En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de noviembre del año dos mil once, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., A. M. y Otro c/A., M. O. s/Ordinario", expte. nro. 272 año 2011,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 431/2003), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 536), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso de Ariet, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 494/497 vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Alonso de Ariet, dijo:

1. El fallo apelado y los agravios.

El juez de grado rechazó la demanda interpuesta por la señora A. M. C. y el Sr. O. C. contra el Sr. M. A. por responsabilidad por incumplimiento de la promesa de venta de un inmueble por considerar que no se acredito la misma; impuso las costas al vencido y reguló los honorarios profesionales.

La parte actora apeló la resolución a fs. 498, el recurso fue concedido a fs. 504, fundado a fs. 514/522 y contestados los agravios a fs. 529/530.

La recurrente sostiene que lo resuelto no es una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, lo que habilita su descalificación como acto jurisdiccional válido. Señala que se ha prescindido indebidamente de prueba esencial y que el testimonio único del Sr. G. G. tiene fuerza convictita suficiente. Agrega que no debió soslayar el juez que justamente es este testigo quien le vendió a A. la propiedad prometida en venta por éste a los actores y que su relato es plenamente verosímil. Con base en

estas consideraciones concluye que ha quebrantado la regla de la sana crítica racional en la valoración del testimonio del Sr. G. y que este déficit se exterioriza también en la valoración de los dichos del testigo Z. M..

El siguiente agravio, aparece íntimamente vinculado con el anterior, dado que se refiere a la valoración conjunta de la prueba colectada en autos.

El último agravio carece de autonomía, más que un fundamento autónomo tendiente a la revisión del fallo es la exteriorización de la consecuencia de la admisión de los argumentos anteriores (revocación del fallo).

Finalmente, se hace reserva del caso federal.

El demandado, al contestar los agravios, sostiene que el testigo G. sólo manifestó que escuchó algo sin aportar otros datos.

Agrego que el juez de grado, concluyó en la ausencia de promesa de venta instrumentada y consecuentemente determinó que no quedaba configurada la hipótesis del artículo 1191 del CC, en cuanto principio de prueba ni tampoco ninguna circunstancia atenuante de ese principio.

Invoca las enseñanzas del maestro Morello respecto a la genética del contrato y concluye que no se ha probado, porque no existió el primer presupuesto que daría andamiaje a la pretendida responsabilidad, que es “ligamen” en palabras del citado doctrinario. Explica porque no se configuró el mismo e insiste en la falta de prueba.

Finalmente pide el rechazo de los agravios.

2. Tratamiento de los agravios

Los agravios del recurrente carecen de entidad para fundar una solución distinta.

El juez de grado, como bien lo señala la parte apelada, al contestar los agravios, ha remarcado que la pretendida promesa de venta no fue instrumentada por escrito ni reconocida por el demandado. Se trata de dos cuestiones esenciales atento el carácter formal que tiene toda compraventa de inmueble por expresa previsión legal, en orden a la configuración de eventuales excepciones al principio.

Todas estas consideraciones corroboran la carencia de prueba admisible y agrego que aun cuando pudiera ser superada toda cuestión de orden

formal tampoco la prueba colectada tiene la fuerza convictiva que pretende el recurrente.

En efecto, ni siquiera alcanza para acreditar la existencia de tratativas.-

Huelga recordar que la doctrina, al referirse a las tratativas previas a la celebración de un contrato, reconoce que éstas pueden generar trabajos y gastos que, en principio, corren por cuenta de la parte que los ha hecho, pues actúa en su propio interés y asume por propia determinación el riesgo del fracaso de las tratativas, ya que la otra parte no ha dado todavía su consentimiento. Pero a veces las tratativas avanzan más de lo corriente, las conversaciones previas hacen concebir a una de las partes legítimas esperanzas de que el contrato será concluido. Si en ese momento, la otra desiste, intempestivamente, y sin ningunas razón vinculada con el negocio mismo de las negociaciones se origina lo que se llama en doctrina culpa precontractual (v. Guillermo A. Borda, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Tomo II, págs. 177/179, Ed. La Ley, 2008).

La parte actora no ha podido probar que una conducta de tal tenor sea atribuible al demandado. Los dichos de G. son insuficientes en tal sentido. Por lo demás la conducta del demandado previas a la promoción de esta acción – documental obrante a fs. 32/62- demuestran un accionar constante, convincente y coherente en el sentido de exteriorizar su calidad de dueño y vocación de continuar siéndolo.

El recurrente no ha podido demostrar que existiere promesa de venta; no se ha incorporado ningún elemento de juicio suficiente del que pueda desprenderse que las partes estaban en una etapa previa a la firma del contrato ni que se encontraban con un grado de avance significativo en las negociaciones precontractuales.

Por estos motivos ya señalados por el juez de grado que no han sido refutados en forma concreta y precisa por el recurrente corresponde rechazar el recurso.

A modo de conclusión, señalo que la falta de prueba concreta, respecto a estas cuestiones obviamente perjudican la posición del actor. Como con absoluta claridad enseña la más calificada doctrina la carga de la prueba

es por cierto una distribución, no del poder de probar, que lo tienen las dos partes, sino una distribución del riesgo de no hacerlo. No supone pues ningún derecho del adversario sino un imperativo de cada litigante (Chiovenda, Giuseppe, "Instituziones de Derecho Procesal", T. III, pág. 92, 1954).

3. Las costas de esta instancia se imponen a los actores vencidos por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios se regulan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de la escala específica del artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de ello, considero deben ser establecidos a favor del Dr. D. M. C. B. en un 30% de los que le corresponden por su labor en la instancia de grado y al Dr. I. F. A. en un 25% de lo que correspondan a la representación letrada del actor, en su conjunto, por la labor en primera instancia. En ambos supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Alonso de Ariet dijo:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 498; en consecuencia confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 494/497 en todas sus partes.

2) Costas de esta instancia a la actora vencida.

3) Regular los honorarios correspondientes a esta instancia favor del Dr. D. M. C. B. en un 30% de los que le corresponden por su labor en la instancia de grado y al Dr. I. F. A. en un 25% de lo que correspondan a la representación letrada del actor, en su conjunto, por la labor en primera instancia. En ambos supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

4) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 522.

5) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Se alza la accionante en contra de la sentencia denegatoria del reclamo indemnizatorio incoado por ésta tras alegar presunto incumplimiento de promesa de venta inmobiliaria imputado a la demandada, con costas de fs. 494/497vta. y a tenor del informe de fs. 514/522vta., que le es contestado por su oponente a fs 529/531vta.

La colega preopinante que me precede en el sorteo, en opinión que comparto, considera formalmente admisible el recurso, además da cuenta, en breve y ajustada síntesis, de su contenido lo que evita su mera reiteración.

En mérito al modo y contenido de tal queja importa destacar que, ajustado a la doctrina acuñada por nuestro Máximo Tribunal Nacional, no me encuentro obligado a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, ni tampoco cada medida de prueba; sino solamente aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso, según la forma en que ha quedado trabada la relación procesal (ver Fallos 144:611; 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 274:113; 276:132; 280:3201; 303:2088; 304:819; 305:537; 307:1121, entre muchos).

Tras un detenido estudio de las presentes actuaciones, dentro de los límites jurisdiccionales a que autorizan los agravios, en atención a la naturaleza de la cuestión debatida, presunta promesa incumplida de compraventa inmobiliaria sin instrumentar, requería prueba, clara, cierta y contundente y justamente no es el rasgo distintivo de la presente causa. Indicios que dependen de la suerte valorativa de un testigo único pero referencial, no es la combinación probatoria ideal para una cuestión como la que se ventila en autos conforme las alegaciones a verificar vertidas al inicio.

Si bien debo formular mis reservas en cuanto a la calificación legal de los hechos al no ser cuestión debatida en esta instancia, no es tema que pueda variar en sustancia el resultado del juicio.

Y es que siguiendo a autores de la jerarquía de Spota (“Responsabilidad precontractual”, publicado en JA, 1954-II-88), me han convencido que la responsabilidad precontractual se funda en el principio del abuso de los derechos y se apoya en el incumplimiento de una obligación legal.

Nuestro derecho positivo admite una doctrina que base la obligación de resarcir en la interrupción intempestiva y arbitraria de las tratativas, entendiendo como arbitraria toda conducta sin causa justa.

Así responsabilidad precontractual debe concebirse con exclusión de la idea de culpa. No existe por lo tanto culpa extracontractual en el

sentido del art. 1109 del Cód. Civil sino una conducta arbitraria mediando, en consecuencia, un acto antifuncional, un abuso de derecho de no contratar, pues por aplicación del art. 1071 del Cód. Civil jamás un acto abusivo puede constituir una causa que autorice a destruir valores económicos que emanan de las tratativas.

Ese acto antifuncional se traduce en el menoscabo a la buena fe creencia - buena fe lealtad, en la concreción de los contratos o de las tratativas preliminares. Se lesiona la buena fe cuando se asume una actitud de no cooperación en la leal solución de las dificultades que puedan presentarse en las tratativas o se actúa en forma reticente durante su ejecución.

La responsabilidad precontractual se funda en esa conducta antifuncional, en el abuso del derecho, en la desviación de los fines sociales y económicos que el derecho objetivo aprehende para tutelar la prerrogativa jurídica, en el caso de la libertad de contratar o no contratar. No existe culpa contractual ni extracontractual, sólo media responsabilidad precontractual por abuso del derecho de no contratar (art. 1071, Cód. Civil) (ver entre muchos v. gr. “La responsabilidad precontractual y su reconocimiento” por Gregorini Clusellas, Eduardo L., publicado en: LA LEY 11/08/2010, 4).

Ahora bien, sin perjuicio de la postura adoptada en cuanto a la naturaleza de la cuestión traída a debate, cuestionada la existencia de tales tratativas preliminares pesaba sobre la accionante la verificación de sus aseveraciones.

En cuanto al tema, en primer término y con carácter liminar resulta menester señalar que es sabido que la prueba es indispensable y su importancia es fundamental pues, tal como se afirma con agudeza, sustrae al derecho del arbitrio de la probabilidad y lo coloca bajo la égida de la certeza (ver v. gr. CNCom., Sala B, in re: "Roldán, Angela R. c. Savaso, Gabriel H. s. sumario", 26.4.93). Por ello, en principio, y dejando a salvo los casos expresamente previstos por la ley en los que esta última dispone la inversión del onus probandi, quien alega un hecho debe demostrar su existencia.

Ya he tenido oportunidad de señalar, en algunos casos, que la carga de la prueba es por cierto una distribución, no del poder de probar, que lo tienen las dos partes, sino una distribución del riesgo de no hacerlo. No supone

pues ningún derecho del adversario sino un imperativo de cada litigante (ver Chiovenda, Giuseppe, "Instituziones de Derecho Procesal", T. III, pág. 92, 1954).-

Es, como principio, un imperativo del interés de cada litigante, dado que el juez realiza a expensas de los elementos probatorios aportados a la causa la reconstrucción de los hechos invocados, descartando aquéllos que no hayan sido objeto de demostración en la medida necesaria (ver v. gr. Palacio, "Derecho Procesal Civil", Bs. As., 1972, T. IV, nº 408, pág. 361).-

Es sabido que las modernas tendencias probatorias han aceptado, como línea de principio, que ambas partes deben contribuir a conformar el plexo probatorio, llegándose a sostener que el favor probationis o la "Teoría de las cargas dinámicas" se inclina -más allá de todo elemento presuncional- por poner la carga de la acreditación sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo.

Superándose el sistema de las reglas clásicas absolutas -estáticas- en la materia, poniéndose en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla; sin preceptos rígidos en la búsqueda de la solución justa, según las circunstancias de cada causa (v. gr. Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio, "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", ED. 107-1005), doctrina que puede entenderse asumida por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, al señalar la necesidad de "valorar la conducta asumida por las partes en el proceso" (fallos 311:73) y "que las reglas atinentes a la carga de la prueba, deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a los efectos de dar primacía -por sobre la interpretación de las normas procesales- a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formar" (ver CS en "Gallis de Mazzucci, Luisa c/ Correa, Miguel y otro" del 6.2.2001, LL 2001-C, 959).

Debe resaltarse, asimismo, que es natural que la tramitación de la causa exija de las partes un mínimo de actividad que compruebe su real interés en demostrar su derecho (deber de colaboración), por aquel criterio que informa que la lealtad, probidad y buena fe deben presidir la actuación de los contendientes en el proceso, y que les previene asimismo del deber moral de

contribuir al esclarecimiento de la verdad y colaborar con el órgano jurisdiccional.

Desde dicha perspectiva conceptual y analizada la postura de ambos litigantes, no resulta ocioso destacar que la afirmación del actor en punto a que pesaba sobre el demandado la carga de probar los hechos sobre los que reposaban sus defensas o excepciones -reus in excipiendo fit actor-, no desvirtúa el principio dispuesto por el art. 381 CPr./DJ, que exige que quien demanda acredite los extremos que constituyen la base de su pretensión.-

Ello por cuanto, no puede admitirse que la mentada teoría dinámica de la prueba mengüe la carga que tiene el actor de demostrar los hechos alegados en su libelo inicial ni permite exigirle al demandado que acredite los presupuestos de la responsabilidad pretendida por el reclamante -salvo, tal como expuse supra, por vía de excepción y en caso de hallarse en mejores condiciones de probarlo.

Cabe escudriñar, pues, el alcance del vínculo existente entre las partes. Ya que está negado en cuanto a su objeto.

Debe recordarse también que la doctrina, al referirse a las tratativas previas a la celebración de un contrato, reconoce que éstas pueden generar trabajos y gastos que, en principio, corren por cuenta de la parte que los ha hecho, pues actúa en su propio interés y asume por propia determinación el riesgo del fracaso de las tratativas, ya que la otra parte no ha dado todavía su consentimiento. De allí que, superado el primer escollo la prueba a cubrir referirá a la existencia del perjuicio alegado (ver en la misma línea v. gr. CNCom., Sala F, 11/08/2011 -"Mancinelli Juan Carlos c/Siemens IT Solutions And Services S.A. s/ ordinario" – Citar: elDial.com - AA7001 y “Sobre la prueba de los contratos” por Rodrigo Pellejero, publicado en JA - 20 de octubre de 2010).

Entiendo, respetuoso de la opinión contraria alegada en esta instancia por la recurrente, que el iudex a quo a valorado con prudencia y acierto las testimonial, que aquel considera esencial e indebidamente descalificada pero resulta que tras detenida lectura de los dichos de G. G. (fs. 272/272vta. conforme el pliego de fs. 271), entiendo que la única contestación que otorga real certeza es la dada a la pregunta ampliatoria n° 7, que es reiteración de la segunda: “Yo la casa se le vendí a A., yo. Después de lo demás no se nada”. Tan contundente

respuesta no admite especulación alguna. Todo lo dicho en su deposición es referencial y como tal intrascendente a los fines perseguidos por la recurrente. Bien se ha dicho y he tenido oportunidad de aplicar ante circunstancias análogas que:”La principal exigencia en la prueba testimonial es que el deponente sea "testigo" del hecho al que se refiere, careciendo de fuerza la declaración que declara conocer los hechos por vía indirecta, por referencia de otros”(ver v. gr. CNCiv., sala K, setiembre 16-1994, ED 162-394, con nota de Osvaldo Onofre Álvarez).

Además de referencial, G., como bien lo califica la recurrente, eventualmente, pudo ser testigo esencial al ser el único que refiere al tema base de la presente acción merecía la especial valoración expresamente formulada por el a quo ya que si bien “ El testigo único no puede ser descalificado sin más pues la máxima testis unus, testis nullus, carece de vigencia en nuestro derecho. No obstante, una declaración de ese carácter debe tener corroboración en otros elementos de juicio incorporados a la litis y evaluados en su unidad conforme con las reglas de la sana crítica”.(DJ, 1997/-1-605; CNCiv., sala J, 2000/08/17, Rev. La ley de 2000/12/13, pág.9, fallo 101.345).

Aquellas otra circunstancias que se alegan como indiciarias de las razones que se tuvieron para realizarlas, pueden corresponder a todo tipo de vinculo habitacional, ya sea, locación, comodato, tenencia precaria, etc., en resumen, en esta causa carecen de trascendencia al no haberse acreditado la promesa de venta del bien en cuestión, hecho esencial para luego avanzar sobre el presunto abuso generador de algún perjuicio.

Por todo lo expuesto, en lo esencial concuerdo con mi colega preopinante al igual que con la imposición de costas en esta instancia a la vencida, difiriéndose la regulación e honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán presente las pautas arancelarias de la L. XIII N°4. Se tiene presente la reserva del llamado “caso federal”.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado, conforme los considerandos pertinentes con la opinión de la Dra. Alonso, reitero su formula decisoria.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Fernando Nahuelanca, no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 498; en consecuencia confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 494/497 en todas sus partes.

2) Costas de esta instancia a la actora vencida.

3) Regular los honorarios correspondientes a esta instancia favor del Dr. D. M. C. B. en un 30% de los que le corresponden por su labor en la instancia de grado y al Dr. I. F. A. en un 25% de lo que correspondan a la representación letrada del actor, en su conjunto, por la labor en primera instancia. En ambos supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

4) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 522.

5) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. 50 AÑO 2011

DEL LIBRO DE SENTENCIA DEFINITIVAS “CyC”