Datos del Expediente
Carátula: ROTUNDO ANA LUISA C/ DIAZ RUBEN DARIO Y OTRO/A S/ESCRITURACION
Fecha inicio: 21/04/2015 **Nº de Receptoría:** MP - 31459 - 2014 **Nº de Expediente:** 159145
Estado: Fuera del Organismo

REFERENCIAS
Sentencia - Folio: 607
Sentencia - Nro. de Registro: 96
05/06/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA

Texto del Proveído
------- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -------

REGISTRADA BAJO EL Nº 96 (S) Fº 607/619

Expte. Nº159145 Juzgado Nº 3

En la ciudad de Mar del Plata, a los 5 días del mes de junio del año dos mil diecinueve, se reúne la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario, a efectos de dictar sentencia en autos: "**ROTUNDO ANA LUISA C/ DIAZ RUBEN DARIO Y OTRO/A S/ESCRITURACION "**, en los cuales, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal, resultó que la votación debía ser en el orden siguiente: Dres. Rubén Daniel Gérez y Nélida Isabel Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1) ¿Es justa la sentencia de fs. 415 /429 vta. ?

2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ RUBÉN D. GÉREZ DIJO:

I.-Antecedentes.

a) A fs. 36/44 se presenta la Sra. Ana Luisa Rotundo, por derecho propio y con el patrocinio letrado del Dr. José Sobrino, promoviendo demanda de escrituración contra los Sres. Rubén Darío y Julio César Díaz, con relación a una porción ideal sobre dos locales ubicados en el edificio "Galería Rivadavia" sito en calle Rivadavia Nº 2664, de esta ciudad, y designados como unidad funcional catorce polígono 01-14 y 00-14, y unidad funcional treinta y nueve, polígono 01-40 y 00-39.

Paralelamente, ante el incumplimiento de las obligaciones emergentes del boleto de compraventa, reclama la aplicación la cláusula penal convenida en el importe de DÓLARES ESTADOUNIDENSES VEINTICINCO (u$s 25) diarios, desde la mora.

Relata que conforme el boleto de compraventa formalizado entre las partes el día 12 de septiembre de 2005, los señores Julio César y Rubén Darío Díaz le vendieron las 23/33 partes indivisas sobre los referidos inmuebles.

Explica que el precio total por la operación se fijó en la suma de DÓLARES ESTADOUNIDENSES SETENTA Y TRES MIL (u$s 73.000), pagaderos del siguiente modo: u$s 36.500 fueron abonados en efectivo en el acto de la firma del boleto "a cuenta de precio y principio de ejecución del contrato"; y el saldo de u$s 36.500 sería abonado "dentro del plazo de sesenta días de la fecha de firma del boleto de compraventa en el acto de suscribirse la correspondiente escritura traslativa de dominio".

Añade que la posesión de los locales le fue entregada en la fecha de formalización del boleto, habiendo recibido la misma de conformidad y sin oposición de terceros, con impuestos, expensas, tasas, contribuciones y servicios totalmente pagos.

Indica que, para la realización del acto escriturario, en el boleto se designó de común acuerdo a la escribanía de las notarias Alicia Fernández de Carballo y Stella Maris Carballo.

Finalmente, expresa que se pactó que todos los plazos eran perentorios, improrrogables y esenciales, que la mora sería automática, previéndose el pacto comisorio expreso y estableciéndose que el incumplimiento de alguna de las obligaciones emergentes del boleto daría a la parte damnificada el derecho a exigir su cumplimiento, fijándose además una cláusula penal de un importe diario de u$s 25.

Continúa narrando que, transcurrido el plazo pactado, los demandados no cumplieron con la obligación de otorgar la escritura traslativa de dominio, situación que perdura hasta la época de promoción de la demanda.

Manifiesta que ,con motivo de la mora de los vendedores en escriturar, procedió -con fecha 6 de agosto de 2007- a remitirles cartas documentos intimándolos a que realicen las diversas obligaciones a su cargo para otorgar la pertinente escritura.

Indica que las mencionadas misivas fueron respondidas el 13 de agosto de 2007 por el Sr. Rubén Díaz -por sí y en representación de su hermano, Julio Díaz-, quien por el mismo medio las rechazó por improcedentes alegando la existencia de circunstancias jurídicas de los inmuebles que obstaban el otorgamiento del acto escriturario.

Destaca que, habiendo transitado sin éxito una etapa de mediación ante el Centro de Mediación del Colegio de Escribanos provincial para la solución del conflicto suscitado, ha quedado expedita la vía judicial para el presente reclamo.

Formula opción por el trámite ordinario para sustanciar el proceso, reitera el reclamo de aplicación de la "cláusula penal" pactada en el boleto -desde la mora y hasta la fecha en que se de cumplimiento a lo pactado-, funda en derecho, ofrece prueba y pide que se haga lugar a la demanda.

b) A fs. 66 se ordena sustanciar la acción bajo el cauce de las normas del proceso ordinario (art. 319, C.P.C.C.), disponiéndose el traslado de la demanda por el término y bajo el apercibimiento de ley.

c) A fojas 89/98 se presenta el Dr. Sergio Rubén Mugica, en calidad de letrado apoderado de los Sres. Julio César y Rubén Darío Díaz, contestando la demanda instaurada en contra de sus poderdantes, solicitando su rechazo con imposición de costas a la actora.

Señala que sus mandantes adquirieron el día 28 de diciembre del año 2000 los dos locales objeto del presente juicio, detallando que las 10/33 partes de ambos inmuebles fueron adquiridos a "Forli S.R.L." y escriturada ante la escribanía de la notaria Alicia Fernández.

Explica que las restantes 23/33 partes las adquirieron por boleto de compraventa ya que el vendedor de dicha porción (Sr. Abdul Capra), debía solucionar su situación jurídica relativa a inscripciones de medidas cautelares que le afectaban e imposibilitaban la escrituración.

Resalta que la actora adquirió el 100% de los locales, con pleno conocimiento de que no se podía escriturar, ya que de no haber existido impedimento se habría efectuado la escrituración del 100% del inmueble.

Alega que tanto para escriturar como para firmar un boleto de compraventa en una escribanía fue necesario tener los informes de dominio a la vista, de los que surgía claramente que el señor Abdul Capra era en el año 2005 el titular de dominio de las 23/33 partes pendientes de escrituración.

Arguye que el precio abonado por la compra de los locales constituye otra prueba fehaciente de que la compradora tenía conocimiento de las circunstancias que dificultaban, al menos temporalmente, la escrituración.

Concluye, de tal modo, que ambas partes firmaron el boleto con total y completo conocimiento de que la concreción de dicho trámite notarial, escrituración, dependía de la voluntad de un tercero ajeno al negocio, el titular de dominio de ese 23/33 pendiente de escrituración, o sea el Sr. ABDUL ROBERTO JUAN CAPRA.

En base a lo anterior, expresa que los demandados se allanan en relación a la pretensión de la actora de suscribir la correspondiente escritura, la que deberá llevarse a cabo en la escribanía designada en el boleto, simultáneamente con la escrituración ordenada en la causa 35.749.

Refiere que el allanamiento planteado es oportuno, categórico, total e incondicionado, solicitando la eximición de costas prevista en el art. 70 inc. 1 del CPC.

Acto seguido, procede a dar respuesta a la pretensión de aplicación de la cláusula penal convenida, requiriendo su rechazo con costas a la contraria.

Declara ante todo que no se trata de una "cláusula penal", ya que como surge de su propio enunciado debería estarse ante una "parte damnificada". Sostiene que en el caso existe un incumplimiento recíproco de obligaciones -pago del saldo de precio por parte de la actora y

otorgamiento de la escritura a cargo de los demandados- argumentando que es indudable que los codemandados son damnificados ya que aún no han podido percibir la suma de U$S36.500 de saldo de precio, a pesar de haber entregado la posesión a la firma del boleto".

Añade que es inaceptable la postura de la accionante, por cuanto aduce que la cláusula en cuestión fue estipulada para el caso de que alguna de las partes no cumpliera las obligaciones pendientes "por falta de voluntad", "omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación", o "manifiesta indiferencia por los intereses ajenos", ya que decidir lo contrario importaría hacer lugar a un claro abuso de derecho y un enriquecimiento sin causa.

Subsidiariamente, pide que se proceda a su morigeración judicial en los términos y con los alcances fijados en el art. 656 del C.Civil.

Funda en derecho, ofrece prueba y solicita que se rechace la demanda con costas.

d) A fs. 99 se ordenó sustanciar con la parte actora el allanamiento formulado por los demandados en relación a la acción de escrituración.

A fs. 102 la Sra. Ana Luisa Rotundo responde el traslado conferido , solicitando su expreso rechazo.

Alega que el declamado allanamiento no ha sido formulado de modo incondicionado, sino que discute la pretensión de la actora. Refiere en este sentido que la demandada cuestiona la validez de la cláusula quinta del boleto de compraventa, manifestando además que quedaron obligaciones recíprocas pendientes, cuando en realidad ninguna obligación a cargo de la actora se encuentra en esas condiciones.

A fs. 111 se tuvo presente el allanamiento planteado en autos para resolver en oportunidad de dictar sentencia definitiva.

e) A fs. 111, frente a la existencia de hechos conducentes y controvertidos sujetos a comprobación, se abre el juicio a prueba por el término de cuarenta días.

A fs. 114/117 y 125/126 las partes actora y demandada ofrecen las pruebas, respectivamente, proveyéndose las mismas a fojas 148/150.

f) A fs. 388 pasan los autos para alegar, obrando agregado a fojas 389/392 el alegato presentado por la parte demandada, y a fojas 394/401 el correspondiente a la parte actora.

g) A fs. 415 /429 vta. se dicta sentencia conforme los alcances que se detallan en el punto subsiguiente.

II.- La sentencia recurrida.

A fs. 415 /429 vta. el Sr. Juez de primera instancia resuelve: *"1º) Haciendo lugar a la demanda promovida por Ana Luisa ROTUNDO contra Rubén Darío Díaz y Julio César Díaz y, en consecuencia, se condena a estos últimos a: i. otorgar, dentro del término de treinta (30) días, la*

correspondiente escritura traslativa de dominio a favor de la actora en relación a las 23/33 partes indivisas de los inmuebles ubicados en el edificio "Galería Rivadavia" sito en calle Rivadavia 2664 de esta ciudad, designados como unidad funcional catorce, polígono 01-14 y 00-14 y unidad funcional treinta y nueve, polígono 01-40 y 00-39, oportunidad en que deberá la compradora integrar el saldo de precio, bajo apercibimiento de lo dispuesto en los artículos 510 y 511 del Código Procesal Civil y Comercial; y ji. abonar a la accionante, dentro del término de treinta (30) días, la cláusula penal convenida en el boleto de compraventa, cuya cuantía se limita a la suma de DÓLARES ESTADOUNIDENSES TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS (u$s 36.500), de acuerdo a lo establecido en los considerandos de la presente; 2º) Imponiendo la totalidad de las costas del proceso a los demandados, conforme lo expuesto en el considerando "VI" (art. 68, C.P.C.C.); 3º) Difiriendo las regulaciones de honorarios de los profesionales" (textual).

En lo que respecta a la procedencia de la acción de escrituración considera el sentenciante que: *"no se ha logrado acreditar que la señora Rotundo hubiere tenido cabal conocimiento de la imposibilidad de escriturar dentro de los plazos convencionalmente estipulados. No existe mención alguna en el boleto suscripto entre las partes acerca de la existencia de eventuales circunstancias jurídicas relativas a los inmuebles que pudieran comprometer el cumplimiento de la escrituración en los plazos libremente convenidos por los intervinientes (arts. 1.197 y 1.198, Cód. Civil, ley 340)"* (textual).

Destaca que: *"Tampoco es posible inferir ese achacado conocimiento a partir de las declaraciones testimoniales producidas en autos (v. especialmente actas de fs. 225/226, 249/251, donde constan las deposiciones formuladas por Gustavo Esparza y la escribana que redactó el boleto de compraventa, Alicia Rosa Fernández Pettinato, respectivamente). Y, de igual modo, lo aducido por los accionados en torno a que el precio pactado fue sensiblemente inferior al de plaza, no resulta por sí solo un argumento idóneo para demostrar que la señora Rotundo contrató con el conocimiento de que no era posible obtener la escrituración a su favor dentro del plazo convencionalmente fijado, en tanto bien pudo ello -en su caso- responder a cualquier otro motivo atinente al negocio jurídico concertado (arts. 375, 384 y ccdtes., C.P.C.C.)"* (textual).

Subraya que: *"De cualquier manera, que el porcentaje indiviso de los inmuebles objeto de contratación se encontrara a nombre de un tercero, así como el conjetural conocimiento que de ello hubiera tenido la compradora, tan solo subsumiría el supuesto en lo que se denomina "venta de cosa ajena", respecto de la cual claramente se ha explicado que quien vende en tales condiciones se obliga a remover todos los obstáculos que impidan la libre disposición del bien (v. KIPER, Claudio M., Juicio de escrituración. Conflictos derivados del boleto de compraventa, 3ra. ed. act. y ampl., Edit. Hammurabi, Buenos Aires : 2009, p. 329), o bien que se compromete a obtener la cosa para ejecutar el compromiso (conf. Cám. Civ. y Ccial. de Morón, Sala Segunda, en autos "Fernández, Ema c/ Mitri, Miguel s/ Escrituración", sent. del 26/10/1995), con lo cual incluso en tal hipótesis la obligación de otorgar la correspondiente escritura respecto de los vendedores queda incólumne"* (textual).

Sentado lo anterior, afirma que: "*En el caso ha quedado acreditado efectivamente que lo vendido por los señores Díaz se encontraba -y de hecho, aún se encuentra- bajo la titularidad de un tercero: Abdul Roberto Juan Capra (conf. informes de dominio obrantes a fs. 404/407 y 408/411; constancias obrantes en la causa "Díaz, Julio César c/ Capra, Abdul Roberto Juan s/ Escrituración"). Ergo, sobre los vendedores pesaba entonces aquélla obligación de allanar cualquier obstáculo a fin de acometer en tiempo y forma el compromiso que libremente asumieron, lo que no puede reputarse cumplido en la especie"* (textual).

Resalta que. *"De las constancias obrantes en la causa "Díaz, Julio César c/ Capra, Abdul Roberto Juan s/ Escrituración", expediente número 35749-05, de trámite por ante este mismo Juzgado, se desprende que la misma fue iniciada el día 28 de noviembre de 2005 por el doctor Fernández Monteverde, en carácter de letrado apoderado de los señores Díaz -vale decir, los aquí demandados- contra el señor Abdul Roberto Juan Capra, con el objeto de obtener la escrituración de las unidades funcionales que son también objeto de este expediente"* (textual).

Enfatiza, a su vez, que: *"Cumplidos los trámites procesales pertinentes, en el mencionado proceso se arribó al dictado de la sentencia definitiva el día 8 de marzo de 2012, mediante la cual se hizo lugar a la acción promovida condenando al señor Capra a otorgar en el término de treinta días la escritura traslativa de dominio, contra el pago del saldo adeudado por los señores Díaz, bajo apercibimiento de lo dispuesto por los artículos 510 y 511 del Código Procesal Civil y Comercial; se impusieron las costas al accionado, se ordenó a la cónyuge del señor Capra a prestar el correspondiente asentimiento conyugal (conf. art. 1.277, Cód. Civil, ley 340) bajo apercibimiento de ser suplido judicialmente, y se difirió la regulación de honorarios para su oportunidad (v. fs. 849/856, causa cit.). La aludida sentencia fue notificada a los señores Díaz el 16 de marzo de 2012 (v. fs. 859) y al señor Capra y su cónyuge el día 24 de febrero de 2014 (v. fs. 885). Los honorarios de los profesionales intervinientes fueron fijados el día 4 de septiembre de 2014 (v. fs. 911) y modificados por la Cámara de Apelaciones el 22 de diciembre de 2014 (v. fs. 935)"* (textual).

Destaca que: *"El día 14 de septiembre de 2015, frente a la firmeza que había adquirido la sentencia recaída en las actuaciones sin que el allí accionado hubiera cumplido con la condena dispuesta dentro del plazo acordado para hacerlo, se hizo efectivo el apercibimiento prevenido y se dispuso que la correspondiente escritura traslativa de dominio sea suscripta por el magistrado; sin perjuicio de lo cual, previamente se requirió que se acredite el pago de los aportes y contribuciones de ley respecto de los honorarios a cargo de la parte actora y el depósito correspondiente al saldo de precio (v. fs. 965)"* (textual).

Afirma que: "*Como fácil puede advertirse, pese al tiempo transcurrido y la existencia de una sentencia condenatoria firme que admitió las pretensiones de los señores Díaz contra el señor Capra, lo cierto es que aún a la época de este pronunciamiento las porciones indivisas vendidas a la señora Rotundo continúan inscriptas dominialmente a nombre del mencionado tercero, pues la escritura a favor de los señores Díaz no ha sido llevada a cabo (v. constancias expediente 35.749/05 e informes de dominio obrantes a fs. 404/407 y 408/411 de autos)"* (textual).

Concluye que: *"Así las cosas, y como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, ha de reputarse que la responsabilidad en la dilación en el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio debe imputarse exclusivamente a los vendedores, quienes incumplieron con las obligaciones emergentes del boleto de compraventa relativas a la remoción de cualquier obstáculo que hubiere impedido el cumplimiento oportuno de la escrituración (...) Lo anterior es suficiente para tener por configurados los presupuestos de hecho que dan pie a la aplicación de la multa estipulada en la cláusula quinta del instrumento que ligara a las partes a favor de la compradora, siendo inocuos para enervar ello las alegaciones formuladas por los demandados al responder la acción"* (textual).

Paralelamente, cabe desarrollar los fundamentos dados por el Juez de grado en lo que respecta a la morigeración del importe de la cláusula penal convenida.

En tal sentido, considera el sentenciante que: *"es evidente que en la actualidad la cláusula penal bajo glosa no guarda una adecuada proporcionalidad con las prestaciones asumidas por los contratantes, conforme a "las circunstancias del caso" a las que se refiere la norma fondal como fundamento para la morigeración"* (textual).

Subraya que: "*El precio de venta de los porcentajes indivisos de los inmuebles cuya escrituración aquí se reclama fue estipulada en la suma total de u$s 73.000 y, simultáneamente a la firma del boleto -esto es, el 12 de septiembre de 2005-, la señora Rotunda abonó a los vendedores "a cuenta de precio y principio de ejecución" el cincuenta por ciento de ese monto, habiendo recibido en ese mismo acto la posesión de los locales (conf. cláusulas segunda y tercera), por lo que desde hace casi dieciocho años que viene gozando de la posesión pacífica y efectiva de aquéllos "* (textual).

Señala que: *"Bajo ese contexto, si se considera la cantidad de 4.651 días que han transcurrido desde el inicio del estado de mora hasta el presente -época en la que aún está pendiente el cumplimiento de la obligación de escriturar-, a razón de u$s 25 diarios, el importe de la multa ascendería a la suma de u$s 116.275, es decir, un valor muy superior incluso al precio total que las partes convinieron por la operación de compraventa; la desproporción prestacional resultante de la aplicación de una multa pactada en una moneda extranjera tradicionalmente apreciada en nuestro medio por su estabilidad durante el alongado tiempo transcurrido desde la mora en la obligación de escriturar, se presenta de modo ostensible y objetivo en la especie"* (textual).

Añade que: *"la actitud asumida por la compradora, condicionando el cumplimiento de la obligación de escriturar a la previa satisfacción del pago de la cláusula penal cuyo monto fue incrementándose precisamente por la inejecución de la prestación principal (conf. contenido de el escrito obrante a fs. 102/106, mediante el cual la actora respondió el traslado del allanamiento deducido por la contraria), no luce jurídicamente aceptable a tenor de los principios de buena fe, prevención del daño y del ejercicio regular de los derechos (arts. 21, 1.071, 1.198 y ccdtes., Cód. Civil, ley 340; arts. 9, 10, 729, 961 y ccdtes. del CCyC)"* (textual).

Subraya que: *"Tampoco puede escapar de este análisis la acentuada variación de la cotización de la moneda en la que se pactó la multa por el retardo (dólar estadounidense); véase que al 12*

de septiembre de 2005 dicha moneda cotizaba a $ 2,96 en su faz "vendedora", mientras que al 3 de agosto de este año dicha cotización se ubica en $ 27,29 (fuente: http://www.bcra.gob.ar/PublicacionesEstadisticas/Cotizaciones_por_fecha.asp).Las apuntadas circunstancias, si bien inidóneas para diluir el incumplimiento en el que han incurrido los vendedores, no pueden ser dejadas de lado a la hora de evaluar la justicia y proporcionalidad con la falta que sanciona la cláusula penal convenida en la especie" (textual).

Por último, expresa que: *"a fin de adecuar razonablemente el límite de la pena convencional, cabe volver sobre la proporcionalidad que debe observarse entre su valor y el grado y consecuencias de la mora, evitando que aquélla alcance una entidad tal que importe desnaturalizar el contrato y sus prestaciones principales; de otro modo se desvirtuaría el acuerdo original provocando un resultado económico antifuncional y abusivo. En esa senda, se avizora prudente y equitativo que la cláusula penal pactada para el caso de mora en la ejecución de las prestaciones principales emergentes del boleto, sea mantenida sólo hasta cubrir el saldo del precio que la compradora resta abonar, esto es, la suma de u$s 36.500 (conf. S.C.B.A., en causa "D´Archivio c/ Tiribelli" ya cit.; arts. 21, 656, 1.071, 1.198 y ccdtes., Cód. Civil, ley 340; arts. 9, 10, 729, 794, 961 y ccdtes. del CCyC)* (textual).

III.- El recurso de apelación de la parte demandada.

Mediante el escrito electrónico de fecha 17 de agosto de 2018 la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 415 /429 vta. y lo funda mediante el escrito electrónico de fecha 15 de marzo de 2019 con argumentos que merecieron respuesta de la parte contraria a fs. 469/ 471.

El apelante critica -en primer término- que el juez de grado considere que se encuentren reunidos los presupuestos de hecho que justifican la aplicación de la cláusula penal convenida.

Afirma que: *"la atinente a la “sensible reducción de precio”, fue probada cabalmente a través de la pericia INFORME DE TASACIÓN que obra a fs. 283/287 (...) El juez de grado especula en la sentencia que pudo ello responder a cualquier otro motivo atinente al negocio jurídico concertado, mientras que la actora nada dijo acerca de ello, solo se limitó a negar que existiese dicha reducción. (...) Es imposible demostrar fehacientemente el motivo de la sensible reducción de precio sin la colaboración de la Sra. Rotundo, sin embargo las constancias del expediente, prueba pericial, negativa de la actora y ausencia de alusión a motivo diferente por parte de la accionante, hacen muy factible que el motivo de la reducción de precio es el que sostiene esta parte"* (textual).

Por otra parte, argumenta que: *"recién el 14/09/15 se hizo efectivo el apercibimiento prevenido y se dispuso que la correspondiente escritura traslativa de dominio sea suscripta por el magistrado. El 14/09/2015 se cumplía 10 meses (13/11/2014) de interpuesta la presente demanda por parte de la Sra. Rotundo, la misma Sra. que condicionó el cumplimiento de la obligación de escriturar a la previa satisfacción del pago de la cláusula penal (...) Es justamente la actitud de la Sra. Rotundo la que impidió (y sigue impidiendo) que se formalice la escrituración. Es injusto responsabilizar por el incumplimiento de escriturar a quienes luego de un largo camino para*

hacer posible jurídicamente el cumplimiento de su obligación, (removieron el obstáculo que impedía el cumplimiento oportuno de la escrituración obteniendo judicialmente la orden de escriturar, exp 35.749/05 en fecha 14/09/2015)) se ven impedidos de hacerlo por la actitud (jurídicamente inaceptable) asumida por quien exige la escrituración sólo si se paga la totalidad de la cláusula penal, (u$s 116.275 a la fecha de sentencia)" (textual).

En segundo lugar, el recurrente cuestiona la decisión del sentenciante por cuanto: *"La reducción de la cláusula penal decretada por el juez de grado resulta insuficiente. Deja sin recursos a los Sres. Díaz quienes siempre contaron, desde la misma firma del boleto compraventa, año 2005, con recibir el saldo de precio adeudado por la actora (...) Dicho monto es necesario hoy en día para poder concretar el pago del saldo de precio que a su vez los aquí demandados deben efectuar en el expediente 35749/05 (...) Los mismos argumentos desarrollados en el punto IV habilitan a morigerar aún más la desproporcionada clausula penal aplicando quizás un poco menos de prudencia pero sí un mayor grado de equidad*" (textual)

Finalmente, el apelante critica la imposición de las costas procesales.

Subraya que: *"las costas correspondientes a la acción por escrituración. Las impone a la demandada debido a que se ha acreditado la existencia de mora en el cumplimiento de la obligación a su cargo (...) Ahora bien, surge de las constancias del juicio que el cumplimiento de dicha obligación solo fue posible a partir del 14 de septiembre de 2015, cuando en el expediente 35749/05, el mismo juez dispuso que la escritura ahí procurada sea suscripta por el magistrado, esto fue 10 meses después de iniciada la demanda en el presente juicio. El mismo juez hace referencia en la sentencia acerca de la actitud de Luisa Rotundo condicionando el cumplimiento de la obligación a la previa satisfacción total de la multa"* (textual).

Expresa que: *"Quedó demostrado que los demandados desde el día 1 pusieron todo su empeño en remover los obstáculos que impedían el cumplimiento de su obligación y cuando finalmente lo logran es la misma Accionante quien se convierte en el nuevo obstáculo, exigiendo el cobro de una desproporcionada multa, lo que impide el cumplimiento. Corresponde por tanto, conforme a las circunstancias del caso y en honor a la equidad, fijar aquí las costas por su orden" (textual).*

Por último, señala que: *"En cuanto a las costas referidas a la pretensión de aplicación de la cláusula penal, debo decir que es amplia la expectativa que el suscripto abriga acerca de su reducción en la presente instancia (...) Sin perjuicio de lo cual no puedo dejar de criticar por errada la caracterización de vencidos a los demandados en este ítem. El propio magistrado en el considerando del pedido de morigeración de la cláusula penal funda de modo muy completo el motivo por el cual corresponde una morigeración por ser excesivamente onerosa. También señala la actitud impropia de la actora. Corresponde entonces imponer las costas por este rubro a cargo de la actora por promover un cobro abusivo, inaceptable y cuya reducción, si bien insuficiente, la pone en el lugar de vencida."* (textual).

IV.- El recurso de apelación de la parte actora.

Mediante el escrito electrónico de fecha 17 de agosto de 2018 la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 415/429 vta. y lo funda a fs. 462/ 465 vta. con argumentos que no merecieron respuesta de la parte contraria.

El apelante critica la resolución dictada por el Sr. Juez a quo por cuanto decide morigerar la cláusula penal convenida en el boleto de compraventa que da base a la acción de escrituración.

Afirma que: *"la facultad jurisdiccional de reducir la cláusula penal establecida por las partes es excepcional y debe ejercerse con suma prudencia y criterio restrictivo, toda vez que si la potestad de modificación que se efectuara fuese ejercida de un modo amplísimo, la cláusula penal perdería su razón y finalidad"* (textual).

Expresa que: *"En autos los propios dichos de los demandados, y como ha quedado probado, no tienen impedimento alguno para proceder a cumplir con su obligación de escriturar, no obstante lo cual siguen sin cumplir su obligación, escudándose en el escrito de contestación de demanda, en el hecho de que carecen de bienes a su nombre"* (textual).

Agrega que: *"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 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. Cuestión que no se da en el caso de autos"*

Subraya que: *"es totalmente improcedente premiar a quien ha incumplido y no tiene voluntad de cumplir no obstante las distintas audiencias celebradas, pretendiendo en todo momento cargar todos os gastos que irrogaría realizar una primera escritura a nombre de los demandados, como asimismo, una segunda escritura a efectos de pretender que la actora cargue con las costas de ambos procesos, con la sola manifestación de no tener bienes registrabas a nombre propio, lo que los hace no sentirse obligados a cumplir con la manda judicial"* (textual).

Concluye que: *"al limitar la cláusula penal a una suma fija se premiaría a quien no tiene intención de cumplir con la escrituración en momento alguno"* (textual).

V.- Ley aplicable.

Por razones de orden lógico cabe aclarar que, analizándose en autos una pretensión de escrituración y de cobro de cláusula penal con base en una relación contractual cuya constitución operó el 12 de septiembre de 2005, para el estudio de los agravios me apoyaré en las normas del Código Civil [ley 340] y no el ya vigente Código Civil y Comercial de la República Argentina -ley 26.994- ya que éste no es de aplicación retroactiva (art. 3 del C.Civil, art. 7 del C.C.C.N.; conf. Kemelmajer de Carlucci, “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”, La Ley, 22/04/2015, AR/DOC/1330/2015; Junyent Bas,

Francisco A., “El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial”, La Ley, 27/04/2015, AR/DOC/1360/2015).

Hecha esta aclaración, me abocaré en el acápite subsiguiente al estudio de las apelaciones deducidas.

VI.- Consideración de los agravios.

Por razones metodológicas, teniendo en consideración que los embates deslizados por las partes giran en torno al sentido y alcance de la cláusula penal convenida en el boleto de compraventa que da base a la acción de escrituración, considero oportuno abordar de manera conjunta los agravios formulados en los recursos deducidos por ambas partes.

Dicha análisis se efectuará seguidamente.

a) Los presupuestos de hecho que justifican la aplicación de la cláusula penal acordada en el boleto de compraventa.

A mi entender, el agravio que formula la parte demandada con relación a la temática bajo estudio, no debe prosperar.

Expondré, seguidamente, las razones que me conducen hacia dicha conclusión.

Del **boleto de compraventa adunado a fs. 12/ vta**. (cuya suscripción no ha sido desconocida por las partes) surge que los litigantes acordaron en su cláusula segunda lo siguiente: ***"El precio total y convenido asciende a la suma de SETENTA Y TRES MIL DÓLARES ESTADOUNIDENSES BILLETES (U$S73.000) pagaderos de la siguiente forma: la suma de treinta y seis mil quinientos dólares estadounidenses billetes, son abonados en este acto, en efectivo, importe que se considera a cuenta de precio y principio de ejecución de este instrumento, sirviendo el presente de suficiente recibo y carta de pago; y el saldo, o sea la suma de treinta y seis mil quinientos dólares estadounidenses billetes, será abonada dentro de los 60 días de la fecha, en oportunidad de suscribir la correspondiente escritura traslativa de dominio"*** (textual, el resaltado me pertenece).

A su vez, en la cláusula cuarta se convino que: ***"La escritura traslativa de dominio que se instrumentará en base a títulos libre de gravámenes y será otorgada dentro de los 60 días de la fecha, por ante la escribanía de las notarias Alicia Fernández de Carballo y Stella Maris Carballo, con oficinas en ésta ciudad, calle Corrientes 3035, a quienes designan las partes de común acuerdo"*** (textual, el resaltado me pertenece).

Finalmente, la redacción de la cláusula quinta fue pactada en estos términos: ***"Las partes disponen que los plazos son perentorios, improrrogables y esenciales, que la mora será automática, acordándose el pacto comisorio expreso y estableciendo que el incumplimiento de alguna de las obligaciones emergentes del presente, dará derechos a la parte damnificada a exigir el cumplimiento, fijándose como satisfacción por dicho incumplimiento un importe diario de U$S25"*** (textual, el resaltado y subrayado me pertenece).

De las cláusulas contractuales pactadas en el boleto de compraventa por el cual se efectuó la venta de los inmuebles cuya escrituración pretende la actora (dos locales ubicados en el edificio "Galería Rivadavia" sito en calle Rivadavia Nº 2664, de esta ciudad) surge clara la obligación que tenía la parte vendedora de entregar la escritura traslativa de dominio dentro de los sesenta días posteriores a la suscripción del boleto de compraventa, contra la entrega del saldo de precio restante por parte de la compradora, pactándose al efecto la mora automática para cada una de las obligaciones asumidas por las partes, por el mero vencimiento de los plazos (arts. 509, 1.197 y 1.198, Cód. Civil, ley 340).

Partiendo de tales premisas, comparto la apreciación del sentenciante en cuanto sostiene que **ninguna mención se hizo en el boleto de compraventa acerca de la existencia de eventuales circunstancias jurídicas que pudieran condicionar el cumplimiento de la escrituración en los plazos libremente convenidos por las partes** (arts. 1197 y 1198, Cód. Civil).

En función de ello, **considero que debe desecharse de plano el embate por el cual el recurrente postula que la Sra. Ana Luisa Rotundo tenía cabal conocimiento de la imposibilidad de escriturar dentro de los plazos convencionalmente estipulados**.

Por otra parte, a contrario de lo sostenido por el apelante, entiendo que el precio abonado por la compra de los dos locales (menor al valor de plaza) no resulta una prueba suficiente para inferir *per se* que la actora conociera -al momento de la contratación- las circunstancias que dificultaban, al menos temporalmente, la escrituración.

Es que si bien en la búsqueda de la verdadera voluntad de las partes se deben computar la totalidad de las circunstancias que se insertan en la celebración del contrato, lo cierto es que aquí **la conducta más lógica, racional o verosímil de las partes hubiera sido la de explicitar dentro de las cláusulas contractuales -y de modo bien preciso- la "contingencia" o "problemática" existente en torno a la situación registral de los bienes que fueron objeto de venta** (argto. arts. 1197, 1198 y conds. del CPC).

Puntualmente, me refiero a que -de conformidad a los principios de prudencia, previsión y buena fe contractual- lo más lógico hubiera sido que se plasme en el boleto de compraventa que los locales dados en venta se encontraban bajo titularidad dominial de un tercero (Sr. Abdul Roberto Juan Capra), y dejar asentado que la "parte vendedora" se comprometería a remover todo obstáculo para garantizar el perfeccionamiento del título de propiedad en cabeza de la adquirente (Sra. Ana Luisa Rotundo).

Dicha labor no luce cristalizada en ninguna de las previsiones contractuales del boleto obrante a fs. 12/ vta., por lo que cabe desechar una solución hermenéutica distinta a la que aquí se propone (argto. arts. 1197, 1198 y conds. del C.Civil).

Tampoco comparto la crítica del apelante en cuanto sostiene que la dilación en el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio debe achacarse a la parte compradora por el hecho de exigir el pago de la cláusula penal.

Es que la cláusula penal ha sido fundamentalmente contemplada como medio para fijar, convencional y anticipadamente, el monto de los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación principal o de la morosidad en su ejecución. Pero promiscuamente con dicha función indemnizatoria, **la cláusula penal sirve al objetivo de asegurar el cumplimiento de la obligación, operando como medio de compulsión, de allí la legitimidad de la adquirente de exigir su cumplimiento como medio coercitivo para obtener la satisfacción de la prestación a cargo de la vendedora, en lo que respecta al otorgamiento de la escritura traslativa de dominio** (argto. arts. 652 y conds. del C.Civil; conf. Kemelmajer de Carulucci, "La Cláusula penal", Ed. Depalma, 1981, pág.3 y ss.; Augusto M. Morello con la colaboración de Pedro Rafael de la Colina, "El boleto de compraventa inmobiliaria", Ed. Platense, 2008, pág. 1041 y ss; Jurisp. SCBA, Ac 41,880 Sent. de 4-XII-1990).

En suma, verificada la responsabilidad de la vendedora por el incumplimiento de la obligación de escriturar los inmuebles que fueron objeto de contratación a través del boleto de compraventa obrante a fs. 12/ vta., **considero que debe permanecer incólume la decisión del sentenciante en cuanto dispone la aplicación de la cláusula penal convenida**, lo que así propongo.

b) La morigeración del importe de la cláusula penal convenida en el boleto de compraventa.

Tal como quedó reflejado al momento de relatar los antecedentes del caso, la temática en tratamiento ha sido objeto de agravio por ambas partes.

Adelanto que, a mi entender, la decisión del juez de grado debe confirmarse.

Efectivamente, el art. 656 del C.Civil, en su segundo párrafo, dispone que: ***"Los Jueces podrán, sin embargo reducir las penas cuando su monto sea desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, que configure un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor"*** (textual, el resaltado me pertenece).

Pese a la finalidad compulsiva o resarcitoria que se le reconoce a la cláusula penal, es erróneo considerar que en pos de respetar el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad, se sostenga la validez de una estipulación que no guarda una adecuada relación con las prestaciones asumidas por los contratantes, pues ello redundaría en la infracción a la moral y las buenas costumbres que las partes debieron ponderar en oportunidad de contratar, resultando viable en estos casos la morigeración judicial, aún de oficio, de modo que las penas convencionales no pierdan su razón de ser, ni tampoco la aspiración legítima del acreedor implique al mismo tiempo un enriquecimiento sin causa (argto. 21, 953, 1071, 1197, 1198, 652, 5655, 656 y conds. del C.Civil, conf. Alferillo, Pascual E., "La revisión judicial de la cláusula penal", La Ley 7/08/2017, AR/DOC/1982/2017; Jurisp. SCBA, Ac. 70.487, sent. del 7-II-2001).

La Suprema Corte provincial se ha pronunciado, al respecto, señalando que: ***"La posible morigeración oficiosa de la cláusula penal excesiva que autorizaba el artículo 656 del Código Civil (Ley 17.711), respondía a la necesidad de asegurar el imperio de la justicia***

conmutativa y evitar el aprovechamiento abusivo de la situación del deudor moroso, conciliándose armónicamente de este modo la regla de inmutabilidad de la pena con las exigencias que fluían de los principios ético-jurídicos informantes de la letra y espíritu de los arts. 21, 502, 530, 953, 1071 y 1167 del Código Civil" (Jurisp. SCBA. C. 120.055 Sent. de 23-XI-2016).

Trasladando estos principios al caso bajo examen considero que la reducción que ha efectuado el sentenciante respecto del monto de la cláusula penal convenida en la cláusula quinta del boleto de compraventa obrante a fs. 12/ vta. , resulta ajustada a derecho y, por ende, debe confirmarse.

En efecto, para reducir la multa pactada el magistrado de la instancia de origen ha valorado las especiales circunstancias del caso, a saber: **a)** el precio total de venta (u$s 73.000); **b)** la entrega parcial de la compradora "a cuenta del saldo final y como principio de ejecución del contrato (u$s36.500), **c)** la cantidad de días en situación de mora por parte de la parte vendedora (4651 días), **d)** el monto diario de la pena pactada en el boleto de compraventa (u$s 25), **e)** la variación del valor de los inmuebles y su relación con la moneda extranjera desde la fecha prevista para otorgar la escritura traslativa de dominio y **f)** el resultado aritmético al que se arribaría de la estricta aplicación de la pena (u$s116.275), es decir, un monto final en concepto de cláusula penal que luce evidentemente desproporcionado con el valor de venta (argto. arts. 21, 953, 1071, 652, 656 y conds. del C.Civil).

A mérito de las variables precedentemente expuestas, **propongo que se confirme la decisión del juez de grado en cuanto dispone que la cláusula penal pactada para el caso de mora en la ejecución de las prestaciones principales emergentes del boleto de compraventa, sea mantenida sólo hasta cubrir el saldo del precio que la compradora resta abonar, esto es, la suma de dólares estadounidenses treinta y seis mil quinientos (u$s 36.500)**.

c) La imposición de las costas frente al allanamiento de la demandada a la acción de escrituración.

A mi entender, no obstante el allanamiento formulado por la accionada a la pretensión de escrituración, la decisión del sentenciante de fijar las costas en cabeza de la parte demandada, debe confirmarse.

Expondré, seguidamente, las razones que me conducen hacia dicha conclusión.

Como es sabido, el allanamiento del demandado, para liberarlo del pago de las costas, debe ser real, incondicionado, oportuno, total y efectivo; además no debe encontrarse en mora, ni por su culpa haber dado lugar a la reclamación de la contraria (argto. art. 70, 537 y conds. del CPC; Conf. Roberto G. Loutayf Ranea, "Condena en costas en el proceso civil", Ed. Astrea, 1998, pág. 391).

Es decir que el deudor sólo puede eximirse de las costas si paga en el acto de intimación de pago, o antes, siempre que al hacerlo no hubiere incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación pues, en ese caso, debe soportar el pago de las costas no obstante el allanamiento o

cancelación de la deuda (argto. art. 70, 537 y conds. del CPC; Conf. Roberto G. Loutayf Ranea, Ob. cit. pág. cit.).

Esta Sala se ha pronunciado, en tal sentido, señalando que ***"El mero allanamiento –como reconocimiento de la legitimidad del crédito reclamado- no autoriza -en principio- a quien se ha allanado a ser eximido del pago de las costas del juicio. Para que el allanamiento sea causal de exoneración de las costas debe ser real, incondicionado, oportuno, total y efectivo. Requiere no haberse incurrido en mora o que no haya mediado resistencia anterior del deudor al cumplimiento de la obligación, es decir, que hubiese dado lugar a la promoción de la demanda..."*** (causa N°154.901, RSD-149-13 del 3-09-13, causa N°146.398, RSI-460-10 del 23-09-10, entre otros).

Visto así, y habiendo quedado debidamente verificado en el caso de autos la situación de mora de la demandada en lo que respecta al otorgamiento de la escritura traslativa de dominio -el legal tiempo y forma - considero que **el allanamiento no ha sido efectuado oportunamente y, por ende, carece de eficacia para erigirse en causal de exoneración de costas del proceso en los términos y con los alcances del art. 70 del CPC** (argto. arts. 70, 307, 556 y conds. del CPC; arts. 509 y conds. del C.Civil).

Por las razones expuestas, concluyo que **resulta ajustado a derecho el pronunciamiento de primera instancia que impone las costas del proceso de escrituración a la parte demandada, pues con su mora ha dado lugar a la promoción de la demanda** (arts. 68, 70, 307, y conds. del CPC; arts. 509 y conds. del C.Civil)

d) La imposición de las costas frente al acogimiento de la pretensión de cobro de la cláusula penal.

A mi entender, debe confirmarse la decisión del a quo en cuanto impone las costas en cabeza de la parte demandada frente al acogimiento de la pretensión de cobro de la cláusula penal, pese a su morigeración judicial.

Tiene dicho la Suprema Corte provincial que: ***"Cuando la demanda ha sido acogida parcialmente es de aplicación el art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial, que las impone a cargo del vencido. La actividad defensiva de la parte demandada contraponiéndose a las consecuencias del ejercicio de la acción no implica una reconvención, ni quita al accionado su carácter de vencido"*** (SCBA, C. 116.072 Sent. de 29-IV-2015).

Asimismo, ha dicho el Máximo Tribunal de la provincia que: ***"El principio sentado en el art. 68 del Código Procesal, que establece la imposición de costas al vencido, tiende a lograr el resarcimiento de los gastos de justicia en que debió incurrir quien se vio forzado a acudir al órgano jurisdiccional en procura de la satisfacción de su derecho. De ahí que, la circunstancia de que la demanda no prospere en su totalidad no quita al demandado la calidad de vencido a los efectos de las costas, pues la admisión parcial de la demanda no resta relevancia a la necesidad de litigar a la que se vio sometido el accionante"*** (SCBA, C.

116.072, sent. de 29-IV-2015; C. 99.149, sent. del 2-III-2011; C. 106.933, sent. del 5-IX-2012; entre otras).

Trasladando estos principios al caso bajo examen considero correcta la solución propiciada por el sentenciante en cuanto a la imposición de las costas en cabeza de la parte demandada frente al progreso de la pretensión de cobro de la cláusula penal, aunque haya sido morigerado su importe con base en lo establecido en el art. 656 del C.Civil.

Efectivamente, de acuerdo con el criterio de la Corte provincial expuestos en párrafos precedentes, el hecho que se haya receptado el planteo defensista tendiente a la reducción de la cláusula penal, no le quita a la demandada la calidad de vencida pues la pretensión fondal tendiente a procurar su aplicación -no obstante la resistencia de la contraparte- encontró reconocimiento en el pronunciamiento definitivo (argto. arts. 68 del CPC, Jurisp citada).

En función de ello, propongo que se confirme la decisión del Sr. Juez de grado en cuanto fija las costas a cargo de la parte accionada frente a la admisión de la pretensión de cobro de la cláusula penal.

En definitiva, y teniendo en consideración los fundamentos precedentemente expuestos, considero que los recursos de apelación deducidos por la parte actora y demandada deben rechazarse , lo que así propongo.

ASI LO VOTO.

La Sra. Jueza Nélida I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ RUBÉN D. GÉREZ DIJO:

Corresponde: **I)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora mediante el escrito electrónico de fecha 17 de agosto de 2018 y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravio; con costas al recurrente vencido (art. 68 del CPC); **II)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada mediante el escrito electrónico de fecha 17 de agosto de 2018 y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravio con costas a la recurrente vencida (art. 68 del CPC); **III)** Diferir la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (arts. 31 y 51 de la Ley 14.967).

ASI LO VOTO.

La Sra. Jueza Nélida I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente;

S E N T E N C I A

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo: **I)** Se rechaza el recurso de apelación interpuesto por la parte actora mediante el escrito electrónico de fecha 17 de agosto de 2018 y,

en consecuencia, se confirma la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravio; con costas al recurrente vencido (art. 68 del CPC); **II)** Se rechaza el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada mediante el escrito electrónico de fecha 17 de agosto de 2018 y, en consecuencia, se confirma la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravio con costas a la recurrente vencida (art. 68 del CPC); **III)** Se difiere la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (arts. 31 y 51 de la Ley 14.967).

Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). Devuélvase.

NÉLIDA I. ZAMPINI RUBÉN D. GÉREZ.

Pablo D. Antonini Secretario

------- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -------

Volver al expediente Imprimir ^