

Accion De Escrituracion Clausula Penal Incumplimiento Contractual Liberacion Del Deudor Boleto De Compraventa

JURISPRUDENCIA

Acción de escrituración. Cláusula penal. Incumplimiento contractual.

Liberación del deudor. Boleto de compraventa Se confirma la sentencia que tuvo por acreditado el incumplimiento por la emplazada de su obligación de finalizar una obra en construcción en la fecha pactada y -en consecuencia- entendió aplicable la cláusula penal pactada en los boletos de compraventa. Ello así, al concluirse que, al momento de otorgarse las escrituras, hubo una reserva expresa de reclamar la cláusula penal, mientras que los reclamos previos efectuados por carta documento, el inicio del juicio con fecha anterior a las escrituras públicas traslativas de dominio y el hecho de haberse asentado en aquellos instrumentos públicos que se dejaban vigentes con toda su fuerza, vigor y amplitud las cláusulas de los boletos -en donde estaban incluidas las penas reclamadas- demostraban claramente que la reclamante no renunció a peticionar el importe por el cumplimiento tardío.

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 13 días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala ?A? de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: ?Distribuidora A. L. S. A. c/ Dypsa Desarrollos y Proyectos S. A. s/ Daños y perjuicios?, respecto de la sentencia de fs. 1092/1098, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿SE AJUSTA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA? Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: SEBASTIÁN PICASSO - RICARDO LI ROSI - HUGO MOLTENI. A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL DR. SEBASTIÁN PICASSO DIJO: I. La sentencia de fs. 1092/1098 declaró abstracto expedirse respecto a la demanda de escrituración interpuesta por Distribuidora A. L. S. A. (en adelante, ?Distribuidora?), con costas a cargo de la demandada. Asimismo el Sr. juez de grado hizo lugar al pedido de cobro de la cláusula penal y condenó a Dypsa Desarrollos y Proyectos S. A. (en adelante, ?Dypsa?) a abonar, dentro del plazo de diez días, la suma que resulte de la liquidación a practicarse de conformidad a lo dispuesto en ese pronunciamiento, bajo apercibimiento de ejecución, con más las costas del juicio. El fallo fue apelado por la emplazada a fs. 1109/1121. La recurrente entiende, con distintos argumentos, que no debería pagar un monto en concepto de cláusula penal. Por otro lado cuestiona la imposición de costas por la demanda de escrituración. Esta presentación mereció la réplica de la actora a fs. 1123/1124. II. Memoro que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386, Código Procesal). Adicionalmente creo menester poner de resalto que, si bien a partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigor el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los hechos ventilados en el sub lite (y por consiguiente, la constitución de la relación contractual invocada en la demanda, y de las obligaciones cuyo cumplimiento se persigue) han acaecido durante la vigencia del Código Civil derogado. Por consiguiente -en atención a que no estamos ante cuestiones regidas por normas imperativas- el caso debe juzgarse a la luz de la legislación anterior, que mantiene ultractividad en este supuesto (art. 7, Código Civil y Comercial de la Nación; vid. Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 148; Roubier, Paul, Le droit transitoire, Dalloz, París, 2008, p. 390 y ss.). Por último señalo que, incluso en los aspectos que continúan siendo regidos por la legislación derogada, las disposiciones del Código Civil y Comercial constituyen una valiosísima pauta interpretativa, en tanto condensan las actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales y expresan además la intención del legislador de nuestros días (esta sala, 25/6/2015, ?C., Jéscica María c/ B., Carlos Ricardo y otros s/ Daños y perjuicios?; ídem, 30/3/2016, ?F., Celeste Ester c/ D. P., Virginia Gabriela y otro s/ Daños y perjuicios?, expte. n.º 11.725/2013; 11/10/2016, ?R., Jorge Oscar c/ A., Adrián Bartolomé y otro s/ Nulidad de acto jurídico? y ?A., Adrián Bartolomé y otro c/ R., Jorge Oscar s/ Restitución de bienes?, exptes. n.º 47.289/2001 y 38.328/2003; ídem, CAC y C, Azul, sala II, 15/11/2016, ?Ferreira, Rodríguez Amelia c/ Ferreira Marcos, y otra s/ Desalojo?, LL 2017-B, 109, RCCyC 2017 (abril), 180; Galdós, Jorge Mario, ?La responsabilidad civil y el derecho transitorio?, LL 16/11/2015, 3). III. No está discutido que Distribuidora adquirió dos unidades funcionales (nos. 40 y 46, ubicadas en los pisos 17 y 19, respectivamente), cada una de ellas con dos unidades destinadas a espacios guardacoches y una unidad complementaria destinada a baulera (fs. 15/45, 47/53 y 55/101). Tampoco se encuentra cuestionado que las escrituras traslativas de dominio fueron otorgadas el día 6/8/2009, fecha en la cual la actora recibió la posesión de los departamentos, cocheras y bauleras (fs. 132/138 y 139/145, copias simples). Ahora bien, en los boletos de compraventa (de fechas 25/9/2006 y 30/4/2007) se convino que se debía entregar la posesión de la unidad funcional n.º 40 -y sus complementarias- ?aproximadamente durante el mes de agosto del año dos mil siete (2007) con un plazo adicional de

gracia a favor de la vendedora de Ciento ochenta (180) días corridos más a contar desde el vencimiento del mencionado mes. Transcurrido el plazo adicional de gracia mencionado, la parte vendedora se compromete a abonar en concepto de penalidad la cantidad de u\$s 500.- diarios a la parte compradora? (sic, fs. 21), y la de la unidad funcional n.º 46 -y sus complementarias- ?aproximadamente durante el mes de diciembre del año dos mil siete (2007) con un plazo adicional de gracia a favor de la vendedora de Ciento ochenta (180) días corridos más a contar desde el vencimiento del mencionado mes. Transcurrido el plazo adicional de gracia mencionado, la parte vendedora se compromete a abonar en concepto de penalidad la cantidad de u\$s 500.- diarios a la parte compradora? (sic, fs. 71). En oportunidad de firmarse las escrituras públicas el día 6/8/2008, en la cláusula 4ª de aquellos instrumentos se dispuso, respecto de los boletos de compraventa, que ?todas sus cláusulas y condiciones permanecen vigentes con toda su fuerza, vigor y amplitud, en tanto no hayan sido modificadas por la presente escritura, y se dan por reproducidas íntegramente en este lugar a sus efectos? (fs. 137 y 144). La demandante, aun después de haber escriturado, reclamó en estas actuaciones que se aplique la penalidad prevista en los respectivos boletos, es decir los U\$S 500 por cada día de retraso en la entrega de los inmuebles respectivos (fs. 146/148). Por su parte Dypsa sostuvo que la actora, al momento de escriturar, no hizo reserva de proceder al cobro de esas multas. Asimismo alegó que, incluso si se considerase procedente la aplicación de la multa pretendida, hubo negligencia y mala fe por parte de la demandante, y también alegó que existió caso fortuito a causa de supuestas huelgas, la falta de materiales en plaza, vientos excesivos y lluvias extraordinarias, problemas energéticos (corte del suministro eléctrico), y cierre de las importaciones (fs. 472/488). El Sr. juez de grado, en su pronunciamiento, consideró no acreditados los hechos alegados por la demandada, y mucho menos que aquellos hayan incidido en la demora en la entrega de los departamentos. Asimismo, consideró que la actora había realizado la respectiva reserva en las escrituras públicas para reclamar la penalidad fijada en los boletos de compraventa. Por ese motivo tuvo por acreditado el incumplimiento por la emplazada de su obligación de finalizar la obra en la fecha pactada, y en consecuencia entendió aplicable la cláusula penal. En efecto, el anterior sentenciante sostuvo que la pena debía regir para los períodos comprendidos entre el 1/3/2008 y el 6/8/2009 -con relación a la unidad n.º 40- y entre el 1/7/2008 y el 6/8/2009 -para la unidad n.º 46-. Finalmente, por aplicación del art. 656 y conchs. del Código Civil, redujo el importe de la cláusula penal a U\$S 100 diarios. Ante esta alzada, Dypsa vuelve a aducir que la cláusula penal se extinguió por no haberse hecho reserva expresa de su reclamo en las respectivas escrituras públicas. Así y todo, la apelante reitera que se produjo una ampliación del plazo de entrega por demoras en la provisión de energía eléctrica por parte de Edesur S. A., por el retraso en la entrega de materiales, por cortes de luz, de gas y de rutas, y por la existencia de problemas gremiales. Asimismo alega que el anterior sentenciante ha incurrido en errores e inexactitudes en su pronunciamiento, los que detalla en sus agravios. Así las cosas, en primer lugar debe desentrañarse si es procedente la aplicación de la multa contenida en los boletos de compraventa, y, en caso afirmativo, como segundo punto corresponde expedirse sobre los hechos alegados por la sociedad constructora que justificarían la demora en la entrega de los inmuebles y harían inaplicable la cláusula penal. Como es sabido, el art. 652 del Código Civil establecía: ?La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardo o de no ejecutar la obligación?. Con similar redacción, el Código Civil y Comercial de la Nación continúa la misma definición en su art. 790. Según Llambías, se trata de una estipulación accesoria a una obligación principal por la cual el deudor deberá satisfacer una cierta prestación si no cumple lo debido o lo cumple tardíamente (Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, actualizado por Patricio Raffo Benegas, t. I, p. 307 y ss., n.º 315). Cuando -como sucede en el sub lite- la cláusula penal es moratoria, esto supone el posible ulterior cumplimiento (tardío) de la obligación, y sujeta al deudor al pago de una multa por haber retrasado la ejecución de lo debido. En este supuesto la pena se acumula al cumplimiento y entra en sustitución de los daños y perjuicios moratorios (Llambías, op. cit., t. I, p. 313, n.º 320). No sustituye la obligación principal sino que se acumula a ella, y el acreedor no se libera de su obligación de pagar la pena si cumple extemporáneamente la obligación principal (Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Obligaciones, actualizado por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 226/227, n.º 210). No hay duda de que cuando el deudor cumple con la prestación inherente al objeto de la obligación principal se extingue la cláusula penal. Esta regla no ofrece dificultades cuando el pago se ha efectuado en forma absolutamente satisfactoria en cuanto al objeto debido, el tiempo y el lugar. Pero cuando el pago ha sido insatisfactorio en alguno de estos aspectos, la cuestión es más dudosa (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La cláusula penal, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 289). Esta jurista señala que la tendencia mayoritaria estima que la recepción de lo principal sin expresa reserva de reclamar la cláusula penal extingue esta última. La solución se funda en el carácter accesorio de la cláusula penal (art. 524 del Código Civil), por lo que corresponde aplicar el art. 525, primera parte, de aquel cuerpo normativo. La citada autora agrega: ?debe recalcar la necesidad de que el acreedor tome todas las precauciones necesarias a fin de evitar la extinción de la cláusula penal cuando el pago ha sido insatisfactorio en algún aspecto. Para ello debe formular, al momento de efectuarse ese pago deficiente, la correspondiente reserva para reclamar la pena. Cuando se trata de obligaciones múltiples a cargo del deudor, el momento en que

debe efectuarse la reserva puede ofrecer algunas dificultades prácticas. Así, por ej., si la pena se estipuló para el supuesto en que la vendedora no transfiriera oportunamente el dominio del inmueble, parece razonable sostener que tal reserva puede formularse siempre que no se hayan concluido todos los pasos imprescindibles para que tal transferencia opere (tradición y escrituración)? (Kemelmajer de Carlucci, La cláusula penal, cit., p. 290 y 292). En ese piso de marcha adelante que coincide con el temperamento del anterior sentenciante, quien consideró que al momento de otorgarse las escrituras hubo una reserva expresa de reclamar la cláusula penal. Es que en aquellos instrumentos se asentó, con relación a los boletos de compraventa, que todas sus cláusulas y condiciones permanecen vigentes con toda su fuerza, vigor y amplitud, en tanto no hayan sido modificadas por la presente escritura, y se dan por reproducidas íntegramente en este lugar a sus efectos? (fs. 137 y 144). A lo que debe agregarse un dato que no es menor, y que consiste en la inequívoca conducta de la demandante de reclamar la cláusula penal, toda vez que demandó su aplicación -a través del presente juicio- con anterioridad a aquellas escrituras, con lo cual evidenció claramente su intención de peticionarla. Obsérvese que en la carta documento del día 12/6/2009 la actora intimó a Dypsa por suma de dinero que Ud. adeuda desde la fecha de mora hasta la efectiva escrituración (...) en concepto de penalidad? (fs. 464). En otras palabras, los reclamos previos efectuados por carta documento, el inicio del presente juicio con fecha anterior a las escrituras públicas traslativas de dominio -sin importar si estaba o no trabada la litis-, y el hecho de haberse asentado en aquellos instrumentos públicos que se dejaban vigentes con toda su fuerza, vigor y amplitud las cláusulas de los boletos de compraventa -en donde estaban incluidas las penas aquí reclamadas-, demuestra claramente que Distribuidora no renunció a peticionar el importe por el cumplimiento tardío. Por consiguiente, opino que debería confirmarse la sentencia en cuanto hizo lugar al reclamo de la cláusula penal. Ahora bien, la demandada sostiene que se previó que las unidades serían entregadas en la fecha pactada, con un plazo de gracia de 180 días, salvo casos fortuitos o de fuerza mayor, huelgas, faltantes de materiales en plaza, lluvias extraordinarias u otras demoras ocasionadas por los gremios que impidan el cumplimiento normal de los plazos?. Según alega, se habrían demostrado demoras en la provisión de energía eléctrica por parte de Edesur S. A., y también habría quedado acreditado que el retraso obedeció a la entrega tardía de materiales, además de cortes de luz, de gas y de rutas que imposibilitaron continuar la obra, y que se produjeron problemas gremiales en aquel lapso. Entiende la apelante que esos hechos habrían ampliado el plazo de entrega de las unidades, lo que no fue tenido en cuenta por el anterior sentenciante. Es sabido que el deudor de una obligación responde por su incumplimiento, hasta el límite de la imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta causada por caso fortuito. Eso es lo que resulta de los arts. 513, 514, 888, 889 y concs. del Código Civil derogado, y -aún más claramente- de los arts. 955, 1716, 1749, 1732 y concs. del Código Civil y Comercial. En efecto, la doctrina ampliamente mayoritaria afirma que la imposibilidad de cumplimiento, para extinguir la obligación (art. 888, Código Civil) y, al mismo tiempo, liberar al deudor de responsabilidad (arts. 513 y 514 del citado código), debe reunir los caracteres de objetiva, absoluta y no imputable al obligado. En particular, es preciso que se esté ante una imposibilidad absoluta (Bueres, Alberto J., El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor?, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 17 (Responsabilidad contractual), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 113; Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3, p. 312; Colmo, Alfredo, De las obligaciones en general, Buenos Aires, 1928, p. 616; Boffi Boggero, Luis M., Tratado de las obligaciones, Astrea, Buenos Aires, 1986, t. 4, p. 567; Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Obligaciones, Perrot, Buenos Aires, 1967, t. III, p. 286 y 287; le Tourneau, Philippe - Cadier, Loïc, Droit de la responsabilité, Dalloz, París, 1996, p. 262; Larroumet, Christian, Droit Civil. Les obligations, París, 1996, p. 782; Radouant, Jean, Du cas fortuit et de la force majeure, Arthur Rousseau, Paris, 1920, p. 47), lo que significa que, como lo señalaba Osti, existe un impedimento para cumplir que no puede ser vencido por las fuerzas humanas? (Osti, Giuseppe, Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione?, Rivista di Diritto Civile, 1918, p. 220). Como con acierto lo señala Gamarra, el carácter absoluto de la imposibilidad se relaciona con los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad propios del caso fortuito. En tal sentido, apunta el autor citado: imprevisibilidad e irresistibilidad no sólo deben considerarse desde la persona del deudor, sino que también imponen -de regla- una determinada consistencia y magnitud en el evento impeditivo, que es la que lo vuelve insuperable; hay imposibilidad absoluta cuando el obstáculo está dotado de una resistencia que lo torna invencible? (Gamarra, Jorge, Responsabilidad contractual, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, t. II, p. 172). Por esa razón, la mera difficultas prestandi no es apta para eximir al obligado (Llambías, Obligaciones, cit., t. III, p. 287; Pizarro-Vallespinos, Obligaciones, cit., t. 3, p. 310). No es imposibilidad la simple dificultad para cumplir que pueda haber sufrido el deudor, por más grande que ella sea (Radouant, Du cas fortuit..., cit., p. 20). Estos principios no varían cuando, como sucede en este caso, las partes pactan una cláusula penal. Es cierto que el art. 654 del Código Civil dispone que incurre en la pena estipulada, el deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido, aunque por justas causas no hubiese podido verificarlo?, pero bien se ha dicho que esa norma no implica que el deudor que aceptó la cláusula penal está obligado a soportar el caso fortuito o la fuerza mayor, sino que debe entenderse en el sentido de que no queda excusado por la concurrencia de motivos que puedan justificarlo subjetivamente

(Llambías, op. cit., t. I, p. 345, n.º 360), es decir, frente a una imposibilidad relativa (las ¿meras dificultades que pueden oponerse al cumplimiento?, vid. Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., Derecho de las obligaciones, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. I, p. 452, n.º 343); lo cual -según lo he explicado más arriba- también es la regla para todos los demás casos, haya o no cláusula penal. Lo mismo sucede en el Código Civil y Comercial, pues si bien el art. 792 de ese cuerpo normativo dispone que ¿la eximente del caso fortuito debe ser interpretada y aplicada restrictivamente?, no se trata de una regla específica para la cláusula penal sino que debe aplicarse a todos los supuestos en los que se alega un caso fortuito, haya o no cláusula penal, e incluso en la esfera extracontractual (López Mesa, Marcelo, ¿Requisitos, efectos y prueba del caso fortuito en el nuevo Código?, LL 2015-C, 933). En definitiva, haya o no cláusula penal, el principio es el mismo: probado el incumplimiento -que tanto en la obligación de entregar la posesión de las unidades vendidas como en la de escriturar (que son deberes de fines) se patentiza mediante la sola constatación de la falta de entrega y/o la falta de escrituración en el tiempo pactado- el deudor únicamente puede liberarse probando la imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta causada por caso fortuito. Corresponde entonces constatar si esta última eximente ha sido acreditada en el sub lite. Adelanto que ninguno de los acontecimientos mencionados por la recurrente tiene los caracteres de un casus. En efecto, respecto a lo provisión de energía eléctrica el anterior sentenciante destacó el informe de Edesur S.A. a fs. 606, del cual surge que el contrato entre esta última y la demandada fue celebrado el día 8/1/2008 y que los trabajos comenzaron a ejecutarse el día 24/4/2008 ¿habida cuenta que recién a partir de esa fecha fueron aprobados los trabajos que el cliente debía realizar?. En sus agravios la emplazada no se refiere a esta prueba sino que se limita a mencionar la contestación de Edesur S. A. a fs. 838, en donde esta última reconoció la autenticidad del contrato de suministro n.º Sin embargo, en ese instrumento -de fecha 8/1/2008- la sociedad se comprometió a realizar los trabajos y habilitar el suministro de energía eléctrica en el plazo de 90 días hábiles contados desde la ¿finalización y aprobación por esta Distribuidora de las obras de responsabilidad del Cliente? (fs. 467 y 579). Es decir que el plazo de 90 días hábiles debía comenzar a contarse desde el 24/4/2008, y por lo tanto, a su finalización los plazos de entrega de los departamentos ya estarían vencidos según la fecha estipulada para la entrega de la posesión (1/3/2008 y 1/7/2008). Por último, la carta documento intimando al cumplimiento de los trabajos por parte de Edesur S. A. recién fue enviada por la demandada con fecha 15/8/2008, cuando ya se encontraba en mora en la transmisión de ambos departamentos (fs. 838). Las demoras en la entrega de materiales fueron puestas de resalto por Cerámicos Spegazzini S. A., quien informó que desde marzo de 2006 hasta julio de 2008 aquella sociedad ¿sufrió un retraso? de tres meses en la provisión de materiales (fs. 829). Por su parte, Saint Gobain Argentina S. A. afirmó ¿que durante el lapso involucrado existieron problemas para cumplir en tiempo y forma con las entregas programadas, debido fundamentalmente a la escasez de piedra de yeso? (fs. 959). Por el contrario, a fs. 578 Cementos Avellaneda S. A. informó que no hubo ¿incumplimientos de ningún tipo en la entrega de mercadería?. En cuanto a los cortes de energía, de gas y de rutas, como así también los problemas gremiales, no fueron demostrados. Y si bien su existencia durante ese lapso puede considerarse en alguna medida un hecho notorio, no lo es, en cambio, que esas circunstancias hayan sido de tal magnitud como para impedir absolutamente la construcción del edificio. Finalmente, las condiciones climáticas durante los trabajos fueron informadas por el Servicio Meteorológico Nacional a fs. 860/872, pero tampoco aquí se acreditó que hayan revestido el carácter de extraordinarias, como alega la demandada. Todas las circunstancias recién apuntadas son cuestiones propias de emprendimientos de la envergadura del edificio construido por Dypsa y se encuentran dentro de las previsiones que debe realizar una sociedad que se dedica a ese negocio; quizás por esa razón se estableció un plazo de gracia de 180 días corridos. No se demostró que alguna de ellas haya tenido los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad que son propios del casus sino, a lo sumo, que se trató de obstáculos que complicaron en mayor o menor medida el cumplimiento, pero no lo tornaron imposible. Súmase a lo hasta aquí apuntado que la prueba más importante para demostrar los dichos de la emplazada acerca de la existencia de hechos impeditivos que determinaron un retraso fuera de lo normal en la construcción del edificio habría sido la prueba pericial de ingeniería civil, cuya producción fue desistida por la demandada a fs. 1048. Por todo lo dicho mociono rechazar el agravio en estudio y confirmar la sentencia recurrida en tanto condenó a Dypsa a pagar la cláusula penal. IV. La recurrente cuestiona la imposición de las costas de primera instancia respecto del pedido de escrituración realizado por la actora. El anterior sentenciante las impuso a la demandada en virtud del art. 68 del Código Procesal. Obsérvese que el Reglamento de Copropiedad y Administración del edificio se otorgó recién el 17/11/2008 (fs. 571, punto II), y fue a partir de ese mes que comenzaron a firmarse las primeras escrituras públicas correspondientes a las unidades pertenecientes al edificio en cuestión (fs. 571, punto III y IV). Es decir, con el plazo vencido. Destaco que con fecha 26/12/2008 la demandante envió una carta documento a fin de que Dypsa fijara fecha de escrituración (fs. 7/8). La emplazada contestó el 6/1/2009 y alegó intentos fracasados para escriturar (fs. 8 bis). Se acreditó también un intercambio de correos electrónicos entre la escribana Ramos y el Sr. Cerruti (quien trabaja para la actora, según fs. 877, rta. 1ª), en cuyo marco, con fecha 30/12/2008, la primera solicitó al segundo una documentación a fin de escriturar en los primeros días de enero de 2009 (fs. 612/625). Sin perjuicio de esto último, la misiva antes mencionada (del 6/1/2009) fue rechazada por la demandante el día 8/1/2009 (fs. 9/10). En esa misma

fecha (8/1/2009) la demandada intimó a escriturar el 13/1/2009 (fs. 5, 12ter y quater, y 249), lo que fue rechazado mediante la contestación del día 10/1/2009 (fs. 13). No pierdo de vista que con fecha 6/1/2009 se cursó una intimación a la actora para escriturar ambas unidades el 12/1/2009 (fs. 12 bis y 246/247), la que también fue rechazada por esta última (fs. 12). Más allá de esto, el 12/1/2009 el escribano Estrin dejó constancia de la incomparecencia de la compradora al acto notarial y de que no le habían suministrado la documentación e información requerida a los fines de preparar dicha escritura? (fs. 256/257). Lo mismo hizo la escribana Sapuppo por acta notarial del 13/1/2009, oportunidad en la que hizo una constatación de los inmuebles (fs. 258/260 y 261/267). Con esos antecedentes se llevaron a cabo dos audiencias de mediación los días 27/3/2009 y 14/4/2009, sin que las partes hubiesen llegado a un acuerdo (fs. 1 y 2). En mayo de 2009 la actora volvió a enviar una carta documento con el fin de que se fijara fecha para llevar adelante los actos notariales (fs. 6), la que fue respondida por la demandada (fs. 462), quien alegó la supuesta mora de la compradora en el cumplimiento de sus obligaciones. En junio de 2009 hubo un nuevo intercambio epistolar (fs. 464 y 465), y la demandante inició la presente causa con el fin de conseguir que se otorgaran las escrituras traslativas de dominio (fs. 113/126). Finalmente, el 6/8/2009 se concretó el acto notarial, lo que fue denunciado en el expediente como hecho nuevo al día siguiente (7/8/2009) según fs. 146/148, presentación en la cual la actora petitionó la condena en costas de la demandada. Pretensión esta que fue resistida por la emplazada (fs. 472/488). En vista de la secuencia recién apuntada, no caben dudas que fue la demandada quien dio motivos al inicio del presente pleito. No solo porque la primera intimación estuvo a cargo de la actora sino, además, porque no llegaron a ponerse de acuerdo en la mediación previa obligatoria llevada a cabo en los meses de marzo y abril de 2009. Por esta razón no encuentro motivos que permitan apartarse del principio objetivo de la derrota consagrado en el art. 68 del Código Procesal. Corresponde, entonces, rechazar el agravio en examen y confirmar el pronunciamiento apelado en cuanto a la imposición de costas a la emplazada. V. En atención a la manera en que propongo resolver el caso, juzgo que las costas de alzada deberían imponerse a la recurrente, por resultar sustancialmente vencida (art. 68 del Código Procesal). VI. Por todo ello, para el caso de que mi voto fuere compartido propongo rechazar los agravios de la demandada y confirmar la sentencia recurrida en todo lo que decide y fue objeto de apelación y agravios. Con costas de alzada a la emplazada. Finalmente postulo diferir la regulación de los honorarios profesionales para una vez que hayan sido fijados los correspondientes a la primera instancia. El Dr. Ricardo Li Rosi votó en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Dr. Sebastián Picasso. A la misma cuestión el Dr. Molteni dijo: A pesar de encontrarse sellada la suerte del recurso mediante el voto coincidente de mis distinguidos colegas, creo menester formular una breve disidencia en torno a la vigencia de la cláusula penal, aspecto que entiendo que le asiste razón al demandado. Por aplicación del art. 525 del derogado Código Civil, aplicable a la especie -como bien sostiene el primer voto-, los tribunales han decidido que el pago, aunque tardío de la obligación principal, hace cesar la obligación de indemnizar el perjuicio proveniente de esa tardanza de cumplir lo debido y cancela el derecho de exigir una pena moratoria que no se deje a salvo al tiempo del pago de la obligación principal (conf. C.N.Civ. Sala 1ª, J.A. 1966-I, p. 652; id., Sala 2ª, L.L. t. 126, p. 56; id. idem. E.D. t. 58, p. 359). Como la obligación de indemnizar el daño moratorio o la pena para enjugar el retardo, es sin duda accesoria de la obligación que se satisface tardíamente, el cumplimiento de la obligación principal extingue la accesoria (art. 525 cit.). Por tanto ha de concluirse en este primer análisis del asunto, que ejecutada el 6 de agosto del 2009 la obligación de escriturar que los contratos de compraventa imponían a la demandada (art. 1323 Código Civil), con ese pago, no sólo quedó extinguida la relación jurídica principal, sino también la relación jurídica accesoria que había surgido de la morosidad del deudor. Es la solución que adoptaba el art. 624 con respecto a las obligaciones de dar sumas de dinero, pero que cabe extender por analogía a las obligaciones de dar cosas ciertas (transmisión del dominio y posesión) y de hacer (escriturar), a cargo del vendedor del inmueble (conf.. Busso, E. ?Código Civil anotado? t. V, art. 725, p. 334, núm. 356, 357 y 360; Lafaille H. ?Tratado de las Obligaciones?, éd. 1947, t. 1, núm. 377, p. 328 ; Llerena ?Concordancias y comentarios ?, éd. 1931, t. 2 art. 523, p. 453, núm 1). Ese efecto extintivo de la obligación accesoria frente a la satisfacción de la obligación principal, sólo puede verse enervado ante la reserva expresa del acreedor, quien al tiempo de recibir el pago de tal prestación, deje a salvo de manera específica la subsistencia del derecho tendiente al cobro de la cláusula penal, tal como lo exige el art. 624 antes citado. Las manifestaciones formulada antes de recibir el pago de la deuda no resultan eficaces para cohonestar la extinción del crédito accesorio (conf. C.N.Civ., Sala 1ª, voto del Dr. Llambías public. en ?La Ley? t. 114, pág. 292/294 y sus citas). Bajo esta óptica, resulta evidente concluir que la ratificación de las cláusulas del boleto que se formulara al momento de la escrituración de las unidades, no implicó una reserva que tuviese la virtualidad de salvar la vigencia de la cláusula penal moratoria devengada hasta ese entonces, dado que esa manifestación no hizo ninguna referencia específica a tales accesorios, a los cuales ni siquiera menciona, y esa genérica alusión a las obligaciones contractuales, no enervó la extinción de las obligaciones principales en esa circunstancia oblatas y menos aún, el consecuente fenecimiento de los créditos accesorios. Menos asidero tiene hacer reposar la reserva en el hecho de haberse demandado el pago de la pena antes de la escrituración o de mantener la vigencia de ese proceso luego de instrumentada la venta de los departamentos, porque, tal como dije, la reserva para mantener la

vigencia del accesorio, debe formularse al tiempo de recibir la prestación principal, tal como surge del texto del citado art. 624 del Código Civil derogado, y no antes o después de tal pago. En definitiva, voto por revocar el reconocimiento de la estipulación penal, aunque, por las razones expuestas en el primer voto, me sumo a la confirmatoria de la imposición de costas respecto a la satisfecha obligación escrituraria. Con lo que terminó el acto.- Es copia fiel de su original que obra a fs. del Libro de Acuerdos de la Sala ?A? de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.- Buenos Aires, octubre ... de 2017. Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se resuelve confirmar la sentencia recurrida en todo lo que decide y fue objeto de apelación y agravios, e imponer las costas de alzada a la demandada. Difiérese la regulación de los honorarios profesionales para una vez que hayan sido fijados los correspondientes a la primera instancia. Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica y devuélvase. SEBASTIÁN PICASSO RICARDO LI ROSI HUGO MOLTENI (EN DISIDENCIA PARCIAL)

022915E