

## Incumplimiento Contractual

### JURISPRUDENCIA

### Incumplimiento contractual

Se confirma la sentencia que

desestimó la demanda por cumplimiento de contrato por no haberse demostrado incumplimiento ni culpa de los demandados, modificándose únicamente lo relativo a las costas, por la reconvención planteada, que se distribuyen en el orden causado.

En la ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 10 días del mes de julio de 2017, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, doctores MARIA FERNANDA NUEVO y JORGE LUIS ZUNINO para dictar sentencia en el juicio: "Mancini, Graciela Mónica c/Scolari, Atilio y otro s/cumplimiento de contrato" causa SI-16682-2011; y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Nuevo y Zunino, resolviéndose plantear y votar la siguiente: CUESTION ¿Debe modificarse la sentencia apelada? VOTACION A la cuestión planteada la señora Juez doctora Nuevo, dijo: I) La sentencia de fs. 444/448 rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Atilio Scolari; desestimó la demanda que por cumplimiento de contrato promovió Graciela Mónica Mancini contra aquél y Horacio Scolari; y denegó la reconvención que a su turno dedujera este último. E impuso las costas de la demanda y reconvención a la actora vencida, y las relativas a la excepción mencionada, al codemandado excepcionante. Para así decidir, el Sr. Juez de Primera Instancia consideró que en septiembre de 2007 el codemandado Atilio Scolari había vendido a Juana Elena Capurro el 50 % indiviso del inmueble sito en la calle Julián Navarro n° ... del Partido de San Isidro; y que la compradora se comprometió a realizar y solventar la subdivisión del bien, para recién después efectuar la respectiva escrituración. También ponderó que Horacio Scolari -habitante del fondo de la propiedad- prestó su conformidad con el acto, y que la Sra. Capurro en 2010 cedió sus derechos emergentes del boleto de compraventa a Graciela Mónica Mancini, quien articuló este juicio reclamando el cumplimiento del contrato y los consiguientes daños y perjuicios. Sobre esa plataforma el sentenciador concluyó en que Atilio Scolari resultaba legitimado pasivo de la acción y por eso rechazó la defensa que en tal aspecto interpusiera el mismo. Por otro lado, el Sr. Juez a quo valoró que aún cuando el precio de la operación fuera saldado íntegramente, posteriormente, durante tres años, la Sra. Capurro no había hecho ningún trámite tendiente a efectivizar su asumida obligación de realizar la subdivisión. Y en este sentido puso de relieve, conforme los dictámenes periciales, que el estado de edificación del inmueble impedía su afectación al régimen de propiedad horizontal. Mas considerando que la imposibilidad material de concretar la subdivisión del inmueble no pudo ser desconocida por la compradora, toda vez que el perito ingeniero explicó que las condiciones y modificaciones introducidas en el bien poseían una antigüedad bastante anterior a la fecha en que se había celebrado el boleto de compraventa. Por ello el Juez de Primera Instancia rechazó la demanda. Mientras que a raíz de tal solución, estimó luego innecesaria la evaluación de la reconvención deducida por fijación de plazo. Tal pronunciamiento ha sido apelado por la actora (fs. 451), quien expresa agravios a través del escrito glosado a fs. 473/478. II) Se agravia la apelante porque interpreta que no se tuvo en cuenta ni abordó su pretensión relativa a que la posesión a la que se refiere el boleto de compraventa -como entregada a la parte compradora- fue en realidad ilegítimamente retenida por los demandados y, en definitiva, nunca otorgada por ellos. Y que si bien dicha circunstancia ha sido negada por los accionados (al responder la acción), ella se desprende del hecho que el inmueble es habitado con exclusividad por Horacio Scolari, así como que hay prueba testimonial que lo ratifica. E incluso la recurrente destaca que de los informes periciales se desprende que quien custodia, ocupa y posee las llaves del inmueble es justamente Horacio Scolari. Y sugiere, como medida para mejor proveer, que se realice una diligencia de constatación. La actora indica que otro incumplimiento atribuible a los demandados ha sido el referente a que no arbitraron la regularización edilicia del inmueble como para así permitir la subdivisión del bien y afectarlo al régimen de propiedad horizontal; puesto que de los peritajes elaborados surgen las diversas irregularidades e impedimentos que obstaron gestionar y concretar la subdivisión, habida cuenta de las construcciones clandestinas, no regularizadas, que no respetan ni se adecuan a las normas edilicias comunales. Asimismo la actora cuestiona que no se le han reconocido los daños y perjuicios derivados de la retención ilegítima de la posesión, argumentando que ello se traduce, fundamentalmente, en el valor locativo del bien. Y que tampoco -al haberse tornado imposible la subdivisión del inmueble y con ello la acción de cumplimiento contractual- se procedió en su caso a declarar la resolución del contrato mediante la sustitución de la indemnización por daños y perjuicios; en cuyo caso cita jurisprudencia. Por último la actora critica la imposición de las costas del proceso a su respecto, ya que considera que le asistió derecho para formular su reclamo y que eventualmente deberían distribuirse en el orden causado. III) Concerniente a la alegada ausencia en la toma de posesión del inmueble objeto del boleto de compraventa obrante a fs. 6 -pese a que en dicho instrumento se consigne expresamente que a la compradora se le hizo en ese acto entrega de la

posesión (cl<sup>a</sup> 2<sup>a</sup>)-, cabe señalar que las declaraciones formuladas por las partes en un instrumento privado respecto de la entrega de la posesión, resultan eficaces entre ellas mientras no queden desvirtuadas por la prueba (SCBA LP Ac 86593 S 08/09/2004 sum. Juba B27568). Pero de la que en el caso intenta valerse la actora, es infructuosa a su postulación. Porque los testigos tan sólo manifiestan que quien ocupa y habita el inmueble es Horacio Scolari (fs. 171, 191, 211); extremo éste que no difiere del reconocimiento estipulado en la propia cláusula séptima del boleto de compraventa. Y lo concreto es que de ninguna manera los testigos refieren acerca de que la actora se haya visto impedida de ejercer sus derechos posesorios; no pudiendo arribarse a otra conclusión si se tiene en cuenta que Horacio Scolari es condómino del inmueble [en cuyo caso cuadra recordar que como tal, ejerce su derecho real y su coposesión sobre toda y cada parte de la cosa, aunque limitado a su cuota parte indivisa o ideal (arts. 2673, 2401, 2405, 2409, 2684 y cc. del Código Civil; cf. causa 9491-01 R.I 312 del 30.8.2011 Sala II<sup>a</sup>)]. De lo contrario, se otorgaría a la prueba testimonial -que modifica sustancialmente otras constancias- una relevancia que excede de su magro valor, violándose las reglas de la sana crítica, como ocurre con los testimonios, cualquiera sea su número, si su apreciación conduce a desoír lo que surge de pruebas de mayor idoneidad y eficacia objetiva, como lo es el propio contrato aportado (art. 384 del CPCC; SCBA., Ac. 34.962 del 23-12-85; causas 107.861 rsd. 125/09 del 4.9.09; 8623/2010 RSD 43/12 del 22.5.2012 Sala II<sup>a</sup>). Menos aún puede predicarse restricción a la posesión porque los peritos afirmaron que quien los atendió y/o custodiaba el bien cuando lo visitaron, era Horacio Scolari; pues en tal caso, la misión de los expertos y su convocatoria al proceso no ha sido con el propósito de demostrar la invocada vulneración a la posesión que del bien asiste a la actora, sino para abastecer aspectos técnicos ajenos a dicha cuestión, que debió acreditarse a través de específico material probatorio (arts. 332, 375, 376, 384, 456, 457 y cc. del CPCC; causa n° 111.259 rsd. 98/11 del 18.8.11 Sala II<sup>a</sup>). En este sentido, no puede producirse prueba por testigos en contra del escrito, pues ello equivaldría a demostrar un convenio distinto (doctr. art. 1193 C.C.; LAVALLE COBO en "Código Civil Anotado", ed. ASTREA, vol. V, pág. 878). La insinceridad de alguna estipulación o declaración que contiene el instrumento contractual, por esa razón, no puede probarse mediante testigos cuando no se invoca algún vicio de la voluntad que hiciera operativo el principio del art. 1191 del C.Civil (cf. SALVAT - ROMERO DEL PRADO, "Tratado ...Parte General", ed. 1951, vol. II, núm. 1872; LLAMBIAS, "Código Civil Anotado", III-A, 127; causas 48.332 del 8-2-89; 70.928 del 20-5-97; 95.694 del 23-11-04 RSD 275/04; 95.205 del 3-10-06 RSD 220/06 Sala II<sup>a</sup>). Es que si el actor ha expresado en un instrumento privado (incorporado al juicio como prueba instrumental) haber recibido la posesión material del inmueble, mal puede valerse después de prueba testimonial para destruir el valor de su confesión y sostener que nunca se cumplió con la tradición del mismo, máxime cuando no se encuentra demostrado en autos ningún vicio de la voluntad o alguna maquinación de la contraria: no juega en este supuesto la regla del art. 2378 del Cód.Civil última parte, en tanto no se pretende oponer la tradición a terceros, sino hacerla valer entre las partes vinculadas por aquella declaración (arts. 388, 423 del Cód. Proc.; 923, 931, 936, 2378 del Cód. Civil; cf. CC0103 LP 221779 RSD-291-95 S 07/11/1995, sum. Juba B201021). En efecto; conforme al art. 2378 del C.Civil, la declaración de operarse la tradición es válida entre las partes, como manifestación de consentimiento del tradens con que el accipiens la tome y entre a ocupar la cosa transmitida (cf. SALVAT-ARGAÑARAS, "Tratado ...Derechos Reales", vol. I, núm. 122; causa n° 111.328 rsd. 109/11 del 8.9.11 Sala II<sup>a</sup>). En cambio, la manifestación efectuada por la compradora a la actora en el contrato de cesión de fs. 7 (cl<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>), referida a que aún no le había sido dada la posesión de la parte indivisa adquirida y que la misma era retenida ilegítimamente por los demandados, constituye una enunciación carente de valor al provenir de un contrato inoponible a los accionados por no ser ellos parte del mismo (arts. 503, 1195 y 1199 del Código Civil). Por lo tanto, y sin perjuicio de ser irrelevante la medida instructoria -en tanto prerrogativa de este Tribunal (art. 36 inc. 2° del CPCC)- consistente en diligenciar un mandamiento de constatación para determinar quién ocupa el inmueble y bajo qué carácter (arg. art. 362 del CPCC), corresponde desestimar el agravio tratado en este acápite. IV) La realización de gestiones inherentes a la subdivisión del inmueble es un deber jurídico instrumental que se encuentra a cargo del enajenante, salvo que se extinga o que haya sido asumido por el comprador (SCBA LP C 113694, 16/04/2014 sum. Juba B3904853), tal como se pactó en el caso de autos. Aunque más todavía: en la cláusula 3<sup>a</sup> del boleto de compraventa anexo a fs. 6, se convino que la compradora se comprometía a realizar la subdivisión del inmueble, haciéndose cargo además de la totalidad de los gastos que surgieran y demandara la misma, inclusive los de agrimensura y los honorarios. Puntualmente, en el boleto nada se mencionó ni pactó que la demandada tuviera que regularizar material y ediliciamente el inmueble, o bien reformarlo como para así cumplir regularmente su parte del convenio. Situación que partiendo de una razonable interpretación de lo estipulado en materia de subdivisión, hubiera debido merecer una indudable y categórica expresión escrita en el texto contractual, de estimar la actora que dicha actividad recaía en la demandada. Porque a partir de la letra del contrato, tal actividad, por principio, constituye una obligación de la que se ha hecho cargo la actora; quien de entender lo contrario, pese a asumir la subdivisión del inmueble -al menos en los términos y alcances establecidos- debió como mínimo munirse y analizar a tiempo (simultáneamente a la negociación) el último plano municipal aprobado y en consecuencia deslindar precisamente el alcance de su prestación, al margen de la colaboración que fuera dable esperar de la

demandada. Pues en la tarea interpretativa de los contratos, ha de estarse, en primer término, a las expresiones con que las partes se pronunciaron en común (arts. 1197, 1198 C.Civ.; causa SI-31923-2012 del 30-9-2016 rsi. 435/2016 de esta Sala IIª). Y solo podría entenderse, respecto de la postura ensayada por la actora, el haber contratado con salvedades in mente retenta, incompatibles con el quehacer de buena fe contractual, que impone la necesidad de ser claros y precisos (cf. causas 92.490 RSD 277 del 1-10-03; 108.188 rsd. 171/09 del 17.12.09 Sala IIª). En este sentido, aunque no fuera exigible de la compradora, como presupuesto de su diligencia, una investigación sumamente exhaustiva acerca de la posibilidad de subdividir el inmueble, también lo es que aquélla no probó, contemporáneamente al contrato, haber hecho ningún tipo de averiguación al respecto, como tampoco podía desconocer las condiciones de edificación que ostentaba el inmueble. De manera que la compradora no actuó con la diligencia que las circunstancias exigían para desarrollar la subdivisión; y si el inmueble no satisfacía los recaudos edilicios exigidos por la comuna para realizarla, tal circunstancia -acaso no debidamente mensurada en términos económicos- denota falta de previsión y diligencia por parte de la adquirente (arts. 512, 902 del C.Civil), ya que una elemental previsión le imponía asesorarse oportunamente acerca de ello o al menos haber actuado instando y gestionando la factibilidad de la subdivisión. Dicha diligencia impone la previsión de acontecimientos que no resulten desacostumbrados, porque aún de las personas inexpertas son de esperar no solamente la buena fe sino una medida razonable de cuidado y previsión en el obrar contractual (arts. 901, 929, 954, 1198 C.Civ.; causa 107.351 RSD 107.351 del 5.5.09 Sala IIª). Y así, cuando mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (arts. 902 y 909 C.Civ.; cf. causas ex Sala IIª 65.868 del 14-7-95, ex Sala Iª 10-12-1991, DJ 1993-1-346). Esta regla de extendida aplicación, además, no limita su radio de acción a las condiciones especiales de la persona; abarca también las circunstancias en las que ésta, aún cuando no tuviera aptitudes sobresalientes o se las pudiere adjudicar por título o profesión, actúa frente a determinados riesgos o peligros. Son las condiciones externas en las que debe actuarse, a las cuales se ha de prestar adecuada atención frente a las posibles consecuencias y no obstante se procede con ligereza y desatención (conf. Belluscio-Zannoni, "Código Civil Comentado", Tº 4, págs. 65 y 68/70). Este principio debe enlazarse con la regla establecida en el art. 512 del Código Civil, en la medida de considerarse la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que corresponden a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (cf. causa 42671/2009 RSD 44/12 del 22.5.2012 Sala IIª). Lo desarrollado en este otro ítem es congruente, asimismo, con un argumento esencial de la sentencia del cual la apelante omite expedirse, a saber, que si bien el Juez de Primera Instancia evaluó que los informes periciales determinaron que las condiciones de edificación del inmueble impedían su afectación al régimen de propiedad horizontal y que ello obstaba a la subdivisión del inmueble (fs. 331/336 y 373/377), lo cierto es que el magistrado también ponderó que la adquirente no pudo ignorar dicha situación de irregularidad edilicia al momento de contratar, toda vez que pericialmente se explicó que las condiciones y modificaciones introducidas en el bien poseían una antigüedad bastante anterior a la fecha en que se había celebrado el boleto de compraventa. Y así, es insuficiente para fundar la apelación el escrito que se desentiende de los fundamentos del fallo sin criticar la resolución apelada (arts. 246, 260 del CPCC; causa SI-22520-2012 del 6-9-2016 r.i. 384/2016 de esta Sala IIª). Por lo que si el fundamento dado por el sentenciador no es cuestionado en los términos del art. 260 citado, queda comprendido entre aquellos aspectos o conclusiones de la sentencia que, no rebatidos, quedan tácitamente consentidos y escapan a la labor recursiva y revisora de la Cámara (SCBA 13-11-79 DJBA 116, 383; causa 107.351 RSD 107.351 del 5.5.09 Sala IIª). De allí que este otro agravio tampoco pueda tener andamiaje. V) Siempre que se reclaman daños y perjuicios como consecuencia de las vicisitudes de un contrato, es necesario ejercer una acción principal y subordinante, ya sea por cumplimiento (más daños moratorios), por incumplimiento (más daños compensatorios), por rescisión o resolución (más daños compensatorios), o por nulidad (más daños compensatorios). Para que prospere la acción resarcitoria, subordinada, ha de resolverse en forma favorable al actor la acción principal, ya que la de indemnización constituye una consecuencia o derivado en relación de subordinación, lógica y jurídica (art. 519 C.Civ.; MAYO, en "Código Civil Anotado", ed. ASTREA, t. II, pág. 705, causa 93.342 del 21-9-04 RSD 208/04 Sala IIª). Por ello se ha declarado que la acción por daños y perjuicios sustitutiva del cumplimiento in natura de la obligación, es solo de carácter subsidiario (arts. 505, 519, 631 y conchs. del C.C.; LLAMBIAS, "Código...", II-A, 398; causa 43.897 del 30-6-87; causa 100.006 del 11-5-06 RSD 110/06 Sala IIª). Y es cierto que dicho principio no es absoluto, porque ante la imposibilidad de cumplimiento por culpa del deudor, éste estará obligado a resarcir los perjuicios e intereses (arts. 628, 506, 511, 519 y conchs. del C.Civ.). Pero aun así, no se trata de un arbitrio fundado en la iniciativa del acreedor, sino de una facultad legal condicionada al previo incumplimiento morosamente imputable al deudor (LLAMBIAS, "Tratado...Obligaciones", II-A, 302; causa SI-13556-9 del 24-6-2016 rsd. 69/2016 de esta Sala IIª). Sin embargo, tales no son las circunstancias que concurren en el caso y que tornen procedente alguna indemnización en favor de la actora. La procedencia de la acción de daños y perjuicios derivados de una relación contractual requiere la demostración del incumplimiento denunciado, la del daño, y la del nexo de causalidad entre éste y la obligación incumplida, pues ninguno de estos extremos se presume (cf. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, "Obligaciones",

I, 316/317; GOLDENBERG, "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", pág. 221; causa 101.002 del 6-6-06 RSD 127/06 Sala IIª). Y como ha quedado expuesto, en el caso no se ha demostrado incumplimiento ni culpa de los demandados (como marca incluso la jurisprudencia citada por la apelante), ni restricción a la posesión del inmueble; por lo que no media responsabilidad contractual imputable a la demandada que permita establecer algún resarcimiento hacia la actora. Tampoco es conducente la resolución del contrato (art. 1204 del C.Civ.), porque ello deviene procedente sólo si no se allegaron elementos eficaces para deslindar la condigna responsabilidad de cada uno de los contratantes -provocándose entonces la paritaria responsabilidad por la frustración del objeto contractual-, o bien cuando media incumplimiento recíproco (SCBA., Ac. 41.838 del 3-4-1990; CNCiv Sala E, "Vázquez Guijo Waldo y otro c/ Garrone, José A." del 28/12/05 La Ley Online; causa 110.968 rsd. 83/11 del 12.7.11 Sala IIª). Pero esas tampoco son las circunstancias del caso, puesto que no se ha detectado ningún incumplimiento del que haya que responsabilizar a la demandada, tendiente a malograr el objeto del contrato. De modo que el agravio analizado no puede admitirse. VI) El art. 68 del CPCC establece un principio objetivo y rector en materia de costas, según el cual deben ser soportadas por quien resulta vencido, es decir por aquél respecto del cual se dicta un pronunciamiento adverso (conf. Palacio, "Derecho Procesal Civil", Tº III, p. 366 y ss.; causa E-2633-6 19/3/2013 R.I. 71/13 de esta Sala IIª). Y la razón probable para litigar' no puede en este caso justificar la excepción del art. 68 (2º párrafo) del CPCC, dado el carácter restrictivo que debe imperar para no desvirtuar los fundamentos del instituto (conf. causa 74.427 del 4.6.09 r.i. 202/09 Sala IIª). De manera que la condena en costas hacia la recurrente, en referencia a la demanda por ella entablada, debe permanecer inmutable. No obstante, las costas correspondientes a la reconvenición sí deberán distribuirse en el orden causado, pues si el Sr. Juez a quo estimó innecesario tratar la contrademanda deducida por fijación de plazo -en razón de cómo falló la demanda, esto es, rechazándola-, es porque evidentemente interpretó que aquélla se había tornado abstracta. Y en tal caso, no mediando pronunciamiento adverso a la actora (emanado de la reconvenición) no cabe considerar vencida a ninguna de las partes, y por ende las costas deben imponerse en el orden causado (SCBA LP C 104923 S 27/02/2013, sum. Juba B27999; SCBA LP C 98851 S 13/08/2014). En consecuencia, no siendo menester sino tratar los argumentos conducentes a la adecuada solución del pleito (art. 266 del CPCC), corresponde, sustancialmente, rechazar el recurso interpuesto y modificar la sentencia pronunciada únicamente respecto de las costas generadas en la instancia de origen por la reconvenición deducida. Voto por la afirmativa. A la misma cuestión, el señor Juez doctor Zunino por iguales consideraciones, votó también por la afirmativa. Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente: SENTENCIA Por ello, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y de los fundamentos expuestos en el mismo, a) se modifica la sentencia apelada solamente respecto de las costas devengadas en la instancia de origen por la reconvenición planteada, las cuales se distribuyen en el orden causado (art. 68, 2º párr. del CPCC), b) se confirma la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios. Las costas en esta Alzada se distribuyen en el orden causado atento no mediar oposición (art. 68 del CPCC; fs. 482, 485). Se posterga la regulación de honorarios (art. 31, D.L. 8904). Reg., not. y dev. 027083E