueble.

I.A-3) Advirtiendo que, aún con distintos argumentos, ambas partes apelan la decisión tomada por el a-quo en cuanto la forma de determinar los montos de condena, he de tratar a los mismos en forma conjunta.

Tengo presente que ha determinado la jurisprudencia (con voto del Dr. Zaffaroni) que: "Sin que implique desatender la entidad que el art. 617 del Código Civil le dispensa a las obligaciones en moneda extranjera, no puede desconocerse que las divisas extranjeras resultan objeto de transacción -incluso en mercados de futuro como muchos bienes- y es la modificación significativa que ha tenido la moneda nacional en su relación con aquéllas, fuera de todo

parámetro de previsión, lo que revela la desproporción que cabe corregir con base en la teoría de la imprevisión y la equidad.” ... “La cláusula convencional que prohíbe invocar la imprevisión, en este excepcional contexto, debe ser examinada en el sentido de que tal estipulación no acuerda derechos tan absolutos o que puedan incidir en detrimento de una de las partes, cuando el abrupto cambio producido desquició el equilibrio de las prestaciones y resultó impuesto a ambas partes por un acto de autoridad con miras a proteger el interés común (conf. art. 21 del Código Civil)”.., “Establecido que es éste el proceso en el que debe realizarse el reajuste equitativo y tomando en cuenta las consideraciones expuestas en relación al desequilibrio producido, puede extraerse también como conclusión válida para poner fin a la controversia en materia de pesificación, una solución que imponga distribuir las consecuencias patrimoniales derivadas de la variación cambiaria, doctrina que al presente ha sido aceptada en forma mayoritaria por los tribunales nacionales.”... “La utilización de un porcentaje que contemple la brecha entre los diferentes signos monetarios, se presenta aquí también como la vía más apta para adecuar el contrato a las circunstancias sobrevinientes, de modo que según las pautas propias de la teoría de la imprevisión y la equidad ninguna de las partes se beneficie a expensas del otro aunque ambas resulten afectadas por las consecuencias de la crisis” (conf. crit-.L. 971. XL Recurso de hecho – “Longobardi, Irene Gwendoline y otros c/ Instituto de Educación Integral San Patricio SRL” – CSJN – 18/12/2007Citar: elDial - AA4430).

Asimismo, tengo presente que nuestro

Superior Tribunal de Justicia ha determinado que: “La Ley N° 25.820 sancionada en diciembre del año próximo pasado poco margen de maniobra deja en manos de los jueces, bajo su imperio varían definitivamente las pautas que hasta ahora aplicaban muchos Magistrados, porque ya no podrán dejar afuera del ámbito de la "pesificación" a los deudores que se hallaban en mora cuando se produjo la devaluación del signo monetario nacional (STJCh; 29-03-04, Sentencia Definitiva, Ministros: Dres. José Luis Pasutti - Daniel Caneo – AC, en autos caratulados: “C., R.O. c/ Municipalidad Trelew s/Daños y Perjuicios”) y que: “La reciente sanción de la Ley N° 25.820 aventa toda duda e incertidumbre respecto de la llamada "pesificación" de obligaciones dinerarias contraídas en moneda extranjera en situación de mora. Conforme lo dispone el flamante texto normativo que en su artículo 3° dispone la sustitución del artículo 11 de la Ley N° 25561, las obligaciones de dar sumas de dinero existentes al 6 de enero de 2002, expresadas en Dólares Estadounidenses u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, haya o no mora del deudor, se convertirán a razón de un dólar estadounidense (U$S 1) = un peso ($.1), o su equivalente en otra moneda extranjera, resultando aplicable la normativa vigente en cuanto al Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) o el Coeficiente de Variación de Salarios (CVS), o el que en el futuro los reemplace según el caso y estableciendo a renglón seguido un procedimiento de reajuste de las ecuaciones económicas” (STJCh, 06-02-04, Sentencia Definitiva; Ministros: Dres. José Luis Pasutti – Daniel Caneo – AC, en autos caratulados “N. S.A. c/ I.Ch. S.A. s/

Ejecución Hipotecaria").

A la luz de dichos entendimientos y ameritando que: a) la actora ha quedado en posesión del inmueble objeto del boleto de compraventa del 11/07/00 conforme el pto. 3ero., pto. b (fs. 242), del fallo de primera instancia que no ha sido objeto de apelación; b) la ejecución hipotecaria interpuesta por S. G. B. en contra de la accionante conforme sent. def. nro. 14 del 19/03/04 y su aclaratoria sent. def. nro.21 14/04/04 (expte. 13.976/03 CAPCR), la cual ha quedado firme dispuso en el pto. 2do. del fallo que "...el monto de condena se oblará en moneda argentina en el equivalente del 70% del monto adeudado en dólares estadounidenses y la conversión de la misma a nuestro signo deberá hacerse al día del efectivo pago, con más los intereses que deberán liquidarse conforme la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina desde la mora y hasta el efectivo pago..."; que en cuanto a las costas la Alzada las impuso en el orden causado (pto.3ero. y 4to.; que coincido plenamente con la colega preopinante que el acuerdo posterior por una suma mayor a la determinada judicialmente que efectuaron las partes del juicio hipotecario (fs. 193/vta.) constituye un acuerdo de voluntades que implica una liberalidad no oponible a la demandada; son razones todas ellas por las cuales considero justo y equitativo atenuar los efectos de lo prescripto tanto en la cláusula 3ª de la escritura N° 308 (fs. 16 de la ejecución hipotecaria) como en la cláusula 2ª pto. 4to del Boleto de Compraventa 11/07/00 (fs. 64).

Por las consideraciones de hecho y de derecho expuestas arribo a la convicción que la

demandada deberá abonar la suma de pesos cincuenta y tres mil novecientos ($ 53.900). Considero que es dable apuntar que el monto coincide con la suma que, si bien en dólares, solicitó el actor y justipreció el sentenciante en autos caratulados: "E. M. S.A. c/ B., M. F. s/ Embargo preventivo" (fs. 9 y 52 del expte. nro. 4451/04 agregado por cuerda), con más la suma que resulte de aplicar el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) y los intereses que deberán liquidarse conforme la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina desde la mora (14/03/03) y hasta el efectivo pago.

En lo atinente a las sumas que condenó el a-quo a la actora para que las devolviera a la demandada, siendo que le son de aplicación los criterios jurisprudenciales precedentemente expuestos a la cláusula tercera del boleto de compraventa en cuanto la interpretación que de los términos que convinieron las partes se ha efectuado en el presente voto, corresponde hacer lugar parcialmente a los agravios expuestos por la demandada a fs. 283vta./284 (pto. D reconvención rechazada), pesificando las sumas ordenadas por el a-quo, es decir que la actora deberá devolver a la demandada la suma de pesos ($ 40.000 y 38.750 = 78.750) con más la suma que resulte de aplicar el coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) y los intereses que deberán liquidarse conforme la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina a partir de las fechas en que dichas sumas fueron abonadas a la actora, según liquidación a efectuarse en la etapa de ejecución de sentencia.

En cuanto al daño emergente, es de

aplicación en autos el criterio jurisprudencial que determina que: “De acuerdo al régimen de nuestro Código Civil, el acreedor puede optar, en caso de resolución contractual por incumplimiento del deudor, entre obtener el cumplimiento forzado, en especie o por equivalente -al que debe adicionarse el resarcimiento de los mayores daños sufridos como consecuencia del incumplimiento- (arts. 505, 519 y concs., Código Civil), o bien por resolver el contrato, en las condiciones establecidas por el artículo 1204 del Código citado.

Si el acreedor opta por esta segunda solución, el contrato se extingue, quedando resueltas sin más las obligaciones emergentes de él (art. 1204 citado). Es decir que resulta imposible al acreedor reclamar el cumplimiento del contrato -y, por ende, la ganancia que hubiera podido esperar de aquél (lucro cesante)-, quedando limitado su interés a reclamar que se lo ponga en la situación patrimonial en que se habría hallado en caso de no haber celebrado nunca el negocio (interés negativo) (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. N° EXP 239 -Autos: Latinoconsult SA Prole Sudamericana SA Arinsa SA (Unión Transitoria de Empresas) c/ GCBA s/ Otros Recursos Judiciales c/ Res. Pers. Públicas no Est.- Sala I. Del voto del Dr. Horacio G. A. Corti con adhesión de los Dres. Carlos F. Balbín y Esteban Centanaro, marzo 30 de 2005: elDial - BG10DC), razón por la cual corresponde hacer lugar a los agravios de la demandada y rechazar el daño emergente solicitado por la actora.

En lo referente a la petición de declaración de temeridad y malicia planteada por la

demandada considero que la sola deducción de la demanda que, en definitiva, prosperó parcialmente, torna en insuficiente para habilitar las calificaciones de temeridad o malicia, ya que su trámite no revela conciencia de la propia sin razón y se circunscribe a ejercitar lo que cree su derecho, son extremos estos por los cuales corresponde rechazar el agravio de la demandada en dicho sentido.

I.B) En atención a la naturaleza y complejidad de la cuestión debatida, sujeta a apreciación judicial y sin asentada y pacífica jurisprudencia de plena analogía, resulta razonable imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 279 y 68 del CPCCCh). Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento del acuerdo, donde serán regulados teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 6, 7, 14, 47 ccdtes. del Dto. Ley Pcial. nro. 2200 y su modif. Ley Pcial. nro. 4335).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria para el caso de coincidencia:

1) Hacer lugar parcialmente a los agravios planteados tanto por la actora (fs. 260/264) como por la demandada (fs. 265/285) y, en consecuencia, revocar parcialmente la sentencia de fs. 229/242vta. y confirmar parcialmente los puntos 1ero. y 2do. del fallo en cuanto hace lugar parcialmente a la demanda y declara resuelto el contrato celebrado por las partes, conforme las razones expuestas en el presente voto.

2) Hacer lugar parcialmente a los

agravios expuestos por la demandada a fs. 283vta./284 (pto. D reconvención) y en consecuencia revocar los puntos 3ero. -salvo lo dispuesto en el ap. b)-, 4to. y 5to. del fallo y condenar a la parte actora a devolver a la demandada pesificando las sumas ordenadas por el a-quo, es decir que la actora deberá devolver a la demandada la suma de pesos ($40.000 y $38.750 = $78.750) con más la suma que resulte de aplicar el coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) y los intereses que deberán liquidarse conforme la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina a partir de las fechas en que dichas sumas fueron abonadas por la actora, según liquidación a efectuarse en la etapa de ejecución de sentencia.

3) Condenar a la demandada a abonar a la actora la suma de pesos cincuenta y tres mil novecientos ($ 53.900) con más la suma que resulte de aplicar el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) y los intereses que deberán liquidarse conforme la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina desde la mora (14/03/03)y hasta el efectivo pago.

4) Rechazar la indemnización solicitada por la actora en concepto de daño emergente, revocando parcialmente la demanda.

5) No hacer lugar al pedido de declaración de temeridad y malicia solicitada por la demandada, confirmando la sentencia en este sentido.

6) Costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 279 y 68, 2da. parte del, CPCCCh). Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes en ambas instancias para

el momento del acuerdo (arts. 6, 7, 14, 47 ccdtes. del Dto. Ley Pcial. nro. 2200 y su modif. Ley Pcial. nro. 4335).

7) Tener presente la reserva del caso federal planteada fs. 284vta. por la parte demandada.

A la primera y segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento la presente causa por apelación deducida por las partes actora y demandada reconviniente contra la sentencia Definitiva nro. 13/2008 del Juzgado Civil y Comercial nro. 1 de la jurisdicción (fs. 229/42, fs. 252, fs. 253).

La sentencia recurrida hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por E. M. SA. Por lo tanto, 1, declaró resuelto por incumplimiento del pago estipulado el boleto de compraventa celebrado el 11-7-00 entre la actora E. M. SA y M. F. B. con efecto retroactivo al 18-3-2005, por la cual la primera vendió un inmueble cuyas características son descriptas en el fallo venido en crisis. 2, la resolución tiene los siguientes efectos: a) la actora devuelve a la demandada la suma percibida en dólares en un 70% convertido según liquidación a realizar, efectúa un detalle, b) la demandada devuelve el inmueble libre de todo ocupante en el plazo de 15 días, c) condenó a la demandada a abonar dólares estadounidenses 77.000 a la cotización del momento del efectivo pago en el mercado local, mas $8500 en concepto de daño emergente. 3, rechazo la reconvención interpuesta por la demandada, rechazó el pedido de resarcimiento por daño moral, y lucro cesante pretendidos por la actora. 4, rechazó los pedidos de sanciones por temeridad y malicia de las partes. Finalmente impuso en costas a la demandada

vencida.

No obstante encontrarse cumplimentada la manda procesal del art. 163, inc. 3, y 164 del código ritual por las Sras. Camaristas que me precedieron en la emisión de sus votos, efectuaré una breve reseña de los agravios de las partes.

1.- A fs.260/4 luce el memorial de agravios de la parte actora.

Asienta la queja en la condena a devolver 78.750 dólares estadounidenses a la demandada. Tomó en cuenta el Aquo la cláusula 2da. Pero no la tercera donde reza que el comprador pierde las sumas en caso de incumplimiento en concepto de daños y perjuicios.

Entendiendo el Aquo que el pacto comisorio es solo por los cheques entregados y no por todas las sumas.

La devolución del dinero ordenada constituye uno más de sus agravios.-

Objeta la condena en dólares estadounidenses por contraria a la legislación vigente. También critica la condena en el juicio hipotecario en dólares, apartándose, según su entendimiento de la ley 25820, no fue avisada por la demandada para poderse presentar en tiempo y forma en dicho proceso.

Tampoco la demandada instó su prueba remite a fecha 20 de octubre del 2005 en que fue acusada de negligencia.

Critica y pide su modificación por esta Alzada de la suma acordada por daño emergente por considerarla insuficiente. Comprenden los honorarios pagados en primera y segunda instancia en el juicio hipotecario.

Solicita se revoque y se condene al pago de dólares estadounidenses 120.000 que fuera lo efectivamente pagado en la ejecución hipotecaria.

2. - El memorial de la demandada luce a fs. 265/85.

Sostiene que la sentencia es contradictoria.

Hace hincapié en que la situación del 2002 provocó todo el litigio y el juez obliga hoy a devolver los dólares al 100% mientras que se había condenado en el juicio hipotecario al valor del 70% generando una discriminación.

La actora no probó ningún daño e igualmente es acreedora de indemnización. Condena a la Sra. B. al pago de una deuda que no tiene nada que ver haciendo referencias a tal situación e interpretación de la teoría de la imprevisión planteada.

Objeta las costas como valor que el Aquo impone como daño emergente a la demandada. Además, debe ser en moneda argentina la condena no una parte solamente.

El contrato dice que debe pagarse al acreedor hipotecario, no al actor y eso es lo que asumió la demandada.

Por otra parte sostiene que no hubo pacto comisorio expreso como dice el Aquo y la intimación no puede contener un plazo menor al establecido en el art.1204 del CC.

En su oportunidad el acreedor se negó a aceptar el pago luego de la intimación (mal efectuada). Cita doctrina y jurisprudencia haciendo invocación de la mala aplicación de lo dispuesto en el art.1204 del CC por el sentenciante de grado y en la circunstancia

que no estaba en mora el deudor.

La reconvención fue planteada con base en la conducta de la actora que hizo más gravosa la deuda. Finalmente se queja por la imposición de costas.

Critica la interpelación en mora, rescindió el contrato quedándose con las sumas percibidas.

Asienta la crítica en que los dólares pactados fueron pulverizados por la sentencia. Se queja del rechazo de la reconvención y el pedido de temeridad y malicia.

Análisis:

1.- Los agravios de la demandada reconviniente serán tratados en primer término siguiendo la metodología de quienes me precedieron.

En cuanto a la queja de la demandada, respecto de la omisión en la intimación del plazo previsto en la ley, debo recordar que tampoco otorgó plazo alguno para la resolución y que recién plantea su voluntad resolutoria al contestar demanda. Dijo la doctrina "el demandado debe reconvenir si quiere la resolución del contrato, pero si pretende el cumplimiento, a él le basta con pedir el rechazo de la demanda, rechazo que será procedente si demuestra la culpa del actor" (ver Borda, Guillermo "Tratado de Derecho Civil Argentino", t.I, Contratos, pág. 221 - Ed. Abeledo Perrot-74).

Por CD ********AR del 12 de marzo del 2003, E. M. S.A. intimó el cumplimiento, que es lo objetado en 72 hs. o se tendrá por resuelto el contrato, la segunda CD ******** AR el 26 del mismo mes y año se dirigió nuevamente en términos de -frente al incumplimiento- dar por resuelto el contrato.

Por su parte la demandada al contestar en abril del mismo año, solo hizo referencia a la situación cambiaria, reconociendo su incumplimiento, no ofreció pago alguno ni dio por resuelto el contrato, lo que ocurre recién al contestar la acción.

Por lo que entiendo que cuestionar exclusivamente el plazo acordado no resulta relevante a los fines de la atribución de incumplimiento de la contraria, como sostén argumental de la reconvención y más aun cuando hay un reconocimiento del propio incumplimiento más allá de las fundamentaciones que se esgrimen y que serán tratadas seguidamente.

No obstante, considero que tiene trascendencia a los fines de establecer a partir de cuándo se considera resuelto del contrato.- Para después determinar entre otras cosas, a partir de cuándo surgen intereses.

También es muy importante su determinación porque a partir de ese momento surge (nace) la obligación de restituir. "En materia de compraventa el efecto fundamental será la restitución de la cosa y del precio. El principio general en esta materia es que la venta se reputa hecha bajo condición resolutoria (art. 1374 del CC). Las partes ajustarán a lo preceptuado por los arts. 1052 y 1054 del CC..." (Borda, G. obra citada..., pág. 238).

En ese sentido, me remito a la doctrina que seguidamente transcribo. Con independencia de tratarse de un pacto comisorio expreso o tácito, ya la doctrina y la jurisprudencia de vieja data resolvieron que la instancia judicial hacía de suficiente interpelación y estaba contemplada en la norma, por una cuestión de practicidad me remito a lo dicho. A los

fines ilustrativos cito: "...el apartado cuarto del art. 1204 del CC, refiriéndose al ipso jure de la interpelación dice que la resolución podrá pedirse, lo que indica claramente que al lado de la resolución que resulta ipso jure de la interpelación (o del vencimiento del plazo si el pacto comisorio se ha convenido expresamente) hay otra que puede pedirse, es decir, demandarse judicialmente... que a la par de la resolución "por autoridad del acreedor", que requiere la interpelación prevista en el art. 1204, existe otra resolución que resulta de la decisión judicial (ver Borda, Guillermo "Tratado de derecho Civil Argentino", t.I, Contratos, pág. 222/3, ed. Abeledo Perrot-74 en remisión a un viejo plenario de la Cámara Civil).

Pero en el caso, entiendo que la facultad resolutoria se encuentra expresa en la cláusula tercera, que da por incorporado el contrato de compraventa hipotecario (escritura nro. 308), existió además el reconocimiento de la demandada de la intimación cursada por la actora y me remito a fs. 199, fs. 63/7 de la Ejecución hipotecaria acompañada, fs. 19, que la interpelación por carta documento fue receptada y reconocida. Por ello, tomo como fecha de la constitución en mora la recepción de la intimación, 14-3-03.

Respecto de uno de los argumentos de la demandada que recibió la interpelación prevista en el art. 1204 del CC. sin acordar el término, que el pacto comisorio era tácito respecto del incumplimiento endilgado del saldo hipotecario y expreso respecto de los cheques –cláusulas segunda y tercera- he de desestimarlo, había quedado mora por tratarse de un pacto expreso, conforme lo dicho, ha quedado zanjado el

planteo.

El contrato quedó resuelto a partir del 14 de marzo del 2003.

Simplemente a los fines ilustrativos recuerdo que "no obstante que la ley da el derecho de resolver el contrato en caso de incumplimiento, tal estipulación no es inútil. En efecto, el art. 1204 del CC., tercer párrafo, dispone que en este supuesto de la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver. Adviértase que la ley dice que en este caso la resolución se produce de pleno derecho, pero no desde el momento de incumplimiento o de la mora, sino desde que se comunica al incumplidor la voluntad de resolver. La solución es lógica. La resolución no podrá ser automática, pues el acreedor puede tener interés en exigir el cumplimiento." (autor y ob. citada, pág. 223).

2.- Critica la demandada la decisión del Aquo de acordar como daños y perjuicios el monto abonado del contrato, con más lo que denominó como lucro cesante.

Es indiscutible en esta instancia que las partes de acuerdo a lo establecido en el art. 1204 del Código Civil habrán de reintegrarse lo mutuamente recibido al disolverse el contrato. En la especie el lote objeto del boleto de compraventa, identificado en estos autos, ha sido reintegrado y no viene cuestionada esta situación.

Discurren las partes sobre la indemnización por daños y perjuicios, asentando la discusión en las cláusulas contractuales segunda y

tercera del boleto de compraventa celebrado el 11-7-00 y la incorporación de lo pactado en la escritura pública nro. 308 concretada entre la actora y la acreedora hipotecaria del mismo inmueble, tema sobre el cual me expedí (ver "B., S. c/ E. M. SA s/ ejecución hipotecaria", expte. 4126 agregado por cuerda fs. 63/66).

Específicamente en la cláusula segunda donde se pactó el precio con detalle, se remite al contrato hipotecario que se adjunta, y se dieron por reproducidas sus cláusulas por cuanto el comprador, en el caso la demandada se hacía cargo de la deuda en el mismo detallada, que solo restaron dos cuotas a pagar.

Pero lo que interesa en este estado del razonamiento es que en dicho marco las partes convinieron en la resolución del acuerdo en caso de incumplimiento; se resolvía perdiendo la incumplidora las sumas pagadas, renunciando a invocar la teoría de la imprevisión.

El juez de grado receptó de tal forma entendiendo además que aun encontrándose pagado el 50% del precio pactado por la compradora, de igual manera ejercía la facultad resolutoria con la penalidad contenida en los propios términos contractuales. Decisión que no comparto y considero abusivo uso de la cláusula resolutoria por parte de la vendedora (la actora). Independientemente de lo decidido, que poca trascendencia doy al planteo si dicha facultad resolutoria con su sanción fue expresa (o no, como dice la demandada que solo alcanza a los cheques impagos, planteo desestimado), por cuanto los jueces están facultados a revisar los términos contractuales cuando se presentan, como advierto en el presente abusivos. Y

de no ser expresa, también son materia de revisión los montos indemnizatorios por daños y perjuicios pretendidos y a la postre, cuestionados judicialmente como ocurrió en la especie.

En síntesis se encierra, a mi modo de ver, el planteo en el quantum pretendido por la actora y la moneda en que fue condenada al pago, cuestionada por la contraparte.

"Si bien la facultad de resolver el contrato es en general útil desde el punto de vista económico porque brinda un elemento de coerción contra el mal cumplidor y buena desde el ángulo moral, porque defiende eficazmente al contratante de buena fe, hay casos en que el ejercicio resulta abusivo y contrario a la buena fe" (Borda, G., "Tratado de Derecho Civil – Contratos", t.I, pág. 235).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de vieja data han controlado las conductas que se presentan como abusivas, en particular como ocurren en el caso, que la demandada reconviniente había abonado el 50% de lo pactado, al punto de colocar en tela de juicio la facultad resolutoria (ver obra citada pág. 235/6/7).

Dicha facultad resolutoria existió, ambas partes lo pidieron, el incumplidor resulta ser la compradora, pero atenuada su situación, por la realidad económica del país, el monto saldado hasta ese momento, en que restaban dos cuotas a cancelar. Advertí que el vendedor se ve extraordinariamente beneficiado por el incumplimiento. Recupera el inmueble y en concepto de daños y perjuicios retiene lo abonado (un porcentaje elevado del precio pactado).

Son a revisar dos cuestiones, la primera

el abusivo ejercicio de la facultad resolutoria, al pretender la actora quedarse con el inmueble restituido y el 100% de lo abonado por la compradora en concepto de daños y perjuicios. La segunda la moneda, la situación de incumplimiento invocada por la demandada a raíz del cambio producido en ella como consecuencia de la legislación de emergencia económica dictada.

No demostró equivalente perjuicio a la suma que pretende retener con la gravedad de la falta, habida cuenta el valor de las prestaciones cumplidas, (y la recuperación de inmueble como consecuencia de la resolución), ni tampoco indicó la pericia contable valores perjudiciales para la actora (fs. 186/8).

Por lo cual, aplicar sin más dicha cláusula, escapa a los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico, hace acudir a la facultad morigeradora de los jueces (ver DJ 1996-1-1218, DJ 1995-2-888, DJ 1995-2-1219).

En ejercicio de dicha facultad serán establecidos los montos resarcitorios pretendidos por la actora y la retribución esperada por la demandada, que no es el 50% de lo pagado, sino el total y me remito a la lectura íntegra de la demanda y en particular la lectura íntegra de la reconvención, fs. 55. Tampoco puede admitirse el resarcimiento pretendido al reconvenir, habida cuenta que no demostró mejora alguna en el inmueble en cuestión (cuyos datos han sido reiterados en los votos precedentes).

Reconocen, como se dijo, que quedaron sin pagarse las dos últimas cuotas del boleto de compraventa celebrado. Constituyendo el argumento defensista de la demandada, la situación del país, y la aplicación de la teoría de la imprevisión.

El precio de la compraventa del inmueble fue fijado en la cláusula 2da. del boleto de compraventa celebrado en julio del 2000 (cuya copia obra agregada a fs. 63 a 66 del expte. 4126, acordelado "B. S. c/ E. M. s/ ejecución hipotecaria"). Los términos del contrato hipotecario eran integrantes, conocidos y aceptados del suscripto por la demandada cuya deuda asumía como parte de la cancelación del precio. Es más existe el reconocimiento expreso de la falta de pago según surge de la confesión de la demandada de fs. 117.

El contrato me refiero al boleto de compraventa celebrado entre las partes en julio del año 2000, con expresa renuncia a la invocación de la teoría de la imprevisión, y en este sentido me aparto de lo resuelto por el Aquo y así siendo congruente con lo que suscribí y opiné en la sentencia nro. 14/2004 del expte. nro. 13.976, "B., S. G. c/ E. M. SA s/ ejecución hipotecaria", entiendo que existió una situación de emergencia que afectó los términos pactados en los contratos, de allí el ajuste ordenado sobre la deuda pendiente.

En aquella oportunidad se dijo "debe resolver el difícil dilema de los efectos de la normativa dictada para gobernar la emergencia sobre una relación jurídica privada nacida al amparo de una legislación anterior que se desarrolló normalmente hasta la sanción de la ley 25661 el Dto. 214/02..." (sentencia mencionada).

Encontrándose incorporado ese contrato de compraventa hipotecario al que nos ocupa, en todos sus términos, no puedo dejar de desconocer lo decidido, el efecto de cosa juzgada respecto de la deuda

hipotecaria al momento de ejecutarse. Encuentro que dicho reconocimiento de la emergencia económica y de la situación particular vivida en el país alcanza en su ideología a los planteos de la demandada.

Entre las partes, el pacto comisorio tiene efectos de la condición resolutoria, pero que el contrato queda sin efecto retroactivamente, los derechos nacidos con el se consideran como si nunca hubieran existido y aquellas deben devolverse recíprocamente lo que recibieron como en virtud de dicho contrato, aplicándose lo dispuesto sobre las obligaciones de restituir las cosas a sus dueños. De ahí que, operada la resolución, no quepa reducir a ella la causa de la obligación de restituir, con prescindencia de la situación originaria renacida. Y ello supuesto, tampoco procede interpretar que cuando el art. 1 del Dto. 214/02 impone la pesificación de las obligaciones en monedas extranjeras "existentes a la sanción de la 25561", excluye situaciones como la de autos surgidas de un contrato celebrado y ejecutado parcialmente (en un 50%) antes de esa fecha por el solo hecho de haber sido resuelto y quedado sin efecto con posterioridad a ella (retroactivamente) (ver DJ 2007-2-339).

Tal y como ocurrió en la especie que reconocido a fs. 117 por la demandada el incumplimiento, quedaron sin ser abonadas las cuotas previstas precisamente para el 20 de enero del 2002 y 20 de enero del 2003, en momentos de colapso financiero en el país. Cuotas de un contrato celebrado con anterioridad y pendiente parcialmente de cancelación.

No puede desconocerse la legislación vigente, como tampoco el devenir histórico y las

situaciones generadas por aquella emergencia producida en noviembre, diciembre y enero del 2001 y 2002. La constante jurisprudencia que tuvo una denodada e incansable búsqueda a través de diversas formulas tendientes precisamente a brindar una solución de equidad a los conflictos planteados en sus estrados.

Además del criterio expuesto, la jurisprudencia señalada, comparto los fundamentos del STJ en autos "N.SA c/ Ch SA s/ ejecución hipotecaria", si bien la ley 25820 dejó poco margen a los jueces para resolver las cuestiones fuera del ámbito de la pesificación, se presenta como más equitativa y cierra el debate, por tratarse de una doctrina legal a seguirse.

En primer lugar, el inmueble volvió a manos del vendedor.

Lo dispuesto por reembolso, lo presupuestado en el embargo preventivo, lo establecido en la sentencia que hizo cosa juzgada en la ejecución hipotecaria, sin atender a lo pactado por las partes que como bien resolvieron coincidentemente las colegas preopinantes es una liberalidad no oponible a la demandada.

Por todo lo expuesto coincido en la propuesta de la Dra. Melero.-

Por lo tanto, la demandada deberá abonar la suma de $53.900 con más el CER y los intereses desde la mora que fuera dispuesta a partir de la intimación según lo dicho ut supra.

Con relación a las sumas que debe devolver la actora, son éstas las pagadas pesificadas $ 78.750 con más el CER y los intereses desde la fecha que fueron abonados en cuotas a la actora. Adhiriendo a

lo decidido por la Dra. Melero.

Con referencia al daño emergente demandado y objetado por la apelante debo decir:

"Puesto que en la especie el demandante se inclinó por la resolución del contrato, sólo correspondería resarcirle los daños al interés negativo o de confianza que acreditare haber sufrido, mas no el lucro cesante consistente en las cuotas de precio que habrían de devengarse hasta la finalización de la relación, porque ello importaría satisfacer su interés de cumplimiento indemnizarle el daño al interés positivo , colocarlo en la situación patrimonial de que gozaría si la convención se hubiere cumplido en vez de resuelto. Cuando la resolución del contrato ha extinguido la obligación que allí tenía su fuente, no hay ya perpetuación posible que haga exigible la prestación debida u otra indemnizatoria equivalente, porque no se trata ya de cambiar el objeto de la obligación, sino del fenecimiento de ella." (Cámara de Apelaciones - Sala A – Trelew - PUBLICACIONES: Ramella, "La resolución por incumplimiento", Astrea 1.975, págs. 52, 68 y 69 y sus citas jurisprudenciales López de Zavalía, "Teoría de los contratos", Ed. Zavalía 1.971, pág. 366 y 368 Morello, "Problemas actuales de la compraventa inmobiliaria", Ed. Platense 1.978, págs. 123 y sgts. Colin y Capitant, "Curso...", trad. De Buen, Ed. Reus 1.924, t.III, pág.693 Llambías, "Obligaciones", Perrot 1.967, t.I, pág.152-153, nota n° 114 y págs. 268-270 nota n°242 Wayar, "Tratado de la mora", Abaco 1.981, págs. 628-629, n° 112 y sus citas Salas, "Código Civil anotado", 2° ed., I-273, coment. al art. 519, n° 1 y jurisp. allí ind. Salvat-Galli, "Obligaciones en

general", 6ª ed., t.III, pág.377, nº 2.036 Busso, "Código Civil Anotado", Ediar 1956, t.IV, pág.361, nº4 STU0, L.L. t.141, pág.639, f.25.310 S, p. I Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", 2ª ed., pág. 112, nº 30 y pág.113 Mosset Iturraspe, "Responsabilidad por daños", Ediar 1.977, t.I, pág.159, nº 61, "f" - Citar: elDial - BC263).

Estos motivos me inducen a hacer lugar al agravio de la demandada y rechazar el rubro condenado.

3.- Son coincidentes las magistradas en confirmar el fallo en punto al rechazo de la imputación de conducta temeraria y maliciosa, por lo cual no me expido en uso de la facultad conferida por la ley 4550.

4.- En cuanto a la imposición de costas de ambas instancias, conforme lo establecido en el art. 71 del ritual, serán por su orden.

5.- Doy por reproducida la fórmula postulatoria de la Dra. Melero por coincidir en la resolución del presente caso.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia de la Dra. Reynoso de Roberts, la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar parcialmente a los agravios planteados tanto por la actora (fs. 260/264) como por la demandada (fs. 265/285) y, en consecuencia, revocar parcialmente la sentencia de fs. 229/242vta. y confirmar parcialmente los puntos 1ero. y 2do. del fallo en cuanto hace lugar parcialmente a la demanda declara resuelto el contrato celebrado por las partes.

2) Hacer lugar parcialmente a los agravios expuestos por la demandada a fs. 283vta./284

(pto. D - reconvención) y, en consecuencia, revocar el pto. 3ero. salvo lo dispuesto en el ap. b) 4to. y 5to. del fallo y condenar a la parte actora a devolver a la demandada pesificando las sumas ordenadas por el a-quo, es decir que la actora deberá devolver a la demandada la suma de pesos SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA ($40.000 y $38.750 = $78.750), con más la suma que resulte de aplicar el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) y los intereses que deberán liquidarse conforme la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina a partir de las fechas en que dichas sumas fueron abonadas por la actora, según liquidación a efectuarse en la etapa de ejecución de sentencia.

3) Condenar a la demandada a abonar a la actora la suma de PESOS CINCUENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS ($53.900), con más la suma que resulte de aplicar el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) y los intereses que deberán liquidarse conforme la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina desde la mora (14/03/03)y hasta el efectivo pago.

4) Rechazar la indemnización solicitada por la actora en concepto de daño emergente, revocando parcialmente la demanda.

5) No hacer lugar al pedido de declaración de temeridad y malicia solicitada por la demandada, confirmando la sentencia en este sentido.

6) Costas de ambas instancias en el orden causado.

7) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. F. A. F. y R. A. H., conjuntamente, en la suma de

PESOS NOVENTA MIL ($90.000), al Dr. C. M. Z. en la suma de PESOS TREINTA MIL ($30.000), al Dr. G. A. C. P. en la suma de PESOS CUARENTA MIL ($40.000) y al perito contador O. A. F. en la suma de PESOS QUINCE MIL ($15.000).

8) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Dres. F. A. F. y R. A. H., conjuntamente, en la suma de PESOS VEINTISIETE MIL ($27.000) y al Dr. C. M. Z. en la suma de PESOS VEINTIUN MIL ($21.000).

9) Tener presente la reserva del caso federal planteada fs. 284vta. por la parte demandada.

10) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

NÉLIDA SUSANA MELERO (Presidente)
GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO (Juez de Cámara)
MARTA SUSANA REYNOSO de ROBERTS (Juez de Cámara)

REGISTRADA BAJO EL nro. 08 DEL AÑO 2009
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"