En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil quince, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Nélida Susana Melero, y asistencia de la Sra. jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y del Sr. juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G., D. c/ S., H. O. y otra s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 85/15**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 436/08), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 423), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 392/395? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte demandada reconviniente contra la sentencia definitiva nro. 82/2013 del Juzgado Civil nro. 2 de la jurisdicción (fs. 392/395, fs. 397).

La sentencia venida en crisis hizo lugar parcialmente a la demanda y declaró resuelto el contrato celebrado en septiembre de 2003 entre el demandante, Sr.

D. G. y los codemandados Sres. H. O. S. y M. E. C., por culpa de los accionados, debiendo estos últimos restituir al actor el Lote * de la Manzana ** del Barrio San Cayetano, de la ciudad de Comodoro Rivadavia, Departamento Escalante, provincia del Chubut, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble en la Matrícula**, y debiendo abonarle la suma de PESOS DIECISIETE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS ($17.782,68), con más los intereses fijados en el considerando respectivo, en concepto de daños y perjuicios.

Rechazó el reclamo en concepto de pérdida de chance.

Rechazó la reconvención solicitada por los codemandados Sres. H. O. S. y M. E. C. Impuso las costas del presente proceso a los codemandados reconvinientes y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

Memorial de agravios de fs. 411/419:

Primer agravio:

El juez *a quo* ha omitido en su estudio, ponderar la reconvención realizada por esa parte, lo que debe ser considerado fundamental en la introducción del análisis en debate, toda vez que dicha omisión define la contienda y su exclusión vulnera el derecho de defensa de mis representados, pues es el hilo conductor de lo que luego fuera el boleto de compraventa de Septiembre/2003.

Transcribe las cláusulas del contrato de CONVENIO del 15 de febrero de 2000, diciendo que tal como surge de las constancias de autos, este contrato de permuta jamás perdió su vigencia, toda vez que los demandados nunca fueron intimados por la parte actora con

argumentos reales a efectos de que pueda operar la cláusula Séptima del contrato celebrado entre las partes. Es en razón de este contrato de permuta suscripto por las partes que el Sr. G. se encuentra en posesión del inmueble sito en Barrio Las Orquídeas y los Sres. C. y S. se encuentran en posesión del inmueble sito en el Barrio M. A., situación que es reconocida por la parte actora, tal lo expuesto por el juzgador de grado, agregando que el argumento expuesto por el juzgador en su considerando quinto, para luego resolver sobre el fondo de la cuestión en cuanto dice: "Cuadra agregar que los compradores ya se encontraban en posesión del inmueble del Barrio San Cayetano, por haberse operado la tradición antes de la firma del contrato, es decir, no hay culpa de parte de G.", dista de la realidad, pues la tradición de la cosa nunca tuvo causa ni origen en celebración del contrato de compraventa, sino en el contrato de permuta celebrado con anterioridad por las partes, al cual el juez de grado omite hacer toda referencia a lo largo de la Sentencia, lo cual a esa parte desde ya le causa el presente agravio.

Segundo agravio:

El precio convenido en el contrato de compraventa por la propiedad LOTE * MZA. ** del Barrio San Cayetano es de PESOS TREINTA MIL ($30.000) pagaderos en $7.200 y saldo $22.800 en 300 cuotas de $193,29 cada una, y en la misma cláusula el vendedor se compromete a cancelar las sumas adeudadas al Banco Hipotecario, o sea, la misma suma que se encuentra acordado por las partes en el contrato de permuta celebrado anteriormente.

Continúa diciendo, un análisis parcial del contrato en cuestión, el objeto en sí resulta lícito, pues estamos refiriéndonos a la adquisición de la propiedad de un bien inmueble, pero las circunstancias que rodean la celebración del contrato mismo, son en este caso, las que obstan a los fines de su validez, lo que el a-quo no ha tenido presente en su razonamiento a los fines de dictaminar en la sentencia hoy atacada, lo que sin dudas causa un gravamen irreparable a esta parte, pues de no ser analizados tales extremos el juzgador no ha efectuado el razonamiento correcto del desencadenamiento de los hechos, razón por la cual solicitamos a V. E. sea valorado.

Tercer agravio:

Esa parte se agravia de lo expuesto en el considerando cuarto por el juzgador que dice: "4) Ya introduciéndome en el fondo de la cuestión, y dada la naturaleza de la obligación que los demandados contrajeron frente al demandante, se puede señalar que tanto la doctrina y jurisprudencia consagraron en esta materia con énfasis dos reglas de oro de nuestro derecho: "las convenciones hechas en los contratos forman para las parte una regla a la cual deben someterse como a la Ley misma" y "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (art. 1197 y 1198 apartado primero del CCiv.)".

V.E., tal como surge de autos, las partes reconocen la celebración del contrato de permuta, que

omite considerar el juez *a quo*, lo que fuera motivo de agravio para esta parte supra, pero lo llamativo es que las consideraciones efectuadas en el considerando cuarto son sobre el contrato de compraventa celebrado por las mismas partes y sobre el mismo bien inmueble, reconociendo los derechos y obligaciones que surgen por la suscripción del mismo y desconociendo en forma arbitraria las consecuencias del contrato de permuta celebrado con anterioridad, y cuya validez si reconocen las partes.

El contrato de permuta no fue resuelto por las partes, por tanto subsisten las obligaciones contraídas en el mismo, consecuencia de esta circunstancia es que el Sr. G. siga residiendo en el inmueble del Barrio Las Orquídeas, de otra manera dicha residencia seria infundada.

A mayor abundamiento, debemos tener presente que si bien la actora manifiesta que los Sres. S. y C. no dieron cumplimiento a las obligaciones asumidas en el contrato de permuta, más no lo prueba, tampoco acredita la accionante haber dado cumplimiento a la cláusula Séptima de dicho instrumento que dice: "La verificación por cualquiera de las partes de la falta de pago de la contraria de dos cuotas consecutivas o alternadas producirá la nulidad del presente convenio, previa intimación por medio fehaciente concedido en un plazo de quince (15) días corridos para saldar lo adeudado".

De hecho es la misma actora la que en su libelo de demanda afirma en el punto 2. Hechos "A los 15 días del Febrero del año 2000, mi mandante suscribió con los demandados un Contrato de Permuta, el que fue incumplido de manera maliciosa por los demandados, y

que pese a los numerosos reclamos verbales, jamás cumplieron, motivo por el cual en noviembre de 2003. se procede a la formalización del contrato de Compra Venta"... con lo cual es evidente que nunca se produjo la resolución del contrato de permuta según las cláusulas a las que se sujetaron las partes.

Por lo tanto, si aplicamos el criterio que el juzgador sostiene en el considerando atacado en este agravio, debemos inferir que la actora no acató dichas premisas respecto a los compromisos oportunamente asumidos con los Sres. S. y C. al firmar el contrato de permuta, sino que abusando de la buena fe de los hoy demandados, los estafó en su confianza para que firmaran un instrumento diferente en el año 2003, pero que en teoría surtía los mismos efectos que el firmado en el año 2000, tal lo reconocido en la prueba confesional en su respuesta a la posición número 35, en la cual se le preguntó: Reconoce haberle manifestado a los demandados que la compraventa posterior tenia la misma finalidad que la permuta ya firmada, a lo que contestó que sí.

De lo expuesto surge que los principios enunciados por el juez *a quo* deben ser aplicados en todo caso al contrato de permuta existente, ya que en el contrato de compraventa suscripto no se hace mención alguna a la resolución del contrato de permuta celebrado entre las partes en el año 2000, por tanto si hubiese que resolver un contrato debe ser este último y en caso de restituirse las cosas al estado anterior, los hoy demandados deberían restituir la vivienda del Barrio San Cayetano y el Sr. G. debería restituir la vivienda ubicada en el barrio Las Orquídeas, donde hoy residen

en virtud de la permuta que realizaron y con la cual están todos de acuerdo.

Cuarto agravio:

Esa parte se agravia de lo resuelto por el juez en su quinto considerando toda vez que expresa: "5) De la litigiosa situación creada a tenor de lo demostrado, surge que S. y C. deben restituirle el inmueble comprado en el mes de septiembre de 2003 a G. porque no le pagaron el saldo de precio de $17.782,68 más intereses, en el plazo establecido en el contrato (fs. 37/39), ni en el concedido en las cartas documento cursadas (fs. 8, 10, 53, 54)".

Señala que de las constancias de autos surge en forma clara que el razonamiento seguido por el juez en su considerando, para luego concluir en el FALLO: "1o) Haciendo lugar parcialmente a la demanda y declarando resuelto el contrato celebrado en septiembre de 2003 entre el demandante, Sr. D. G. y los codemandados Sres. H. O. S. y M. E. C., por culpa de los accionados, debiendo éstos últimos restituir al actor el Lote * de la Manzana ** del Barrio San Cayetano, de la ciudad de Comodoro Rivadavia, Departamento Escalante, provincia del Chubut. inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble en la Matrícula ****" va más allá de lo peticionado por la parte actora en su demanda, razón por la cual existe una notable violación al principio *ne at index ultra petita partium*. En este aspecto, sabido es que el juez no puede ir más allá de lo pedido por las partes, pues de hacerlo, se genera una incongruencia positiva, lo que ocurrió en los presentes actuados, más allá de los errores de razonamiento en los que entiendo que incurrió el juzgador puestos de manifiesto *ut supra*.

El juez *a quo* ha concedido a los actores lo que en ningún momento han reclamado (la restitución del inmueble Lote * de la Manzana ** del Barrio San Cayetano) produciéndose un apartamiento notable entre el objeto del presente proceso judicial y lo resuelto por el juzgador.

Verificará en esta instancia que la parte actora en el objeto de su libelo de demanda textualmente dice: "Que vengo a promover formal demanda de resolución de contrato, por incumplimiento del contrato de compraventa, suscripto en fecha Septiembre del año 2003, y a reclamar la indemnización correspondientes a los daños y perjuicios, que tal incumplimiento ocasionó, contra los Sres. H. O. S. y M. E. C., (...) por la suma de pesos diecisiete mil setecientos ochenta y dos con sesenta y ocho centavos $17.782,68, más intereses que oportunamente el perito contador determinara; en virtud de las consideraciones de hecho y de derecho que a continuación expondré" (sic).

Si tenemos presente lo transcripto (dice el apelante) no surge que la actora pretendiera el reintegro de la vivienda, (tal como lo ordena el juez *a quo*), sino el abono de la diferencia de dinero debida por la demandada (por el incumplimiento de lo acordado en el contrato de compraventa) actualizados los montos debidos de acuerdo al tiempo transcurrido, determinado esto por un perito contador.

Debe tenerse presente que, "ya el derecho romano expresaba lo siguiente: "sententia debet esse conformis, bello; ne eat judex, ultra, extra aut citra petita partium; tantum legatum quantum judicatum; judex judicare debet secundum allegata et probaba parlium"

(la sentencia debe estar conforme con la reclamación escrita, para que el juez no vaya más allá, fuera o más acá de las demandas de las partes; tanto lo imputado como lo sentenciado; el juez debe juzgar de acuerdo con las razones alegadas y probadas por las partes)", premisa que sigue vigente en nuestros días, como principio protector del debido proceso y de la defensa en juicio, por lo que el alejamiento en el que incurre el juez de grado en los presentes autos, no puede ser de forma alguna convalidado.

En la contestación de reconvención por parte de la actora expresamente dice: "III. Contesta traslado de la contestación de demanda. A fin de ilustrar cronológicamente los hechos y aportar mayor certeza a V.S. manifestamos lo siguiente. En primer lugar debemos manifestar que en el escrito de inicio de demanda, jamás esta parte ha manifestado de manera clara y precisa ante V.S. que se le restituya la propiedad del inmueble del B° San Cayetano al Sr. G. D., y menos aún el apercibimiento de iniciar el desalojo a tal efecto; ante lo cual queda claramente demostrado ante V.S. que jamás ha existido mala fe y menos aún en el marco del art. 924 del Cód. Civ. Nuestro poderdante únicamente se limita a solicitar en sede judicial el resarcimiento por los daños v perjuicios ocasionados por los demandados en virtud del incumplimiento claro y evidente del boleto de compraventa suscripto".

Quinto agravio:

Esta parte se agravia cuando al referir el juez *a quo* en el último párrafo del quinto considerando: "Como reflexión coadyuvante en cuanto concierne a lo valorado y a decidir, considero que el incumplimiento de los

demandados respecto a la cantidad de cuotas impagas (92) de la obligación principal de pagar (cf. fs. 35/36 y cláusula segunda del contrato de fs. 37/39), reviste suma seriedad e importancia al dejar parte de la operación impaga y por consiguiente insatisfecho el interés que tuvieron al contratar. Cuadra agregar que los compradores ya se encontraban en posesión del inmueble del Barrio San Cayetano, por haberse operado la tradición antes de la firma del contrato, es decir, no hay culpa de parte de G." (sic).

Siendo que esa parte desconoce la validez del contrato de compraventa suscripto, por entender que no solo subsiste el contrato de permuta, el cual nunca fue resuelto, y versa sobre el mismo objeto y fue celebrado entre las mismas partes, además de adolecer de otro tipo de defectos -que son tratados por separado a los fines de un mejor desarrollo de este memorial-, y ante la improbable posibilidad que V.E. entienda que el contrato de compraventa celebrado es válido, dice que respecto a la solución adoptada por el juez de resolver el contrato, existe amplio consenso en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que la facultad de resolver un contrato por incumplimiento de una de las partes no debe ser ejercida sino restringidamente, esto es, no frente a cualquier tipo de incumplimiento, pues ello colisionaría con los arts. 1071 y 1198 del Código Civil, al tiempo que atentaría contra el principio de conservación del negocio.

En el caso que nos ocupa el juzgador decide en base a lo transcripto precedentemente, que el incumplimiento por parte de los demandados es de tal envergadura que amerita a disponer la resolución del

contrato de compraventa a efectos de que proceda la restitución del inmueble a favor del actor.

En este lineamiento y si el contrato de compraventa fuera válido, debemos tener presente que el precio total del contrato era de PESOS TREINTA MIL ($30.000), los compradores del inmueble según la cláusula segunda de dicho contrato abonaron previamente la suma de PESOS SIETE MIL DOSCIENTOS ($7.200), lo que equivale al 23,7% del total del contrato -quedando un saldo a abonar de $22.800- según surge de la cláusula segunda, que debía abonarse en 300 cuotas restantes del $193.29-, de las cuales se abonaron 208 cuotas, más de dos terceras partes haciendo un total de pesos cuarenta mil doscientos cuatro con treinta y dos centavos ($40.204,32). En total entonces se abonó la suma de $47.404,32.

No puede resolverse el contrato de compraventa suscripto por las partes sin antes dar una solución al contrato de permuta por la cual las partes residen en los inmuebles ya individualizados, pues la solución de que los Sres. S. y C. deban restituir el inmueble al Sr. G., implica que el accionante quede en posesión de ambas propiedades y reciba una indemnización, además de lo que ya le fue abonado implica un enriquecimiento sin causa para el actor, lo que no puede ser convalidado ni justificado sobre todo porque no ha sido el ánimo el actor y así lo ha hecho saber expresamente.

Sexto agravio:

Según el juzgador, el contrato de compraventa habría quedado resuelto en el mes de septiembre de 2003, en virtud de la actitud incumplidora de la parte demandada, pero en su fallo solo atribuye efectos

restitutorios para la parte demandada, quien debe restituir el inmueble a la parte actora, pero nada dice sobre las sumas percibidas por el Sr. G. en cumplimiento del contrato de compraventa por la suma de $40.204,32, y tampoco nada dice de las sumas abonadas por los accionados al IPV y DU como consecuencia del contrato de permuta celebrado entre las partes en virtud del cual cada uno reside en los inmuebles individualizados supra y el cual la actora no desconoce. Entonces en el hipotético caso que V.E. confirmara la solución del juez *a quo* respecto a la validez del contrato de compraventa e incluso confirmara la resolución del mismo por incumplimiento de mis representados -lo que desde ya descartamos- no sería posible confirmar que solo una de las partes deba restituir lo que le fuera entregado en virtud de la compraventa, en este caso la vivienda y además deba indemnizar, teniendo presente que ya abonó más del setenta por ciento del precio por esa propiedad, tal como fuera manifestado por esta parte e implica un enriquecimiento sin causa para el accionante.

Séptimo agravio:

Esa parte considera que más allá de las facultades del juzgador de primer instancia en analizar la prueba en su totalidad, yerra al haber omitido las respuestas que sí han causado efecto jurídico tal como lo reconociera en la prueba confesional en su respuesta a la posición número 35, en la cual se le preguntó: Reconoce haberle manifestado a los demandados que la compraventa posterior tenía la misma finalidad que la permuta ya firmada, a lo que contestó que SÍ, por lo tanto considero que el análisis que ha realizado el

juez *a quo* en este caso ha sido contrario a lo que surge de autos y así solicitamos sea valorado en el momento oportuno.

Octavo agravio:

Esa parte se agravia en cuanto al considerando "... 10) Respecto al rubro de daños y perjuicios por incumplimiento, cabe indicar que el actor del precio de venta convenido, dejó de percibir la suma de $17.782,68. Ello resulta corroborado con el contrato de compraventa (cláusula segunda, obrante a fs. 37/38), con la confesional (fs. 268/270) y pericial contable (fs. 370/372), por lo que, en definitiva, conforme las constancias de autos, hubo por parte de la accionante la falta de percepción de la suma dinerada que debe ser imputada al reclamo por daños y perjuicios". Conforme a lo resuelto por el juez *a quo*, los demandados deben restituir el inmueble objeto del contrato de compraventa
-lo que desde ya fue materia de agravio para esta parte, pero además el juzgador condena a la demandada a abonar la suma de $17.782,68 en concepto de daños y perjuicios, lo que desde ya deviene injustificado y contrario a los principios de equidad y justicia, pues de confirmarse la sentencia la parte actora se haría acreedora de, en primer lugar, del bien inmueble individualizado como lote * de la Manzana** del Barrio Las Orquídeas, Sector 4 de la Ciudad de Comodoro Rivadavia, lugar donde reside el Sr. G., en virtud del contrato de permuta que se realizara en el año 2000, cuya existencia fuera reconocida por ambas partes.

En segundo lugar, del inmueble individualizado como lote * de la Manzana ** del Barrio Máximo Abásolo

de esta ciudad en virtud de la sentencia judicial hoy atacada y no habiendo requerido el reintegro de la misma bajo ningún punto de vista, tal como ya fuera acreditado en autos.

Además la demandada abonaría una suma de dinero de $17.782,93 equivalente a la diferencia de las 92 cuotas impagas -de 300 cuotas que eran en su totalidad- que según la actora se encuentran pendientes de cumplimiento de acuerdo al contrato de compraventa celebrado entre las partes. Además de la actualización por intereses devengados que ordena el juez de grado.

De esta manera, la contraria obtendría los dos inmuebles, más el precio total del inmueble objeto de la compraventa (lote ** de la Manzana *** del Barrio Máximo Abasólo de esta ciudad) -ya que la demandada según surge de las constancias de autos abonó 208 cuotas de $193,29 por la misma a la actora, en un total de $40.204,32 y ahora debería abonar las 92 cuotas impagas por un total de $17.782,93, más los intereses devengados y sin perder de vista además que la demanda ha abonado las cuotas correspondientes al IPV y DU, lo que desde ya devine injusto y contrario a derecho, ya que los demandados abonaron dos veces la misma cosa, por un lado cumpliendo la obligación asumida en el contrato de permuta, y por el otro lado abonando al Sr. G. el precio estipulado en el contrato de compraventa.

Noveno agravio:

Es evidente que el juzgador ha omitido tener presente lo previsto en el art. 1185 y 1187 del C.C. vigente concs. y sgtes., donde la doctrina ha entendido que el boleto de compraventa es una obligación de hacer, instrumento base de esta contienda donde no existe

cláusula penal por incumplimiento para resarcir el contrato, por lo tanto se debería en todo caso imponer daños y perjuicios por incumplimiento, pero no puede resarcirse una obligación donde ambas partes tiene la posesión de la cosa.

Análisis:

Previo a iniciar el estudio de los presentes agravios he de señalar que los considerandos del fallo por imposición legal (tanto procesal como constitucional) dan cuenta del razonamiento del juzgador que lo lleva a la decisión, por lo tanto lo que resulta apelable es en síntesis la parte resolutiva.

Por esta circunstancia jurídica, trataré en forma conjunta la exposición de la demandada reconviniente que delimitó en distintas quejas.

A los fines de abordar el estudio de las cuestiones planteadas en los agravios de la demandadareconviniente he de retrotraerme al inicio del pleito, los escritos de demanda y reconvención-contestación de demanda de fs. 15/16vta. fs. 83/91vta.

El actor G./C. demandó resolución de contrato por incumplimiento del boleto de compraventa suscripto en septiembre de 2003, con los demandados S./C. con más la suma de $17.782,68 en concepto de daños y perjuicios.

Por su parte la demandada en su oportunidad procesal reconviene reclamando la nulidad del boleto de compraventa suscripto con más la suma de $57.000 en concepto de daño moral.

Hace referencia la parte demandada reconviniente al contrato previo de permuta argumentando que “se permutaban las viviendas que cada uno poseía”, haciendo

incluso referencia a los domicilios que fijaron en dicho documento. También acusa de abuso de confianza por parte del accionante para la suscripción del boleto de compraventa de la vivienda en el barrio San Cayetano que había sido permutada con anterioridad; invocando el art. 924 y art. 954 del Código Civil.

Ahora bien, de la lectura del convenio de permuta resulta que C. (el demandado) permuta el Lote * Mzna.* del Barrio Las Orquídeas a G. (actor) y este el inmueble cito en lote * Mzna. ** del Barrio Máximo Abasolo.

Vale aclarar que el boleto de compraventa suscripto por el vendedor G. y el comprador C.se refiere al lote ** Mzna. ** del Barrio San Cayetano lo cual marca una diferencia entre ambos barrios respecto de los negocios en cuestión celebrados por las partes, esta situación es posteriormente aclarada por los propios actores indicando que fue una modificación administrativa la denominación del barrio.

Siguiendo con las actuaciones obrantes en el expediente, contestan la vista los actores de la reconvención (fs. 121/127), desconocen el contrato de permuta y lo mismo con relación al contrato de compraventa aduciendo que el acompañado por los demandados no condice con el presentado por ellos, y la carta documento del 4 de abril de 2008.

Específicamente los actores reconvenidos dicen que no peticionaron que se les restituya la propiedad del barrio San Cayetano y que en el escrito de inicio se limitaron a solicitar los daños y perjuicios.

No puedo dejar pasar inadvertida esta manifestación de la parte actora, toda vez que a fs. 15 en el acápite específicamente demandó la resolución

del contrato – referido al boleto de compraventa- y el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Para ilustración de la parte actora que estructura una defensa invocando una situación diversa a la reclamada, afirmo que el pleito persiguió la resolución contractual (fs. 15).

Ha de tenerse en cuenta, a los fines de esclarecer conceptos, que la resolución no es el resultado de un nuevo contrato (como ocurre en la rescisión bilateral), sino que supone la extinción del contrato por virtud de un hecho posterior a la celebración; hecho que a veces es imputable a la otra parte (como es, por ejemplo, el incumplimiento) o que puede ser extraño a la voluntad de ambas (como ocurre en ciertos supuestos de condiciones resolutorias).

La resolución del contrato puede operar *ipso jure* (como sucede en la condición resolutoria) o bien puede requerir la manifestación de voluntad de la parte interesada en ella (como ocurre en la que se funda en el arrepentimiento o en el incumplimiento de la contraria).

La resolución deja sin efecto el contrato retroactivamente; su consecuencia es "volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato". En este punto, sus efectos son semejantes a los de la nulidad; pero se diferencia claramente de esta en que el hecho que provoca la resolución es siempre posterior al contrato, en tanto que el que da lugar a la nulidad, debe ser anterior o concomitante con la celebración.

Aclarados los conceptos jurídicos, continúo con el tema. Hasta aquí los términos en que se trabó la litis

y la reconvención a ello debe ceñirse la contienda. O sea los actores reconvenidos pretenden en su contestación a la reconvención, cuestión bajo análisis modificar los términos en que interpuso la demanda. El actor intentó cambiar el objeto litigioso, sin advertir la claridad en que había sido expuesto en el libelo de inicio, en una inconducta procesal que además de inadmisible ha desconocido el principio procesal de congruencia.

Dijo el doctor Falcón: "La petición, o sea lo que se reclama ante la justicia, puede resultar tanto de lo expuesto en el escrito de demanda, como en el petitorio final, ya que la Ley procesal no determina un orden estrictamente formal, interesándole que se conozca con exactitud lo que la actora pretende (C. Fed. Paraná, JA 16-1972, sec. prov. 757). Cuando se recurre al órgano jurisdiccional a los fines de que se dirima un litigio y se reconozca así el derecho que se invocase, es necesario hacerlo conforme a las reglas primarias que las disposiciones del Código Procesal señalan (arts. 330 y sgtes.), no solo para posibilitar el arribo a una decisión adecuada, sino para asegurar al mismo tiempo el debido proceso que garantice básicamente el derecho de defensa (C. Civ., Sala D, JA 1980-M33), pero es suficiente la exposición del objeto de la demanda en forma sintética y clara (C. Civ., Sala C, JA 1981-11 sínt; JA 1981-III-818, n° 24)…".

Agregó: "La demanda no necesariamente debe quedar inmutable. Puede sucedernos dice DEVIS ECHANDÍA, III, pág. 153, que el demandante haya cometido errores o incurrido en omisiones, o finalmente, que el actor quiera enmendarla. También el demandado puede

transformar en ciertos casos la demanda la que, a su vez, puede quedar modificada, al igual que la contestación en cuanto a las pretensiones de ambos, ahora por el juez.

Ello nos ubica, necesariamente, en la obligación de fijar la terminología a emplear para no entrar en una confusión semántica. Transformación y cambio son para nosotros lo mismo, es decir, el mudamiento total, mientras que corrección o modificación implican ese cambio, no en la totalidad, sino en una parte, en algo accidental. Finalmente, ampliación es una especie dentro de la modificación que tiene su contrapartida lógica:
la reducción.

¿Quién y cuándo puede modificar o transformar?

Para examinar el problema, que es muy complejo, conviene ver cuál es la actitud que pueden tomar el actor, el demandado y el juez.

En el caso del actor debemos mirar dos aspectos. El primero: antes de quedar integrada la litis. El segundo: luego que ha quedado trabada. El art. 331 establece: "El actor podrá modificar la demanda antes [de] que esta sea notificada". Si el demandado se presenta antes de notificado y contesta, la facultad se pierde (*cf*. CARLI, La demanda civil, pág. 104).”(ver Falcon, Enrique “Código Procesal…”, t.II, págs. 611 y 628, ed. Abeledo Perrot-89, los artículos mencionados en la referencia corresponden al Código Procesal Civil de la Nación en nuestro caso son los arts. 333 y 334 CPCCh).

Más aún, “A la luz de la teoría de la sustanciación, se impone como técnica adecuada la

exposición circunstanciada de los antecedentes fácticos que den cimiento a la pretensión ejercitada con la demanda. Ello es lo que dimana por el inciso 4 del artículo 330 del Código de rito, al disponer que la demanda ha de integrarse con la exposición de los hechos en que se funda, explicados claramente, pues con ellos se explicitan la razón o fundamento de la pretensión -*causa petendi*- derivándose de tal carga de la afirmación significativas implicancias, pues hace nacer la correlativa carga de reconocerlos o negarlos de modo categórico para el accionado (art. 354, inc. I, CPCC), delimitándose así el contorno litigioso y la pertinencia de la prueba en cuanto guarde correlación con los hechos debatidos (art. 358, Cód. cit.), todo lo cual, a la postre determinará el contenido de la sentencia, en tanto esta solo podrá considerar la situación fáctica planteada por las partes (arts. 163, inc. 3, 4 y 6, CPCC), so riesgo de violar el principio de congruencia. Al conjuro de tales argumentaciones los hechos son los que fijan el *thema decidendum*, siendo las partes las que tienen el señorío exclusivo para aportar el material de conocimiento -principio dispositivo- quedando atrapado el órgano jurisdiccional por las alegaciones que aquéllas introducen en los escritos constitutivos de la relación jurídicoprocesal, debiéndose tener en cuenta que lo que se omitió manifestar en el inicio del juicio no será posible alcanzarlo luego por vía de interpretaciones o supuestos que se aparten del relato que cada parte esbozó para fundamentar su pretensión o el rechazo del adversario" (ver Guillermo Edele, "La congruencia procesal", págs. 32/33, ed. Rubinzal Culzoni - 2007).

En ninguna de las hipótesis fácticas y jurídicas detalladas cuadra la conducta de la parte actora, la litis fue trabada en los términos dichos.

El juego armónico de los principios dispositivo y de congruencia hacen que el juez deba respetar el escenario litigioso propuesto por las partes a través de sus pretensiones y defensas, limitándose a fallar exclusivamente sobre los puntos sometidos a su decisión. Aun en caso de que pueda presumirse un excesivo celo por descubrir la verdad de los hechos, no le es dado al sentenciante trascender el marco de la contienda fallando más allá de las defensas opuestas, lo que importa violar el principio de congruencia citado.

Desde esta óptica entiendo la litis conformada por la resolución del contrato de compraventa de fecha 2003 y los demandados pretenden en su reconvención la nulidad de dicho contrato y mencionan que debe volver a su estado original, incluyendo devolución del inmueble entregado en permuta, aunque en ningún momento peticionan ni la resolución ni nulidad de dicho transacción, e insisten en que ha sido este el verdadero contrato y no el boleto de compraventa.

Ha de tenerse en cuenta lo dicho al inicio del presente voto sobre el alcance de la resolución. Básicamente las partes pretenden que las cosas vuelvan a su estado anterior.

Con relación al antecedente el contrato de permuta celebrado entre las partes, que no figura en los términos y cláusulas del boleto de compraventa cuestionado, y no obstante esa situación, ha sido reconocido por la actora en su libelo de inicio, quien

manifestó que por incumplimiento del mismo (convenio de permuta) aunque no integró el documento puedo considerarlo parte integrante de la transacción o negocio jurídico cuestionado.

Ha señalado el juez *a quo* que no fue acreditado el abuso de confianza, y agrego ni dolo ni error, pero ambas partes son concordantes en la petición formulada, la resolución del boleto de compraventa por parte de la actora y la nulidad de dicho boleto por la demandada este requerimiento se direcciona al mismo documento y señalando el negocio precedente.

La resolución del boleto de compraventa, por tratarse de contrato según la doctrina debe cumplir requisitos previos (art. 1204 Código Civil).

Dice el profesor Bueres: "Este extenso y no muy prolijo texto fue el resultado de la reforma por la Ley 17711 al artículo originario de Vélez. El cambio apuntó, básicamente, a hacer de la resolución por incumplimiento un remedio ordinario y no excepcional. De ahí que se haya considerado implícita la facultad, en los contratos con prestaciones recíprocas —denominación moderna de los bilaterales—, abarcando a los genéticos y a los funcionales —como el mutuo oneroso— y dejándose de condicionar su operatividad a la existencia de un pacto comisorio expreso. Se ratifica el efecto *ex tunc* de la extinción, su alcance retroactivo, con la salvedad de los contratos de larga duración o de tracto sucesivo; por vía de ejemplo: una locación de inmueble, en la cual se deja de pagar el precio, posibilita la resolución — denominada, en ese supuesto, "desalojo"—; empero, los efectos ya cumplidos

—el uso y goce que el locatario ha aprovechado, o el precio que el locador ha percibido— quedan firmes...".

En cuanto a la resolución dispuesta por el acreedor, la doctrina y también la jurisprudencia, han interpretado: "…La innovación fundamental llevada a cabo por la Ley 17711 recayó sobre el pacto implícito o remedio legal, considerado como un efecto natural de los contratos con prestaciones recíprocas . Sus particularidades son:

a) No ha menester, obviamente, de un pacto comisorio.

b) Se parte de la mora de uno de los contratantes —incumplimiento imputable— y de la situación *in bonis* del otro -la parte cumplidora—.

c) Se requiere el otorgamiento de un plazo de gracia, sobre la base de una nueva interpelación, con un plazo de quince días como mínimo —salvo usos o pacto expreso—.

d) Ese plazo debe ajustarse, creemos, al tiempo necesario para posibilitar el cumplimiento de las prestaciones insatisfechas; de lo contrario, de no guardar relación alguna con ellas, se trataría de un plazo formal.

e) Esta segunda interpelación —si calificamos a la que colocó en mora como primera— debe efectuarse bajo apercibimientos de resolución, para que no haya dudas o equívocos sobre su significado" (Alberto Bueres: "Código Civil…", t.3C, págs. 65/67, ed. Hammurabi-99).

La carta documento de abril de 2008 (fs. 10) por la cual el actor G. intima al demandado se presente

en un estudio jurídico para regularizar el pago de las deudas hipotecarias del inmueble del Barrio San Cayetano, y continua la misma misiva y otorgue facultades para regularizar la situación del inmueble del Barrio Las Orquídeas atento a la obligación contraída en el boleto de compraventa. Misiva rechazada en términos genéricas (fs. 10).

Emergen de la misma distintas situaciones, la primera que no fue una intimación tendiente a la resolución del contrato tal como define la doctrina, la segunda contiene una intimación a que se regularice una deuda hipotecaria, de una hipoteca inexistente, pues la menciona la cláusula primera del boleto de compraventa en cuestión, pero nunca se probó la constitución de la misma –recuerdo a las partes que la hipoteca debe efectuarse por escritura publica- y por último está el reconocimiento expreso de regularizar la situación del inmueble, que no fue objeto del boleto de compraventa, sino del convenio de permuta.

En este orden de ideas agrego que la cuestionada intimación de fs. 8 (de fecha abril/08), que más allá de su falta de reconocimiento, ratifica términos y comunica iniciación acciones legales, el malogrado intento de intimación, no se ve saneado con la interposición de la demanda pero si con el pedido de las partes de audiencia de conciliación fs. 92 y 93, fs. 131 en que solicitan prorroga "para seguir conversando" concedida por el juez *a quo* siguió la causa según su estado. Por lo cual considero que la intimación previa que se prevé para resolver el contrato en la especie no se formalizó y el demandado tuvo conocimiento en la acción interpuesta de

resolución oportunidad en que se notificó la demanda y reconvino peticionando la nulidad.

Retomando el tema del contrato exteriorizado en el boleto de compraventa, que es el tema a decidir, de todo lo dicho emerge que no son indicios de la existencia de la permuta, sino reconocimiento expreso de la parte actora, además de los indicios graves y concordantes existentes que se había concretado la permuta, lo que me lleva a la conclusión que el boleto de compraventa fue un acto simulado.

Ingresando a su inspección, cabe señalar que el acto simulado es aquel que se concreta mediante la realización de verdaderos negocios que asumen la forma jurídica pertinente, pero que esconden un negocio distinto al que instrumentan (doct. art. 955 del Cód. Civ.).

Analizando los institutos de la simulación, lo que tengo por configurado es un caso de simulación y, por ende, como un supuesto de acto nulo, por cuanto con el boleto de compraventa inmobiliaria con omisión del antecedente –convenio de permuta- la cláusula primera de una hipoteca jamás efectuada, en realidad se encubrió una deuda por parte del supuesto comprador, hoy demandado, que además voluntariamente suscribió toda vez no probó el abuso de confianza. Las connotaciones intrínsecas del instrumento presentado, sumado a las contingencias que rodearon al acto y que han sido acreditadas, lo tornan inoponible por tratarse de un acto simulado.

"Ahora bien nuestro codificador, en el artículo en exégesis, solo da una noción descriptiva de la simulación, donde los supuestos que enuncia no son

taxativos. En tal sentido, en un intento de caracterizar el fenómeno de la simulación, más que de conceptualizarlo, Mosset Iturraspe nos indica que hay que tener muy presente que aquel "que exhibe dos zonas diferentes: una visible, representada por el 'negocio simulado' y otra oculta, representada por el 'acuerdo simulatorio'", refiriendo como señala Dagot, "la simulación concurre, de una parte, a la creación de una apariencia, vale decir que una situación ostensible que todo el mundo conoce o puede conocer, por oposición a la realidad que queda oculta, sino para todos, para la mayoría de las personas; y, por otra parte, la situación creada es falsa, inexacta en cuanto no corresponde a la realidad, que es disimulada. A una situación real que permanece oculta, corresponde una situación aparente y contraria a la realidad. Si nos preguntamos cual de las dos declaraciones es querida por las partes. La que corresponde al negocio simulado o la pertinente al acuerdo simulatorio, debemos concluir que ambas son queridas, que no hay divergencia o contraste entre la voluntad y la declaración. Ocurre que el contraste entre lo real y lo aparente, entre el acuerdo simulatorio (que encierra la verdadera intención de las partes) y el negocio simulado (que es el resultado del procedimiento simulatorio) se lo considera un negocio jurídico autónomo, 'un mismo hecho' o integrando con este un negocio complejo, origina una doble relación: la relación interna y la relación externa; agregando, que muchas de las divergencias expuestas con motivo de la noción y naturaleza de la simulación nacen del hecho de no diferenciar lo suficiente la relación interna y

la externa, dicotomía equivalente a 'partes' y 'terceros'"…

…" El acuerdo de partes que le sirve de causa: es condición primordial para la simulación la conformidad de todas las partes contratantes. No basta que alguna manifieste la declaración en desacuerdo con su intimo pensamiento, sino que es imprescindible, que el otro contratante formule la suya igualmente fingida y en inteligencia con el primero. La ficción supone una relación bilateral entre los que efectúan el negocio, quienes cooperan juntos en la creación del acto aparente, en la producción de la falsa imagen constitutiva del acto simulado" (Bueres, ob. citada, T. 2B, págs. 623, 625, 626).

La parte interesada en sostener la validez del negocio (boleto de compraventa) que aduce simulado, tiene el deber moral -cuyo incumplimiento apareja consecuencias jurídicas- de aportar las explicaciones y elementos demostrativos de la honestidad, realidad y seriedad del acto, y no es admisible que contraiga tales explicaciones si la prueba sobre los hechos invocados le resulta adversa (Durigón Claudia Cecilia "Acción de Simulación", pág. 70).

En el caso, ambos contratantes fueron responsables en la confección de dicho instrumento simulado.

Estos razonamientos me inducen a la siguiente cuestión que impone la lógica y el interrogante, pueden demandarse las partes que simularon el acto, el código civil nos brinda la respuesta.

"Respecto del agregado dispuesto por Ley 17711 (al art.959 CC), cuyo origen lo encontramos en el Anteproyecto de Bibiloni (nota al art. 310) entendemos

importante destacar que con la condición impuesta por la norma referida a la ausencia de obtención de beneficios para las partes como consecuencia de la anulación, importa resguardar el principio de buena fe que impulsa la norma.

En efecto, siguiendo a Orgaz, entendemos que debe admitirse la acción de la parte arrepentida del posible o concreto perjuicio a terceros o violación a la ley objeto del contrato, tratando de evitar la consumación del ilícito pactado o tendiendo a la reparación de los perjuicios ya ocasionados siempre con la salvedad de que no puede admitirse la interposición de la acción por la parte que pudiera obtener un provecho de la anulación, dado que ello implicaría desnaturalizar los fines tenidos en miras por el legislador en la reforma, agravando la situación de quienes de buena fe se vieran afectados por el acto simulado, y permitiendo obtener mayores beneficios aun del ilícito" (autor y ob. citada,
t. 2B, pág. 625).

La conclusión es inconfrontable, los accionantes pretendieron obtener un beneficio de la resolución del acto, que implica el concepto detallado al comienzo del presente voto, la restitución de un inmueble. Pero probado fue que ya había sido objeto de otro negocio jurídico, implicando un aprovechamiento de la situación simulada, lo que hace que carezca de legitimación activa por imposición legal, mientras que la nulidad planteada por los demandados simplemente intentó contrarrestar la simulación dejando la misma en evidencia e impidiendo la ejecución del acto del acto

simulado, o mejor dicho la resolución del contrato simulado.

En conclusión, el hecho de la existencia de otro negocio jurídico, la reticencia del actor de aportar pruebas en aval de la sinceridad de la venta tal y como fue instrumentada en el boleto de compraventa cuya resolución y nulidad se peticionó por las partes, constituyen, a mi modo de ver, indicios vehementes, que por su cantidad, precisión y gravedad, alcanzan a superar la calidad de presunción en contra del accionante y permiten tener la convicción plena y acabada que la compraventa realizada en septiembre de 2003 se trató de un acto simulado (arts. 954 y ccdts. C.Civ) del que trató de obtener beneficios.

Motivos estos que llevan al rechazo de la demanda. Pero es insoslayable que la calidad o legitimación para obrar es una condición que el juez debe examinar previamente al estudio de la `sustancia del asunto´. Es deber del juez determinar en la sentencia si las partes se encuentran legitimadas para demandar y ser demandadas con independencia de la actitud que puedan haber asumido las partes, tal y como se resolvió en la especie, los accionantes en consideración a todo lo expuesto, me llevan a decidir que corresponde la declaración de oficio de falta de legitimación activa que así la decreto.

Pero del demandado reconviniente participe del acto simulado, que peticiona la nulidad del boleto de compraventa, y exclusivamente el resarcimiento por daño moral, ya que en ese contexto se limitó la litis, y no el cuestionamiento de la permuta.

Concordando con el juez *a quo* no ha probado los supuestos de abuso de confianza, o engaño para participar en la suscripción del boleto de compraventa, ni tampoco el daño moral pretendido, ya que ha participado voluntariamente en el acto jurídico simulado.

Ajeno a la materia debatida en esta litis quedó el cumplimiento o no del convenio de permuta, la que en su caso corresponderá a otro proceso autónomo en el que serán expuestos los cargos y defensas de los permutantes (arts. 959, 1050, y cctes. del Cód. Civ).

Conforme fueron resueltas las cuestiones, por lo cual admito los agravios parcialmente de los demandados, considero que aun habiendo prosperado dados los fundamentos por los cuales se rechazó la demanda, viabilizándose la nulidad del contrato planteada por la reconviniente, y la declaración de falta de legitimación activa de oficio, la participación de la parte accionada en los hechos, tengo en cuenta también que además de la condición de perdidoso, las contradicciones en el planteo de la acción y contestación de la reconvención, situaciones estas que me inducen a poner las costas de ambas instancias por orden causado (art. 71 y 282 del CPr). Difiero la regulación de los honorarios de los letrados actuantes en primera y segunda instancia al momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Receptar parcialmente los agravios de la parte demandada, modificar la sentencia venida en crisis, declarando la falta de legitimación activa de D. G. y M. C., rechazando la demanda por resolución de

contrato de compraventa incoada, y receptar parcialmente la reconvención declarando la nulidad del boleto de compraventa.

2) Costas de ambas instancias por el orden causado, según considerando respectivo. Diferir la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento del acuerdo, según considerando respectivo. A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusiera la parte demandada reconviniente (fs. 397, agravios fs. 411/419). Corrido el traslado de ley, no fue contestado por la parte actora reconvenida. I.

Antecedentes:

En breve síntesis, diré que el actor Sr. D. G., a través de su apoderado Sr. A. A. L. y con patrocinio letrado, promovió formal demanda de por resolución contractual y por daños y perjuicios contra los Sres. H. O. S. y M. E. C. por la suma de pesos diecisiete mil setecientos ochenta y dos con sesenta y ocho ctvs. ($17.782,68) con más sus intereses. Ofreció prueba. Corrido el traslado de rigor se presentaron los demandados. Cumplieron el imperativo procesal, negando hechos. Desconocieron documental. Se opusieron a la prueba pericial ofrecida por la actora, cono así también al rubro e importe de daños y perjuicios. Reconvinieron. Ofrecieron prueba. Contestó la actora la reconvención deducida. Producida que fue la misma, pasaron los autos para resolver.

La sentencia de grado hizo lugar parcialmente a la demanda y declaró resuelto el contrato celebrado en

septiembre de 2003 entre el demandante Sr. D. G.y los codemandados Sres. H. O. S. y M. E. C., por culpa de los accionados. Dispuso que estos últimos le restituyan al actor el Lote *de la Manzana** del Barrio San Cayetano, de la ciudad de Comodoro Rivadavia, Departamento Escalante, provincia del Chubut, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble en la Matrícula **** y asimismo le abonen la suma de pesos diecisiete mil setecientos ochenta y dos con sesenta y ocho centavos ($17.782,68), con más los intereses fijados en el considerando respectivo, en concepto de daños y perjuicios. Rechazó el reclamo en concepto de pérdida de la chance. Rechazó asimismo la reconvención solicitada por los codemandados Sres. H. O. S. y M.E.C. Impuso las costas del proceso a los codemandados reconvinientes. Reguló los honorarios profesionales.

II. Análisis de los agravios:

Contra el decisorio se alzó la parte demandada reconvinente. Adelanto que, con el fin de lograr un orden en el tratamiento de los distintos aspectos que son objeto de agravio, abordaré en forma conjunta las cuestiones objeto de queja, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica (LS 320- 217; 349-39; 347193; 347-209; 345-154; 347-197 entre otros).

Adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, acostumbro recordar en mis votos que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos

que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Así, resulta que el actor promovió acción por resolución de contrato y reclamó los daños y perjuicios derivados del incumplimiento en que dijo basar su acción. En lo que aquí interesa, no se discute que inicialmente las partes celebraron un contrato de permuta en febrero de 2000. Por el mismo los Sres. S. y C. entregaron al Sr. G. el inmueble identificado como Lote * de la Manzana * del Barrio Las Orquídeas. A su vez, este último, entregó a cambio entregó a los primeros el inmueble identificado como Lote * de la manzana ** del * M. A.. Ello así, lo primero que llamó mi atención fue que ambas partes se comprometieron a continuar abonando sendas cuotas de los respectivos inmuebles objeto de la permuta, tanto al Instituto Provincial de la Vivienda como al Banco Hipotecario Nacional.

Sin perjuicio de lo expuesto, dijo el actor en su demanda que, con posterioridad, los demandados incumplieron de forma maliciosa el contrato, razón por la que en noviembre de 2003, se procedió a la "formalización contractual" mediante un boleto de compraventa. Entonces, así como a fs. 63/64 luce agregada copia del mentado contrato de permuta, resulta que a fs. 65/67 obra boleta de compraventa en que el

Sr. G. vende a los demandados Sres. S. y C., el mismo inmueble que otrora entregara en permuta.

En fin, al momento de contestar demanda y reconvenir, y luego de una serie de consideraciones las que doy por reproducidas aquí *brevitatis causae*, concluyen los demandados solicitando la nulidad del contrato de compraventa, como asimismo se deje sin efecto el contrato de permuta y se restituyan los inmuebles a cada titular (fs. 90). Solución distinta es la que da el juez de grado y que motiva que la sentencia se encuentre en revisión en esta Alzada. Desde el vamos dejaré claro que no habré de coincidir con el sentenciante y explicaré porqué.

No puedo dejar de advertir que el primigenio contrato tuvo por objeto la permuta entre las partes de dos inmuebles. Por un lado y por parte del Sr. G., el inmueble que ya identificara como Lote * de la manzana ** del * M. A.. Ahora bien, el referido inmueble le había sido entregado en "posesión" al Sr. G. según acta obrante a fs. 111, en la cual se hace expresa referencia al boleto de compraventa celebrado entre el nombrado y el Banco Hipotecario Nacional y que luce agregado a fs. 112/117. En el marco del mismo, en la cláusula 2.20 (ver fs. 116vta.), se establece "El comprador no podrá dar al inmueble otro destino que el de vivienda familiar propia. No podrá transferirlo, darlo en préstamo de uso, ni arrendarlo total o parcialmente…".

Por la otra parte, el Sr. S. y la Sra. C. entregaron al Sr. G. un inmueble que les había sido adjudicado por el Instituto Provincial de la Vivienda, ya identificado como Lote * de la Manzana*del Barrio

Las Orquídeas. Al respecto la Ley XXV N° 5 (Ex Ley 1134) del Digesto Jurídico Provincial, establece en su artículo 23 (antes artículo 41) que "Las viviendas que el Instituto Provincial de la Vivienda y Desarrollo Urbano adjudique en venta, no podrán ser transferidas, cedidas, locadas ni gravadas sin previa autorización del mismo". Huelga aclarar que no consta en autos la autorización del organismo provincial.

Luego, ni los Sres. S. y C. resultaban "condóminos", tal la calidad que se arrogaran en el contrato de permuta celebrado en febrero de 2000 (cláusula primera), ni el Sr. G. ostentaba la calidad de "propietario" que denunciara en el convenio (cláusula cuarta). Agrava la situación, el hecho de que ambas partes conocieran que les estaba vedado transmitir de modo alguno los inmuebles, lo que se colige desde que no pueden alegar la ignorancia o error de derecho, inexcusable por cierto, más que queda absolutamente evidenciado desde que acordaron que cada uno mantendría la obligación de cancelar sus respectivas deudas con los organismos respectivos. Observo asimismo que, extrañamente, las partes previeron la eventual nulidad del acuerdo (cláusula octava). Luego, resulta suficientemente claro que ambos actuaron de mala fe.

Recuerdo aquí que el artículo 953 del Código Civil dispone que "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad

de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto".

Es así que, estando expresamente prohibida la transferencia de los inmuebles objeto del contrato, no queda sino concluir que corresponde atender el argumento planteado por la parte demandada apelante. En tal contexto, entiendo corresponde declarar la nulidad de la sentencia de grado en tanto yerra al considerar incluido en la letra del artículo citado al objeto del acto jurídico por el que se demanda, ello desde que, por lo que acabo de exponer no lo es, como tampoco lo es el restante inmueble que antes fuera asimismo objeto de la permuta.

Y es que desde allí, frente a la interpretación errónea en relación con el objeto, que marca el punto de partida del análisis del juzgador, nada puede concluirse acertadamente. Por lógica, y siendo nulo aquél contrato de permuta no puede sino resolverse en idéntico sentido en relación con el posterior boleto de compraventa, celebrado además sobre uno de aquellos inmuebles, otrora objeto de la permuta, decretando asimismo la absoluta falta de legitimación activa del actor para reclamar cualquier efecto que de aquél pudiera surgir, ello toda vez que la nulidad priva al acto jurídico de su fin propio e inmediato, cual es la producción de aquellos.

Es en mérito a dichos argumentos es que habré de resolver, atendiendo lo solicitado por la reconvinente, y así modificando el fallo venido en crisis, en consecuencia declarando la nulidad del contrato de

permuta celebrado entre las partes en febrero de 2000, como el contrato de compraventa celebrado en septiembre de 2003, y declarando la falta de legitimación activa del actor para reclamar daños y perjuicios derivados del acto jurídico antedicho.

Así, en atención a como se resuelve, corresponde readecuar las costas por imperio del art. 282 del CPCCCh, las que impondré al actor vencido, al igual que las que se vinculan a esta alzada. Difiero la regulación de honorarios de ambas instancias para el momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

1) Declarar la nulidad de la sentencia definitiva N° 82 del 14 de agosto de 2013 (art. 255 CPCCCh).

2) Rechazar la demanda impetrada por el Sr. D. G.

3) Hacer lugar a la reconvención deducida por la demandada y, en consecuencia, declarar la nulidad del contrato de permuta, como del posterior contrato de compraventa, ordenando la restitución de los bienes objeto del contrato primigenio.

4) Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado.

5) Diferir la regulación de honorarios de ambas instancias para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones

estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quienes abren el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) Los codemandados-reconvinientes expresan agravios a fs. 411/419vta. contra la sentencia nro. 82 del día 14/08/13 de fs. 392/395, corrido el traslado pertinente a fs. 420, los mismos no son contestados por el actor.

I.B) Advierto que el actor, conforme surge del objeto (pto.I - fs. 15), promovió formal demanda por resolución contractual y por daños y perjuicios contra los Sres. H. O. S. y M. E. C. por la suma de pesos diecisiete mil setecientos ochenta y dos con sesenta y ocho ctvs. ($17.782,68) con más intereses, el juez en su fallo pto. 1ero. (fs. 394vta./395) grado hizo lugar parcialmente a la demanda y declaró resuelto el contrato celebrado en septiembre de 2003 entre el demandante Sr. D. G. y los codemandados Sres. H. O. S. y M. E. C., por culpa de los accionados. Dispuso que estos últimos le restituyan al actor el Lote * de la Manzana ** del Barrio San Cayetano, de la ciudad de Comodoro Rivadavia, Departamento Escalante, provincia del Chubut, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble en la Matrícula***, y asimismo le abonen la suma de pesos diecisiete mil setecientos ochenta y dos con sesenta y ocho centavos ($17.782,68), con más los intereses fijados en el considerando respectivo, en concepto de daños y perjuicios. Rechazó el reclamo en concepto de pérdida de la chance.

Rechazó asimismo la reconvención solicitada por los codemandados Sres. H. O. S. y M. E. C.

Surge claramente de lo advertido que el juez a quo decidió *extra petita* cuando dispuso que los codemandados reconvinientes le restituyan al actor el Lote * de la Manzana ** del Barrio San Cayetano, de la ciudad de Comodoro Rivadavia, Departamento Escalante, provincia del Chubut, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble en la Matrícula****. Dicha decisión se refuerza cuando se analiza lo expuesto por el propio actor a fs. 121vta./122 en su contestación del traslado de la contestación de demanda y reconvención de los codemandados reconvinientes donde expresamente dice: "Jamás esta parte ha manifestado de forma clara y precisa que se le restituya la propiedad inmueble del Barrio San Cayetano al actor".

Ante la circunstancias apuntadas se hace de aplicación al criterio jurisprudencial que expresa: "Incurre en incongruencia el fallo que decide sobre alguna pretensión u oposición, conteniendo, por lo tanto, menos de lo pedido. También transgrede el principio de congruencia, el fallo que excede las peticiones contenidas en la pretensión o la oposición, concediendo o negando más de lo reclamado por las partes ("Videla, Mauricio Andrés c/ Farrando, Rosario del Carmen p/ Desalojo" - Fallo: 20000003986 - Primera Cámara Civil - Circunscripción: 1 - Mendoza - 2012/04/03, Expediente: 44009 - Ubicación: elDial.com - MC5613).

A mayor abundamiento, el juez ha violado el principio de congruencia, ya que la sentencia se apartó de los capítulos de la litis; esto es, al

supuesto en que la parte dispositiva de la resolución no guarda congruencia extrínseca con las pretensiones deducidas.

A la luz de dichos entendimientos, corresponde declarar la nulidad de la sentencia nro. 82 del día 14/08/13 de fs. 392/395. I.C-1) Atento a la temática planteada tanto por el actor a (fs. 15/16vta.) como por los codemandados- reconvinientes en su contestación de demanda (fs. 83/91vta.), considero, antes de tomar una decisión final, efectuar algunas precisiones.

En relación a la interpretación de las normas, a fin de cumplir con la manda constitucional de afianzamiento de la justicia, el art. 16 del Código Civil puntualiza que el juez debe atenerse a las palabras y al espíritu de la ley. Al respecto tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "La primera regla de la interpretación de las leyes es la de dar pleno efecto a la intención del legislador, la cual debe fluir de la letra o del espíritu de la misma".

Es convencimiento de la suscripta en lo atinente a la interpretación que de las leyes efectúe el juez, que este tiene el mandato esencial y constitucional de realizar la justicia en los casos que caigan bajo su jurisdicción, por lo tanto, la interpretación de la ley que haga debe estar ordenada a ese objetivo. Y es la recurrencia a la equidad lo que salvaguarda la justicia en el caso concreto (*cf*. crit. STJCh, 16-06-1995, Sentencia Definitiva, "Antoun, Néstor Felipe c/ Banco de la Provincia del Chubut s/ Diferencia de Haberes e Indem. de Ley").

Ello así, ya que conforme a la regla "iura novit curia" los jueces tienen no solo la facultad, sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad de hecho y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes, facultad que deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional de la justicia. Por lo tanto, sin perjuicio de lo que opinen las partes, el juez como calificador e intérprete, debe analizar y determinar los efectos de los actos cuya existencia se invoque basado en la voluntad de aquéllas y en la estructura jurídica de la hipótesis concreta en comparación con las leyes en vigor, imponiéndole el referido principio "iura novit curia" el deber de dirimir la litis según el derecho aplicable con prescindencia de los planteos de los justiciables.

En este sentido se ha expedido la jurisprudencia provincial cuando ha determinado: ”El análisis que corresponde efectuar al juzgador de primera instancia, aún sin petición de parte, es sobre si están cumplidos o no los presupuestos necesarios que hagan viable la reclamación del actor, pudiendo interpretar tanto los hechos como las pruebas producidas y debiendo también aplicar el derecho que corresponde al caso, para lo cual por el principio *iura novit curia* no está vinculado por el que fuera alegado por las partes (STJCh, 03-08-1999, Sentencia Definitiva; “Alvarez Bahamonde, Pedro Efren y Otros c/ Petroservice S.A. s/ Demanda Laboral -Haberes e Indemnización de Ley-”).

I.C-2) Surge de la documental agregada por los codemandados reconvincentes (fs. 63/64ta. y el reconocimiento expreso del actor en la contestación a las 1era. a 4ta y 6ta. Posición de la prueba confesional – fs. 269) que inicialmente las partes celebraron un contrato de permuta en febrero de 2000, en el cual los Sres. S. y C. entregaron al Sr. G. el inmueble identificado como Lote *de la Manzana * del Barrio Las Orquídeas, mientras que, este último, entregó a cambio a los primeros el inmueble identificado como Lote * de la manzana ** del Barrio Máximo Abásolo.

Coincido con el distinguido colega preopinante Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes en cuanto que ambas partes se comprometieron a continuar abonando sendas cuotas de los respectivos inmuebles objeto de la permuta, los cuales lo detentaban en carácter de poseedores por cuanto los mismos lo obtuvieron por adjudicación tanto del Banco Hipotecario Nacional -en el caso del actor (agregado como documental por el propio actor fs. 111 – Acta de Entrega de Posesión- y 112/117- Operatoria HB 0311 – Boleto de Compraventa – Convenio de Financiación – especialmente cláusula 1.5 y 2.20- que es coincidente con lo prescripto por el articulo 48, Decreto 540/93 (Carta Orgánica del Banco Hipotecario) que dispone que toda venta "estará sujeta a su aprobación por la autoridad que determine la reglamentación que dicte el banco") como el Instituto Provincial de la Vivienda en el caso de los codemandados. Reconvinientes (conforme CD dirigida por dicho Instituto a los codemandados reconvinientes intimando a la cancelación del inmueble de Barrio Las Orquídeas KM 5 Av. Del Parque nro. ** por falta de

ocupación y mora en el pago - agregado como documental por el actor a fs. 109 e informativa prestada por el Instituto Provincial de la Vivienda y Desarrollo Urbano a fs. 199/202 – prueba ofrecida por los propios codemandados reconvinientes, pto.IV. Informativa Subsidiaria ap. 2) –fs. 90vta.)- en este caso le es aplicable el art. 23 de la Ley XXV nro. 5 del Digesto Jurídico Provincial que contiene la misma prohibición que el referido del Banco Hipotecario Nacional.

A las cuestiones jurídicas apuntadas le corresponde la aplicación del criterio jurisprudencial que determina: "Si bien mediando boleto de compraventa se considera legítima la adquisición de la posesión del inmueble (art. 2355, último párrafo del Código Civil), lo cierto es que para investir la calidad de tercer poseedor es necesario ser propietario del inmueble hipotecado, lo que significa que la cosa debe haber salido del dominio del deudor primitivo para entrar en la del tercero, de donde se sigue que quien solo invoca una mera promesa de venta no reviste tal calidad. ("Banco de Crédito Argentino S.A. c/ Ivanoff, Enrique Rodolfo y otra s/ Ejecución hipotecaria" - CC0201 - LP 88860 RSD-5-99 S - 10-2-1999: elDial.com - W11533).

Concretamente: ni los codemandados reconvinientes, Sres. S. y C.detentaban la calidad de condóminos que aducían en el contrato de permuta celebrado en febrero de 2000 (cláusula primera), ni el actor, Sr. G., era propietario tal como lo expresara en el convenio (cláusula cuarta). Asimismo, emerge claramente que ambas partes tenían pleno conocimiento de la prohibición de transmitir de modo alguno los inmuebles, no pudiendo alegar la ignorancia o error de

derecho, inexcusable, más aún cuando acordaron que cada uno mantendría la obligación de cancelar sus respectivas deudas con los organismos respectivos.

Por las razones expuestas corresponde declarar tanto la nulidad del contrato de permuta celebrado entre las partes en febrero de 2000, como el contrato de compraventa celebrado en septiembre de 2003, y declarando la falta de legitimación activa del actor y de los demandados reconvinientes para reclamarse daños y perjuicios derivados de los actos jurídicos analizados y consecuentemente ordenar la restitución por parte del Sr. D. G. del inmueble identificado como Lote ** de la Manzana * del Barrio Las Orquídeas a los codemandados Sres. H. O. S. y M. E.C.y a los codemandados Sres. H. O. S. y M. E. C. la restitución al Sr. D. G. del inmueble individualizado como Lote * de la Manzana ** del Barrio San Cayetano, de la ciudad de Comodoro Rivadavia, Departamento Escalante, provincia del Chubut, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble en la Matrícula*** .

I.D) Atento a como se ha resuelto en el presente voto corresponde la aplicación de lo prescripto por el art. 282 y 71 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-, razón por la cual corresponde imponer tanto las costas de primera como de segunda instancia en el orden causado. La regulación de los honorarios de los profesionales actuantes tanto de primera como de segunda instancia serán diferidos para el momento del acuerdo donde se los regularán según las pautas establecida por los arts. 6,7, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y

Procuradores Ley XIII, nro. 4)

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria del Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y considerar que esta parte del voto no está comprendida en la manda constitucional del art. 169, a la misma me adhiero.

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

SENTENCIA:

1) Declarar la nulidad de la sentencia nro. 82 del día 14/08/13 de fs. 392/395.

2) Declarar tanto la nulidad del contrato de permuta celebrado entre las partes en febrero de 2000, como el contrato de compraventa celebrado en septiembre de 2003, y, asimismo, declarar la falta de legitimación activa del actor y de los demandados reconvinientes para reclamarse daños y perjuicios derivados de los actos jurídicos analizados.

3) Ordenar la restitución por parte del Sr. D. G. del inmueble identificado como Lote **de la Manzana * del Barrio Las Orquídeas a los codemandados Sres. H. O.S. y M. E. C. y a los codemandados Sres. H. O. S. y M. E. C. la restitución al Sr. D. G. del inmueble individualizado como Lote *de la Manzana ** del Barrio San Cayetano, de la ciudad de Comodoro Rivadavia, Departamento Escalante, provincia del Chubut, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble en la Matrícula***,

4) Imponer de ambas instancias en el orden causado.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a las Dras. M. C. y R. E. G., conjuntamente, en VEINTE (20) JUS, a las Dras. R. G. y A. A. de T., conjuntamente, en VEINTE (20) JUS y al perito contador C. L. N. en SEIS (6) JUS. **6)** Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a la Dra. A. A. de T. en el TREINTA por ciento (30%) de lo regulado a su parte por la labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

NÉLIDA SUSANA MELERO
Presidenta

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2015
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara