

Resolucion Contractual Limites Abuso De Derecho Buena Fe Principio De Conservacion

JURISPRUDENCIA

Resolución contractual. Límites. Abuso de derecho. Buena fe.

Principio de conservación Se confirma la sentencia, desestimándose la pretensión resolutoria por considerársela abusiva, toda vez que, de proceder, se afectarían derechos de terceros en tanto en el predio se construyeron y vendieron otras unidades funcionales; ello, a la luz de los principios de buena fe contractual, conservación del negocio, y seguridad jurídica. En la Ciudad de Azul, a los 30 días del mes de Junio de 2015 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Ricardo César Bagú, Esteban Louge Emiliozzi y Lucrecia Inés Comparato, para dictar sentencia en los autos caratulados: "SALGADO LUDMILA AYELENC/ FERNANDEZ CARLOS MATIAS S/RESOLUCION DE CONTRATOS CIVILES/COMERCIALES ", (Causa Nº 1-59894-2015), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Doctores LOUGE EMILIOZZI-COMPARATO-BAGU .- Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES- 1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 330/339? 2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-VOTACION- A LA PRIMERA CUESTION: el señor Juez Doctor LOUGE EMILIOZZI dijo: I.a) El presente proceso es iniciado por Ludmila Ayelén Salgado, quien promueve demanda contra Carlos Matías Fernández por resolución contractual e indemnización de daños y perjuicios, más intereses, costos y costas. Relata que el día 20.01.2010 Mauro Alejandro Morello y Carlos Matías Fernández suscribieron un contrato de cesión y transferencia de derechos y acciones (obrante a fs. 38/40), por el cual el primero se obligara a ceder y transferir al segundo los derechos y acciones que poseía respecto de una fracción de terreno de 300 metros cuadrados, Matrícula ... de Tandil, cuyo dominio detentara en aquel entonces según Informe Registral de fs. 62, ello en cuanto y supeditado a que el Sr. Fernández cumpliera su obligación de entregar la Unidad Funcional Nro. ..., Polígono ... de 54,60 metros cuadrados, integrante del complejo habitacional que Fernández -por el mismo contrato- se obligaba a construir previa subdivisión del inmueble para someterlo al Régimen de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal. Es decir, que el cesionario Fernández se obligó a cumplir con las obligaciones de construcción del complejo habitacional en 360 días, y a entregar a Morello la Unidad Funcional Nro. ..., Polígono ... en el plazo de 90 días "a contar desde el día de la firma del contrato" (fs. 39 cláusula quinta), venciendo dicho plazo el día 20 de abril de 2010. Las partes pactaron un pacto comisorio expreso en la cláusula séptima del contrato, en los siguientes términos: "La falta de cumplimiento por una de las partes, de cualquiera de las obligaciones contraídas, facultará a la otra, en el supuesto caso que hubiese cumplido las suyas, a considerar resuelto el presente contrato sin necesidad de interpelación previa, sin perjuicio del derecho de reclamar el pago de la indemnización de daños y perjuicios que pudiere corresponder?". La aquí actora (Ludmila Salgado) manifiesta que en fecha 16 de junio de 2010, Mauro Alejandro Morello le vende la fracción de terreno antes identificada, por Escritura Pública Nro. ... (obrante a fs. 33/37); cediéndole y transfiriéndole por contrato privado de la misma fecha (obrante a fs. 55), los derechos y acciones que le correspondían contra Carlos Matías Fernández por contrato de fecha 20.01.2010. La actora explica que por convenio de fecha 2 de julio de 2010 (obrante a fs. 56/57) Fernández se notifica de la transmisión dominial de la fracción de terreno a nombre de Ludmila Salgado; y del contrato de cesión de derechos y acciones, por el cual, la actora habría quedado contractualmente posicionada en el lugar de Morello. Asimismo, en el mismo acto, Salgado otorga al constructor Fernández un plazo de 60 días para el cumplimiento de su obligación de entregar la UF Nro. ..., Polígono ..., desde esta fecha 2 de julio (cláusula cuarta), por lo que el mismo vencía el 2 de septiembre de 2010. La actora alega el constante incumplimiento de la demandada a su obligación de entregar la Unidad Funcional Nro. A fs. 98 vta. esgrime "Y si consideramos que, además de haber incumplido dicha prestación a su cargo ¿en referencia a la obligación de entregar la unidad funcional- la conducta del demandado FERNANDEZ, respecto de MORELLO, se ha distinguido también por su desidia y su indiferencia, y peor aún, por la prepotencia patentizada en el trato dispensado a su acreedor, a quien, en más de una ocasión, amenazó y maltrató sin razón. En ese marco, MORELLO cedió a SALGADO sus derechos y acciones emergentes del contrato, y la situación no mejoró, ya que FERNANDEZ tampoco cumplió con la entrega del departamento a la aquí accionante, en el plazo pactado de sesenta días??. Continúa narrando la actora que en fecha 02.11.2010 remitió carta documento al accionado comunicando la resolución del contrato de fecha 20 de enero de 2010, por exclusiva culpa de Fernández. La misma obra a fs. 45 y su aviso de recibo a fs. 46. Posteriormente, por carta documento de fecha 17.12.2010 (recibida al día siguiente, según fs. 48 y 49) la actora comunica que en función de la resolución operada, intima al demandado a abstenerse de realizar nuevas mejoras, retirar las herramientas, abstenerse de disponer de los departamentos en construcción y abstenerse de perturbar la posesión que detenta.

Finalmente, por carta documento de fecha 24.12.2010, recibida el día 27 (conf. fs. 51/52), intima al demandado a presentar las constancias técnicas y documentales de la realización de mejoras y construcciones en el inmueble objeto de la contratación, para ser evaluadas a los fines de la eventual cancelación de lo que resultare. Aclara que ninguna de estas cartas documento fue respondida y que se ve precisada a promover la presente demanda para que se declare resuelto el contrato que vinculara a las partes y se disponga la indemnización por daños y perjuicios. Por último, es importante destacar que a la demanda se acompañan 20 fotografías del departamento que el demandado debía entregar a la actora, las que obran agregadas a fs. 6/25. Se aclara, en el escrito de inicio, que las mismas fueron tomadas el día 24.10.2010, y que las mismas dan cuenta del estado inacabado de las obras de construcción del departamento, luego del vencimiento del plazo de mención, que hicieron imposible la entrega del mismo (fs. 99).

b) Bilateralizada la demanda bajo el cauce del proceso sumario (fs. 110/111), a fs. 136/142 se presenta el accionado a contestarla y deducir reconvencción. Luego de la negativa de ley, reconoce los antecedentes dominiales y contractuales en los que se funda la demanda, aunque ?naturalmente- disiente en lo que se refiere al incumplimiento que se le imputa. En efecto, el accionado alega que en el mes de agosto de 2010 el departamento que correspondía a la actora se encontraba terminado (fs. 137 vta. in fine), restando solo detalles de terminación que debían concluirse a gusto de la actora y la conexión de gas que solo podía ser solicitada por el titular del inmueble, y que luego de la petición la empresa portadora tarda al menos cuatro meses en colocarlo. Antes de ello, narra que el primer plazo pactado de 90 días era fácticamente imposible de cumplir, puesto que había que construir un departamento terminado partiendo solo desde los cimientos. Que era imposible localizar a Morello cuando se le quería consultar sobre el departamento a entregar. Luego, coincide en afirmar que el plazo tope previsto para la entrega de la unidad funcional era el 2 de septiembre de 2010. Alega que también Salgado era imposible de localizar ?demostrado ello en los diferentes domicilios que la misma denuncia y que dan cuenta de la dificultad de hallarla-. En cuanto a las fotografías acompañadas por la actora, reconoce las mismas pero no la fecha en que las mismas fueron tomadas (fs. 136). A su vez acompaña un acta de constatación labrada el día 04.06.2011, la que es acompañada de varias fotografías ilustrativas del estado del departamento correspondiente a la actora y del complejo habitacional en general (fs. 131/135). Reconviene en consecuencia por cumplimiento de contrato contra la actora. El demandado reconviniendo alega que la actora no cumplió con su obligación de transmitir la nuda propiedad de la fracción de terreno, y ofrece la inmediata entrega de la UF a la actora (fs. 141 vta., punto 5.2.a). Acompaña al escrito de contestación de demanda Carta Documento de fecha 20.12.2010 (fs. 130) rechazando las misivas de resolución de contrato confeccionadas por la actora. Afirma que esta carta documento fue devuelta al remitente por encontrarse vencido el plazo para retirarla, a pesar de los avisos de visita (fs. 129). Sin embargo, a los fines de analizar sus efectos, destaca que tres días antes (fs. 48) Ludmila Ayelén Salgado había enviado una carta documento consignando en el lugar correspondiente a su domicilio la dirección de Viamonte ... dto. ... de Tandil, donde el demandado intentara contestar. Por último ofrece prueba y funda en el derecho que le asiste. c) A fs. 155/161vta. la actora contesta el traslado que de la reconvencción y la documentación se le confiriera a fs. 144. d) A fs. 162 se abrió la causa a prueba y a fs. 175 se proveyeron las medidas probatorias ofrecidas por las partes. Concluida esta etapa se arribó al dictado de la sentencia que viene apelada, cuyo contenido reseñaré en el apartado siguiente. II) El decisorio en crisis dispuso, en su parte resolutive, lo siguiente: 1) rechazar la demanda por resolución contractual incoada por la actora; 2) hacer lugar a la reconvencción planteada por la demandada por cumplimiento de contrato, debiendo la actora recibir el departamento y cumplir con la obligación de escriturar, para finalmente, cumplirse con la subdivisión y el sometimiento a la ley de horizontalidad; 3) imponer las costas a la actora vencida (conforme remisión al considerando cuarto), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad del art 51 de la ley 8904. Las premisas medulares ?de hecho y de derecho- que llevaron al ?a quo? a fallar del modo anticipado pueden resumirse del siguiente modo: a) Al efectuar la reseña inicial (fs. 331vta., 2do. párrafo) aclara que si bien en la demanda se consigna como objeto el de obtener la declaración de resolución contractual por culpa del accionado, de lo que en rigor se trata es de hacer efectiva la misma, ya que, en principio, la resolución ya habría operado por autoridad del acreedor (art. 1204 del Código Civil). b) Califica al contrato que vinculó a Morello y Fernández como de construcción, y luego destaca ?como datos salientes- que el mismo contenía un pacto comisorio expreso y que Morello cedió a la actora su posición contractual, lo que fue aceptado por Fernández. c) Sentado ello, se explaya sobre la naturaleza del pacto comisorio expreso (art. 1204 del Código Civil) y señala que como toda facultad o derecho su ejercicio no puede ser abusivo. d) Afirma que por imperio del art. 375 del C.P.C.C. corresponde a la actora probar el incumplimiento y que el mismo reúne las características que tornan viable la resolución. e) Valorando la prueba rendida en autos desde esa óptica, señala que la única prueba del incumplimiento, o del cumplimiento defectuoso, que produjo la actora, es la declaración testimonial de Noziglia (fs. 261) quien fuera novio de la actora hasta diciembre 2010, y quien respondiera a la pregunta tercera de si el departamento estaba terminado, diciendo que no; sin embargo, en esa misma declaración ?al momento de repreguntar la demandada- reconoce que visitaban el lugar de paso, y que por afuera parecían terminados, pero adentro restaba terminar (primera repregunta). Luego se refiere a las fotografías adjuntadas por la actora a fs. 6/25, reconocidas

por quien las tomara ?testigo Bursese-, quien refiriera (fs. 268) que contratado por el Sr. Salgado ?presuntamente el padre de la actora- tomó las fotos el día 24.10.2010, entendiendo que era el inmueble objeto de autos ??casa de la hija del Sr. Salgado?-, y que se estaría haciendo la obra. A continuación señala que el testigo Morello ?cedente del contrato- solo refiere a su incómoda situación de pariente del Sr. Salgado, y su ?favor? de firmar algo que ni siquiera leyó. Luego destaca que el Sr. Fernández se obligó a entregar un departamento totalmente terminado en las condiciones de construcción que se desprenden del plano de obra nueva obrante a fs. 41, y agrega que, al contrario de lo que surgiría de la prueba de los dichos de la actora, la Unidad Funcional en cuestión estaría terminada (conf. fs. 264 ?declaración testimonial de Alcides Bellido-, fs. 265 ?declaración testimonial de Jorge Alberto Tornatore-, 267 ?declaración testimonial de Fernando Gabriel Díaz-, 133/135 ?constatación notarial del 04.06.11.-), sin perjuicio de reconocer que existen dudas sobre la fecha de terminación, si ha sido en julio, fines de agosto o con posterioridad a la comunicación de resolución del contrato por carta documento de fecha 02.11.2010. f) En otro orden, valora que de la declaración testimonial de fs. 265 y de la propia "causa fin" del contrato de construcción se desprende la existencia de terceros adquirentes de las demás unidades funcionales integrantes del complejo habitacional. g) Como corolario de lo anterior, valora que el departamento fue construido y que otras viviendas integrantes del complejo habitacional han sido vendidas, lo que lo lleva rechazar la pretensión de resolución contractual. h) Finalmente, respecto a la reconvención por cumplimiento de contrato planteada por la demandada a fs. 136/142, afirma en primer término que no surgiendo de las constancias de autos la constitución en mora extrajudicial a la deudora por parte del demandado, ni actos secundarios consecuentes como elegir Escribano a intervenir, deberá el interesado recurrir por la vía que corresponda, a los fines de la escrituración del contrato base de la presente demanda (fs. 338vta.). Sin embargo, más adelante destaca que si no hay plazo determinado para la escrituración debe recurrirse al juez solicitando su fijación. Y ello lo lleva a concluir que habiéndose rechazado la acción resolutoria intentada, deberá cumplirse el contrato, recibiendo ?en los hechos- la unidad funcional la actora, cumpliendo con la transmisión de la propiedad respecto del inmueble al demandado para que pueda cumplir con la subdivisión y planos de copropiedad, para poder adjudicarse finalmente las unidades funcionales conforme al contrato. III) El decisorio reseñado en el apartado anterior fue apelado por la parte actora a fs. 342, recurso que se le concedió en forma libre a fs. 343. Recibidos los autos en esta instancia, la única recurrente expresó agravios a fs. 355/373, obteniendo respuesta a fs. 376/380. Las críticas propiamente dichas ?que en rigor comienzan a fs. 365vta., ya que lo anterior es una reseña de lo obrado en autos- versan sobre los siguientes aspectos: a) Es errado sostener que la carga de la prueba del incumplimiento contractual recae sobre la actora y, como contrapartida, se releve al demandado y reconviniente de la prueba del cumplimiento. Más adelante vuelve sobre este tópico, invocando la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. b) El ?a quo? sostuvo, al valorar las fotografías arrojadas por su parte, que la unidad funcional comprometida estaba en principio construida, por lo que el incumplimiento resultaría parcial o defectuoso. Sin embargo, no tuvo en cuenta que según la cláusula tercera del contrato del 20.01.2010 el accionado se había obligado a construir y luego entregar un departamento totalmente terminado, por lo que no pudo quedar desobligado mediante un cumplimiento parcial o defectuoso. En otro pasaje (fs. 368vta.) insiste en que dichas fotografías revelaban que el departamento no estaba ?totalmente terminado?, y además presentaba signos de humedad y filtraciones, lo que hacía imposible su aceptación. c) El demandado no probó, como le correspondía, que el departamento en cuestión haya estado totalmente terminado en el plazo establecido, con la pertinente aprobación de los planos y la constancia de inspección municipal del fin de obra, y menos aún que lo haya puesto a disposición de la recurrente para que lo recibiera conforme a los términos acordados. d) El accionado tampoco probó que la recurrente hubiera recibido la carta documento que menciona en la contestación de demanda, la cual fuera desconocida por aquélla. e) No se tuvo en cuenta en la sentencia que al suscribirse el ?acta de notificación y fijación de nuevo plazo? se concedió al demandado un último e improrrogable plazo, y que Fernández tampoco respetó el mismo. Consecuentemente, la inejecución del contrato por el accionado alcanzó tal entidad y gravedad que afectó la esencia de la prestación principal puesta a su cargo. f) En la propia sentencia se reconoce que existen dudas sobre la fecha en que el departamento fue terminado, pues se afirma que no se sabe si fue en julio, a fines de agosto, o con posterioridad a la comunicación de la resolución del contrato por Carta Documento de fecha 02.11.2010. g) También quedó demostrada la conducta incumplidora del demandado, lindante con la defraudación y la estafa, por haber vendido departamentos a terceros ajenos al presente juicio. h) De la correcta apreciación de las pruebas surge que la accionante no actuó abusivamente, ya que el incumplimiento del accionado afectó la esencia misma de la prestación principal, a tal punto que su parte no habría celebrado el contrato de haber sabido que la contraprestación no habría de cumplirse en su integridad. i) Las otras prestaciones establecidas a cargo de la recurrente estaban supeditadas al previo cumplimiento por parte del accionado. En consecuencia, resulta injusta la sentencia en tanto condena a su parte a cumplir el contrato sin que la otra parte lo haya cumplido previamente. j) La figura del abuso del derecho no debió ser aplicada de oficio, ya que requiere de alegación y prueba de parte. k) Finalmente, causa agravio la condena en costas por no haber el ?a quo? hallado mérito para apartarse del principio objetivo de la derrota, ya que todo el desarrollo contenido en la expresión de agravios es suficiente para

la revocación del fallo en todas sus partes, incluyendo la aplicación de las costas. IV) A fs. 381 se llamó autos para sentencia, y a fs. 383 se practicó el sorteo de ley. No obstante, a fs. 384 el tribunal convocó a audiencia conciliatoria, la que se llevó a cabo, pero pese a existir un principio de acuerdo el mismo finalmente no se concretó (conf. fs. 387). En consecuencia, las actuaciones se encuentran en estado de resolver. V.a) Si bien el ?a quo? se refirió extensamente a los conceptos generales y principios que campeon en materia de resolución contractual, e inclusive tuvo la generosidad de hacerlo siguiendo un precedente de este tribunal (causa n° 57813, ?Di Giano?, del 13.06.13.), estimo que no es ocioso comenzar esta propuesta decisoria reeditando algunos de los pasajes de ese pronunciamiento y de otro más reciente que versó sobre la misma temática (causa n° 59957, ?Blanco?, del 09.06.15.), y sumar otros conceptos que serán de utilidad para la resolución de este caso. Según una generalizada definición, la resolución es un modo de ineficacia de los negocios jurídicos, que se da en razón de la producción de un hecho sobreviniente a la constitución del negocio, que a veces es imputable a una de las partes y otras veces es totalmente extraña a la voluntad de ellas, y que extingue retroactivamente sus efectos debido a que en la ley o en el propio acto jurídico se le atribuyó esa consecuencia (Rivera, Julio C. ?Instituciones de Derecho Civil. Parte General?, T. II, pág. 913, con sus citas; esta Sala, causa n° 53.580, ?Carotti?, del 10.12.09.). La facultad comisoría es el instituto que permite a la parte cumplidora resolver las obligaciones emergentes de los contratos con prestaciones recíprocas en caso de que su contraparte no cumpla. La expresión facultad comisoría es un género comprensivo de dos especies: la facultad comisoría implícita y el pacto comisorio (Nicolau, Noemí L. ?Fundamentos de Derecho Contractual?, pág. 348 y sig.). Prosigue explicando esta autora que la facultad comisoría implícita es un elemento natural de los contratos con prestaciones recíprocas que autoriza a la parte acreedora de una prestación incumplida a resolver el contrato empleando determinado mecanismo judicial o extrajudicial. Se encuentra regulada en los párrafos primero y segundo de los arts. 216 del Código de Comercio y 1204 del Código Civil. Por su parte, el pacto comisorio es un elemento accidental en los contratos que tiene efectos análogos a la facultad comisoría implícita. Puede ser incorporado en cualquier contrato por acuerdo de partes, y se encuentra regulado, en primer término por el régimen previsto por las partes, y, supletoriamente, por el párrafo tercero del art. 1204 del Código Civil y 216 del Código de Comercio. Además, está contemplado de modo genérico en el art. 1203 del Código Civil (Ibañez, Carlos M. ?Resolución por incumplimiento?, pág. 275). En otro pasaje sumamente esclarecedor explica Nicolau que tanto la facultad implícita como el pacto pertenecen estructuralmente al mismo instituto, pero en nuestro derecho positivo se diferencian por el modo en que operan ante el incumplimiento, pues los Códigos prevén un mecanismo resolutorio diferente para cada uno de ellos (ob. cit., pág. 349). Existe amplio consenso en la doctrina y la jurisprudencia respecto a que la facultad de resolver un contrato por incumplimiento de la contraria no puede ser ejercida abusivamente, esto es, frente a un incumplimiento menor, pues ello colisionaría con los arts. 1071 y 1198 del Código Civil, al tiempo que atentaría contra el principio de conservación del negocio. La cantidad de citas contenidas en la sentencia apelada al respecto me relevan de ahondar sobre el particular, destacándose entre las mismas el precedente de esta Sala ?en su anterior integración- que contara con primer voto del Dr. Céspedes, y en el que se recoge ?mutatis mutandi? (ya que no se trataba estrictamente de un caso de resolución contractual) lo que viene diciendo desde hace mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia acerca de la aplicación de la doctrina del abuso del derecho frente a la reclamación resolutoria de contratos (causa n° 47.676, ?Ibañez de Zijlstra?, del 30.11.04.). Ahora bien, la tarea de determinar cuándo puede considerarse abusiva la resolución no es sencilla, pues nuestro legislador no ha proporcionado previsiones explícitas. No obstante, y a pesar de las diferencias de opinión, es posible advertir que en nuestra doctrina y jurisprudencia prevalece el criterio objetivo, que pone énfasis en el impacto que el incumplimiento produce en la finalidad negocial, en cuanto afecta o deja insatisfecho el interés del acreedor. En definitiva, el juicio sobre la gravedad del incumplimiento exige la ponderación de las concretas circunstancias de hecho, a partir de la especial consideración de la finalidad negocial y de las razonables expectativas que el acreedor se hubiere formado en torno al negocio (puede verse a Frustagli, Sandra ?Resolución contractual por incumplimiento: vía extrajudicial y el control judicial?, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XI, N° V, mayo de 2009, pág. 69 y sig.; Stiglitz, Rubén S., ?La resolución contractual por incumplimiento, que afecta la causa final del negocio?, L.L. 2009-E-772; Ibañez, Carlos Miguel, ?Resolución por incumplimiento?, Astrea, 2003, págs. 178 a 186). En la misma orientación, se dijo en un precedente de esta Sala que ?El art. 1204 no hace mención a la gravedad que debe revestir el incumplimiento. Ramella sostiene que ?el legislador, como es lógico, no se ha aventurado con una fórmula única, sino que ha dejado librado a la apreciación judicial la solución de ese problema?; y agrega que los arts. 1071 y 1198 ?brindan directivas bien amplias que permitirán a los jueces moverse con toda holgura para hacer jugar su prudente arbitrio frente a las circunstancias del caso y llegar en la práctica a soluciones que consulten principios de justicia, no haciendo lugar a pretensiones de resolución, cuando ellas no respondan a un auténtico interés del acreedor (Ibañez, ?Resolución por incumplimiento?, págs. 181 y 184)? (causas n° 54.645 ?Banega? y 54.646 ?González? ?acumuladas- del 15.12.2010). Sin lugar a dudas, y tal como lo explica Ibañez en la página 185 de la obra citada trayendo a colación el art. 1054 del Proyecto de Código Civil de 1998, en este análisis no se puede prescindir del cotejo entre la dimensión del incumplimiento en relación con el valor objeto del

acto. Y vuelve sobre esta idea en la página 190, al aclarar que si bien el incumplimiento parcial ¿como acontece en la especie- no impide la resolución, corresponde examinar la gravedad que el incumplimiento parcial implica en la economía del contrato. Esta faceta de la cuestión también fue analizada en las dos causas de este tribunal arriba citadas (causas n° 54.645 ¿Banega? y 54.646 ¿González? acumuladas- del 15.12.2010), afirmándose que el incumplimiento de que se trata debe ser importante, en el sentido de que ¿...para que el incumplimiento autorice a pedir la rescisión debe referirse a la omisión de cumplir con una obligación fundamental del negocio, cuya importancia comprometa el equilibrio económico o jurídico...? (Zavala Rodríguez, Código de Comercio Comentado, T.I-248, n° 479, anotando el art. 216 de dicho código que es antecedente directo y de redacción similar al art. 1204 C.Civil). Y se agregaba que ¿No todo incumplimiento origina la resolución del contrato. Para ser idónea a tal efecto, la inejecución debe alcanzar tal entidad que afecte una prestación sustancial; o en otros términos, que de haber sabido el acreedor que la prestación no habría de cumplirse en su integridad, no hubiera celebrado el contrato? (Fontanarrosa, Derecho Comercial Argentino, T. II. 112, con igual aclaración que la cita anterior). Desde otra óptica, pero siempre a los fines de evaluar la entidad del incumplimiento, se ha distinguido entre las obligaciones principales y las accesorias. Expresa Ibáñez, siguiendo en este punto a Mosco, que ¿son obligaciones principales todas aquellas que sirven de manera necesaria para la consecución del resultado típico de un contrato determinado. Lo que significa, que son obligaciones principales ante todo, aquellas que configuran las posiciones de cambio; por ejemplo, propiedad de la cosa contra precio de venta, goce de la cosa contra el pago recíproco de la renta? (ob. cit., pág. 190; el resaltado me pertenece). La distinción entre obligaciones principales y accesorias cobra especial relevancia en materia de resolución contractual pues, como explica Ibáñez en la obra citada, el incumplimiento de una obligación accesoria constituye un incumplimiento parcial que en principio no tiene carácter resolutorio (ob. cit., pág. 191). También se refiere a este punto con notable precisión Stiglitz, quien en el trabajo antes citado afirma que constituye presupuesto de hecho relevante de la resolución contractual el incumplimiento de una obligación principal o el incumplimiento de una obligación accesoria siempre y cuando ésta repercuta sobre el buen desenlace de la prestación principal. No me extenderé sobre la aptitud resolutoria de una obligación accesoria por no ser ese el supuesto de autos, pudiendo ampliarse la cuestión en un precedente de esta Sala en el que sí se planteaba la resolución por incumplimiento de una prestación de esa naturaleza (causa n° 53.580, ¿Carotti?, del 10.12.09.). Otro aspecto muy importante a tener en cuenta es que la gravedad del incumplimiento debe valorarse, en primer lugar, considerando lo expresamente pactado por las partes, pues así lo establece el art. 1204, tercer párrafo, del Código Civil (conf. Ibáñez, ¿Resolución?, cit., pág. 182). Por último, esta Sala también ha dicho reiteradamente que con el fin de evaluar si ha mediado o no incumplimiento es imprescindible interpretar los términos del negocio para determinar cuáles eran los comportamientos debidos por las partes (Ramella, Anteo E., ¿La resolución contractual por incumplimiento. Pacto comisorio y mora en los derechos civil y comercial?, pág. 52, cit. por esta Sala en causas acumuladas- 51.691 y 51.692, ¿Lomes? y ¿Alvarez?, respectivamente, del 05.09.08.; n° 53.830, ¿Augelli de Trama?, del 24.02.11.; n° 57.813, ¿Di Giano?, del 13.06.13.; n° 59.957, ¿Blanco?, del 09.06.15., entre otras). Y en esa evaluación que resulta del cotejo entre los comportamientos debidos y los efectivamente cumplidos juega un papel fundamental el principio general de la buena fe (art. 1198 del Código Civil). En tal sentido, se ha dicho que ¿La resolución de los contratos por aplicación del pacto comisorio tiende, en definitiva, a asegurar la reciprocidad y la equidad contractual, pero la interpretación que se haga debe ser equilibrada: con razonabilidad y seguridad, sobre la base de la buena fe. Ello supone ponderar las circunstancias fácticas propias de cada especie, entre las cuales figura, principalmente, el alcance de los actos cumplidos u omitidos por cada una de las partes.? (CC0000 PE C 2421 RSD-23-98 S 18/03/1998 Juez LEVATO (SD), ¿Martini S. A. c/ Matkovic, Antonio N. s/ Resolución contractual y daños y perjuicios?, base Juba). b) Sentadas estas bases, e incursionando ya en los agravios concretos vertidos por la actora perdidos, comenzaré refiriéndome al primero de los reseñados ¿ut supra?, por el cual ¿como vimos- la recurrente se desconforma con la atribución a su parte de la carga de la prueba. Si bien de la lectura de la sentencia apelada surge que el ¿a quo? hizo referencia a la carga de la prueba (vgr. fs. 334vta.), entiendo que ello no resultó dirimente para la solución arribada. De modo que esas referencias contenidas en la sentencia causan a la actora un agravio más aparente que real, aunque es entendible que haya optado por exponer sus críticas al respecto para alejar toda posibilidad de que el recurso se considerara insuficiente en ese aspecto (doctr. art. 260 del C.P.C.C.). Afirmo ello pues el problema derivado de la carga de la prueba se presenta con caracteres críticos y agudos cuando el juez va a dictar sentencia y se encuentra con que en el expediente no hay suficientes elementos de juicio para convencerse de la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos (Eisner, Isidoro ¿La Prueba en el Proceso Civil?, Abeledo Perrot, 1964, pág. 54, cit. por esta Sala en causas n° 52.134, ¿Banco Provincia?, del 12.11.08.; n° 57679 ¿GEFCO?, del 30.04.13.; n° 57.053, ¿Herrera?, del 01.08.13., entre otras). En el caso de autos, ambas partes adjuntaron prueba documental a los escritos constitutivos de la litis y produjeron otras pruebas en la etapa del proceso destinada a ello, por lo que ¿en rigor- no existió orfandad probatoria. Tanto es así que en otro pasaje del decisorio el anterior sentenciante confronta las pruebas producidas por ambas partes para concluir que la unidad funcional en cuestión estaría terminada (fs. 337vta., 2do. párrafo). De modo que la cuestión en autos gira en torno a

la valoración de la prueba (art. 384 del C.P.C.C.) y no a la carga de la prueba (art. 375 del mismo Código), lo que quedará evidenciado en el apartado que sigue. Por lo expuesto -y como ya lo anticipara-, entiendo que este agravio no es dirimente para la resolución de la litis, más allá de reiterar que también se comprenden los motivos que llevaron a la actora a formularlo. c)

Prosiguiendo con las críticas vertidas por la única recurrente, y como fuera anunciado en el apartado anterior, puede observarse que muchos de los pasajes de la expresión de agravios de fs. 355/373 están destinados a cuestionar la valoración de la prueba efectuada por el ?a quo? (doctr. arts. 384, 260 y 266 del C.P.C.C.). Entiendo que la mejor síntesis de estos agravios puede hallarse a fs. 370/vta., donde la recurrente, refiriéndose al pasaje de la sentencia de fs. 377vta. antes aludido, pone de resalto que el propio sentenciante albergó dudas sobre la fecha de terminación del departamento, ya que admitió que no se puede saber a ciencia cierta si fue en julio, a fines de agosto, o con posterioridad a la comunicación de la resolución del contrato (es decir, con posterioridad al 02.11.2010, conf. fs. 45/46). Está claro que estas dudas surgen porque las pruebas producidas en autos son contradictorias. En efecto, recordemos que en la demanda se sostuvo que pese a que el departamento debía entregarse totalmente terminado el día 02.09.2010 ello no acaeció, ya que el día 24.10.2010 el mismo se encontraba en las condiciones que ilustran las fotografías de fs. 6/25, lo que determinó que el día 02.11.2010 la actora enviara una carta documento a la accionada comunicándole su decisión de resolver el contrato. Esta versión de los hechos narrada por la actora en la demanda se vería confirmada por el testigo Federico Pablo Noziglia (fs. 261, respuestas a la tercera pregunta y a la primera repregunta) y por las fotografías de fs. 6/25, tomadas el 24.10.2010, sobre las que luego volveré (doctr. arts. 330 inc. 4to., 375 y conc. del C.P.C.C.). Por su parte, al contestar demanda y reconvenir el Sr. Fernández manifestó que en el mes de agosto el departamento que correspondía a la actora se encontraba terminado, faltando solo detalles de terminación ?a gusto de la actora- y la conexión de gas (fs. 137vta.). Esta versión de los hechos narrada por el accionado encontraría respaldo en las declaraciones testimoniales de Alcides Bellido (fs. 264, respuesta a la séptima pregunta del interrogatorio obrante a fs. 262), Jorge Alberto Tornatore (fs. 265, respuesta a la séptima pregunta del interrogatorio obrante a fs. 262) y Fernando Gabriel Díaz (fs. 267, respuesta a la séptima pregunta del interrogatorio de fs. 266). Frente a pruebas tan contradictorias, deviene necesario extremar el análisis bajo las pautas de la sana crítica (art. 384 del C.P.C.C.) para intentar representarse cómo acaecieron realmente los hechos. En este sentido, y con particular referencia a la prueba testimonial, se ha dicho que si no existe mérito para privilegiar ciertas declaraciones por sobre otras corresponde prescindir de este medio probatorio (arts. 384 y 456 del C.P.C.C.; esta Sala, causas n° 27.153, ?Massaro? del 03.10.85.; n° 29.887, ?Sautu? del 24.06.88.; n° 32.287 ?García?, del 27.03.91.; n° 51.424 ?Arrieta? del 31.03.08.; Sala II, causa n° 37.176, ?Popovich de Vismara? del 19.03.96. y doctrina y jurisprudencia allí citadas: Palacio, Lino E. ?Derecho Procesal Civil?, T° IV, pág. 654; Devis Echandía, Hernando ?Requisitos para la existencia del testimonio de terceros?, en Rev. Arg. de Derecho Procesal N° 4, año 1968, pág. 33 y subs.). Sin embargo, y conforme se desprende de lo dicho, tan extrema solución se impone solo en caso de que no existan elementos que permitan privilegiar un testimonio por sobre el resto, ya que en caso contrario ?no se afectan las reglas de la sana crítica cuando por motivos razonables se da mayor fe a unos testigos sobre otros? (Conf. Ac. y Sent. 1967-II, pág. 13; 1967-I, pág. 599; 962-II, pág. 104; 1961-V, pág. 537, citados por esta Sala en causas n° 50.147 ?González? del 07.12.06.; n° 51.499, ?Bonetto? del 30.04.08.; n° 51.586, ?Juan? del 21.05.08.; n° 52.328 ?Cooperativa? del 23.12.08.; n° 56.170, ?Masson? del 17.05.12.; n° 56.547, ?Reyero? del 14.06.12.; n° 57.601, ?López Osornio? del 09.04.13., entre otras; Cám. de Apel. en lo Civ., Com., Crim. y Correcc. de Zárate, 15.10.96., L.L.Bs.As. 1997-251, citado en ?Código Procesal?? de Highton - Areán, T. 8, pág. 366). Lo que debe hacerse, en definitiva, es evaluar la prueba en su conjunto y no como si los distintos medios fueran compartimentos estancos, ya que es el conjunto, es decir, la valoración integral, la que da la prueba sintética y definitiva que permite reconstruir los hechos y restar mérito a las pruebas aisladas o no convincentes (esta Sala, causa n° 54543, ?Provincia Seguros S.A.?, del 02.11.2010, con sus citas). Aplicando estos principios al caso de autos, entiendo que las fotografías agregadas por la actora a la demanda, obrantes a fs. 6/25, resultan dirimientes para dar respuesta a esta cuestión fáctica. En efecto, las mentadas fotografías dan cuenta que el departamento que debía entregarse a la actora estaba muy lejos de encontrarse terminado, ya que las paredes no estaban pintadas, y había marcos y muebles sin terminar y sanitarios sin colocar. Mas aún, dichas fotografías también dan cuenta de que el inmueble presentaba defectos de construcción, que aunque eventualmente pudieran ser solucionados existían en ese momento, tales como aparentes manchas de humedad (fotografías de fs. 6, 10, 11, 15, 16) y rajaduras en paredes (fs. 13). El estado de precariedad del que dan cuenta dichas fotografías queda aún más patentizado si se las coteja con las que adjuntó el accionado al contestar demanda, obrantes a fs. 133/134, donde sí puede apreciarse el departamento en perfectas condiciones. Sin embargo, recordemos que estas fotografías fueron tomadas recién el día 04.06.2011. Tan elocuentes son las fotografías adjuntadas por la actora a la demanda que ?como antes vimos- al contestarla el accionado las reconoció pero desconoció la fecha en que las mismas fueron tomadas (fs. 136). Indudablemente el Sr. Fernández no tenía otra opción a la hora de diseñar su estrategia procesal, ya que si su intención ?que se concretó en la contestación de demanda- era sostener que el departamento estaba terminado en agosto de 2010, no tenía cómo

justificar que en octubre del mismo año se encontrara en el estado que ilustran las fotografías. Sin embargo, el ¿a quo? tuvo por probado que las fotografías datan del día 24.10.14., valiéndose para ello del testimonio del Sr. Bursese (fs. 268) que fue quien las tomó (sent., 2do. párrafo de fs. 337). Este aspecto del decisorio, que es de suma importancia pues esas fotografías permiten tener un conocimiento cabal del estado del inmueble al 24.10.10., no fue rebatido por el accionado, quien ¿aunque vencedor en primera instancia- tenía la carga de hacerlo en la oportunidad y por la vía indicadas por esta Sala al llamar a expresar agravios (fs. 353). De todos modos, tampoco advierto con qué argumentos se podría haber restado credibilidad a ese testimonio, ya que el testigo aseveró que las fotos fueron tomadas el 24.10.2010 y que lo recordaba porque las tenía en archivo en su PC, a lo que se suma que no fue repreguntado (arts. 440 2do. párrafo y 456 2da. parte del C.P.C.C.). Por otro lado, existe otro elemento que me inclina a dar crédito a la versión de los hechos proporcionada por la actora, como es la conducta procesal observada por el demandado en este proceso, la que puede considerarse elemento de convicción corroborante de las pruebas, tal como lo establece la segunda parte del inc. 5to. del art. 163 del Código de la Nación, reforma que si bien no está contenida en el Código Provincial se inspiró en soluciones jurisprudenciales (esta Sala, causa n° 51.658, ¿James & Son Argentina S.A.?, del 25.09.08., con sus citas: Fenochietto-Arazi, ¿Código...?, T. I, pág. 635; Obra colectiva ¿La valoración judicial de la conducta en juicio?, dirig. por Jorge W. Peyrano, esp. págs. 60, 90, 125, 157 y 216, entre otras; ídem causa n° 52365, ¿Rivera?, del 11.12.08., voto del estimado ex colega Dr. Céspedes, donde se pone el acento en la valoración de las conductas procesales auto contradictorias). En efecto, como ya lo hemos dicho, al contestar demanda el accionado sostuvo que el departamento estaba terminado en agosto de 2010. Y para explicar de algún modo por qué no le fue entregado a la actora achacó a ésta encontrarse ¿desaparecida?, es decir, que era imposible ubicarla. Esto surge de varios pasajes de la contestación de demanda, e importa imputar falta de colaboración a la actora, la que ciertamente podría ser obstativa de la resolución (doctr. art. 1203 del Código Civil). Ahora bien, al declarar como testigo el Sr. Alcides Bellido, y serle preguntado por qué motivo la actora no tomó posesión del departamento, contestó ¿porque empezó a pedir cosas que no estaban en el contrato como revestimiento de todo con Tarquini, hacer parrilla, agrandar su propio patio para el lado de las cocheras, que eran del consorcio y pilas de pavadas, en una palabra.? (fs. 264, respuesta a la pregunta 8va. del interrogatorio obrante a fs. 263). Es importante tener en cuenta que este testigo fue ofrecido por el propio demandado, y tenía un conocimiento directo de la situación porque junto al testigo Jorge Alberto Tornatore (quien declaró a fs. 265) son socios de la firma ¿BCG Propiedades? que comercializó algunos de los otros departamentos construidos por el accionado. Es más que claro que esa respuesta echa por tierra la explicación que pretendió esgrimir el accionado en su contestación de demanda acerca de los motivos por los cuales no le fue entregado el departamento a la actora pese a que éste se encontraba totalmente terminado. Tanto es así que al tomarse la declaración testimonial al Sr. Tornatore (fs. 265) el accionado desistió de esa pregunta, sin que sea difícil inferir que lo hizo por el temor a que contestara en términos semejantes a los de su socio, ya que de otro modo no se explica por qué se desistió una pregunta que era tan importante para dar sustento al argumento defensivo del accionado. Por otro lado, esa respuesta puntual y detallada que brindó el testigo Bellido acerca de los requerimientos de la actora también resta crédito a la argumentación que emplea el demandado sobre los continuos cambios de domicilio de la Srta. Salgado y sobre la influencia que ello pudo haber tenido en el incumplimiento del contrato. Todo lo expuesto me lleva a concluir que los agravios de la actora referidos a esta cuestión fáctica son de recibo, es decir, que puede tenerse por probado que el departamento no se encontraba terminado en la fecha en que debía entregarse. d) Ahora bien, la conclusión arribada en el apartado anterior no es suficiente para dar una respuesta definitiva a la primera cuestión planteada. Ello es así pues si bien el ¿a quo? admitió albergar dudas sobre la fecha exacta en la que el departamento fue terminado (fs. 337vta., 2do. párrafo), a continuación entendió que frente al hecho de haberse construido el departamento de la actora, y haberse enajenado otros departamentos del complejo habitacional, resultaba abusivo pretender la resolución del contrato. Ello también fue motivo de agravios, ya que la actora manifestó que el sentenciante no podía aplicar de oficio la figura del abuso del derecho, en desmedro del derecho de defensa de las partes (fs. 372vta.). Una lectura atenta y detenida del escrito de contestación de demanda y reconvención (fs. 136/142) revela que el accionado siempre se aferró al argumento defensivo antes mencionado, es decir, sostuvo que el departamento estaba terminado en agosto de 2010 y no fue entregado a la actora por falta de colaboración de ésta, quien se encontraba desaparecida. En ese marco argumentativo jamás esbozó, ni siquiera como argumento coadyuvante o subsidiario, que la pretensión resolutoria de la actora pudiera resultar abusiva por ser incoada ante un incumplimiento de escasa importancia. De modo que este agravio nos coloca frente a una interesantísima cuestión en la que convergen el derecho de forma y de fondo, como es la de determinar si el abuso del derecho puede ser aplicado de oficio por los jueces. Casualmente abordamos esta cuestión en un trabajo escrito en coautoría con el Sr. juez de primera instancia y otro docente de la Facultad de Derecho de la UNICEN (Hess, Esteban ¿Louge Emiliozzi, Esteban ¿Zárate, José, ¿El abuso del derecho, aspectos teóricos y prácticos?, publicado en la revista digital ¿Cartapacio de Derecho? editada por la mentada Facultad). Al referirnos puntualmente a esta cuestión señalamos que la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado en ambos sentidos, citando trabajos y obras de Kemelmajer de Carlucci, Trigo

Represas y López Mesa, y Rivera. Y seguidamente proporcionamos nuestro propio parecer, afirmando ?mediante remisión a un anterior trabajo de nuestra autoría publicado en la misma revista- que al ser el abuso del derecho un principio general del derecho, y constituir la conducta abusiva un acto ilícito en sentido lato, nos acercábamos a la postura de aquellos que admiten la posibilidad de aplicar de oficio la teoría del abuso del derecho, es decir, aún sin invocación de parte. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que el tema es complejo, a tal punto que Kemelmajer de Carlucci cita precedentes de la S.C.B.A. y de la C.S.J.N. que vedarían la posibilidad de aplicar oficiosamente esta figura (autora citada, ?Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina?, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 16, ?Abuso del Derecho?, pág. 209 y sig., esp. págs. 278/279, con cita de la S.C.B.A., Ac. 32434, ?Santoro?, del 30.04.85., J.A. 1985-IV-134 y de la C.S.J.N., ?Frizza?, del 01.04.80.). Ahora bien, no obstante la opinión expresada en tal oportunidad, entiendo que las especiales particularidades de este caso tornan inaplicable de oficio la figura del abuso del derecho. Afirmo ello pues, como antes lo puse de resalto, la versión de los hechos proporcionada por el accionado al contestar demanda marchó por un andarivel totalmente distinto, ya que sostuvo ?y lo digo una vez más aún a riesgo de ser reiterativo- que el departamento estaba terminado en agosto de 2010, y que no pudo ser entregado a la actora por falta de colaboración de ésta. Nótese que en el trabajo antes citado mencionamos que la aplicación oficiosa del abuso del derecho no implica violación al principio de congruencia, toda vez que al hacerlo los jueces no se apartan de los hechos invocados en los escritos postulatorios, por lo que su decisión se basa en la aplicación del derecho vigente, a la luz de la plataforma fáctica propuesta. Se trataría, en definitiva ?y esto no está dicho en ese trabajo pero lo afirmo aquí- de una aplicación del principio ?iura novit curia?. Pero esto no ocurre en el caso, ya que, como dijimos, la defensa del accionado se funda en la falta de colaboración del acreedor y no ?y ni siquiera de manera implícita- en un ejercicio abusivo del pacto comisorio. Por último, no soslayo de ninguna manera la importancia y bondades que tiene el instituto del abuso del derecho y su recepción expresa en un ordenamiento jurídico determinado, y así lo pusimos de resalto en el restante trabajo mencionado con anterioridad (Hess, Esteban ? Louge Emiliozzi, Esteban ? Zárate, José, ?La naturaleza jurídica del abuso del derecho?, en la revista digital ?Cartapacio de Derecho? editada por la Facultad de Derecho de la UNICEN). Sin embargo, tampoco podemos pasar por alto lo dicho más arriba en torno a la mala fe exhibida por el demandado al menos en el proceso, por lo cual, de aplicarse de oficio la figura del abuso del derecho, se beneficiaría con la aplicación de ese principio general del derecho a quien ha violado otro principio general del derecho de similar entidad. Nótese, para corroborar lo expuesto, que en el nuevo Código Civil y Comercial ?aun no vigente- ambas figuras se encuentran reguladas en el Capítulo III del Título Preliminar destinado al ejercicio de los derechos (arts. 9 y 10), lo que deja en claro ?a mi juicio- que ambos principios generales revisten similar trascendencia. Todo ello me lleva a concluir, en consonancia con lo resuelto por la Excma. S.C.B.A. en el precedente ?Santoro?, que asiste razón a la recurrente al señalar que en este caso concreto la aplicación oficiosa del abuso del derecho resulta contraria al principio de congruencia (arts. 34 inc. 4to., 163 inc. 6to. y conc. del C.P.C.C.). e) Si bien con lo dicho en el apartado anterior sí quedaría sellada la procedencia del agravio, considero conveniente verter algunas consideraciones adicionales, aunque más no sean breves, para explicar que tampoco considero que la actora haya actuado abusivamente. No ignoro que no es de buena técnica agregar consideraciones ?a mayor abundamiento? cuando ya se arribó a una conclusión que es dirimente para la resolución del pleito. Sin embargo, dada la opinabilidad de la cuestión tratada en el apartado anterior ?aplicación oficiosa del abuso del derecho-, considero que estas breves consideraciones adicionales pueden brindar una respuesta más completa a los justiciables. En primer lugar, es dable recordar que en la cláusula tercera del contrato que dio origen a este pleito se estipuló que el Sr. Fernández entregaría al Sr. Morello un departamento ?totalmente terminado?. A su vez, en la cláusula séptima se facultó a la partes para resolver el contrato en caso de que la otra incumpliera ?cualquiera de las obligaciones contraídas?. Una integración de ambas cláusulas permite concluir que las propias partes definieron en qué casos procedería la resolución contractual, tal como lo autoriza el art. 1204 tercer párrafo del Código Civil. En segundo lugar, es importante recordar que en el primer contrato (fs. 38/39), celebrado el día 20.01.2010, se estipuló que el departamento sería entregado en el plazo de noventa días (cláusula quinta), pero en el acto de ?notificación y fijación de nuevo plazo?, celebrado el día 02.07.2010 (fs. 56/57), y del cual participó el demandado, las partes acordaron que la actora otorgaba al demandado ?el último e improrrogable plazo de sesenta (60) días a contar desde la fecha de la firma del presente, para que éste cumpla las obligaciones a su cargo establecidas en la cláusula tercera del contrato de referencia, bajo apercibimiento de considerar resuelto el mismo.?. De modo que el accionado no podría alegar que fue ?sorprendido? por un planteo de resolución demasiado prematuro, dado que contó con un plazo originario que luego fue extendido, aclarándose expresamente que el nuevo plazo era ?último e improrrogable?. A propósito de este tema, no puedo dejar de mencionar que es muy llamativa la expresión vertida por el accionado al contestar demanda, cuando afirma ?Resulta imposible que se entregue donde solo había cimientos hechos un departamento terminado a los 90 días de la firma de un contrato, cuando por otro lado se establece que toda la construcción demandará como mínimo 360 días.?. (fs. 137, primer párrafo). Si bien entiendo, acudiendo a las máximas de la experiencia que integran la sana crítica (art. 384 del C.P.C.C.), que ello es rigurosamente

cierto, no deja de ser sorprendente que el profesional haya accedido a celebrar un contrato sabiendo que fatalmente caería en incumplimiento (doctr. 902 del Código Civil). Estas ligerezas e improvisaciones en las que incurren los contratantes al momento de celebrar el negocio son las que muchas veces dan origen a pleitos de esta naturaleza. Más aún, entiendo que el plazo ?reprogramado? también podía resultar exiguo, más ello no fue ni siquiera insinuado por el accionado en su contestación de demanda pues hubiera sido contradictorio con su versión de que el departamento se encontraba terminado antes del vencimiento de ese nuevo plazo. En otro orden, entiendo que las fotografías obrantes a fs. 6/26, que dan cuenta del estado del departamento al 24.10.2010, dejan a las claras que el incumplimiento del accionado fue importante. Si bien puede ser cierto que el departamento se encontraba ?construido? a esa fecha, restaban realizar muchas tareas para que el mismo pudiera considerarse ?totalmente terminado?, es decir, en el estado que ilustran las fotografías de fs. 133/134. Y acudiendo una vez más a las máximas de la experiencia, es sabido que las ?terminaciones? de una construcción son muy demandantes en tiempo y en dinero, ya que deben adquirirse una gran cantidad de elementos (pinturas, sanitarios, griferías, electrodomésticos, etc?) y coordinar la actividad de muchos profesionales (gasistas, plomeros, pintores, carpinteros), lo cual puede ser muy engorroso para quien no se dedica a esta actividad. Y a eso debemos sumar que las manchas de humedad y rajaduras de las que dan cuenta esas fotografías también permiten inferir que había que hacer reparaciones de albañilería. Para corroborar lo expuesto podemos apreciar que la actora notificó a la accionada su voluntad de resolver el contrato el día 02.11.2010 (fs. 45/46) y las fotografías del departamento terminado fueron tomadas el día 04.06.2011. (fs. 131/133). Ello permite presumir que el Sr. Fernández necesitó varios meses para terminar realmente el departamento. No soslayo que esas fotografías fueron tomadas por el accionado pocos días antes de la contestación de demanda (conf. fs. 143vta.), lo que podría explicar la fecha en que fueron obtenidas. Sin embargo, si tenemos en cuenta que el accionado ya había sido notificado de la voluntad de resolver el contrato por carta documento de fecha 02.11.2010, no es lógico que haya aguardado tanto tiempo para muñirse de ese elemento que podía ser muy importante para resistir la voluntad resolutoria expresada por la otra parte. VI) Si lo dicho hasta aquí es compartido, y en virtud de los efectos que produce la resolución del negocio ?a los que me referiré a continuación-, debemos pronunciarnos sobre las distintas pretensiones contenidas en el escrito de demanda. Esto es así por aplicación del principio de ?plenitud de la jurisdicción?, según el cual en estos casos en los que no se comparte el fundamento del juez por el cual se rechazaron las pretensiones contenidas en la demanda, debe la alzada pronunciarse sobre las mismas, sin que corresponda devolver el expediente al juez de primera instancia para que dicte un nuevo decisorio (De los Santos, Mabel ?Flexibilización de la congruencia?, La Ley del 22.11.07., mediante remisión a otro trabajo de la misma autora: ?Procedimiento en segunda instancia?, en la obra colectiva ?Recursos ordinarios y extraordinarios?, Arazi (dir.) De los Santos (coord.), pág. 209; esta Sala, causas n° 53.322 ?Larregina? y sus acumuladas, del 22.10.09., voto Dra. Fortunato de Serradell; n° 53.799, ?Veiga?, del 25.02.10.; n° 55.098, ?Volonté?, del 15.07.11.; n° 55.193, ?Sucesores de Abdala? del 25.08.11.; n° 55.573, ?De Lorenzo?, del 15.12.11.; n° 57.813, ?Di Giano?, del 13.06.13., entre otras). Como es sabido, la resolución de un negocio jurídico produce efectos: a) extintivo: las obligaciones de ambas partes se extinguen con efecto retroactivo; b) liberatorio: el acreedor se libera de las obligaciones contractuales y también el deudor; c) recuperatorio (o restitutorio): las partes deben restituirse mutuamente lo que cada una de ellas hubiera recibido de la otra; d) resarcitorio: la resolución del contrato por el incumplimiento del deudor genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el acreedor (esta Sala, causas n° 51487, ?Vázquez? del 12.03.2008, voto Dra. Fortunato de Serradell; n° 52858, ?Romero? del 07.05.2009, voto Dr. Céspedes; n° 53.830, ?Augelli? del 24.02.11., voto del suscripto; n° 56.562, ?Granda? del 01.11.12., voto de la Dra. Comparato, con cita de Ibañez, ?Resolución por incumplimiento?, pág. 291, entre otras). a) En este caso, y comenzando por los efectos restitutorios, si bien la actora se refirió a ellos en el escrito de demanda (fs. 99vta./100vta.), es lo cierto que en la audiencia conciliatoria celebrada en primera instancia (fs. 323) las partes acordaron diferir la producción de las pruebas conducentes para dirimir este tópico para un momento posterior a la sentencia, ya que advirtieron ?con buen criterio- que las mismas sólo serían necesarias en caso de que el decisorio resultara favorable a la actora. Consecuentemente, si este decisorio adquiere firmeza, deberán producirse esas pruebas en la instancia de origen y resolverse sobre el particular a través de los carriles procesales que el Sr. Juez de grado considere más adecuados haciendo uso de sus facultades ordenatorias (doctr. arts. 36 y 165 2do. párrafo ?aplicado analógicamente- del C.P.C.C.). b) En cuanto a los efectos indemnizatorios (art. 1204, segundo párrafo, última parte, y conc. del Código Civil), en la demanda se solicitó el lucro cesante derivado de no poder disponer del inmueble para darlo en alquiler ?estimándose el cánón locativo en la suma de \$ 1500 mensuales- y el daño moral causado por la imposibilidad de disfrutar y disponer del inmueble (fs. 100vta./101vta.). i. Comenzando por el daño patrimonial, la noción de ?lucro cesante? no se agota en ganancias frustradas derivadas del cumplimiento tardío. Pueden computarse también ?ganancias frustradas derivadas del incumplimiento definitivo de la prestación? (conf. Zanonni Eduardo ?El daño en la responsabilidad civil?, pág. 143). Este autor trae a colación un fallo de la Cámara Nacional Civil en Pleno en autos ?Civit c/Progress S.A.? (del 22-2-90, public. LL 1990-B-474, JA 1990-III-49) que por mayoría sentó la siguiente doctrina legal: ?al

declararse la resolución del contrato...es viable el resarcimiento por el lucro cesante por los daños y perjuicios ocasionados durante el tiempo que perduró la mora del contratante incumplidor?. Zanonni sienta su posición expresando que debe estarse a la casuística y no desestimar la indemnización del lucro cesante a quien solicitó la resolución del contrato. Gregorini Clusellas, por su parte, considera justa la solución arribada en el plenario (¿Pacto comisorio y el resarcimiento del lucro cesante. El plenario Civit c/ Progress?, en ¿Derecho Privado?, libro homenaje a Alberto J. Bueres, pág. 1217 y sig.; cit. por esta Sala en causa n° 53789, ¿Vicente?, del 13.05.2010). Sin embargo, en el caso de autos la actora no ha demostrado por ningún medio su intención de dar en locación el inmueble a cuya entrega se había comprometido el demandado (doctr. arts. 375 y 165 tercer párrafo del C.P.C.C.). Así las cosas, deviene aplicable la doctrina según la cual ¿Cuando se acciona en virtud de la responsabilidad contractual o extracontractual, el perjuicio para que sea resarcible debe ser cierto, corriendo su prueba por cuenta del que lo reclama, quien debe demostrarlo de manera fehaciente, siendo ineficaz la mera posibilidad de producción de ese perjuicio. Para el derecho la prueba del daño es capital: un daño no acreditado carece de existencia. El resarcimiento sólo nace del perjuicio existente pero no de los daños hipotéticos, los daños eventuales no son resarcibles? (esta Sala, causa n° 42067, ¿Di Leo?, del 22.02.01., voto del Dr. Hernán Ojea, con cita de la SCBA, L 37989 del 08.11.88.). Por lo expuesto, el resarcimiento de este rubro no es procedente. ii. En relación al daño moral, sabido es que los arts. 1078 y 522 se refieren a él, siendo estas normas de aplicación a las órbitas de la responsabilidad extracontractual y contractual, respectivamente. Ciñéndonos al ámbito contractual por ser el que en este caso nos ocupa, la Excma. Suprema Corte Provincial tiene sentada una pacífica doctrina legal según la cual ¿En materia contractual ¿donde resulta de aplicación el art. 522 del Código Civil- el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica quedando a cargo de quien lo invoca la acreditación precisa del perjuicio que se alega haber sufrido. En tal sentido se requiere la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos o de los negocios (Ac. 39.185, sent. del 27-XII-1988 en "Acuerdos y Sentencias", 1988-IV-631; Ac. 40.197, sent. del 21-II-1989 en "Acuerdos y Sentencias", 1989-I-149; Ac. 46.042, sent. del 23-IV-1992 en "Acuerdos y Sentencias", 1992-I, 769; Ac. 57.527, sent. del 20-XI-1996; Ac. 58.441, sent. del 30-IX-1997; Ac. 73.965, sent. del 21-III-2001 en "D.J.B.A.", 160, 192) (C. 89.068 ¿Flores...? del 18.07.07., con sus citas; puede consultarse ¿in extenso? esta Sala en causas n° 53.580, ¿Carotti?, del 10.12.09. y n° 53789, ¿Vicente?, del 13.05.2010, entre muchas otras). Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala tiene reiteradamente dicho que las diferencias de régimen que a primera vista parecerían desprenderse de la distinta redacción de los arts. 522 y 1078 del Código Civil son más aparentes que reales, ya que la primera de esas normas no debe ser interpretada en el sentido de otorgar al Juez facultades arbitrarias para conceder o no la indemnización, de lo que se sigue que de comprobarse una lesión a un interés espiritual (ya sea por prueba directa o por presunciones) el Juez deberá conceder la reparación del daño moral (puede verse in extenso la causa de esta Sala n° 56681, ¿Armendano?, del 27.09.12., con sus citas, en especial de la S.C.B.A.; ídem Vázquez Ferreyra, ¿Los presupuestos del deber de reparar?, La Ley 2012-C, 671). Haciendo aplicación de dicho criterio esta Sala ha considerado procedente el daño moral contractual en una innumerable cantidad de precedentes (vgr. causas n° 53.830, ¿Augelli?, del 24.02.11., en el que se reclamaba ¿entre otros conceptos- el daño moral por la privación de uso de un inmueble destinado a vivienda; n° 56003, ¿Lalli?, del 30.03.12., con ilustrado primer voto de mi estimada colega Dra. Lucrecia Comparato en el que se profundizan diversos aspectos del daño moral contractual; n° 59.268, ¿Zampieri?, del 22.12.14.). En el caso de autos, la circunstancia fáctica que se pone de relieve para solicitar el daño moral es la imposibilidad de disfrutar y disponer del bien inmueble (fs. 101). Al respecto, la doctrina tiene dicho que debe privar un criterio restrictivo respecto al reconocimiento de un daño moral resarcible por el menoscabo, pérdida o destrucción de cosas y que su procedencia requiere de una prueba más categórica, orientada a persuadir al juzgador sobre la existencia de un interés no patrimonial cierto, ligado a un bien patrimonial, conculcado por el ilícito, y de una minoración espiritual que es la consecuencia de esa situación (Conf. Pizarro, Ramón Daniel ¿Daño moral?, pág. 553, citado por esta Sala en causa n° 50.386, ¿Mazur...?, del 19.04.07.). Como ya hemos visto, en la demanda se afirmó que el inmueble estaba destinado a ser dado en locación, por lo cual no se advierte ¿ni ha sido probado- que su privación pudiera haber afectado a la actora en la esfera extrapatrimonial. Por lo expuesto, entiendo que este rubro tampoco puede prosperar. Así lo voto. A LA MISMA CUESTION, la Señora Juez Doctora LUCRECIA COMPARATO, dijo: Con el mayor respeto que me merece mi estimado colega Dr. Esteban Louge Emiliozzi, adhiero al voto preopinante hasta lo dicho en el apartado V-a inclusive, más he de disentir respecto de la apreciación de la prueba y la conclusión a la que arriba. Entiendo que, conforme lo resolviera el Sr. Juez de la instancia de origen, no puede determinarse con certeza la fecha en la cual el demandado concluyó la obra.- A tal fin mencionó que los testigos ofrecidos por las partes no son contestes al respecto.- Es así que, las fotos obrantes a fs. 6/25 han sido reconocidas por las partes en cuanto se refieren al departamento que el demandado debía construir a favor de la actora, mas difieren las partes en cuanto a la fecha en que las mismas fueron tomadas.- No

surge impresa en las fotografías dicha fecha, no se ha adjuntado comprobante de fecha de impresión o ticket de pago de las mismas (desde donde pueda verificarse una fecha), tampoco acta de escribano, solo consta el testimonio del fotógrafo quien a fs. 268 manifiesta que fueron tomadas con fecha 24 de Octubre de 2010, tal testimonio no se condice con lo manifestado por los testigos Bellido, Tornatore y Diaz quienes manifiestan que la obra se encontraba terminada en el mes de Julio o Agosto del año 2010 (fs. 264/265 y 267).- Sabido es que, frente a testimonios contradictorios y no siendo posible otorgar mayor credibilidad a unos sobre otros corresponde prescindir de dicha prueba (conf. SCBA 15/4/80. Rep. LL XL, J-Z, 1980, sum 54, citado por Kielmanovich ?Teoría de la prueba y medios probatorios?, pág. 353).- No esta demás decir que ello no ha logrado ser desvirtuado por la apelante al expresar los agravios.- Asimismo, la actora remite carta documento con fecha 2 de Noviembre de 2010, la que no es contestada por el demandado, quien luego contesta la remitida con fecha 17 de Noviembre de 2010 al domicilio que surge de la carta documento remitida por la apelante y que no es retirada por la misma frente al aviso dejado por el Correo Argentino (fs. 129), en dicha carta se le hacía saber que el departamento se encontraba terminado (fs. 130), así es que con fecha 24 de Diciembre del mismo año la actora remite otra carta documento haciéndole saber que había quedado resuelto el contrato.- Por otra parte no ha de soslayarse el testimonio de Mauro Morello (fs. 259/260) señalado también en la sentencia en crisis, por el que se denuncia una maniobra al menos reñida con la buena fe contractual, toda vez que manifiesta haber firmado los convenios solo como un favor a su suegro el Sr. Juan Carlos Salgado, padre de la hoy actora Ludmila Salgado.- Entiendo que, tal como lo señalara mi estimado colega preopinante, se encontraba a cargo del demandado probar el hecho extintivo (esto es que culminó la obra conforme lo pactado), ahora bien, es también lo cierto que, se ha probado en autos que la obra se encuentra culminada conforme constancia notarial y fotografías obrantes a fs. 131/135, teniendo en cuenta que lo único estipulado en el convenio en cuanto a las características del departamento se refieren a la cantidad de metros y la alusión a materiales de primera línea, sin otra especificación, que como ya lo señalara se mantienen las dudas generadas en autos en cuanto a la fecha de terminación de la obra de acuerdo con lo antes detallado, lo que implicaría el incumplimiento de la fecha estipulada de entrega si estamos a los dichos de la actora como al cumplimiento cabal del contrato si estamos a los dichos del demandado (cuestión que reitero entiendo no ha logrado ser clarificada en autos), que a su vez la actora no se avino a recibir la carta documento que le remitiera el demandado por la que se le hacía saber que el departamento se encontraba terminado, que a contrario sensu de lo interpretado en el voto que me antecede no estimo que se contradijera el demandado con el testigo Alcides Bellido, desde que pueden haber sucedido ambos hechos, que no fuera fácil ubicar a la actora (conforme los distintos domicilios denunciados por la misma) y que en su caso al encontrarla ésta requiriera terminaciones de la obra no pactadas, desde que como vimos según el testigo Morello el hacedor de los convenios ha sido su padre el Sr. Salgado y no la actora.- Es así que, frente a la situación fáctica descripta teniendo en cuenta las consecuencias disvaliosas que podría acarrear la resolución contractual en virtud de haberse construido otras unidades funcionales y que las mismas han sido enajenadas conforme lo acordaran las partes en el convenio obrante a fs. 38/40 cedido conf. fs.33/37, analizada la cuestión a la luz de los principios de buena fe contractual, conservación del negocio y, seguridad jurídica, conforme los conceptos y normativa vertidos por mi estimado colega Dr. Louge Emiliozzi en el apartado V-a que en honor a la brevedad me remito y lo hasta aquí expuesto, es que considero ha de rechazarse el recurso interpuesto a fs. 342 por la apelante.- Entiendo que con lo hasta aquí dicho queda sellada la suerte del recurso interpuesto, mas estimo conveniente referirme sucintamente a la cuestión atinente a la invocación del abuso del derecho en forma oficiosa.- Sin desconocer las discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales que la cuestión ha generado, tal como lo señalara mi estimado colega Dr. Esteban Louge Emiliozzi, resulta para mí que en autos la aplicación de dicho principio lo ha sido desde una perspectiva netamente objetiva, a los fines de interpretar lo normado por el art. 1204 del Código Civil y los restantes principios ya señalados y consagrados en nuestra legislación como la buena fe, conservación del negocio, equidad, la moral y las buenas costumbres (arts. 1071, 1198 y cctes. C.C.), desde esa óptica interpreto que los Jueces mas allá de la invocación precisa o específica de las partes, pueden invocarlo, al respecto Iturraspe-Piedecabras en su obra ?Código Civil Comentado-Responsabilidad Civil?, con cita de fallos emanados de la Corte Suprema de Justicia y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, señalan: ?tampoco se puede convalidar una resolución contractual que implique un abuso o un enriquecimiento sin causa de alguna de las partes? (ob.cit., pág. 61, CSJN 20/5/80, fallos 302:473, SCBA 2/9/80, DJBA 119-791, CNac. Civil, Sala A, 7/7/83 public. LL 1983-D-98).- Es así que, conforme ya lo señalara, bajo el prisma de las normas y principios citados, teniendo en cuenta el comportamiento de las partes, lo disvalioso de una resolución contractual en orden a la finalidad económica-social del contrato y resultando que en el sub-lite solo se albergan dudas en cuanto a la fecha del cumplimiento de la obligación, es que considero ha de confirmarse la resolución atacada.- **ASÍ LO VOTO.** A LA MISMA CUESTION, el Señor Juez Doctor RICARDO CESAR BAGU, dijo: Adhiero, por sus mismos fundamentos, al voto de la Dra. Lucrecia Comparato. **ASÍ LO VOTO.** A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Doctor ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI, dijo: I) Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, corresponde confirmar ?por mayoría- la sentencia de fs. 330/339 en todos sus términos. II)

Con costas de alzada a la recurrente vencida (art. 68 del C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904. ASÍ LO VOTO. Los Señores Jueces Doctores Comparato y Bagú adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente.- Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del C.P.C.C., se Resuelve: I) Confirmar por mayoría- la sentencia de fs. 330/339 en todos sus términos; II) Con costas de alzada a la recurrente vencida (art. 68 del C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904. Notifíquese y devuélvase.

009929E