

Escrituración

JURISPRUDENCIA

Escrituración

Se confirma la sentencia que hace lugar a la

demanda y obliga a la demandada a pagar el saldo de precio y a escriturar el inmueble por considerar que la ausencia de final de obra no le impedía a la compradora cumplir con sus obligaciones.

En la Ciudad de San Isidro, Provincia de

Buenos Aires, a los 11 días de julio de dos mil diecisiete se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, doctores Carlos Enrique Ribera y Hugo O.H. Llobera, para dictar sentencia en el juicio: ?PIÑEYRO ANDRES Y OTRO/A C/ BESSI MARCELA DANIELA

S/ESCRITURACION? y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: doctores Ribera y Llobera, resolviéndose, plantear y votar la siguiente: Cuestión ¿Es justa la sentencia apelada? Votación A la cuestión planteada el señor juez doctor Ribera, dijo: I. La sentencia de fs. 312/322 hace lugar a la demanda entablada por Andrés Piñeyro y María Laura Beilin contra Marcela Daniela Bessi, condenando a esta última a escriturar el inmueble sito en la calle Murature 523, esquina Diego Palma, lote 11, manzana 14, del partido de San Isidro, bajo apercibimiento de otorgar la escritura por medio del juez interviniente. Asimismo, condena a la demandada a abonar las sumas de 112.000 U\$S como saldo de precio, la de 35 U\$S diarios como cláusula penal pactada y el importe de 18.555,30 \$ por el pago del impuesto inmobiliario en el lapso pertinente, con más los intereses establecidos, bajo pena de ejecución. Los actores apelan a fs. 323 y el apoderado de la demandada a fs. 327. II.

Agravios y contestaciones 1. La demandada expresa agravios a fs. 336/339. Estima que se valoró erróneamente la prueba aportada. Así, señala que la perito arquitecta determinó que el inmueble de autos no contaba con planos ni final de obra aprobados, carga que se encontraba en cabeza de los vendedores (aquí actores). Sin embargo, el laudo apelado soslaya esta cuestión e interpretando el art. 1198 del Código Civil, ponderó que tal circunstancia no es impedimento para escriturar. Al no haber final de obra ni prueba alguna que demuestre que los actores hayan impulsado tal conclusión, no pudo formalizarse la escritura. Por este motivo, discrepa con la interpretación realizada en la instancia de origen. Continúa su crítica indicando que el decisorio apelado carece de justificación lógica, aplicando erróneamente las normas que cita. Regresa sobre la interpretación efectuada en torno al art. 1198 del Cód. Civ., esbozando que si los actores no cumplieron con el final de obra, mal pueden imputar mala fe de la demandada por no concertarse el acto escriturario. Aduce que el principio citado no fue aplicado de manera igualitaria para las partes, pues ninguna de ellas puede imputar morosidad a la otra cuando no impulsó sus propios actos. Por último, cuestiona el modo de interpretar los preceptos del art. 1201 del Cód. Civil, pues se consideran ciertos criterios de proporcionalidad que habilitan el incumplimiento de la parte actora. Entiende que existe una obligación omitida por los actores que es eludida en el fallo apelado, convalidando así su accionar irregular. Aplicar esa norma del modo efectuado, implica validar el incumplimiento de una parte en desmedro de la otra. Los actores contestan la expresión de agravios mediante escrito de fs. 351/356. Asumen que la impugnación del fallo por parte de su contraria no cumple los recaudos del art. 260 del CPCC, sino que resulta ser una mera discrepancia con el sentenciador. Por ello, solicitan se declare desierta tal argumentación. En subsidio, contesta los agravios vertidos. Así, entienden que la demandada insiste sobre la postura adoptada al contestar la acción, pues hace referencia al modo de valorar la prueba aportada. Indica que la cédula catastral a la que hace referencia en su descargo fue entregada por los actores al escribano público interviniente pocos días después de suscripto el boleto, circunstancia que era conocida por la compradora. También se expiden en punto a la interpretación de los arts. 1198 y 1201 del derogado Código Civil. En el caso de autos, el negocio jurídico del boleto del 3-10-2011 fue acordado para ser cumplido en dos etapas sucesivas, sin que la obtención de final de obra sea óbice para su concertación mediante acto escriturario, pues de haber sido intención de los suscribientes, habrían dejado plasmada tal circunstancia en el documento base del reclamo. Ello así, el mentado final de obra excede a los actores y no empero ello, nunca se constituyó en mora a los vendedores por tal supuesto, ni supeditó la firma de la escritura para el momento en que se cumpla esa condición. Por otro lado, esta interpretación de la demandada no fue siquiera insinuada en dos años desde que se firmó el boleto hasta la promoción de este proceso. Pone de resalto algunas actitudes de la compradora que darían cuenta de que ésta no obró con la buena fe que sugiere. Caso contrario, ellos sí se manejaron conforme lo acordado en el boleto. Por lo expuesto, entienden que ningún argumento permite eximir a la señora Bessi de la responsabilidad que le cabe por incumplir las obligaciones asumidas y las consecuencias gravosas de su obrar. 2. La señora Beilin y el señor Piñeyro expresan sus agravios mediante escrito que luce a fs. 340/345. Cuestionan la reducción de la suma fijada contractualmente por las partes en concepto de cláusula penal, pues desnaturaliza su función resarcitoria. En torno a la multa convenida, destacan que no resulta desproporcionada con respecto al

incumplimiento que ésta se encuentra llamada a sancionar, ni da cuenta de una situación de vulnerabilidad ni mucho menos implica un abuso. Así pues, si se tiene en cuenta el precio convenido y el monto ahora adeudado, la multa representa un 0,017% diario del valor total de la unidad y un 0,089% de la suma impaga. Por tal motivo, el importe de 100 U\$S diarios no parece desproporcionado. Tal circunstancia, no debe apreciarse a la luz del resultado abultado que conlleva el tiempo transcurrido, pues ello alentaría la incuria del deudor. Destacan a su vez que el objetivo de la pena debe ser necesariamente gravosa para quien debe si se quiere asegurar la eficacia de su mecanismo. Califican la actitud de su contraria, quien nunca formuló propuesta para escriturar, cancelar el saldo de precio, ni mostró ningún tipo de voluntad para finalizar la operación. Por otro lado, afirman que la reducción aludida resulta arbitraria, dado que no se dieron fundamentos sólidos para justificar su exorbitancia o desproporción. Apuntan que la suma de 35 U\$S diarios fijada en la sentencia de grado torna ilusoria la multa pactada y afecta la reparación integral perseguida, pues no se tuvieron en cuenta la cantidad de perjuicios que padecieron los actores, los cuales se han prologado en el tiempo. Por último, concluyen que la multa se encuentra prevista como resarcimiento a perjuicios de diversa índole, tales como: incumplir con la escrituración, abonar el saldo de precio, uso y goce de bien ajeno, afecciones morales por la conducta dolosa desplegada por la demandada y los intereses derivados por la indisponibilidad del dinero. Todo ello no logra verse reflejado con la exigua suma estipulada por el sentenciador. El apoderado de la demandada contesta estos agravios mediante escrito de fs. 347/348. Entiende que la reducción adoptada por el magistrado interviniente responde a tres motivos: evitar la desproporción entre pena e incumplimiento, situación de inferioridad del deudor y el aprovechamiento de la posición del obligado por parte de los acreedores. Sostiene que los actores pretenden incumplir su parte y a la vez enriquecerse, lo cual no puede ser avalado. Reitera que la falta de pago de las contribuciones municipales correspondientes al trámite de final de obra, es un incumplimiento imputable a los actores, y como tal, no pueden éstos lucrar con su inconducta. III. Deserción de los agravios Pretenden los actores se declaren desiertos los agravios invocados por la demandada toda vez que, de la lectura de aquellos, se colige que no implican una crítica concreta y razonada de la sentencia dictada en autos. Para resolver esta cuestión, es necesario tener presente que expresar agravios consiste en el ejercicio del control de juridicidad mediante la crítica de los eventuales errores del Juez y al ponerlos en evidencia, obtener una modificación parcial o íntegra del fallo en la medida del gravamen que ocasiona (CACC SI, Sala I, causas n° 68.165, 68.667, 71.714, entre otras). Bajo la óptica adoptada, el Tribunal de Alzada no puede examinar consideraciones de tipo genérico que denotan una mera disconformidad subjetiva con la sentencia y que por tanto son insuficientes como fundamento del recurso (doc. arts. 246 y 260 del CPCC). Entiendo que la facultad de declarar desierto un recurso ante la insuficiencia de la expresión de agravios debe ejercerse por la Alzada con un criterio restrictivo, ya que lo contrario puede llevar a que, arbitrariamente, se afecte el derecho de defensa del recurrente. La expresión de agravios de la demandada, se refiere en forma concreta a la sentencia y a las constancias de autos para apoyar su reclamo, razón por la cual estimo debe tenérsele por cumplida la obligación del art. 260 del CPCC. En razón de lo dicho, corresponde proceder al análisis de los agravios vertidos. IV. Antecedentes del caso Andrés Piñeyro y María Laura Beilin promueven demanda por escrituración y cobro de sumas de dinero contra Marcela Daniela Bessi. Relatan que el día 3-10-2011 suscribieron como vendedores un boleto de compraventa respecto del inmueble ubicado en la calle Murature 523 de San Isidro, resultando compradora en comisión la demandada Bessi. El precio de venta se pactó en 560.000 U\$S, abonando en ese acto el 80% del total (448.000 U\$S) y entregando la posesión del fundo, quedando la deuda de 112.000 U\$S como saldo que se abonaría en el momento de escriturar, obligación que debía perfeccionarse dentro de los 90 días de la suscripción del documento. Por motivos que desconocen, la demandada no cumplió con las obligaciones a su cargo, procediendo los actores a remitir cartas documento, las cuales no fueron recibidas. Así, optaron por aplicar la cláusula octava del boleto, exigiendo además del cumplimiento de las obligaciones asumidas, una multa de 100 U\$S diarios por la demora injustificada. También reclama la suma de 18.555,30 \$ en virtud del impuesto inmobiliario que continúa bajo su titularidad y tuvo que abonar. A su turno, se presentó la demandada Marcela Daniela Bessi a fs. 56/61 a través de su apoderado, Andrés Javier Montone. Plantea excepciones de litispendencia y falta de legitimación activa, contestando demanda en subsidio. Da cuenta de las actuaciones promovidas sobre nulidad de notificación, que darían sustento a la primera excepción, a la par que cuestiona la legitimación del doctor Rozemblum para actuar por los actores. En subsidio, niega en forma genérica los hechos y relata su versión del conflicto. Admite la celebración de la operación descrita en los términos del boleto de fs. 15/16, destacando que su representada compró en comisión para transferir luego los derechos de tal documento. Refiere que los actores reconocen que el trámite de final de obra expedido por la Municipalidad de San Isidro no se encontraba concluido, asumiendo la carga de cumplir con tal requisito, trámite éste que al momento de contestar la demanda no se hallaba finalizado ni tampoco fue notificada en tal sentido. Por ello, no habiendo cumplido los vendedores con la obligación a su cargo, mal pueden exigirle tal proceder a su contraria, circunstancia ésta que implica que la demanda incoada no pueda prosperar. Continuando con el trámite del proceso, a fs. 116 se resolvió rechazar el incidente de nulidad de notificación articulado, anejándose las actuaciones que tramitaban por cuerda floja. La sentencia de fs. 312/322 hace

lugar a la demanda por escrituración, debiendo celebrarse tal acto dentro de los diez días de firmeza del laudo, bajo apercibimiento de que aquella sea otorgada por el juez interviniente. Asimismo, condena a la demandada a abonar la suma de 112.000 U\$S por saldo de precio, con más la multa de 35 U\$S diarios, morigerando así la cláusula penal pactada (en 100 U\$S diarios), ello desde el 2-1-2012 (conforme cláusula novena del contrato) y hasta la fecha en que se celebre la escritura. Para así decidir concluyó que, si bien era necesario el certificado final de obra, éste podría exigirse por otra vía, no siendo un obstáculo para celebrar la escritura traslativa de dominio ni justificativo alguno para los incumplimientos de la demandada. En cuanto a la morigeración de la multa, aplica la doctrina en torno al art. 656 in fine del Cód. Civ., estableciendo que aquella no puede violentar la moral y buenas costumbres. Por lo cual, estima prudente reducirla en el monto ahora cuestionado. Por último, condena también a los demandados a abonar la suma de 18.555,30 \$ con más los intereses que deberán calcularse desde el 12-3-2013 y hasta su efectivo pago, a la tasa que percibe el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días. Impone costas a la demandada por su calidad de vencida.

V. Eficacia temporal La celebración del boleto de compraventa cuyo incumplimiento derivó en los reclamos aquí interpuestos acaecieron con plena vigencia del Código Civil. Ergo, todo lo relativo a la doctrina que circunscribe al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que entrare en vigencia a partir del 1º de agosto de 2015 (ley 27.077 B.O. 19-12-2014), no resulta vinculante para este fallo a raíz del principio de irretroactividad que emana del párrafo segundo del art. 7.

VI. Acción de escriturar

1. Marco legal El negocio jurídico reconocido por las partes, es una compraventa, de la cual se ha dicho que es el más importante y frecuente de todos ellos y constituye la fuente más copiosa de las obligaciones (Conf. Rezzónico, Luis María, "Estudio de los contratos en nuestro derecho civil", Buenos Aires, Depalma, 1967, pág. 3); ha sido definido por nuestro Código Civil, ahora derogado, aunque no con estos idénticos términos, como aquél contrato por el cual una de las partes se obliga a transferir a la otra la propiedad de una cosa y ésta se obliga a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero (causas n° 101.087, 102.734, 109.097 entre otras). La interpretación, es la actividad lógica por la cual se pretende fijar, en este caso por vía judicial, el significado real de las manifestaciones de voluntad contenidas en un contrato; esta actividad supone desentrañar cuál ha sido el propósito de las partes al convenir el negocio jurídico. Su objeto es determinar la intención de los contratantes, a partir del tenor literal y las demás circunstancias que sean relevantes en cada caso, entre las que se destaca la conducta de las partes (CACC San Isidro, Sala I, causa 80.777, 20-9-1999). Cuando se trata de resolver acerca de los derechos de las partes frente a un contrato como el de autos (boleto), aquel debe apreciarse a la luz del principio de buena fe, es decir, teniendo en cuenta lo que verosímelmente entendieron o pudieron entender los contratantes obrando con cuidado y previsión. La fuerza que pueda tener un fallo judicial deriva de la medida en que logre aplicar el derecho para equilibrar los intereses en juego (art. 1198, primera parte, del Código Civil). En esa tarea, también el juez debe obrar con ?cuidado y previsión? con miras a que la sentencia ponga realmente fin al conflicto mediante una solución que contemple fundamentalmente la equidad y no se convierta en una nueva fuente de disturbios (CACC San Isidro, Sala I, causa 98.845, ?Liporace, Miguel contra López, Gabriel sobre escrituración?, 4-10-2005). El art. 1198 del Código Civil prescribía y en igual sentido lo hacen los arts. 961, 1061 y 1063 del Código Civil y Comercial de la Nación, que ?los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe?. Se ha concebido allí, por lo tanto, un verdadero principio rector que debe presidir la conducta de los contratantes, tanto en el proceso formativo, como durante su vigencia y posterior extinción. La buena fe, se valora en tres momentos: celebración, interpretación y ejecución; ello con un criterio de verosimilitud, lo que impone tomar en cuenta también las circunstancias del contrato. La determinación de las consecuencias jurídicas, depende de la existencia de buena fe en el sujeto, la que es entendida como la convicción de actuar rectamente (Conf. López de Zavalía Fernando J. Teoría de los contratos, TºI, parte general, Editorial Zavalía, Bs. As, pág. 264-5). En verdad, la buena fe en los contratos también debe observarse al tiempo de su resolución. La Suprema Corte de esta Provincia se ha expedido en el sentido que las cláusulas contractuales son interdependientes y, por ello, no pueden ser valoradas de modo aislado, pues se fundan en la unidad del contrato, que constituye para las partes la ley a la cual deben someterse (art. 1197 del Cód. Civil). El contrato, no es una suma de cláusulas sino un conjunto orgánico de ellas que deben interpretarse de modo coherente, como un todo integral, cuyo contenido, espíritu y sentido es uno (SCBA, Ac. 90.826 del 8-3-2007). La obligación de escriturar tiene características propias, ya que es inherente a ambos contratantes (doct. arts. 505, incs. 1 y 2, 625, 1185, 1187 y conc. del Cód. Civ.; Conf. Belluscio, Augusto C. y colaboradores; Código Civil...Tº III, p. 144; Llambías, Jorge. J.; Código Civil Anotado, Tº II-A, pág. 384; Morello, Augusto M.; El boleto de compraventa inmobiliaria, pág. 210, entre otros muchos). Tanto el vendedor como el comprador, asumen recíprocamente el carácter de deudor y acreedor; cada uno tiene una obligación principal respecto del otro: el vendedor entregar la posesión y transferir el dominio; y el comprador pagar el precio. En lo atinente a la obligación de escriturar, uno y otro revisten la condición de deudores recíprocos de una misma obligación de hacer, para la cual, ambos deben colaborar en miras a su mejor ejecución, haciendo lo posible para que se cumpla, tal como de buena fe debieron entenderlo al contratar.

2. Obligación de escriturar y disponibilidad del bien en la especie Tal y como fue expuesto en los agravios, no se encuentra debatido los términos que surgen

del boleto de compraventa objeto de autos. Así, cabe tener por corroborado que el 3-10-2011 los actores le vendieron a la demandada (que adquiere "en comisión") un inmueble ubicado en la calle Murature 523 del partido de San Isidro, por la suma total de 560.000 U\$S, habiéndose abonado en tal acto el importe de 448.000 U\$S contra la posesión total, real y definitiva; quedando pendiente la suma de 112.000 U\$S para la oportunidad de celebrarse el acto escriturario, el cual debía tener lugar dentro de los 90 días corridos desde la suscripción de esta promesa de venta. De las constancias de autos, se advierte que las obligaciones de hacer (escrituración) y de dar (el pago del saldo de precio) no fueron cumplidas en la forma pactada. Los actores desconocen la causa de tal omisión mientras que la demandada se defiende argumentando que el inmueble no contaba con final de obra, circunstancia ésta que tornaba inexigible el compromiso a su cargo. Según el asiento "a.8" del certificado de dominio más actual (15-11-2016) que luce a fs. 306/309, el bien se encuentra en cabeza de los actores por mitades, sin que existan gravámenes, restricciones o interdicciones que puedan afectar la libre disposición del bien por parte de sus titulares. 3. Certificado final de obra como recaudo para escriturar La demandada indica que al no tener certificado de final de obra, no podía celebrarse la escrituración. Por ello, estimo prudente analizar los medios probatorios producidos a lo largo de la tramitación del proceso, para así dilucidar la suerte del agravio insinuado por la adquirente. Conforme prueba informativa brindada por el municipio local a fs. 153, queda asentado que "el inmueble ubicado en la calle Murature 523, de la localidad de San Isidro, no cuenta con planos aprobados y en consecuencia, tampoco con certificado final de obra". No empero ello, del informe pericial arquitectónico confeccionado en autos (fs. 248/259) y las explicaciones de fs. 266/268, el profesional afirmó que "no es requisito para escriturar la presentación ante el escribano del certificado final de obra. Lo que sí se exige en la provincia de Buenos Aires para escriturar es la cédula catastral o estado parcelario ley 10.707, donde figuran todos los datos catastrales, todas las medidas del lote y de las construcciones implantadas en el mismo, como así también de sus construcciones las superficies cubiertas y semicubiertas, como así también todos los retiros de las construcciones realizadas en el predio, además de una planilla con el tipo de terminaciones que posee la propiedad para así poder categorizarla" (ver fs. 267). También aclaró que "en relación a este caso de autos no es necesario el certificado final de obra para poder escriturar" (ver fs. 268). Sentado ello y no obstante las conclusiones del profesional experto sorteado, cabe ponderar el aporte realizado por los testigos que declararon en la causa. El señor Julio Armando Casanova declaró a fs. 178/179 que negoció con el señor Montone la adquisición del fundo, aunque sugiere que la compradora aparenta ser la señora Bessi. En su testimonio, apuntó que "me citó para conseguir una postergación en la fecha de escrituración. Puso un motivo familiar, que iba a tener un hijo y que necesitaba unos meses hasta después que naciera su hijo para escriturar. Dio algunas explicaciones de tipo familiar que yo no quise escuchar y que necesitaba que esa escritura se haga después del nacimiento de su hijo. Las tratativas se iniciaron a fines del 2011, noviembre más o menos, y el plazo que pidió fue para mayo de 2012, que era la fecha en que nacería el hijo. Nos reunimos varias veces porque incluso en alguna oportunidad también se planteó que Montone había hecho alguna modificación en el inmueble y no coincidía con el plano original y por eso la Municipalidad paralizó el trámite. Para Montone la modificación del inmueble era insignificante, que el podía resolverlo pero la Municipalidad paralizó la obra por esa modificación". En cuanto a la necesidad del certificado final de obra para escriturar, el testigo dijo "no es obstáculo, se puede escriturar sin el certificado y lo sé por experiencia profesional, un montón de veces he escriturado sin el certificado final de obra" (ver fs. 179 vta.). Por otro lado, declaró también Mariana Alejandra Severini a fs. 206/207, quien expuso que "Julio Casanova, que es el asesor y socio de Piñeyro, me solicitó si podía llamar a la escribanía para que le comunique tanto a él como a Piñeyro si tenían fecha de escrituración y llamé en varias oportunidades, 5 o 6 veces llamé en el plazo de dos semanas, pero la respuesta por parte de la escribanía era que no tenían novedades [...] la escribanía creo que se llamaba Rossi de la calle creo que Esmeralda al 700 de Capital Federal". Por último, aporta que "hice unas 5 o 6 llamadas cuando me lo pedía Casanova y la llamaba para ver si tenía novedad de fecha de escrituración y la respuesta era siempre negativa, no me contestaban o me daba apagado el celular al que llamaba y esto fue más o menos a fines de diciembre de 2011 y principios de enero de 2012". Así las cosas, no comparto que la obligación de escriturar y abonar el saldo de precio haya surgido por una inconducta o incumplimiento de los aquí actores. Tal y como se referenció, los vendedores eran titulares del bien, el cual gozaba de libre disponibilidad. No obstante no contar con certificado final de obra, ello no era óbice para celebrar el acto escriturario y abonar lo adeudado, carga que se encontraba en cabeza de la aquí demandada. Sin perjuicio de los medios probatorios aportados a la causa, las posturas que asumieron las partes dan cuenta de las intenciones que tuvo uno y otra para perfeccionar la operación. Los actores cumplieron con la entrega del bien en el modo pactado, aguardando la escrituración y el pago del saldo de precio en el plazo de 90 días estipulado. Ante el incumplimiento, intentaron establecer comunicaciones con la escribanía y con la adquirente, gestiones éstas que arrojaron resultados negativos. Tampoco fueron recepcionadas las cartas documento (fs. 11/13 y 18/19) que intentó remitir para lograr tal cumplimiento. Por su parte, la demandada no sólo no cumplió con propiciar el acto de escrituración abonando la suma adeudada, sino que se mantuvo en un actitud expectante, o bien dilatoria, hasta el momento en que contestó demanda (2-12-2013), oportunidad en que introdujo endeblemente la cuestión relativa a la

imposibilidad de escriturar por la ausencia de final de obra, circunstancia que no le impedía honrar su promesa de abonar el saldo de precio y consolidar el derecho de propiedad adquirido. De ello se colige que pudo adoptar variadas posturas en torno al derecho que ahora esgrime imposibilitado de celebrar, pero sus propias omisiones no se condicen con las variables que introduce al defenderse de la acción entablada. En tal sentido, no puede soslayarse que la compradora (aquí demandada) nunca interpelló a los actores para que cumplan las exigencias que ahora reclama ni tampoco pactó en el boleto una cláusula que proteja el menoscabo que dice padecer. Y más aún, desde que feneció el plazo para escriturar hasta el momento de comparecer a estar a derecho en estas actuaciones nunca intimó a los vendedores a que cumplan con el final de obra para poder celebrar la escritura y abonar el saldo de precio. Todo ello deberá ser apreciado con el resto de las conclusiones aquí enunciadas.

4. La Solución En estadio de la resolución, es oportuno recordar que el art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial establece que incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Por lo expuesto, teniendo en cuenta que no sólo la demandada no ha demostrado causa que impida cumplir con la obligación a su cargo, sino que se ha demostrado que la escrituración pudo haberse realizado en tiempo y forma, encuentro acertada la decisión adoptada por el magistrado de grado, proponiendo que se confirme la obligación de celebrar la escritura y abonar el saldo de precio, lo que así propongo al acuerdo (arts. 505, 625, 1184, 1185, 1187, 1197, 1198, 1201 y concs. del Cód. Civil).

VII. Cláusula penal. Procedencia y reducción La sentencia apelada reduce la multa pactada por las partes al celebrar el boleto de compraventa de fs. 15/16, pasando de 100 U\$S diarios a 35 U\$S. Para así decidir, se basó en las circunstancias que rodearon al caso y estimó este importe como recomposición por el incumplimiento injustificado de la deudora. A modo de resumen, destaco que los actores se agravan por entender que la disminución favorece a la demandada alentando así el incumplimiento de su parte y desnaturalizando su función resarcitoria. En contrario, la demandada apunta que la decisión evita fijar sumas exorbitantes, a la par que elude admitir un enriquecimiento desmedido para los vendedores, colocando a la deudora en una situación de debilidad.

1. Antecedentes Los contratantes convinieron en la cláusula octava (fs. 16) que "para el supuesto que cualquiera de las partes incumplieran con las obligaciones que para ellas emergen del presente, la parte cumplidora podrá optar por: a) exigir el cumplimiento de la obligación por vía judicial con más una suma diaria de dólares estadounidenses cien (U\$S 100) que se pacta en concepto de cláusula penal por la simple demora y que comenzará a devengarse desde que se produzca la mora sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial alguna o notificación de ninguna índole". Como fue expresado, la cláusula fue receptada en la sentencia apelada, reduciendo su importe de 100 U\$S a 35 U\$S diarios.

2. Marco legal Al respecto, cabe recordar que la cláusula penal es un instituto que cumple diversas funciones, ya que proporciona un incentivo para la conducta debida del deudor, esto es, el cumplimiento específico de su obligación, pero que también fija de manera anticipada el monto indemnizatorio para el caso de incumplimiento, sea éste definitivo (cláusula penal compensatoria) o temporario (cláusula penal moratoria)(Guillermo A. Borda, Obligaciones, Tº I, nº 181, Abeledo Perrot, 1998, pág. 172; Joaquín J. Llambías, Obligaciones, Tº I, nº 316, Perrot, 1970, pág. 421; Rubén H. Campagnucci del Caso, Incumplimiento del deudor y cláusula penal, en L.L. 1994-E-622; Antonio Juan Rinessi, Cláusula penal, L.L. 1994-B-266). La cláusula penal tiene entonces, además de la función punitiva, una indemnizatoria, que se superpone a la anterior o la desplaza, y rige aunque no haya perjuicio para el acreedor, conforme así lo dispone el art. 656 del Código Civil (Jorge Mosset Iturraspe, La cláusula penal, Revista del Notariado 755, 1219, LL-Online). Cabe agregar entonces que, uno de los fines mencionados, es la estimación anticipada de los daños que pueda sufrir el acreedor por la inexecución de la obligación principal. Por ello, es útil a los intereses de dicha parte, pues al ser presumida la relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el monto tarifado para la pena, no debe probar la existencia del perjuicio. Pero también es útil a los intereses del deudor, ya que si incurre solamente en culpa, y no en dolo, en el cumplimiento, la pena pactada limita su deber resarcitorio al monto de la prestación prevista para ella (CACC Mar del Plata, sala II, ?Navone, Marta Edith contra Asociación Mutual de Empleados de Casinos Nacionales sobre ejecución?, 25-2-1993, 86663 RSI 101, 93 I). Con posterioridad a la reforma de la ley 17.711, el carácter de inmutabilidad absoluta que caracterizaba a la cláusula penal fue atenuado a través del agregado del segundo párrafo del art. 656 del Código Civil, que permite al deudor solicitar la reducción de una pena exorbitante (Jorge M. Bekerman, La mutabilidad de la cláusula penal, L.L. 1994-B, 194). Por ello, la doctrina legal admite que en lugar de declararse la nulidad total de la cláusula, se reconoce la potestad judicial para reducir las penas a sus justas proporciones cuando sean evidentemente desproporcionadas (Roque J. Caivano, Autonomía de la voluntad vs. equidad (A propósito de la revisión de una cláusula penal), L.L. 1994-C, 420, Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo II, 463, LLOnline). Pero para que sea procedente dicha reducción deben darse, conforme a lo dispuesto por la norma citada, dos presupuestos, uno objetivo y otro subjetivo (CNCiv., Sala K, ?Mateu, Virginia Graciela contra Raffo Magnasco, Martín y Otros sobre daños y perjuicios?, 28-10-2011, Expte. 121.291/04, fuente: elDial.com - AA7285, publicado el 16-1-2012). En primer lugar, el juez deberá verificar si el monto de la pena es desproporcionado (presupuesto objetivo), brindando la norma ciertas pautas que permitirán apreciar si el

requisito se encuentra cumplido. En tal sentido menciona: la gravedad de la falta cometida, el valor de las prestaciones y las demás circunstancias del caso, lo cual implica a la noción de equidad (Aída Kemelmajer de Carlucci, Algunos aspectos de la inmutabilidad relativa de la cláusula penal, L.L., 1991-B, 353). Como presupuesto subjetivo, el art. 656, en su última parte, enuncia el segundo requisito que torna procedente el pedido de reducción del monto de la pena pactada y es que el acreedor haya ejercido un ?abusivo aprovechamiento? de la situación en que se encontraba el deudor. Esta manera de actuar tiene estrecha relación con lo preceptuado por el art. 954 del Código Civil respecto de la lesión, como vicio del acto jurídico, que existe cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra obtiene una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación, lo que permitiría calificar al monto de la pena como desmesuradamente abusivo (José María Orelle, Cláusula penal: Pautas judiciales para su morigeración, D.J. 11-11-2009, p. 3175, LLOnline). Es importante tener en cuenta que dicha norma consagra asimismo que tal aprovechamiento existe cuando la desproporción entre las prestaciones es notable, evitando al deudor, en algunos casos, cargar con la prueba del vicio por el cual se pretende la reducción del monto de la cláusula penal (Aída Kemelmajer de Carlucci, La cláusula penal, Depalma, 1981, pág. 290). Se ha dicho así que la desproporción hace presumir el aprovechamiento y porque, en todo caso, subsiste la inmoralidad o la ilicitud del objeto de la cláusula penal excesiva (CNCiv., sala A, L.L. 1990-D-353; ídem, Sala C, 16-2-1988, L.L., 1989-E-498; ídem, 8-3-1988, L.L., 1988-D-522; ídem, Sala F, 29-3-1985, J.A., 1986-II-418; ídem, 10-3-1988, J.A. 1989-I-845). La lesión está estructurada como un vicio del acto jurídico, y la reducción de la cláusula penal como un caso de lesión. Consiguientemente, la sanción que corresponde es la nulidad, pues se trata de un obstáculo que incide en la formación del acto. Dicha nulidad es parcial, en la medida del exceso, a tenor de la facultad conferida a los jueces de reducir el monto desproporcionado. Tiene a su vez la calidad de relativa, ya que preserva el interés particular (Augusto C. Belluscio y Eduardo A. Zannoni, Código Civil y leyes complementarias, T° 3, Astrea, 2003, p. 221).

3. Reducción de la multa En consonancia con el marco legal referido, considero que la cláusula octava del boleto de compraventa, que prescribe que por cada día de incumplimiento relativo al compromiso de escriturar, la vendedora se hará acreedora de una indemnización diaria de 100 U\$S, lo cual equivale (como dicen los actores al agraviarse) en un 0,017% diario del valor total de la unidad y un 0,089% de la suma impaga, es decir 3.000 U\$S mensuales, importa ello un monto desproporcionado respecto al precio de venta del inmueble (U\$S 560.000) y al saldo de precio (112.000 U\$S) que debe abonarse al momento de la escritura. A la fecha de esta sentencia, la aplicación de la multa pactada arrojaría más de 200.400 U\$S. En consecuencia, la aplicación lisa y llana de la pena pactada en el tiempo de contratar, pone de manifiesto un exceso en el ejercicio del derecho de los actores (art. 954 segunda parte Cód. Civ.). Por ello, si se tiene en cuenta que la multa reducida a 35 U\$S diarios, en este momento representa un 12,52% del precio de venta (70.140 U\$S), en la actualidad dicha suma representa más de la mitad del saldo de precio (112.000 U\$S) que debe abonarse al escriturar. En adición a ello, destaco que no se trata simplemente de que el apelante discrepe con la multa y solicite sin fundamento alguno que sea elevada, ya que ello no responde a la exigencia del citado art. 260 del CPCC (causas de esta Sala Ia. 78.090; 67.013, 66.373, 66.811 entre muchas otras). Por estas consideraciones, interpreto que el pedido del actor en cuanto a que se aumente la multa no alcanza para modificar la sentencia (art. 261 del CPCC).

4. La solución Teniendo en cuenta lo expuesto, la decisión tomada en la sentencia de primera instancia de reducir la cláusula penal al importe total de 35 U\$S diarios, calculados a partir del vencimiento automático pactado por las partes (2-11-2012), propongo que sea confirmada atento los límites del recurso (art. 622 del Código Civil). Tal como lo ha decidido la jurisprudencia, si bien la ley deja librado a la voluntad de las partes el establecimiento de la tasa que ha de aplicarse al pago de las obligaciones (arts. 621 y 622 del Código Civil), cuando esta resulta abusiva puede ser reducida por los jueces, aún de oficio (CACC. San Isidro, sala II, causa 46.576, 45.378, entre otras). En este caso, la cláusula penal convenida se convertiría en una sanción exorbitante si se tiene en cuenta que equivale, como se dijo, a poco menos de la mitad del precio de venta del inmueble. Por todo lo expuesto, propongo desestimar el agravio vertido y que se confirme la sentencia en este punto (Arts. 502, 621, 622, 656, 954, 1071, 1167 y concs. del Cód. Civ.). Por todo lo cual y argumentos expuestos, voto por la afirmativa. Por los mismos fundamentos, el señor juez doctor Llobera votó por la afirmativa. Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: Sentenci a Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de agravios, con costas de Alzada a cada recurrente vencido en lo que resultó materia de agravios (art. 68 del CPCC). Difiérase la regulación de honorarios para su oportunidad (Arts. 27, 31, 46 y concs. del decreto ley 8.904/77). Regístrese, notifíquese y devuélvase.

023112E