

En Cipolletti, Provincia de Río Negro, a los 06 días del mes de Octubre de dos mil diez, reunidos en acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Cuarta Circunscripción Judicial, con asiento de funciones en esta ciudad, para resolver en los autos caratulado: "BERGALLO RUBÉN HECTOR Y OTRA C/ CARRIZO PEDRO Y OTRO S/ ORDINARIO" (Expte. N° 1517-SC-10); De acuerdo con el sorteo realizado, previa discusión de la temática del fallo a dictar y formulación de las cuestiones a resolver, con la presencia de los miembros del Tribunal, de lo que da fe el actuario, corresponde votar en primer término al Dr. Jorge Eduardo Douglas Price, quien dijo:

I.- A fs. 343 se alza la coactora, expresando agravios a fs. 356/363 contra el fallo de Primera Instancia (fs.334/341) que rechaza la demanda de reivindicación, como así también el pedido de indemnización de daños y perjuicios, con imposición de costas al vencido.

En primer lugar se agravia la coactora de la sentencia de Primera Instancia por cuanto sostiene que los actores no han atacado la validez y vigencia del boleto de compraventa, lo cual según ella resulta incorrecto y contrario a las constancias de autos, manifestaciones que ha hecho en la demanda y documental que presentó.

Señala que, mediante las cartas documento que acompañó, ha rescindido dicho boleto de compraventa, y que la demanda textualmente dice que hizo ejercicio de las facultades conferidas por el art. 1204 del CC, por lo que se rescindió el contrato, contrariando esto lo sostenido por el a quo en cuanto declara que no se ha planteado su resolución, por lo que se expide por su plena vigencia.

Agrega que ninguna fundamentación respecto de la hipotética improcedencia de la rescisión que han planteado, ha sido vertida por el a quo, ni por la contraria. Señala que el Sr. Carrizo al punto 4 de su absolución de posiciones reconoce que el boleto de compraventa fue dejado sin efecto, y que, en su contestación de demanda, ratifica la pérdida de vigencia del boleto de compraventa, cuando plantea la prescripción de toda acción emergente del contrato, al tiempo que no brinda ninguna argumentación en contra de la rescisión por aplicación del art.1204 del CC, salvo la manifestación de haber abonado la deuda, hecho que señala es falso y no ha sido probado en autos.

Afirma que la agravia también la sentencia por encontrarse viciada de incongruencia al resolver extra petita introduciendo un hecho nuevo, no planteado en el proceso por ninguna de las partes, y resultante de una interpretación arbitraria y tendenciosa que es ajena a la sana crítica racional y que viola el principio de defensa. Ello por cuanto

declara que la Sra. Teresa Correa ha suscripto contrato de compraventa con el Sr. Carrizo sobre el inmueble objeto de la litis. Afirma que el a quo declara que la Sra. Correa ha prestado consentimiento tácito para el contrato, y que ello resulta falso y contrario a las constancias de autos; también que el que la Sra. Correa haya prestado consentimiento expreso para el contrato resulta una interpretación contraria a los principios de la lógica, tendenciosa, contraria a la buena fe, y que pretende deformar los dichos de la Sra. Correa haciéndole decir lo que no dice.

Respecto de la afirmación del a quo en cuanto a que, la falta de firma del boleto de compraventa por parte de la Sra. Correa es un hecho no introducido en la demanda sino recién en los alegatos, sostiene que es errónea ya que la falta de firma de un contrato es un hecho negativo que, en principio no debe ser alegado por ella, sino que surge claramente de la documental acompañada. Y que son los demandados quienes, en su caso, debieron alegar y probar la firma y existencia del contrato de compraventa respecto de la Sra. Correa pues de lo contrario ella debería alegar en la demanda todos los hechos negativos que hipotéticamente pudieran atribuírsele.

Sostiene que la declaración del a quo en cuanto a que declara que la Sra. Correa ha prestado tácitamente su consentimiento con el contrato de compraventa celebrado por su cónyuge por no decir nada al respecto durante diez años, resulta contraria a la ley. Y luego de transcribir el art. 919 del CC, señala que la mencionada no tenía ninguna obligación legal de expedirse, ni ningún plazo que la compeliere y que en consecuencia su supuesto silencio no puede interpretarse como consentimiento al contrato de compraventa. Agrega que este argumento demuestra la falta de imparcialidad del a quo. Señala que el Sr. Juez de Primera Instancia al declarar que la Sra. Correa ha exteriorizado su consentimiento expreso respecto del boleto de compraventa por medio de los dichos vertidos en la demanda, está atribuyendo a las palabras de la misma el significado opuesto al que tienen, violando las normas de interpretación de los actos jurídicos. Que de los términos de la Carta Documento N° 727204810 (fs.13) queda claro que el inmueble propiedad de la Sra. Correa no estaba incluido en el boleto de compraventa y que en la demanda las partes del contrato fueron expresamente determinadas excluyéndose a la Sra. Correa.

Afirma que, si bien es cierto que la demanda relata que los mandantes no han percibido ninguna suma de dinero por parte del demandado, tal negación no puede interpretarse como un reconocimiento por parte de la Sra. Correa y que lo contrario obligaría al justiciable a anteponer a cada frase una leyenda de negación de reconocimiento de

hechos y derechos. Señala que el a quo a fs. 339 vta., en base a la Carta Documento de fecha 23 de junio de 2006, pretende obtener el consentimiento de la Sra. Correa para el boleto de compraventa y a su respecto afirma, en primer lugar, que no es la Sra. Correa quien firma tal Carta Documento sino su letrado apoderado, quien a tenor del poder que se adjunta no tiene un poder de disposición sobre bienes inmuebles y que por ello las palabras vertidas en la misma no pueden ser atribuidas directamente a la Sra. Correa, y no pueden recibir el valor de consentimiento para un contrato de venta sobre un inmueble.

En segundo lugar señala que el boleto de compraventa se encuentra firmado solo por el Sr. Bergallo, y no así por la Sra. Correa, que la Carta Documento declara la voluntad del Sr. Bergallo de rescindir el contrato por falta de cumplimiento de las obligaciones a cargo del demandado y que ella no puede ser interpretada en sentido contrario, para ampliar el acto en contra de la Sra. Correa.

Contestando interrogantes planteados por el a quo en su sentencia, sostiene que el Sr. Bergallo intimó al Sr. Carrizo en calidad de titular de un derecho subjetivo surgido del contrato cuya rescisión se perseguía y que la Sra. Correa lo intimó en calidad de condómino del inmueble, ajena al boleto de compraventa, pero con un interés legítimo en su ejecución o rescisión. Afirma que la Sra. Correa continúa siendo titular del 50% del inmueble, porción indivisa que jamás transfirió.

Sostiene que el argumento de que la Sra. Correa prestó consentimiento para la venta de sus bienes, no ha sido introducido al proceso ni por el demandado ni por el tercero sino que ha sido introducido unilateralmente por el a quo, de manera arbitraria y violando el principio de congruencia, sin valorar la prueba documental expresa en sentido contrario obrante a fs.122 donde consta que, tanto el demandado como el tercero citado a juicio, reconocieron expresamente, en la cláusula primera del boleto de compraventa suscripto por el Sr. Carrizo con el Sr. Meriño, que el inmueble correspondía al vendedor por compraventa al Sr. Rubén Héctor Bergallo y que el vendedor exhibió e hizo entrega al comprador de un Acta Notarial otorgada por la Sra. Teresa Correa de Bergallo, mediante la cual otorgaba consentimiento conyugal a la venta efectuada por su esposo.

Por ello afirma que los mencionados reconocieron de esta forma que la Sra. Correa nunca realizó un negocio jurídico propio, dirigido a disponer de su patrimonio personal, dado que ambos denunciaron que la misma prestó asentimiento conyugal a la disposición de bienes gananciales de su marido, no así a la parte del inmueble de su propiedad.

Sostiene que esta declaración hecha en instrumento privado de fecha cierta, posterior a la notificación de la demanda, debe tenerse por confesión expresa de ambos y afirma que el Sr. Juez de Primera Instancia omitió valorar esta prueba.

Por otra parte sostiene que resulta falso, temerario y malicioso que la Sra. Correa hubiera suscripto un asentimiento conyugal, ni ninguna otra confirmación total o parcial del boleto de compraventa. Y que si ni el demandado ni el tercero acreditaron tal afirmación es porque la misma se basa en hechos inexistentes. Recuerda que la carga de la prueba pesaba sobre ellos y que su incumplimiento procesal es grave por cuanto denuncian que el supuesto acto de asentimiento conyugal fue celebrado por escritura pública, por lo que con total facilidad hubieran podido acceder a la misma por medio del escribano interviniente.

En cuarto lugar, siempre respecto al mismo tema, afirma que el fallo adolece de arbitrariedad sorpresiva, que le causa grave daño, especialmente por entender que el Sr. Juez funda el grueso de su sentencia en presunciones y reconocimientos tácitos. Sostiene que el a quo omitió valorar la prueba confesional del demandado, Sr. Pedro Carrizo, el cual, estando debidamente notificado, no asistió a la audiencia de prueba realizada el día 10 de diciembre de 2008 (fs.289), habiendo quedado confeso a tenor del pliego presentado. Subraya que la omisión alegada se funda en que el sobre conteniendo el pliego todavía se encuentra cerrado.

Afirma que de la prueba confesional del demandado, en la siguientes posiciones, surge confirmado que: 1º: el demandado nunca pago precio por el inmueble; 3º:que la Sra. Correa no intervino en el negocio; 4º:que Carrizo y Bergallo deshicieron el negocio; 6º:que Carrizo no recibió dinero alguno por la venta del inmueble a Meriño; 9º:que el demandado reconoce que le corresponde devolver el inmueble a los actores; 11º: que le corresponde a Carrizo abonar a los actores una compensación por privación de uso del inmueble.

Considera que, en primer término, deben valorarse los reconocimientos formulados documentalmente por el demandado y el tercero y que según la prueba producida, e intimaciones por carta documento realizadas, debe considerarse acreditado que el boleto de compraventa celebrado entre el Sr. Bergallo y el Sr. Carrizo, ha sido rescindido con motivo en la falta de pago del precio convenido, con voluntad concurrente de las partes. Sostiene, en quinto lugar, que existe una injusticia intrínseca en la sentencia, consagrándose un ejercicio irregular de derechos prohibido por el art.1071 del CC, cuya merituación solicitó expresamente en la demanda y en los alegatos, pero cuya

valoración fue omitida en la sentencia, constituyendo una nueva arbitrariedad.

Considera ello porque sostiene que se ha acreditado en autos su pretensión.

Agrega que, ante la propuesta conciliatoria del Sr. Bergallo mediante Carta Documento y luego mediante citación al CEJUME, el Sr. Carrizo dio respuesta negativa, y que luego con conocimiento del presente trámite y con el fin de frustrar el mismo vendió a un tercero el inmueble, esto porque la venta se produjo luego de dos constataciones judiciales hechas en el marco del presente proceso (fs.70/72 y 76/78) y luego de su notificación. Afirma que la supuesta transferencia a favor de Meriño se produjo en connivencia entre ambos.

Respecto a la cuestión inherente al reclamo de daños y perjuicios la parte apelante se agravia, en primer lugar, porque la sentencia al rechazar la acción de daños y perjuicios no brinda fundamento alguno, ni en cuanto a prueba ni en cuanto a derecho.

Sostiene que la acción de daños y perjuicios incoada es autónoma y se interpone de manera conjunta con la de reivindicación y que el Sr. Juez de Primera Instancia parece fundar el rechazo de esta acción en la circunstancia de que rechaza la de reivindicación. Pero que, sin perjuicio de ello, no lo afirma expresamente, omitiendo absolutamente fundar su fallo, lo cual constituye una grave arbitrariedad y una clara violación del derecho de defensa, pues no se pueden discutir argumentos que no se conocen.

Sostiene que, hipotéticamente, para el caso de que el Juez de Primera Instancia hubiera considerado que la acción de daños y perjuicios es accesoria de la de reivindicación, rechaza tal argumento por improcedente y contrario a derecho, solicitando que así se declare, pues la acción de daños y perjuicios es autónoma e independiente de la de reivindicación y que no existe dispositivo legal alguno que imponga a la misma la calidad de accesoria respecto de la de reivindicación.

Enumera los hechos que considera han quedado acreditados y deja constancia que ni el demandado ni el tercero citado a juicio han interpuesto acción de prescripción contra la demanda de daños y perjuicios, por lo que deben computarse por privación de uso y percepción de frutos, la totalidad de los períodos por ella denunciados.

En segundo lugar considera que la falta total de indemnización a su favor por los hechos denunciados constituye una intrínseca injusticia, y un ejercicio irregular de derechos, o abuso de derechos por parte del demandado y del tercero.

Sostiene que, para el hipotético caso de que se ratifique el fallo respecto del rechazo de la acción de reivindicación, ello no impediría que al mismo tiempo se modificara la sentencia haciendo lugar a la demanda de daños y perjuicios. Se remite al quinto

agravio de la primera cuestión recurrida.

En tercer lugar sostiene que la agravia la sentencia que rechaza la acción de daños y perjuicios por cuanto la Sra. Correa nunca ha vendido, ni entregado, ni cedido ninguno de sus derechos sobre el inmueble, ni tampoco su posesión sobre el mismo.

Y considera que habiendo sido la Sra. Correa privada del uso del inmueble y de la percepción de sus frutos, por el demandado y por el tercero citado a juicio, corresponde que se le abone a la misma el valor locativo mensual de dicho bien desde su apoderamiento sin su consentimiento y hasta que se lo restituyan, o la desinteresen respecto de su parte indivisa sobre el mismo.

La apelante afirma que la sentencia le causa grave perjuicio patrimonial a ambos actores, al violar su derecho de propiedad, sus derechos adquiridos, su derecho de defensa en juicio, su derecho al debido proceso e igualdad ante la ley.

Considera que se ha acreditado en autos que el demandado y el tercero citado le ha causado grave perjuicio, provocándole un grave menoscabo patrimonial y que este ha redundado en un enriquecimiento y beneficio económico para ambos, que el método de valuación y cuantificación del daño propuesto en la demanda no ha sido discutido, y que se encuentra acreditada la extensión y valor del mismo.

Por lo expuesto solicita que se resuelva a su favor y se condene conjunta y solidariamente al demandado y al tercero citado a juicio a abonar una indemnización en concepto de privación de uso y de percepción de los frutos del inmueble, señalando que se tenga en cuenta que al interponerse la demanda se estimó el valor locativo del bien en la suma de \$200, y que luego a fs.208 y 211 de autos quedó acreditado que en realidad el mismo oscila entre \$700 y \$800.

Respecto de las costas, la apelante afirma que la agravia que la imposición total de costas recaiga sobre ella por cuanto considera que, correspondiendo modificar la sentencia del a quo, corresponde modificar de manera coincidente la imposición de costas. Por ello solicita se impongan las costas del proceso al demandado y al tercero citado a juicio de manera conjunta y solidaria o subsidiariamente se impongan por el orden causado.

Además, sin que implique reconocimiento de hechos ni derechos, sostiene que, para el hipotético caso de que se confirme la sentencia de Primera Instancia, considera que en virtud de lo que tiene por acreditado y por aplicación del principio de la equidad, de protección ante el ejercicio abusivo de derechos, y teniendo en cuenta que ha tenido razones fundadas para accionar, igualmente se deben imponer las costas como

menciona supra. Sostiene que la imposición de costas le causa grave perjuicio patrimonial y viola el principio de debido proceso y de igualdad ante la ley, consagrando un ejercicio abusivo o irregular de los derechos.

A fs. 365/367, el tercero citado (Sr. Hugo Cesar Meriño) contesta agravios.

En primer lugar plantea la inconsistencia de los mismos por no constituir una crítica concreta y razonada de la sentencia.

Afirma que la apelante se ha limitado en su escrito a introducir cuestiones que no fueron planteados en la demanda. Considera que los presuntos agravios son discrepancias con la sentencia, que se concretan en expresiones reiterativas de sus anteriores presentaciones y abstracciones jurídicas.

Sin perjuicio de lo expuesto contesta agravios.

Respecto de la primera cuestión, sostiene que tal como lo consideró el a quo, la actora no se encontraba al momento del inicio de la demanda en posesión del inmueble cuya reivindicación pretende por haberse desprendido voluntariamente de ella en virtud del contrato de compraventa celebrado con el demandado por el cual transmitió, además, todos los derechos de propiedad y dominio que tenía sobre el mismo, y que por ello mismo no puede volver sobre dicha transmisión a menos que ataque el contrato de compraventa, cuestión que asegura no ha sido planteada.

Asegura que la parte actora no ha pretendido ni la nulidad ni la rescisión del contrato de compraventa sino que, en todas las cuestiones planteadas, ha ratificado su plena validez.

Respecto al segundo agravio sostiene que sus argumentos son contradictorios y afirma que la Sra. Correa en el escrito de demanda no planteó su falta de consentimiento a la celebración del contrato de compraventa y que, conforme lo explicó el Juez de grado, tampoco demandó la nulidad o inexistencia del tal acto jurídico por falta de uno de los elementos esenciales para su celebración, sino que por el contrario, demostró su voluntad expresa en tal sentido. Asegura que conforme lo expresara el a quo, ambos actores y en especial la Sra. Correa de Bergallo, han reconocido expresamente con la remisión de cartas documentos el conocimiento de la celebración del contrato.

Solicita se confirme la resolución apelada y se rechace el recurso de apelación con costas.

A fs. 369 la Defensora Oficial manifiesta que no teniendo directivas de sus representados, se abstiene de contestar el recurso.

II.- Respecto de la primera cuestión debo decir que pese al esforzado y por momentos farragoso intento de la parte coactora de atacar por incongruencia la sentencia puesta en

crisis, el mismo está condenado per se al fracaso. En efecto, toda la argumentación de la recurrente se condensa en señalar que ella ha afirmado la rescisión del contrato en su escrito inicial y que esta afirmación no ha sido contestada por la demandada. La afirmación implícita de la coactora es que, operada la rescisión del contrato, las cosas han tornado a su estado originario y por ende también se ha anulado la posesión que cediera del inmueble. Ello es lo que haría viable la acción de reivindicación.

Sin embargo, la demandada claramente ha sostenido en su contestación de la demanda que la acción intentada, no es la acción hábil para obtener tal fin, que primero debió promover la rescisión del contrato, al que afirma – sin embargo – como plenamente válido. Esto es que la parte demandada afirma, por el contrario, la validez del boleto y rechaza, implícitamente, que el mismo haya podido quedar rescindido por la Carta Documento enviada por el actor. Volveré sobre ello.

Advierto en primer término que, según el artículo 2758 del Cód. Civil, la acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión la reclama y la reivindica contra aquél que se encuentra en posesión de ella; así a los fines de la procedencia de la acción de reivindicación (art.2758 citado) son necesarios dos presupuestos: a) el carácter de propietario de la cosa, y b) la pérdida de la posesión. Se resalta que la actora no se encuentra legitimada para promover una acción de reivindicación si carece de cualquiera de los requisitos esenciales enunciados, debiendo demostrarse en todos los casos el título en virtud del cual se invoca la calidad de propietario, lo cual debe surgir del hecho o acto jurídico por medio del cual se adquirió la calidad de sucesor en el dominio o de la usucapión si se dan las condiciones para que se la tenga cumplida (ver sobre el punto Código Civil Comentado de Santos Cifuentes y Fernando A. Sagarna, Tomo III, Págs. 471/472 y ssgts.) y además que la pérdida de la posesión se operó por causas no atribuibles a su voluntad, es decir cuando no ha sido él mismo quien cedió la posesión, no ya la mera tenencia, tal como en el caso de autos y esa cesión de la posesión mantiene su validez. Admitir lo contrario equivaldría a permitir que todo boleto de compraventa que implique la cesión de la posesión de un inmueble pueda ser revertido por medio de esta acción, aún a despecho de las circunstancias mismas de la ejecución del contrato. Tal es el sentido del artículo 2776 del CC el que establece que la acción compete (es decir: procede) si la cosa fuera inmueble contra el actual poseedor si éste la hubo por despojo contra el reivindicante. Es que se trata de una acción posesoria, precisamente, porque lo que viene a proteger es

la privación ilegítima de la posesión, no cualquier privación de ésta. Menos aún si la misma fue cedida por convenio, supuesto en el que esta acción ya no procede, y en el que solo restan las acciones que se derivan del propio contrato mediante el cual la posesión hubiera sido cedida. Solución que, entiendo, se corresponde con la lógica más elemental.

Ello es absolutamente relevante para el destino de la acción intentada en autos, pues siendo así debiera rechazarse sin más.

No obstante, la confusión planteada en la demanda entre esta acción y el pacto comisorio, me obliga a revisar otro supuesto.

En efecto, conforme el art. 1204 del Código Civil, en los contratos con obligaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso, más en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas los efectos correspondientes.

Tenemos así, en primer lugar, que el contrato celebrado entre las partes principales es un contrato de prestaciones recíprocas y tuvo, según el propio relato de la actora, principio de ejecución ya que, el inmueble fue entregado en posesión al comprador y el vendedor recibió, al menos, un pago de éste. Estas prestaciones se hallan cumplidas y por ende, insisto, la posesión válidamente otorgada al comprador demandado.

En segundo lugar tenemos que ambas partes aceptan que el actor envió una Carta Documento intimando el pago de un saldo de precio de \$ 8.400,00 y que esta intimación fue rechazada, aduciendo el demandado que el precio estaba saldado íntegramente. También se acepta que el actor envió luego una Carta Documento considerando rescindido el contrato.

El primer punto es entonces, si – tal como parece entenderlo la parte actora – aquél procedimiento extrajudicial bastaba para resolver el contrato o debió haber perseguido tal rescisión por vía jurisdiccional. Conforme el segundo párrafo del art.1204 (según la reforma de la ley 17.711), ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios.

De acuerdo con los hechos admitidos por las partes, tal procedimiento ha sido seguido

por el actor, pero el segundo punto es si – como también parece entenderlo la actora – tal procedimiento hizo retornar las cosas al momento anterior a la resolución y ello permite demandar sin más la restitución del inmueble.

Entiendo que, por motivos coincidentes, ello no es así:

a) En primer lugar, reitero, no procedería la acción de reivindicación, por los motivos ya expuestos.

b) En segundo lugar, si por vía del principio *iura curia novit* entendemos que el actor ha demandado la nulidad del boleto de compraventa, debo señalar *prima facie* que, contrariamente a la posición sostenida por la demandada, con apoyo en la opinión de Borda, la modificación del art.1204 introducida por la reforma de la Ley 17711, sí importa una alteración a la prescripción del art.1432 del Código Civil que vedaba la utilización del pacto comisorio tácito al vendedor, esto es que adhiero a la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Provincia de Mendoza que ha considerado que el artículo 1432 ha quedado derogado tácitamente luego de la mencionada reforma, en sentido concordante a lo que hiciera el decreto-ley 4777/63 con el art.216 del Código de Comercio; uniformándose de esta manera la legislación civil y comercial y estructurándose un “sistema resolutorio” básicamente idéntico, que modifica no sólo al precepto indicado sino a todos aquellos que resulten contradictorios o incongruentes con el nuevo régimen. (Cita conforme Lorenzetti, Ricardo; Código Civil Comentado, Contratos, Parte Especial, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, pags.298/299).

Otros tribunales han coincidido sosteniendo que es mayoritaria la jurisprudencia que considera que “...el artículo 1204 del Código Civil – reformado por la ley 17.711– , adoptó un nuevo principio en la materia, al establecer que se tendrá como implícito, en todos los contratos con prestaciones recíprocas, el derecho del cumplidor de poner fin al contrato cuando la otra parte no cumpla con sus obligaciones, no mediando diferencias en torno a la naturaleza jurídica o su fundamento, sea que se trate del llamado "pacto comisorio implícito" o "pacto expreso". En otras palabras, la facultad de resolver se funda en la reciprocidad de las prestaciones, en su interdependencia o conexión, que no sólo existe en el momento de la celebración del contrato (sinalagma genético), sino que también gravita en la etapa del cumplimiento (sinalagma funcional) (conf.: Belluscio - Zannoni, Código Civil..., t., p. 998, pto. I). Esta facultad resolutoria por incumplimiento, sea expresa o tácita, constituye un elemento natural del contrato, es un derecho subjetivo de opción y su ejercicio implica la extinción de la relación jurídica (conf. ob. cit., p. 981, pto. III).

Por ende no existe obstáculo a considerar, desde este punto de vista, la resolución del contrato esgrimida por la coactora, a la sazón vendedora.

En segundo lugar debemos tratar, ahora sí, la cuestión implícitamente aludida por la actora, respecto de entender que la rescisión se habría operado de “pleno derecho”. Aquí la situación en la que nos encontramos, precisamente la de un caso de pacto comisorio tácito, marca el rechazo de esta argumentación implícita. En efecto, tal como señalan Mosset Iturraspe y Piedecasas, las razones para la “incorporación del pacto comisorio implícito son básicamente dos: suplir el silencio o la omisión de las partes, facilitando una «salida» al contratante cumplidor, y, a la vez, simplificar los procedimientos resolutorios, evitando la demanda judicial”, por lo que la norma viabiliza un procedimiento extrajudicial; pero, qué ocurre cuando, como en el caso de autos, el interpelado rechaza la intimación y alega que el cumplimiento no es procedente por las razones que fueren; o más aún, como en el caso de autos, alegando que ha cumplido?. La doctrina ha dado dos respuestas: a) la resolución se produce igualmente, como si no hubiese negativa; y b) la oposición, cualesquiera sean sus motivos, “...obsta a la resolución en la medida que plantea un conflicto de intereses y por tanto no queda otra vía resolutoria que la judicial. Creemos que esta postura es la justa y razonable”. (Mosset Iturraspe, Jorge, Código Civil Comentado, Arts.1137 a 1216, Rubinzal Culzoni, Editores, Santa Fe, 2004, pags.443/45). En lo particular adhiero también como los autores citados a esta segunda opción, en el sentido de que si existe oposición, se impone la necesidad de que el derecho a rescindir sea resuelto judicialmente, máxime ante el límite impuesto por la jurisprudencia en orden a impedir el abuso de derecho en su uso.

Ello es también necesario cuando la resolución no produce “per se” la restitución de las cosas a las condiciones fácticas que permiten al acreedor continuar en el ejercicio de sus derechos, esto es que no basta la mera declaración resolutoria para que queden, podría decirse, “autosatisfechos” sus intereses.

Aquí es obvio que la actora precisaba de la acción judicial pues sólo por esta vía podía regresar al dominio del inmueble.

En suma, la acción de resolución debía ser intentada por la parte accionante y resulta por demás claro que así no ha sido.

No obstante, al reclamar aquello que sería el fin “material” de la resolución cual es la restitución del inmueble (bien que por el ejercicio de una acción claramente improcedente como bien ha explicado el a quo y a cuyos términos me remito brevitatis

causae), puede entenderse, por aplicación del principio *iura curia novit*, que ha promovido la referida acción de resolución.

Sin embargo, la conclusión ha de ser la misma, desde que si de ella se trata, la misma se encuentra prescripta tal como lo afirma la demandada al contestar la acción impetrada.

En efecto: es prácticamente unánime la opinión doctrinaria, a la que adhiero, que afirma que, cuando se recurre al procedimiento judicial, no es necesaria la intimación previa que prevé el segundo párrafo del art. 1204 del C.C. (216 del C. de Comercio), bastando para que proceda la resolución que se den los presupuestos generales, o sea: el incumplimiento imputable y la mora del accionado y que no hubiera incurrido en ello el accionante y, he aquí lo más relevante: la inacción en nada modifica la situación de mora del deudor, siempre que la misma no fuera alcanzada por los efectos propios de la prescripción liberatoria, que es justamente lo que aquí ha sucedido.

La afirmación de la demandada de que no han existido causales ni de suspensión ni de interrupción de la prescripción liberatoria no ha hallado respuesta por parte de la actora, y la descripción de la sucesión temporal de los hechos por parte uno y otro coincide, de modo que aún computando el término más beneficioso a los intereses de la actora, cual sería el del interpretar que la acción comenzó a prescribir en la fecha del último compromiso de pago, el 23/04/96, la misma ya se encontraba largamente prescripta al tiempo de enviarse la CD agregada a fs.13 de los presentes actuados de fecha indubitada 23/06/96; lo que así corresponde declarar.

Esto descarta también la alegación de la actora respecto de que mediante la prueba confesional el demandado haya admitido la rescisión del boleto de compraventa, así como las otras alegaciones que al respecto formula. He procedido a abrir y examinar el pliego incorporado al sobre de fs.283 y concluyo que de la confesión ficta no puede extraerse lo que la actora pretende.

En efecto, en primer lugar porque allí afirma algo distinto de lo que dijera en la demanda, mientras que en la demanda afirma – y así ha alegado – que la rescisión fue unilateral, aquí afirma que el negocio fue deshecho por ambos, lo que implica afirmar un supuesto de hecho completamente diferente (posición 4ta.). Tampoco tiene relevancia que se pretenda confeso de haber habitado la casa sin pagarla (posición 10º) pues nuevamente aquí intervendría la prescripción. Ni, menos aún, de la confesión pueden extraerse conclusiones jurídicas como las de que sabe que tiene que devolver la casa (posición 9º) o que tiene que pagarle una compensación por el uso (posición 11º), desde que las posiciones son afirmaciones sobre hechos del absolvente y no pueden

consistir en afirmaciones sobre la propia pertinencia del derecho alegado, porque ello no es, no puede ser, objeto de dicha prueba.

Pero cabe agregar algo más: el hecho central es si la rescisión se operó en tiempo oportuno o no, pues toda otra posible alegación es sucedánea de esta, deriva lógicamente de ella, como el derecho a que el bien le sea restituido. Y lo cierto es que los actores han dicho que la rescisión se operó con la Carta Documento y la misma fue enviada ya prescripta la acción.

Es que, como se ha dicho reiteradamente, en función del mismo precepto legal, el mérito de la confesión ficta debe siempre realizarse de modo congruente con las alegaciones y las otras pruebas de autos y, en autos, obra la respuesta del demandado a los actores rechazando la existencia de deuda y con ello de la razón para rescindir, así como la misma contestación de la demanda donde el demandado reitera tal aserto. La confesión ficta, sin otros elementos probatorios que resulten congruentes con los hechos que se pretenden confesos, no puede obrar como fundamento decisorio, en este caso como prueba en contra de quien ha rechazado extrajudicial y judicialmente la causal de rescisión de un boleto de compraventa, menos aún cuando afirma algo distinto de aquello que ha afirmado en el escrito introductorio.

Así la jurisprudencia ha dicho: La confesión ficta debe apreciarse en su correlación con el resto de las pruebas atendiendo a las circunstancias de la causa, pues de lo contrario se haría prevalecer la ficción sobre la realidad y la decisión podría alejarse de la verdad material. (CCCLyM, Trelew, Chubut, Sala A; S., J.G. c/ S.I.A. SRL s/ Cobro de Pesos Laboral – Sent.8/09/08) y también: El mérito probatorio de la confesión ficta (art. 401, CPC), no obedece a las mismas reglas de apreciación que la confesión expresa que constituye plena prueba y acarrea los efectos vinculantes para el juez (art. 407, CPC). De cualquier manera, la confesión ficta no siempre resulta decisiva, debiendo ser apreciada en correlato con las demás pruebas y atendiendo las circunstancias particulares del caso. No obstante, la vía de valoración de la confesión ficta que hará el juez, depende de la petición concreta de que se tenga al absolvente renuente por confeso. CACCyM, San Juan, Sala 01 in re I., M.P. c/ M., R. A. y Otros s/ Daños y Perjuicios – Se. 28/11/07).

Por ende, la pretensión de la parte accionante de que la rescisión del boleto se hubiese operado con el sólo envío de la Carta Documento, debe ser rechazada, con costas, cfe. art. 68 CPCyC.

Resta ahora analizar la pretensión de nulidad del boleto respecto de la coactora Correa,

en primer lugar debo señalar que ella no ha esgrimido tal argumento al interponer la demanda, sino recién en los alegatos y, tal como ha concluido el a quo, esto veda ingresar a la consideración de un hecho que no ha sido afirmado en la demanda. El argumento, introducido en la apelación, acerca de que por tratarse de un hecho negativo éste no precisaba ser alegado, resulta, cuando menos absurda, pues no cabe duda alguna de que quien debía alegar – como causal de nulidad del contrato – la falta de consentimiento era la parte interesada, no cabe pretender – como lo afirma – que era el juez quien debía examinar el documento y concluir que, ante la ausencia de firma, la coactora perseguía su nulidad por tal motivo, pues, justamente, sería ese el caso donde el juez estaría violando el principio de congruencia al introducir un elemento no alegado por las partes.

En segundo lugar debo decir que comparto, bien que calificándolas de obiter dictum (desde que el argumento ni siquiera debió ser considerado por su extemporaneidad), las conclusiones del a quo respecto de que la coactora había prestado su consentimiento tácito al contrato que pretende anular. Ello pues no otra consideración puede hacerse de sus actitudes posteriores, así su pasividad frente a la venta y los actos posesorios del demandado, durante más de diez años, como así también la demanda en la que ambos actores reconocen la existencia del boleto de compraventa y la tradición del inmueble (hechos que la coactora ni siquiera afirma haber conocido a posteriori, de donde se sigue que los conoció – como es lógico – simultáneamente con su ocurrencia, lo que nuevamente implica su consentimiento tácito) y, por último, señalado también de modo expreso por el Juez de grado, la intimación formulada por Carta Documento, a través de su apoderado, en la que en modo alguno deslinda su condición o derecho respecto del de su esposo, ni alega la pretendida nulidad por falta de su consentimiento, sino que por el contrario asume implícitamente la validez originaria del contrato que pretende rescindir, lo que comporta, en rigor, un acto expreso de reconocimiento de la conformidad por ella brindada en origen al boleto de compraventa.

En suma, si en una operación de venta de un bien ganancial, la cónyuge conoce de su existencia y no formula oposición ni demanda nulidad transcurridos más de diez años, y luego suscribe a través de apoderado la Carta Documento en la que pretende rescindir dicha compraventa en función del pacto comisorio implícito (art.1204 CC, segundo párrafo) y no ha alegado, ni por ende producido prueba, que refiriera su oposición al acto, ni denunció actividad posterior alguna que evidencie su disconformidad, cabe concluir que ha existido consentimiento tácito, en los términos del art. 1277 del C.

Civil, emergente de actos contemporáneos y posteriores al acto de disposición. No corresponde tampoco hacer lugar al pedido de nulidad de un boleto de compraventa, fundado en la falta del consentimiento previsto en el art. 1277 del C. Civil, cuando ha mediado consentimiento tácito de uno de los cónyuges.

En suma y para concluir este aspecto, si en la demanda la coactora no peticionó la nulidad por ausencia de consentimiento, no cabe, insisto, tener en cuenta el argumento sin violar el principio de congruencia; pero, además, obiter dictum señalo que tengo la convicción de que la misma prestó la conformidad tácita y contemporáneamente con la suscripción del boleto de compraventa.

En cuanto a la pretensión de que la acción por daños y perjuicios es una acción independiente, no puedo sino señalar la endeblez del argumento. Veamos, cuál sería el motivo por el cual existiría daño, si el inmueble no debe ser reintegrado al vendedor?. El daño se configura si existe un ilícito, el ilícito alegado es el de un incumplimiento de tal suerte grave que permite rescindir el contrato y obliga a la restitución del inmueble retornando las cosas al status anterior al boleto. Sólo si ello ocurre podría derivarse la obligación de resarcir. Si la acción para rescindir ha prescripto y, ergo, con ella la posibilidad de exigir la restitución del inmueble, no existen daños y perjuicios que sólo podrían derivarse de la privación ilegítima del inmueble.

Siendo esto así la alegación sobre la imposición de costas, basada exclusivamente en el resultado del pleito, que pretendía debiese ser otro, no puede sino ser confirmada, e impuestas las mismas a los actores, en ambas instancias, cfe.art.68 CPCyC.

Por ello, voto por rechazar íntegramente la apelación, confirmando la sentencia de primera instancia, con costas a la actora perdidosa y regular los honorarios de los letrados intervinientes, de la actora y la demandada, en el 25 y el 30% respectivamente de lo regulado en primera instancia, conforme art.14 Ley 2212 y modificatorias.

Los Dres. Edgardo Juan Albrieu y Daniel Alfredo Pozo, adhieren al voto precedente por sus mismos razonamientos fácticos y argumentaciones jurídicas.

Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería, RESUELVE:

- I.- Rechazar la apelación interpuesta por la coactora.-
- II.- Costas a la actora perdidosa, cfe. art. 68 CPCyC.-
- III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes, de la coactora y el tercero, en el 25 y el 30% respectivamente de lo que resulte regulado en primera instancia, conforme art.14 Ley 2212 y modificatorias.-
- IV.- Regístrese, notifíquese y vuelvan.-

Con lo que terminó el ACUERDO, firmando los Sres. Jueces Dres. Jorge E. Douglas Price, Dr. Edgardo J. Albrieu y Dr. Alfredo D. Pozo, por ante mí que certifico.-

Dr. Edgardo J. Albrieu Dr. Alfredo D. Pozo Dr. Jorge E. Douglas Price  
Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

Dr. Jorge A. Benatti  
Secretario de Cámara