En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de junio del año dos mil trece, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"K., W. O. c/ C., A. H. s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº 178 Año 2012)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. Nº 20/09), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTION:** ¿Son justos los honorarios regulados a favor del letrado de la parte demandada? **TERCERA CUESTIÓN:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.235.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

1.

A fs. 198/202, la Sra. Jueza de la Instancia anterior dictó sentencia, rechazando la demanda incoada por W. O. K. en contra de A. H. C.

Para arribar a la decisión mencionada, consideró la existencia del contrato celebrado entre las partes, cuya copia certificada obra a fs. 16/21, como así también las obligaciones contraídas por cada una de las partes, en el que no se estableció el lugar de pago.

Frente a dicha ausencia, consideró aplicable la norma del art. 747, Cód. Civil, en cuanto establece que en tales casos, si se tratase de un cuerpo cierto y determinado, el cumplimiento debe efectuarse en el lugar donde él se encontrara al tiempo de contraerse la obligación; en cualquier otro caso, el lugar será el domicilio del deudor.

Estimó que, tratándose de una obligación de las denominadas "querables", resultaba esencial, la colaboración del acreedor para que el deudor se liberara, exigiendo que aquél se presentara a cobrar en el domicilio del deudor, sin que

pudiera invocarse la mora automática, aun pactada, precisamente porque es requerida la actividad del acreedor.

Concluyó que, toda vez que el pago debió realizarse en el domicilio del deudor, en todo caso fue el actor quien debió presentarse en dicho lugar y exigir su cumplimiento. Pese a ello, el actor en su demanda nada señaló al respecto, como así, ninguna prueba produjo en el sentido de constituir en mora al deudor. Recordó al efecto que la carta documento reservada a fs. 23 no cumplió con ese fin, pues fue desconocida por la demandada, negando su contenido, recepción y firma en el acuse de recibo.

En síntesis, señaló que en el caso de autos no se ha operado la mora, y no se ha interpelado fehacientemente al deudor poniéndolo en conocimiento que cesó la tolerancia del acreedor.

Impuso costas y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

2.

A fs. 207 apeló el actor y fundó su recurso a fs. 220/226. Del mismo se corrió traslado a fs. 227, los que fueron contestados por la demandada a fs. 228/233.

Asimismo, a fs. 208 el letrado de la parte demandada apeló sus honorarios por considerarlos bajos.

3.

Se agravia la parte actora por cuanto el decisorio de grado rechazó la demanda, incurriendo en arbitrariedad manifiesta, ya que efectuó una irrazonable ponderación de las constancias de autos y de las pruebas aportadas a la causa, apartándose del derecho vigente.

Su queja se centra en tres cuestiones, a saber: a) que el decisorio señaló que la carta documento del 18.03.2008 no cumplió con el fin de constituir en mora al demandado; b) que aplicó improcedente la cláusula sexta del contrato celebrado entre las partes, la que contemplaba la mora automática; c) que, a los fines de la mora, no tuvo en cuenta la notificación de la demanda.

En abono del primer agravio, sostuvo que la carta documento y su recepción constituyen un instrumento público que se presume auténtico (luego señala que hacen plena fe de su contenido) hasta que sea redargüido de falso. De allí que era a la demandada, a quien le correspondía probar su falsedad.

Como fundamento de su segunda queja, refiere que, frente a la posibilidad que el anterior argumento sea desestimado, el decisorio debió tener presente los efectos de la mora automática que emanan de la cláusula sexta del contrato de autos.

En tal sentido, rebate las afirmaciones sentenciales (en el sentido que la obligación *querable*, como la del pago, requiere para su cumplimiento de la colaboración del acreedor y éste debió presentarse a percibir su crédito en el domicilio del deudor), refiriendo que los pagos parciales se venían depositando en cuenta bancaria (por lo que no requería de actividad alguna del acreedor) y que además existía, por parte del deudor, un retardo en el cumplimiento de los mismos.

En apoyo de su tercera queja, sostuvo que la mora operó con la notificación de la demanda, y en todo caso, el demandado, al contestarla, reconoció adeudar las obligaciones a su cargo.

En síntesis, el problema suscitado en autos consiste en dirimir, en primer término, si se ha operado la mora (teniendo en cuenta que el decisorio ha dado respuesta negativa a ello), y en todo caso, en qué momento. Luego, sen su caso, habrá de analizarse si procede la resolución y desde cuándo. Finalmente habrá de hacer lo propio con los daños y perjuicios solicitados.

3.1.

Por una cuestión de método alteraré el orden de tratamiento propuesto en los agravios del actor, comenzando por analizar si en autos se ha verificado la mora automática.

El decisorio de autos tuvo por reconocido el boleto de compraventa cuya copia certificada luce a fs. 16/21 y las obligaciones asumidas por las partes.

Refirió que por ante ese mismo Juzgado tramitaron los autos “C., A. H. c/ K., W. O. s/ Incumplimiento de Contrato”, acumulados con los autos “B. C., B. y otro c/ K., W. O. s/ Incumplimiento de Contrato”, de los que surge que se admitió la reconvención del aquí actor y condenó a C. al pago de sumas adeudadas con anterioridad a la demanda instaurada en el presente. De tal suerte, afirmó que se encuentran abonadas por C. las cuotas correspondientes hasta el mes de noviembre de 2005, inclusive.

Sin embargo, concluye que el estado de mora no se encuentra acreditado en autos, ya que no comparte con el actor que las obligaciones emergentes del contrato en cuestión se encontraran sujetas a mora automática. Ello así, pues, si bien ello fue

contemplado en la cláusula sexta, al no establecerse lugar de pago, éste debía ser el del domicilio del deudor.

Por ello, considera que la obligación del deudor era de las denominadas "*querables*", resultando esencial en ellas que, para que el deudor se libere, resulta esencial la colaboración del acreedor. Es decir, K. debió presentarse en el domicilio del deudor y exigir el cumplimiento de la obligación, mas no probó haberlo hecho; ni siquiera lo invocó en su demanda.

Corresponde señalar liminarmente que la mora automática (prevista en la cláusula sexta del contrato cuya copia certificada obra a fs. 16/21), contemplada en la primera parte del art. 509, Cód. Civil, es aplicable a las obligaciones de plazo cierto, como es el caso de autos. Según esa norma, el deudor queda constituido en mora por el solo vencimiento del término fijado para su cumplimiento, sin que sea necesario reclamo alguno, ya que es el tiempo el que interpela en lugar del hombre (*dies interpellat pro homine).*

Cabe señalar al respecto que la mora automática es en la actualidad, y conforme el derecho vigente, un principio general y no un modo de producirse.

Como es sabido, el artículo 509 del Código de Vélez, siguiendo muy de cerca al Código de Francia, consagraba categóricamente el principio de la mora *ex persona*, exigiendo la interpelación inclusive en las obligaciones a plazo determinado cierto. Como regla no había mora sin interpelación. La norma contemplaba dos excepciones a dicho principio: Cuando se hubiera estipulado expresamente que el mero vencimiento del plazo produciría la mora y cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación, fue un motivo determinante por parte del acreedor" (*mora ex re*). El supuesto tenido en cuenta era el de obligaciones sujetas a plazo esencial, cuya no ejecución en tiempo propio provocaba, en verdad, no un supuesto de mora sino de incumplimiento definitivo.

A las excepciones al principio de la interpelación contenidas en el viejo artículo 509, se sumaban otras, en donde doctrina y jurisprudencia, en forma más o menos pacífica, admitían que la mora operaba automáticamente, sin necesidad de requerimiento (mora legal, mora en la obligación de reparar daños causados por hechos ilícitos, confesión del estado de mora por el deudor, negativa anticipada al cumplimiento por parte de éste, etcétera).

La ley 17.711 introdujo una profunda modificación en el régimen de constitución en mora del deudor, incorporando como regla general el principio de la mora

automática en las obligaciones a plazo determinado cierto e incierto, con lo que relegó a la mora *ex persona* a una categoría puramente residual.

Más allá de las imperfecciones técnicas que presenta el actual artículo 509 Cód. Civil, que son muchas, la reforma fue plausible y dio frutos positivos a lo largo de sus más de cuarenta y cuatro años de aplicación. Más allá de las críticas que en su momento despertó, el tiempo terminó nuevamente dándole la razón a Borda, que con su fino sentido jurídico y de la realidad, vislumbró el camino correcto.

En posición que comparto con calificada doctrina, y sin desconocer que el art. 509 presenta serias deficiencias técnicas, considero que en nuestro sistema existe un principio general en materia de constitución en mora del deudor y ese no es otro que el de la mora automática (cfr.oisset de Espanes, Luis, "La mora y la reforma del artículo 509 del Código civil", JA, Doctrina, 1968-V- 794; BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones", 3ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1971, t. I n.52, p. 61 y ss.; ídem, "Un peligroso precedente", La Ley , 1975-A, 518; Bustamante Alsina, Jorge, "La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio", La Ley , 1977-D, 841; Pizarro, Ramón D. , en "La mora del deudor en el Proyecto de Código", Publicado en: LA LEY 03/09/2012 , 1 , La Ley 03/09/2012 , 1 , La Ley 2012-E , 872).

Sobre esa línea de ideas analizaré la cuestión.

3.2.

Conforme lo señalado, el decisorio de autos sostuvo que la mora automática cedía frente a una obligación de las denominadas por la doctrina *querables*, lo que, según su punto de vista, al no haberse establecido lugar de pago, era menester la colaboración del acreedor, su actividad en ese sentido, para que el deudor se libere de su obligación.

Discrepo con la conclusión arribada por el pronunciamiento y daré razones de ello.

En primer lugar, pues la cláusula sexta del contrato de autos es suficientemente clara al respecto, al señalar que *"Si alguna de las partes no cumpliera con algunas de las obligaciones consignadas en este instrumento en la forma y plazos establecidos, quedará constituido en mora en forma automática, sin necesidad de notificación alguna... "*.

Por su parte, la cláusula segunda, apartado C) de dicho acuerdo, al establecer las modalidades de los pagos de las cuotas, señala que *"el saldo deberá abonarse en 156 cuotas iguales, mensuales y consecutivas de dólares estadounidenses*

trescientos ochenta y cuatro (U$S 384.-) cada una, venciendo la primera de ellas el 10 de abril del año 2001, y así sucesivamente .... haciéndose entrega al efecto de dichos pagos un talonario de depósito correspondiente al B. C. C. L..”.

De los términos del contrato, cuya vigencia y validez no ha sido cuestionada por las partes, surge que la obligación de pago de las cuotas vencían los días 10 de cada mes y que el pago se efectuaría mediante depósito en una cuenta en el B. C. C. L. mediante un talonario de depósito proveído al respecto.

Mientras el actor afirma haber percibido las sumas correspondientes a las cuotas impagas por los períodos octubre de 2002 a noviembre 2005 (inclusive) en el mes de octubre de 2008, la demandada reconoce en su conteste que dicho accionante ha venido percibiendo las cuotas desde mayo de 2008, sin que hiciera mención alguna a las cuotas reclamadas en autos, esto es, las correspondientes al período diciembre de 2005 a abril de 2008.

Frente al reclamo del actor, el art. 381 del CPCC, imponía al demandado la carga de probar el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones asumidas por tal lapso de tiempo, sin que de autos surja a ciencia cierta que tales cumplimientos se hubieran verificado.

En tal sentido, se ha señalado que si alguien es demandado por un precio impago, debe responder claramente y demostrar la extinción de la obligación que se invoca en su contra (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 5a Nominación de Córdoba, “Durán, Fernando c. Vercellone, Juan y otros”, 22/02/1994 LLC 1994, 467, AR/JUR/3821/1994).

Ello así, pues la carga de la prueba no atiende tanto al carácter de actor o demandado sino a la naturaleza de los hechos según sea la función que desempeñan respecto de la pretensión, debiendo probar el actor el acto de su derecho constitutivo y el demandado, que guardó sobre el cumplimiento de las cuotas, la verificación de tal extremo, es decir, los hechos extintivos, impeditivos o modificatorios que le son favorables.

Operado el vencimiento de la cuota reclamada por diciembre de 2005, la mora automática operó en fecha 10.12.2005, sin perjuicio del derecho del acreedor al cobro de una multa (que en autos no se reclamó) y al derecho de optar por la resolución o exigir el cumplimiento, tal cual informa el convenio celebrado entre las partes.

Y digo ello así, pues, no hay tal mora *accipiendi*, como lo afirma el decisorio de grado.

En primer lugar, por cuanto las partes pactaron como lugar de pago la modalidad de un depósito bancario, cuya imposibilidad jurídica jamás se cuestionó en estos autos.

A todo evento, me remito a las propias afirmaciones del demandado en oportunidad de contestar la demanda, que rezan "*A fin de acreditar tal extremo acompañamos los comprobantes de los depósitos bancarios efectuados en la cuenta que el Sr. K. posee en el B. C.*, ***tal como se conviniera en el contrato celebrado****..."* (el resaltado es mío).

Es decir, sin perjuicio del resultado obtenido en el pleito del que se da cuenta más arriba, ninguna razón valedera adujo el demandado para dejar de abonar los importes correspondientes a las cuotas a devengarse a partir de diciembre de 2005, y menos para comenzar a abonarlas con una distinta modalidad a la que se había acordado en el contrato.

En segundo lugar, pues va de suyo que la cuenta bancaria del actor se encontraba debidamente identificada por el demandado, lo que permite colegir que la única explicación posible sobre su existencia, radica en que el primero proporcionó los datos correspondientes al segundo. En eso consistió, precisamente, la "colaboración"cuya falta le atribuye el decisorio a K.

Sumo a ello el expreso reconocimiento del demandado en el sentido de depositar sumas en la cuenta bancaria del accionado, a partir de mayo de 2008, a sabiendas que esa era la forma en que las partes habían acordado los pagos.

En tercer lugar, pues es el principio de buena fe el que preside la ejecución del contrato (arts. 1198 C.C.) y vinculado con él, la doctrina de los actos propios veda la contradicción con los propios actos anteriores, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces.

De tal suerte que la buena fe es una regla de conducta "que exige a las personas de derecho una lealtad y una honestidad que excluya toda intención maliciosa. Es una norma de comportamiento que debería ser apreciada *in abstracto*; es una buena fe-lealtad que el derecho positivo impone en las relaciones contractuales y extracontractuales" (Ivon Loussouarn, M., La buena fe, en "Tratado de la buena fe en el derecho", Lidia Garrido Cordobera (coord.), Edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, T. II, p. 9).

De modo tal que la buena fe implica, entonces, una serie de obligaciones, que se tornan exigibles, según las circunstancias y naturaleza de la actuación del sujeto; el principio general de la buena fe siempre exige una actuación honesta, bienintencionada.

El principio general de la buena fe no constituye un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que además, se eleva a la categoría de un principio general de derecho; todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones, lealmente, no sólo en la fase previa, sino también en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos (Cfr. voto del doctor Noceti, ST Jujuy, Sala I, 9/3/84, "Vall de Alonso, Ester c/ Círculo de Personal Subalterno de la Policía de Jujuy y otra", ED 109-165; CNCom., Sala B, 5/2/99, "Zunghiri, H. J. c. Sánchez, Carlos y otros", LL 1999D, 193 y DJ 19992127; cfr. Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, "V." 36/12, SDL, entre otras).

En cuarto lugar, pues, puesto a interpretar el contrato, la intención de las partes fue, en verdad, que la modalidad del pago fuera a través de depósito bancario, a cuyo efecto, en el comienzo de la relación se le hizo entrega al demandado un talonario de depósito del banco C., modalidad que aplicó cuando reinició los pagos a partir de mayo de 2008.

En tal sentido, el art. 218, Código de Comercio, señala que servirá para la interpretación de un contrato, entre otras, la siguiente base: *"los hechos de los contrayentes , subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato.."*, deduciéndose entonces que el depósito bancario y no otro lugar era el convenido por las partes para que el deudor cumpliera con su obligación de pago.

Por tales razones, estimo que en autos el demandado se consideró con derecho a realizar los depósitos en la cuenta bancaria del actor, sin juzgar sobre las modalidades de los montos depositados.

En síntesis, en lo que respecta a este agravio, considero que en autos operó la mora automática del deudor el 10.12.2005, debiendo estimarse esta porción de la queja.

3.3.

Se agravia el actor por cuanto el decisorio consideró que la carta documento del 18.03.08 no cumple con el fin de constituir en mora al deudor, ya que fue desconocida por el demandado, negando su recepción y la firme del acuse de recibo.

Si bien la cuestión de la mora ha sido desarrollada en párrafos anteriores, entiendo que debe hacerse una distinción entre la mora (que, como quedara dicho, operó en forma automática) y la comunicación de la voluntad de resolver el contrato, y, en todo caso, el análisis del mencionado despacho epistolar puede tener utilidad a los fines de determinar la resolución contractual de autos.

Es decir, a esta altura de la exposición, corresponde analizar cuál fue el momento a partir del cual el actor comunicó al demandado su voluntad de resolver, en los términos del art. 1204, Cód. . Civil.

Digo ello así, pues de la mentada cláusula sexta se colige que: a) la mora se pactó automáticamente al solo vencimiento de las obligaciones a cargo de las partes; b) tras la mora, la parte incumplidora debía abonar una multa diaria (de la que nada se dice en autos); c) transcurridos los quince días desde la mora, la parte cumplidora quedaba habilitada para exigir el cumplimiento de lo pactado o resolver el contrato, con más los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, sin perjuicio de la multa mencionada.

Es decir que, operada la mora, el cumplidor podía ejercer una opción, sea de exigir el cumplimiento, sea de resolver el contrato. El actor, en estos autos, optó por la última alternativa. Es el caso analizar en qué momento lo hizo.

Habiendo cursado la carta documento reservada en estos autos y que tengo a la vista, la misma fue desconocida, tanto su remisión, como su contenido, como su recepción, señalando, a todo evento, que no fue remitida al domicilio pactado en la cláusula novena.

Habiéndome expedido sobre el momento en que operó la mora, resulta abstracto el tratamiento de la cuestión a su respecto.

No obstante, previo a considerar la cuestión introducida en la queja, acerca de si es o no un instrumento público y a quién le correspondía, en todo caso, probar su autenticidad y recepción, me adelanto a señalar que ningún otro efecto operó.

Digo ello así, pues aun cuando se considerara la autenticidad de su contenido, del mismo no surge su voluntad de resolver el contrato. Remitiéndonos a sus términos, el despacho señala la intimación al pago de la suma de $ 57.626,39 en el plazo de quince días, bajo apercibimiento de " *iniciar las acciones tendientes a resolver el contrato con más daños y perjuicios...*".

Lo que le está señalando el actor al demandado es que, de no cumplir con las obligaciones requeridas, promoverá el pedido de resolución contractual por la vía judicial. En modo alguno invoca lo normado en la última parte del art. 1204, Cód. Civil, en el sentido que, de no cumplir en el plazo de 15 días fijados en su carta documento " *quedarán resueltas sin más, las obligaciones emergentes del contrato...*".

Por no tratarse de una norma de orden público nada obstaba al actor a diferir el pedido de resolución, tal como lo expresa en su carta documento de fecha 10.03.2008.

En efecto, la norma del art. 1204 es de las denominadas dispositivas, es decir, supletorias de la voluntad de los particulares sancionadas por el legislador para el caso que los contratantes no hubieran establecido la regulación de una situación determinada. No son imperativas, y las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden dejarlas de lado (cfr. Spota, Alberto G, "Instituciones de Derecho Civil – Contratos", Vol. I-II, Ed. Depalma, p. 26), tal como lo hizo el actor.

De modo tal, que en autos el actor optó por la resolución judicial, ya que dejó postergado el apercibimiento a la intimación cursada en dicha carta documento para un momento posterior, es decir, para la oportunidad de promover demanda, con el fin de obtener una sentencia judicial en tal sentido.

Por tal razón, habiendo operado la mora automática en el momento que ya he fijado (10.12.2005), y no surgiendo del contenido de la carta documento manifestación de voluntad en el sentido de declarar resuelto el contrato por la vía legal sino judicial, ninguna otra consideración corresponde hacer sobre dicho instrumento, a los efectos de la resolución.

4.

El actor promovió demanda por resolución de contrato de compraventa y daños y perjuicios con fecha 24.02.2009, la que fue notificada el 22.09.2009.

Tal como se señalara en párrafos anteriores, el demandado entró en estado de mora (automática) el 10.12.2005, no habiendo acreditado el pago de las sumas a que se había comprometido en el contrato, cuando era su deber hacerlo (art. 381, del CPCC).

Considero de aplicación, en consecuencia, el supuesto del 3er apartado del art. 1204, Cód. Civil, en cuanto señala que "*las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto 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*".

Así lo ha entendido calificada doctrina, al señalar que debe interpretarse al 3er. párrafo del art. 1204, como pacto comisorio expreso, cuando medie una voluntad más claramente explicitada. En tal sentido, el art. 1204 contempla uno de los casos en que dicha voluntad lo está: cuando la referencia se ha hecho al incumplimiento de alguna obligación "con las modalidades convenidas" (cfr. López de Zavalía, Fernando, “Teoría de los Contratos”, T° I, Ed. Zavalía, p. 642), que es precisamente el caso de autos, donde se consignó en la cláusula sexta como condición para la constitución en mora y posterior opción por la resolución la frase *“ si alguna de las partes no cumpliere con algunas de las obligaciones consignadas en este instrumento en la forma y plazos establecidos..”*.

En razón de la norma, a mi juicio aplicable, la resolución de autos es una de las que la doctrina denomina “facultativa”, la que exige además de la producción de un evento, una declaración de voluntad a favor de la resolución, la que se plasmó con la notificación de la demanda, producida el 22.09.09. (cfr. López de Zavalía, op. cit, p. 591).

Y, como los efectos de la resolución del contrato tienen por regla la retroactividad, las partes habrán de restituirse recíprocamente lo dado.

Al optar la parte cumplidora por la alternativa resolutoria que le permite el pacto comisorio, en principio, se extingue el contrato con efectos retroactivos, de manera tal que las soluciones tienden a reponer las cosas al estado en que éstas se encontraban antes de la celebración del mismo.

Existe uniformidad en la doctrina y jurisprudencia en que la consecuencia natural de la resolución de los contratos es que las cosas retornen al estado en que se hallaban en el momento de su celebración, por lo que cada parte debe restituir lo que hubiere recibido con motivo de la relación jurídica extinguida (cfr. Miquel, Juan L, “Resolución de los contratos por incumplimiento”, Ed. Lexis Nexis, Bs.As, 2008, p. 172)

La resolución contractual por incumplimiento configura un supuesto de ineficacia: pese a ser válido, por una circunstancia posterior a su celebración -la opción resolutoria fundada en el incumplimiento de una de las partes-, el negocio jurídico no produce los efectos que le son propios. Al optarse por la resolución, en definitiva se pone fin al contrato y como consecuencia de ello, a las obligaciones que éste había engendrado (Méndez Sierra, Eduardo Carlos, “La resolución por incumplimiento y su efecto restitutorio”, La Ley 16/05/2011, 5, La Ley, 2011-C, 231).

Existe un vacío legal en lo que se refiere a las normas que regulan la obligación de reintegro de las prestaciones cumplidas, y una gran discrepancia acerca de cuáles son las disposiciones que deben aplicarse para salvar la omisión, siendo partidario el suscripto por aquella postura que señala que rigen las normas de la condición resolutoria (arts. 555 a 557 C.C.), con fundamento en el art. 1374 C.C., que se considera aplicable por extensión a todo supuesto de resolución por incumplimiento (cfr. López de Zavalía, Spota, Borda).

De todos modos, cabe observar que el principio de retroactividad apuntado no es absoluto. En efecto, tiene sus límites, como se ocupa de señalarlo el propio art. 1204 C.C. al expresar al final de su primer párrafo: *"Mas en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes."*. Quedan aquí comprendidos, según generalmente se interpreta, los contratos que generan obligaciones "de duración"; esto es, aquéllas cuyo cumplimiento se proyecta en el tiempo, lo que se da cuando la única prestación se desarrolla sin solución de continuidad -de ejecución continuada-, o también en el caso de prestaciones periódicas o de tracto sucesivo. Según lo dicho, en ellos la resolución del contrato no podrá tener efecto en las prestaciones ya cumplidas.

Tales prestaciones cumplidas, en el caso de autos, son las que surgen de las impuestas al demandado por virtud de la sentencia recaída en los autos “B. C., B. y o. c/ K., W. O. s/ Incumplimiento de Contrato” , y que hiciera efectiva el demandado de los presentes actuados recién en octubre de 2008, según dichos de ambas partes, que guardaba relación con la deuda devengada entre los meses de octubre de 2002 y noviembre de 2005. Ello, considerando especialmente que en una primera etapa, el demandado reconviniente K., de esos autos, optó por exigir el cumplimiento del contrato.

Por tal razón, el efecto restitutorio, que admite la excepción señalada precedentemente, habrá de ubicarse a partir de la fecha de la mora automática, que, como quedó expresado, operó el 10.12.2005.

Digo ello así, pues se ha definido a la mora del deudor, como el retraso imputable al deudor que no quita la posibilidad de cumplimiento tardío. O, con mayor precisión, la "situación específica de incumplimiento relativo, en donde se afecta el término de cumplimiento, con responsabilidad en el deudor y caracterizado por el interés que aún guarda el acreedor en el cumplimiento". Es una situación eminentemente dinámica y transitoria, que habrá de concluir en el cumplimiento

tardío, o en la realización de ofertas reales de cumplimiento, o en la renuncia del acreedor a los derechos que le confiere el estado de mora de su deudor, o en el incumplimiento definitivo. Pertenece, de tal modo, al género de los incumplimientos relativos.

A diferencia del incumplimiento absoluto (o definitivo), que tiene carácter irreversible, la situación de mora presupone una prestación exigible, pero retardada en su ejecución temporal por causas imputables al deudor, que todavía es posible y útil para satisfacer el interés del acreedor. De allí su inescindible asociación a la idea de cumplimiento tardío. (cfr. Pizarro, Ramón D. "La mora del deudor en el Proyecto de Código", La Ley 03/09/2012, 1, La Ley 03/09/2012 , 1, La Ley, 2012-E , 872) .

Por tal razón, el estado de mora comprendido entre que ésta operó y la notificación de la demanda, no quitó al demandado la posibilidad de su cumplimiento tardío, y todo ese tiempo de inactividad, en el deudor para cumplir con las obligaciones a su cargo y en el acreedor para ejercer la opción a la que lo habilitaba el contrato, colocó a Cortés en una situación de incumplimiento relativo, que presuponía una prestación exigible, pero retardada en su ejecución temporal por causas que le eran imputables, pero que todavía era posible y útil satisfacer.

He señalado en otro voto anterior (Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, "K. c/ B. C.", Expte. 29/11, SDC 20/2011, 12.09.2011) que quien opta por la resolución contractual por incumplimiento no puede pretender retener, sin más, las prestaciones que parcialmente hubiera cumplido el contratante incumplidor, pues carece de título válido para ello, salvo, claro está que se hubiera pactado expresamente esa posibilidad.

A su vez, con relación al pacto comisorio, se ha dispuesto por la doctrina judicial que: a) no requiere fórmulas sacramentales; b) aun mediando dicho pacto, no se produce la resolución *ipso jure* por la sola mora del deudor; c) el contrato subsiste hasta que se exprese de manera fehaciente la voluntad de resolver; d) el efecto resolutorio de pleno derecho cobra vigencia desde que una comunicación fehaciente y no impugnada como tal fue despachada por una parte y recibida por la otra; e) el propósito de resolver debe ser manifestado con claridad, en forma pura y simple, etc. (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge; Piedecasas, Miguel A.,"La extinción del contrato. Responsabilidad extracontractual derivada del contrato", Ed. Rubinzal Culzoni, p. 269).

Desde esta perspectiva, resulta esclarecedor, a los fines de la dilucidación del intríngulis de autos, lo expuesto en los ptos. b), c), d y e).

Como resultado de ello, he de concluir que el contrato de autos ha subsistido, pese a la mora del deudor, hasta que el acreedor expresó de manera fehaciente su voluntad de resolver y la comunicó (también de manera fehaciente) a la demandada, hecho que se produjo con la notificación de la demanda (22.09.2009).

Por tal razón, en virtud del efecto restitutivo propio de la resolución, el demandado deberá restituir el inmueble de autos al actor y éste, las sumas depositadas a partir del mes de mayo de 2008, hasta el mes de septiembre de 2009 en la cuenta N° *** 0015209 a nombre del primero, del B. C. (Sucursal *** Puerto Madryn), en función de lo informado por dicho Banco, en la segunda parte del informe de fs. 123 (art. 1204, 3ª parte, del CPCC), con más los intereses a tasa activa del Banco del Chubut desde la fecha de cada depósito, hasta su efectivo pago.

Este último aserto guarda fundamento en que, al momento en que el demandado efectuó tales depósitos en el período detallado, el contrato aun se encontraba vigente, a pesar de encontrarse en mora. En tal caso, y tal como se expresara más arriba, dicho estado bien pudo concluir con un cumplimiento tardío, o en la realización de ofertas reales de cumplimiento, o en la renuncia del acreedor a los derechos que le confiere el estado de mora de su deudor, o en el incumplimiento definitivo.

No obstante, no configurados ninguno de los supuestos precedentes, y habiendo optado el acreedor por la resolución, cobran virtualidad sus efectos retroactivos. De allí que, por imperio de los arts. 792 y 793, Cód. Civil, tales pagos hechos mediante depósito bancario respondieron a una causa, que, aunque existente al momento de su efectivización, dejó de existir por efecto de la resolución.

Así, se ha dicho que, como la resolución de un contrato tiene efectos retroactivos, se elimina la causa de las obligaciones generadas por aquel vínculo, y se configura un caso según el cual los pagos imputados a tales obligaciones quedan sin causa y pueden ser repetidos por aplicación del art. 793, Cód. Civil (cfr. Cámara Nacional en lo Civil, Sala A, 16.04.97, LL 1998-B-624), circunstancia esta última innecesaria a tenor de lo solicitado en la contestación de la demanda.

En cuanto a los intereses desde que se hubiera depositado cada suma ello guarda fundamento, por lo anteriormente expuesto y lo dispuesto por el art. 1054, Cód. Civil, los que se fijan conforme lo señalado anteriormente, en la tasa activa del

Banco del Chubut S.A., debiendo ser aplicados a la fecha de cada uno de los depósitos y hasta su efectivo pago.

De modo tal que corresponde declarar resuelto el contrato cuya copia certificada obra a fs. 16/21, derivando de ello que el actor deberá restituir al demandado las sumas depositadas con más los intereses señalados precedentemente, dentro de los diez días de quedar firme la presente sentencia.

En orden al inmueble, el mismo deberá ser restituido por el demandado al actor, dentro de los diez días de quedar firme la presente sentencia, bajo apercibimiento de lanzamiento.

5.

Resta el tratamiento de los daños y perjuicios reclamados por el actor.

Solicita en su demanda el pago de una indemnización por los daños y perjuicios por la ocupación indebida del inmueble, desde el mes de diciembre de 2005 hasta su efectiva entrega, mensurándolos en un equivalente mensual de $ 1.000, teniendo en cuenta su valor vocativo.

He señalado en oportunidad de emitir mi voto en los autos “K., W. c/B. C., B. y o. s/ Sumario”, Expte. 29/11, 20/11 SDC del 12.09.2011, de esta Cámara de Apelaciones, que el efecto restitutorio de las prestaciones opera independientemente del resarcimiento de los daños sufridos por el contratante no incumplidor (cfr. Méndez Sierra, Eduardo C, op. cit). Esto último equivale a decir que la indemnización por daños y perjuicios en la resolución por incumplimiento debe determinarse por aplicación de los principios generales y responder a los perjuicios efectivamente sufridos y que el art. 1374 del Cód. Civil dispone que el pacto comisorio se reputará hecho bajo condición resolutoria.

En función de ello y aplicando los efectos de tal condición, los arts. 555 y 557 establecen que cumplida la condición resolutoria deberá restituirse lo que se hubiera dado en virtud de las obligaciones asumidas, y que, verificada la condición no se deberán los frutos en el tiempo intermedio. A su vez, la nota al art. 557 (que no constituye derecho positivo, pero sí interpreta la norma que le sirve de fuente), refiere que “el efecto retroactivo

no tiene lugar sino respecto a la obligación de restituir la cosa con todos sus accesorios esenciales; pero no puede extenderse hasta borrar los hechos cumplidos, y hacer desparecer el derecho que ha tenido el que ha adquirido la cosa en el tiempo intermedio entre la formación de la obligación y el cumplimiento de la condición".

Por tal razón, el adquirente no tuvo obligación de restituir la cosa, y por ende, tampoco tuvo obligación de devolver sus frutos, en el sentido de frutos "civiles", y en la acepción que brinda el art. 2424, Cód. Civil, esto es, "como rentas que produce una cosa".

No obstante, considero que el actor tiene derecho a ser indemnizado por la privación de esa renta, que, a diferencia de los frutos naturales e industriales, tienen un régimen diferente de percepción (arg. art. 2425, Cód. Civil).

Así como los frutos civiles del capital son los intereses, los frutos civiles de una cosa que no sea dinero es el valor locativo de la misma.

Jurisprudencialmente se ha señalado, en ese sentido, que el valor locativo de la cosa comprende el reclamo de los frutos civiles dejados de percibir (Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 18/04/1997, in re: "De Felippe, Francisco A. c. Ventura, R.", La Ley, 1997-E, 449, en Colección de Análisis Jurisprudencial Derechos Reales - Director: Marina Mariani de Vidal, Editorial La Ley, 2002 , 495, con nota de Javier Francisco Firpo; DJ 1998-1, 243, AR/JUR/2503/1997).

Ese ha sido también el sentido que ha conferido el codificador al uso contra la voluntad del dueño de la cosa dada en depósito (arg. art. 2209, Cód. Civil), ya que le exige "el alquiler de ella".

Para disipar cualquier duda que podría plantearse respecto a si esta "privación de uso" del inmueble configura un supuesto de lucro cesante, no cabe sino señalar que este daño sólo es resarcible cuando la ganancia frustrada implica una razonable probabilidad de su obtención. Es decir, no basta la mera posibilidad de la frustración.

También he señalado en el voto citado que la prueba del lucro cesante sólo es factible por la vía presuncional, ya que se refiere a beneficios meramente probables (cfr. Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo J, "Tratado de Responsabilidad Civil", Ed. La Ley, Ed. 2011, p. 23/24), por lo que el actor debe acreditar

circunstancias objetivas que permitan inferir que las ganancias se habrían razonablemente logrado, de no ocurrir el hecho perjudicial.

Claro está que no es una certeza matemática, sino sólo un juicio de verosimilitud, y en tren de efectuarlo, soy de la idea que la prueba de la entrega de la posesión y la falta de constancias de su restitución, me permiten inferir que el actor bien pudo disponer, para sí o para terceros del bien, obteniendo una renta por su uso y goce.

Ello así, pues el precio del uso y goce de una cosa se rige por su valor locativo (cfr. voto citado 20/2011/ SDC; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 05/03/1981, in re: “Fernández, Delia A., suc.”, La Ley 1981-C, 56, AR/JUR/5635/1981).

En ese mismo sentido se ha expedido la Cámara Nacional en lo Civil en pleno (in re: “Civil, Juan C. c/ Progress S.A. y o.”, 22.02.90), al señalar que, al declararse la resolución del contrato por el ejercicio del pacto comisorio, es viable el resarcimiento del lucro cesante por los daños y perjuicios ocasionados durante el tiempo en que perduró la mora del contratante incumplidor (Cfr. doctrina del Fallo Plenario citado).

Sentado ello, y en torno a la cuestión de los daños y perjuicios que me ocupa, debo señalar que, al vendedor que ha soportado la mora del comprador, se le ha generado un derecho a ser resarcido por los frutos que debió percibir desde el momento en que aquél perdió el derecho de poseerlo, dado que la cosa, desde la resolución, debió estar en su poder.

A partir de entonces, la ganancia de la que se vio privada el acreedor actor (arg. art. 519), quedará representada por el valor locativo del bien por todo el tiempo transcurrido, desde el momento en que tuvo derecho a la posesión y hasta el de la efectiva restitución del bien.

Y digo ello, pues, la parte vendedora de autos sólo tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios por la privación de uso desde el momento en que jurídicamente tenía derecho a la posesión, y ello sucedió recién cuando decidió resolver el contrato y obtuvo una resolución judicial favorable.

Reconocerle a la parte actora un derecho a la indemnización, por privación de uso antes de ese momento (resolución del contrato) nos haría caer en el absurdo de que habría dos personas con derecho a uso exclusivo del bien en el mismo período de tiempo. El demandado-comprador era legítimo

poseedor del bien desde la fecha de entrega de la posesión hasta la fecha de la resolución. Y que yo sepa, el ejercicio legítimo de un derecho, no genera responsabilidad (cfr. mi voto en 20/2011 SDC, 12.09.2011).

En tal sentido, señala Salvat que para arribar a esa solución la ley ha partido de la base que, no obstante la resolución de su derecho, quien se encuentra obligado a la restitución del bien (el comprador, en nuestro caso), ha tenido hasta entonces el derecho de poseer la cosa; el efecto retroactivo de la condición, siendo una ficción, no debía jamás prevalecer sobre ese hecho real y positivo (cfr. Salvat, Raimundo, Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general", T° I, p. 599).

No voy a olvidar, finalmente, el principio cardinal de la buena fe que debe regir en los contratos y del ejercicio abusivo de los derechos.

En cuanto al primer aspecto, es dable señalar que la buena fe "es el alma de las relaciones civiles", entendida como "la convicción de actuar conforme a derecho"; y como bien señalan Ennecerus y Lehmann, la aplicación de la regla del cumplimiento de buena fe de las obligaciones procede por el Juez "cuando su aplicabilidad resulta de los hechos aducidos" (cfr. Rezzónico, Luis M, "El pacto comisorio, la buena fe, el abuso del derecho y la regla moral", LL-122, 280, Obligaciones y Contratos, Doctrinas Esenciales, T° IV, p. 1109). Y el Juez, en tal sentido, no debe olvidar la importancia de dicha regla en materia contractual.

En cuanto al segundo aspecto, es obligación del Juez velar por evitarlo, ya que el acto abusivo es acto de mala fe por antonomasia, en cuanto implica poner en ejercicio o pretender ejercitar un derecho subjetivo en forma contraria a la buena fe. Cuando la buena fe es violada en un acto jurídico y de ello resulta una lesión a la equidad, se está de seguro en presencia de un acto que comporta un ejercicio abusivo de algún derecho (cfr. Rezzónico, Luis M., op. cit; Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, 20/2011 SDC).

Soy partidario, particularmente en materia contractual, que el Juez no debe, so pretexto de aferrarse a posiciones dogmáticas, tolerar la vulneración de la "regla moral" (comprensiva de la buena fe, el abuso del derecho y la equidad) en las convenciones.

De lo expuesto antes, se desprende que el demandado deberá resarcir al actor desde la fecha de la traba de la litis (22.09.2009), pues la resolución ha operado en ese momento y no antes -tal cual lo expusiera precedentemente- hasta el momento de la efectiva restitución del inmueble, debiendo calcularse a un monto mensual de pesos un mil quinientos ochenta ($ 1.580.-), suma que surge de promediar los valores de las tasaciones de fs. 101/103 y a mérito de lo dispuesto en el art. 167, del CPCC. A tal monto deberán adicionarse intereses desde que cada período es debido hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa del Banco del Chubut S.A.

Digo ello así, pues de la prueba de autos (tasaciones de fs. 101/103) surge que dicho valor -a falta de otra probanza- es el más próximo al de la fecha de la sentencia.

Ese criterio guarda sustento en la necesidad de ponderar el daño al momento más cercano a la sentencia, ya que de lo contrario el damnificado no recibiría la indemnización a que tiene derecho conforme con los principios de nuestro ordenamiento jurídico, de suerte tal de obtener un restablecimiento de su situación patrimonial anterior al acto ilícito (cfr. Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, op. cit, T° VII, p. 591).

Por tales razones, propondré al Acuerdo se admita el pedido de indemnización por daños y perjuicios solicitado por el actor, en los términos previamente establecidos.

6.

De lo dicho hasta aquí, el demandado deberá restituir al actor el inmueble de G. M. ***, Unidad Funcional N° * de la localidad de Puerto Madryn en el tiempo y bajo el apercibimiento señalado más arriba, bajo apercibimiento de lanzamiento.

Asimismo, el demandado deberá abonar al actor en concepto de indemnización por daños y perjuicios la suma que resulte de calcular el valor de pesos un mil quinientos ochenta ($ 1.580) desde el 22.09.2009 hasta la efectiva entrega del inmueble, al que deberán adicionarse intereses desde que cada período es debido y hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa del Banco del Chubut S.A.

A su vez, el actor deberá restituir al demandado las sumas depositadas desde el mes de mayo de 2008 hasta el mes de septiembre de 2009 en la cuenta N° *** ******* a nombre del primero, del B. C. (Sucursal *** Puerto Madryn), con más los intereses establecidos precedentemente calculados desde la fecha de cada depósito, y hasta su efectivo pago.

No habiendo las partes formulado petición alguna al respecto, en los límites del marco del *thema decidendum*, entiendo que no corresponde expedirme sobre compensación, en los términos del art. 818, Cód. Civil (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 17.12.1996, LL 1998-E-772-(40.825-S).

7.

En los términos del art. 282, del CPCC, y tal como se resuelve, corresponde la readecuación de costas y honorarios.

En cuanto a las costas de la Instancia anterior, las mismas deberán ser soportadas por el demandado (art. 69, del CPCC).

En orden a los honorarios de los profesionales intervinientes, considerando la extensión, mérito, calidad de los trabajos y resultado obtenido, regulo los del Dr. M. A. B. y M. B., letrados patrocinantes del actor, en el 9% para cada uno del monto que resulte, y los del Dr. R. G., letrado patrocinante del demandado, en el 13%, del monto que resulte. Ello, con más IVA si correspondiere (arts. 5,6, 18, 38, 46 y cc de la ley arancelaria).

8.

En cuanto a las costas de la presente Instancia, las mismas deberán ser soportadas por la parte demandada (art. 69, del CPCC).

Respecto de los honorarios de los Dres. M. Á. B. y M. A. B., letrados patrocinantes del actor, en el 17,5%, para cada uno de ellos, de lo que le correspondiera en la Instancia anterior y los del Dr. R. G., letrado patrocinante del demandado en el 25% de lo que le correspondiera en al Instancia anterior. Ello, con más IVA, si correspondiere (arts. 5 y 13, ley arancelaria).

Por las razones expuestas, voto por la **NEGATIVA**

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La parte actora plantea su apelación sobre la base de tres agravios: a) que la CD del día 18 de marzo no haya cumplido con el finalidad de poner en mora al deudor, imponiéndole la sentencia la carga probatoria de la autenticidad del documento y su contenido; b) en cuanto declara improcedente la aplicación de la mora automática y c) que a los fines de la mora no tuvo en consideración la notificación de la demanda impetrada.

Reseñados los antecedentes del caso, la decisión impugnada y la fundamentación de los agravios ya enunciados, ingresaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada para lo cual, tal lo exigen los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 CPCC, serán suficientes las consideraciones que siguen, en el mismo orden propuesto por el Dr. Vivas.

2.

Ingreso al tratamiento de los agravios de la parte actora, teniendo por reconocido el boleto de compraventa (que obra en copias certificadas a fs. 16/21) que celebraron las partes respecto de la UF * del inmueble identificado como Lote ** de la Manzana **, ubicado en calle G. M. *** de esta ciudad, no existiendo controversia sobre las obligaciones asumidas por las partes en el referido instrumento.

2.a) La mora automática

Conforme la cláusula sexta del referido contrato las partes pactaron expresamente en su cláusula sexta *“ Si alguna de las partes no cumpliere con alguna de las obligaciones consignadas en este instrumento en la forma y plazos establecidos, quedará constituido en mora en forma automática, sin necesidad de notificación alguna, debiendo abonar por tal motivo a la otra parte una multa diaria de dólares estadounidenses billete quince durante quince días, suma ésta a la que se le reconocerá el carácter de cierta, líquida y exigible durante el plazo de cumplimiento; transcurridos los quince días la parte cumplidora podrá optar por exigir el cumplimiento de lo pactado o bien resolver el contrato, teniendo derecho a exigir el resarcimiento por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya ocasionado además de la multa indicada”*.

Por tratarse del cobro de cuotas estipuladas, las que se hallan sometidas a un plazo cierto, es de plena aplicación lo establecido en el primer párrafo del articulo 509, Código Civil, en virtud del cual, en las obligaciones que tienen fecha de vencimiento, la mora es automática sin que sea necesario requerimiento alguno. (conf. Llambías, "Tratado derecho civil. Obligaciones"(T I, Pág. 125 y sigs. ed. 1983), consecuentemente con ello el Sr. C. quedaba constituido en mora por el sólo vencimiento del término fijado para su cumplimiento.

En el mismo convenio y sin que medie controversia, se estableció en la cláusula segunda, que respecto de las cuotas mensuales y consecutivas, vencería la primera el 10 de abril del año 2001 y así sucesivamente, haciéndose entrega al efecto de dichos pagos un talonario de depósitos correspondiente al B. C. C. L. *“En las obligaciones de plazo cierto, operado su vencimiento sin haberse concretado el pago, se produce la mora automática del deudor (Cciv: 509) generándose así el derecho del acreedor a percibir los intereses correspondientes; no desvirtúa ello la circunstancia de que el acreedor no quiso cobrar las cuotas en cuestión, pues frente a la supuesta falta de cooperación del acreedor, la deudora bien pudo consignar judicialmente las cuotas que reconoció adeudar a fin de que se pudiera considerar extinguida su obligación (Cciv: 756 y sigs.); no obsta a lo expuesto el hecho de que el domicilio de pago fuese el del deudor (Cciv: 747); pues, en las obligaciones a plazo, se produce la mora por su solo vencimiento, sin que resulte relevante el lugar de pago (CNCiv., Sala C, "Cinalli, María T. c/ El Roll", del 25-04-72; JA. 16-1972-478); en ese sentido, se ha señalado que este es el criterio aplicable a partir de la reforma de la Ley 17711 al CCiv: 509; en primer término, por razones de orden legal, en tanto la ley es clara en cuanto que el solo*

vencimiento del plazo produce la mora, debiendo interpretarse el adjetivo empleado como excluyente de la necesidad de cualquier otro requisito -requerimiento o interpelación-; y, en segundo lugar, porque considerar que el deudor no incurre en mora mientras el acreedor no concurra a su domicilio a exigir el pago, contradice el sentido que inspiró la reforma de la Ley 17711 al primer párrafo del citado Cciv: 509 en cuanto excluyó la necesidad del requerimiento judicial o extrajudicial que la anterior norma preveía, y se requeriría indiscriminadamente a los acreedores cumplir una diligencia no requerida por la ley (cfr. Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil", Ed. Perrot., Bs. As., 1976, t. I, ps., 68/71)". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial: E., 2010/04/14, SURAFEK RIVER SA C/ A. SPIGEL Y CIA. SRL S/ ORDINARIO).

La base para determinar la naturaleza de las relaciones de las partes está dada por los términos concretos del negocio jurídico consensuado, interpretado bajo la noción de buena fe -probidad y el art. 1198 del Código Civil, debiendo estarse "a lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión", jugando un papel preponderante las reglas de interpretación de los contratos en los términos de los artículos 1197 y 1198 del Código Civil, desentrañando sus cláusulas según la intención común de las partes, los usos y costumbres, los hechos posteriores de las partes acordes con su naturaleza y las reglas de equidad.

De la relación de los hechos afirmados por las partes, corroborados en la sentencia de grado, en el marco del proceso judicial (Expte Nº 62/03 y su acumulado Nº 73/03), el Sr. W. K. ha percibido las cuotas correspondientes al período octubre/ 2002 a Noviembre / 2005.

El deudor debía pagar el precio en el lugar y tiempo determinados en el contrato y tratándose de una obligación de dar sumas de dinero, resultó estipulación expresa de las partes que los mismos se harían mediante depósito en el B. C. y que cada cuota vencería el día diez de cada mes.

En autos, con fundamento en el incumplimiento de las cuotas correspondientes al período diciembre/2005 hasta la fecha de la demanda (24 de febrero de 2009), se demandó por resolución de contrato.

Para resistir el incumplimiento achacado, la parte demandada indicó que a partir del mes de mayo de 2008 había depositado en la cuenta que el Sr. K. posee en el B. C.

las cuotas devengadas conforme el contrato original *"tal como se conviniera en el contrato celebrado"*.

Pero nada dice del adecuado cumplimiento de las cuotas correspondientes al período diciembre de 2005 a abril de 2008, tampoco planteó en momento alguno de su responde que desconociera el lugar dónde debiera cumplir con su obligación, ni que por razones objetivas y serias medió imposibilidad de hacerlo. En definitiva, el lugar de pago de la obligación, no fue alegado por la demandada para justificar su incumplimiento.

Luego de lo expuesto y por aplicación de las reglas generales en materia de "onus probandi" (art. 381 CPCC.), la prueba del pago incumbe al deudor cuando el acreedor ha demostrado la existencia de la obligación y nada de ello aconteció en autos por lo que la mora automática operó el día 10 de diciembre de 2005, prosperando esta parcela de la queja.

2.b) <u>La carta documento del día 18 de marzo de 2008</u>

La queja del actor tiene fundamento en que la referida comunicación epistolar no fue considerada en la sentencia como hábil para constituir en mora al deudor en tanto fue desconocida por el demandado, negando su recepción.

Comparto con el Dr. Vivas, que la decisión propuesta para el agravio anterior -respecto a que la mora en el cumplimiento de las obligaciones operó en forma automática-, autoriza a valorar el contenido de la carta documento, a los fines de establecer el momento a partir del cual, el actor comunicó su voluntad de resolver.

En el referido despacho que tengo a la vista para este acto, la actora expresó, luego de la intimación a abonar una suma de dinero en el plazo de quince días: *"…En caso de no abonar la suma adeudada en el plazo fijado, se iniciarán las acciones tendientes a resolver el contrato con más los daños y perjuicios causados y multa acordada en la cláusula sexta del mencionado contrato…"*.

Es del caso señalar que para que la comunicación hubiera tenido el efecto resolutorio que pregona la parte, era necesario que su contenido constituyera la manifestación expresa de ejercer el derecho a extinguir el contrato. Esto es, al requerimiento del cumplimiento de las obligaciones en el plazo de quince días, le siguió la reserva de iniciar las acciones legales tendientes a resolver el contrato pero en modo alguno puede interpretarse la decisión resolutoria en caso de incumplimiento.

Luego de ello, resulta estéril ingresar a las consideraciones expuestas en el agravio respecto a la eficacia de tal comunicación epistolar, cuando como se dijo, no resulta de su contenido una manifestación expresa, clara e inequívoca de ejercer su facultad de resolver el contrato extrajudicialmente, sino por el contrario la difirió a la instancia judicial, que de hecho impetró con este proceso.

Concluyo en que corresponde revocar la sentencia de grado, para admitir la resolución del contrato incoada por el Sr. K., siendo pertinente ingresar a los efectos retroactivos, reintegrativos y resarcitorios que se derivan de la misma.

2.c) <u>Los efectos de la resolución</u>

No resuelto el contrato por pacto comisorio, el acreedor promovió la acción judicial para obtener su resolución, la exteriorización de su voluntad resolutoria opera con la notificación de la demanda, el día 22 de septiembre de 2009.

Los efectos de la resolución de los contratos es que las cosas retornen al estado en que se hallaban en el momento de su celebración. *"La aceptación de este principio es primordial y al respecto existe uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia: Por lo demás, constituye la esencia del instituto, ya que por efecto de la resolución se produce la extinción del nexo contractual, por lo que cada parte debe restituirse de manera recíproca lo que hubiere recibido con motivo de la relación jurídica extinguida"* (Miquel "Resolución de los contratos por Incumplimiento" pág. 228 Ed. Depalma, 1986).

Tal es el efecto recuperatorio o reintegrativo, que obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que cada una de ellas hubiera recibido de la otra.

La resolución por el incumplimiento, en lo no pactado ni regulado legalmente, se rige por la normativa de la condición resolutoria. De allí que las partes deberán restituirse lo mutuamente recibido, siempre que no se dé la hipótesis de los límites de la retroacción establecidos en el art. 1204 CC. Se habla, entonces, del efecto principal de la disolución ex tunc, la desaparición del pasado, porque la resolución opera retroactivamente. Las obligaciones no ejecutadas se extinguen y las que se hubieren cumplido dan lugar a la repetición.

Y con relación a la retroactividad relativa que consagra el art. 1204, 1er. párrafo "in fine" del C. Civil debe tenerse presente que el texto no se limita exclusivamente a los contratos de ejecución continuada o periódica. *"Nosotros creemos que la norma debe interpretarse con sentido de equidad, sin limitar su campo de aplicación a los llamados contratos de ejecución continuada o periódica y admitiendo su eficacia*

respecto de todos los contratos con prestaciones recíprocas en los que se haya cumplido parte de las prestaciones en relación económica de equivalencia, siempre que de ello no se derive perjuicio para el acreedor diligente y se trate de prestaciones divisibles" (Miquel op cit pág 233)

El presente caso, tiene la particularidad que existen prestaciones económicas cumplidas en mérito de la sentencia dictada en *"C., A. H.c/ K., W. O. s/ Incumplimiento de Contrato" Expte. Nº 75/03 acumulados a los autos "B. C., B. y otro c/ K., W. O. s/ Incumplimiento de Contrato" Expte. Nº 62/03"* y en la cual se admitió la reconvención por cobro de pesos planteada por el Sr. K., condenando a C. al pago de las cuotas adeudadas. Señaló la sentencia de grado que el Sr. C. depositó la suma de $ 44.811, 91, el 2 de octubre de 2008, correspondiente al capital según liquidación practicada, CER e intereses de las cuotas con vencimiento desde el 10 de octubre de 2002 a 10 de noviembre de 2005 (8 cuotas) y que el Sr. K., retiró cheque por la suma de $ 39.974,81, por cuanto de la suma primeramente indicada se dedujeron importes correspondientes a tasa de justicia y las sumas de $ 1.617,26 y $ 808,63 que el propio K. reconoce fueron depositadas en Mayo y Junio de 2008 en la cuenta corriente Nº ***.***.******.* del B. C.

Lo expuesto da cuenta que, en el devenir del contrato celebrado por las partes, K. optó en una primera instancia requerir el cumplimiento de las obligaciones y mantener subsistente el mismo.

Ante los nuevos incumplimientos, operada la mora automática en el cumplimiento de sus obligaciones a partir del 10 de diciembre de 2005 y no obstante haber depositado sumas de dinero desde el mes de mayo de 2008, el estado de mora imputable al deudor, anterior a ellos, subsistía. La voluntad de resolver el contrato de marras se exteriorizó al tiempo de notificar la demanda el día 22 de septiembre de 2009.

Operada la resolución y a los fines de su efecto reintegrativo, el demandado deberá restituir al Sr. K., la UF * del inmueble identificado como Lote ** de

la Manzana **, ubicado en calle G. M. ***, dentro de los diez días que adquiera firmeza este pronunciamiento, bajo apercibimiento de desahucio.

Por su lado el Sr. K. deberá restituir dentro el plazo de diez días que adquiera firmeza este pronunciamiento, las sumas que -vigente aún el contrato-, fueron depositadas a partir del mes de mayo de 2008 y hasta septiembre de 2009 en la cuenta del B. C. Nº ***.******.* (informe fs. 123), con más los intereses a la tasa activa del Banco el Chubut S.A. desde la fecha de cada depósito y hasta su efectivo pago.

Resta expedirme sobre el efecto resarcitorio, esto es la reclamación de los daños y perjuicios acaecidos al acreedor diligente con motivo de la extinción de la relación obligacional.

El actor los ha reclamado con base en la ocupación indebida del inmueble, desde el mes de diciembre de 2005 y hasta su efectiva entrega, estimando el canon locativo mensual en la suma de $ 1.000, sujeto a prueba.

Sabido es que en supuestos como el aquí tratado, la determinación de los daños y perjuicios resultantes de la frustración de la compraventa de un inmueble constituye una cuestión que depende de las circunstancias de cada caso en particular y no se halla sujeta a fórmulas rígidas.

Aceptándose que quien reclama debe en principio aportar la prueba del hecho constitutivo de su derecho según las reglas generales del "onus probandi" (art. 377, C.P.C.C.), dos cuestiones deben tratarse, la primera y trascendente es si existió daño y de resultar la respuesta afirmativa, cual fue su extensión.

El art. 1204 del Cód. Civil establece que la parte que haya cumplido con su obligación podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios, o podrá pedir la resolución, aunque hubiese demandado el cumplimiento del contrato, pero no podrá solicitar el cumplimiento cuando hubiese demandado por resolución.

Dicha opción presupone la existencia de un contrato válidamente celebrado, en curso de ejecución, y la posibilidad del cumplimiento tardío de la obligación (art. 508, Cód. Civil).

En el expediente que se agregó por cuerda y que ha valorado la señora jueza, por vía de reconvención el Sr. K. optó por requerir el cumplimiento del contrato, ello tiene como lógica consecuencia que admitida su demanda y condenado el hoy demandado al pago de las cuotas adeudadas, el contrato de marras permaneció vigente en el tiempo y consecuentemente con ello, la posesión del inmueble por parte de C. resultó de buena fe.

Frente a los nuevos incumplimientos, K. promueve esta demanda para exigir la resolución del contrato, reclamando los daños y perjuicios. El contrato que legitimó la inicial ocupación fue declarado resuelto por culpa del adquirente, con efecto retroactivo a la fecha de su celebración, por lo que, además de la restitución de la cosa deberá indemnizar los daños producidos al vendedor como consecuencia del incumplimiento de su obligación contractual (arts. 505, inc. 3, 1374 C. C.), que tornó a aquella en ilegítima, sin derecho.

La falta de disposición del inmueble no necesita prueba específica alguna, sino que se tiene por producido por el solo hecho de haber estado el demandado en el uso y goce de la propiedad hasta su efectivo reintegro.

De modo tal que debe admitirse que justificado el daño que guarda relación causal con el incumplimiento, es atinado que su monto esté representado por el valor locativo durante el lapso de indisponibilidad del inmueble, registrado a partir del momento en que quedaron resueltas las obligaciones emergentes del contrato y éste fue la traba de la litis (22 de septiembre de 2009) y hasta el momento en que se certifique la efectiva entrega del inmueble, circunstancia no acreditada en autos y sujeta a prueba en la etapa de ejecución de sentencia.

Para su determinación y conforme las condiciones del mercado local y la facultad que me brinda el art. 168 del CPCC, tendré en cuenta las tasaciones aportadas a fs. 101/103 estableciéndolo en la suma promedio de $ 1.580 mensuales con más los intereses que determina la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde que cada período es debido y hasta su efectivo pago.

Cerrando el tratamiento de los agravios de la parte actora, me expido por la revocación de la sentencia de grado, admitiendo la resolución del contrato celebrado entre las partes de este litigio y estableciendo los efectos restitutorios y resarcitorios de los que he dado cuenta.

3. <u>Las costas</u>

a) <u>Las costas de la primera instancia:</u> El modo en que se resuelve autoriza en los términos del art. 282 a readecuar las costas y honorarios establecidos en la sentencia de la anterior instancia.

Las costas serán impuestas al demandado objetivamente vencido (art. 69 del CPCC); los honorarios propuestos por el Sr. Juez de Cámara que me antecede en el voto, cotejadas con la actividad profesional cumplida por letrados que intervinieron en representación de las partes, resultan ajustados a las pautas mensurativas de la ley arancelaria.

b) <u>Las costas en la Alzada:</u> Las mismas deberán ser afrontadas por la parte demandada (art. 69 del CPCC).

Los honorarios propuestos por el Dr. Vivas se corresponden a las tareas cumplidas en la Alzada por los letrados (art.5 y 13 ley arancelaria).

A la primera cuestión, voto por la **NEGATIVA**

<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>: el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

En atención a la readecuación de honorarios formulada al tratar la cuestión anterior, la apelación de la regulación de honorarios, considerados bajos por el letrado de la parte demandada, no corresponde sea tratado pues su análisis deviene abstracto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

A fs. 208 el Ab. R. G. apela por bajos los honorarios establecidos en la sentencia de grado.

La readecuación de los mismos con base en el art. 282 del CPCC, torna en abstracto el tratamiento de esta cuestión.

Así lo voto.

A LA TERCERA CUESTIÓN: el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo

Por las razones expuestas, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1. REVOCAR el decisorio de fs. 198/202, en todo cuanto fuera materia de agravio. En consecuencia, **HACER LUGAR** a la demanda promovida por W. O. K. en contra de A. H. C., declarando resuelto, con fecha 22.09.2009, el contrato de compraventa celebrado entre las partes el 07.02.2001, debiendo el demandado: **a) restituir al actor**, en el plazo de diez días de quedar firme la presente sentencia el inmueble identificado como Unidad Funcional n° * del edificio de G. M. ***, de la Ciudad de Puerto Madryn, bajo apercibimiento de lanzamiento; **b) abonar al actor**, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, la suma que resulte de calcular el valor de pesos un mil quinientos ochenta ($ 1.580) desde el 22.09.2009 hasta la efectiva entrega del inmueble, a la que deberán adicionarse intereses desde que cada período es debido y hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa del Banco del Chubut S.A. Asimismo, el actor deberá **restituir al demandado,** dentro de los diez días de haber quedado firme la presente sentencia, las sumas depositadas desde el mes de mayo de 2008 hasta el mes de septiembre de 2009 en la cuenta N° *** ******* a nombre del primero, del B. C. (Sucursal *** Puerto Madryn) con más los intereses a tasa activa del Banco del Chubut S.A., desde la fecha de cada depósito, y hasta su efectivo pago.

2. READECUAR las costas de la Instancia anterior, las que se imponen a la parte demandada (art. 69, del CPCC).

3. REGULAR los honorarios de los profesionales intervinientes en la Instancia anterior; los del Dr. M. Á. B. y M. B., letrados patrocinantes del actor, en el 9% a

cada uno del monto que resulte, y los del Dr. R. G., letrado patrocinante del demandado, en el 13%, del monto que resulte. Ello, con más IVA si correspondiere (arts. 5, 6, 18, 38, 46 y cc de la ley arancelaria).

4. IMPONER las costas de la presente Instancia, a la parte demandada (art. 69, del CPCC).

5. REGULAR los honorarios, por su actuación en esta Alzada; los de los Dres. M. Á. B. y M. A. B., letrados patrocinantes del actor, en el 17,5%, para cada uno de ellos, de lo que le correspondiera en la Instancia anterior y los del Dr. R. G., letrado patrocinante del demandado en el 25% de lo que le correspondiera en la Instancia anterior. Ello, con más IVA, si correspondiere (arts. 5, 6 , 8, 9, 13 y cc. de la ley de aranceles profesionales).

6. REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

Así lo voto.

A LA TERCERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Vivas.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de junio de 2013.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. REVOCAR el decisorio de fs. 198/202, en todo cuanto fuera materia de agravio. En consecuencia, **HACER LUGAR** a la demanda promovida por W. O. K. en contra de A. H. C., declarando resuelto, con fecha 22.09.2009, el contrato de compraventa celebrado entre las partes el 07.02.2001, debiendo el demandado: **a)**

restituir al actor, en el plazo de diez días de quedar firme la presente sentencia el inmueble identificado como Unidad Funcional n° * del edificio de G. M. ***, de la Ciudad de Puerto Madryn, bajo apercibimiento de lanzamiento; **b) abonar al actor**, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, la suma que resulte de calcular el valor de pesos un mil quinientos ochenta ($ 1.580) desde el 22.09.2009 hasta la efectiva entrega del inmueble, a la que deberán adicionarse intereses desde que cada período es debido y hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa del Banco del Chubut S.A. Asimismo, el actor deberá **restituir al demandado,** dentro de los diez días de haber quedado firme la presente sentencia, las sumas depositadas desde el mes de mayo de 2008 hasta el mes de septiembre de 2009 en la cuenta N° *** ******* a nombre del primero, del B. C. (Sucursal *** Puerto Madryn) con más los intereses a tasa activa del Banco del Chubut S.A., desde la fecha de cada depósito, y hasta su efectivo pago.

2. READECUAR las costas de la Instancia anterior, las que se imponen a la parte demandada (art. 69, del CPCC).

3. REGULAR los honorarios de los profesionales intervinientes en la Instancia anterior; los del Dr. M. Á. B. y M. B., letrados patrocinantes del actor, en el 9% a cada uno del monto que resulte, y los del Dr. R. G., letrado patrocinante del demandado, en el 13%, del monto que resulte. Ello, con más IVA si correspondiere (arts. 5, 6, 18, 38, 46 y cc de la ley arancelaria).

4. IMPONER las costas de la presente Instancia, a la parte demandada (art. 69, del CPCC).

5. REGULAR los honorarios, por su actuación en esta Alzada; los de los Dres. M. Á. B. y M. A. B., letrados patrocinantes del actor, en el 17,5%, para cada uno de ellos, de lo que le correspondiera en la Instancia anterior y los del Dr. R. G., letrado patrocinante del demandado en el 25% de lo que le correspondiera en la Instancia anterior. Ello, con más IVA, si correspondiere (arts. 5, 6 , 8, 9, 13 y cc. de la ley de aranceles profesionales).

6. REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /13. SDC. CONSTE.