



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

**"ALFANO MAURICIO DANIEL C/
HEREDEROS DE MELLUSO CATALINA S/
CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"**

Causa N° C3-65169 R.S. /2012

///la Ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, el Seis de Diciembre de 2012, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial de Morón, **Doctores Felipe Augusto Ferrari y Jose Luis Gallo**, para pronunciar sentencia interlocutoria en los autos caratulados: **"ALFANO MAURICIO DANIEL C/ HEREDEROS DE MELLUSO CATALINA S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"**, Causa N° C3-65169, habiéndose practicado el sorteo pertinente -arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: **GALLO-FERRARI**, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

C U E S T I O N

¿Es ajustada a derecho la resolución apelada?

V O T A C I O N

A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GALLO, dijo:

I.- Antecedentes

1) La Señora Juez Titular del Juzgado Civil y Comercial nro. 3 de este Departamento Judicial, a fs. 340/345 de las presentes actuaciones resolvió hacer lugar a la demanda por cumplimiento de contrato promovida por Mauricio Daniel Alfano contra Patricia Francisca Rizzo, Carmen Rizzo y Tomas Simonetti en su caracter de herederos de Catalina Melluso. Asimismo condenó a los accionados a abonar al actor la suma de pesos dos mil trescientos veinticinco (\$2.325.-) con más los intereses determinados en el considerando VI de la sentencia recurrida, dentro del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

plazo de diez días de quedar firme la liquidación que practique la actora, bajo apercibimiento de ejecución.-

Impuso las costas del proceso a los demandados por el principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.), difiriendo la regulación de honorarios profesionales para la oportunidad legal.-

2) Contra tal forma de decidir se alzó a fs. 348 la parte actora quien por intermedio de su letrada apoderada interpuso recurso de apelación el que fue concedido libremente a fs. 349.-

3) Llegados los autos a esta Sala Segunda, desde la Presidencia se llamó al actor a que expresara sus agravios -fs. 363 pto. II- quien presentó su escrito de fundamentación a fs. 364/367 que no recibió réplica alguna.-

Previo informe del Actuario, a fs. 372 se llamó **"AUTOS PARA SENTENCIA"**, providencia que al presente se encuentra consentida dejando las actuaciones en condición de ser resueltas.-

II.- Las quejas

Se agravia el recurrente de la sentencia en crisis toda vez que en la misma -en su parte dispositiva- no figura el apercibimiento de dar por resuelto el contrato para el caso de incumplimiento en la etapa de ejecución de sentencia como se ha estipulado en la cláusula séptima (pacto comisorio) del contrato base de la operatoria de compraventa.-

Para sustentar sus quejas el apelante esgrime una serie de argumentos que en homenaje a la brevedad me remito.-

III.- La solución desde la óptica del suscripto

Efectuare -antes que nada- un breve recorrido de lo acontecido en las presentes actuaciones.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

1) Así, vemos que a fs. 62/68 vta. el actor Mauricio Daniel Alfano inició demanda contra Catalina Melluso por el saldo de precio impago de dolares estadounidenses dos mil trescientos veinticinco, conforme contrato de Compraventa con más los intereses desde la mora hasta su pago.-

También se desprende del escrito inicial que el actor subsidiariamente demandó la resolución del contrato si no se lograra su cumplimiento conforme el Pacto Comisorio expreso en la la Cláusula septima, con perdida de las sumas abonadas en concepto de daños y perjuicios emergentes y la consecuente restitución del inmueble objeto de la compraventa.-

Expone a lo largo de la demanda sus pretensiones y en el pto. *"IV" EN SUBSIDIO: SOLICITA RESOLUCION DE CONTRATO. DAÑOS Y PERJUICIOS Y RESTITUCION DEL INMUEBLE".-*

A fs. 147 se presentó en autos Patricia Rizzo acreditando su vinculo con Catalina Melluso y se da traslado de la demanda a la misma a fs. 175.-

A fs. 182/184 la Sra. Rizzo contesta demanda y reconviene al actor por daños y perjuicios.-

Llegamos a fs. 203/vta donde se declaró rebelde a Tomas Simonelli.-

Luego de certificada la prueba producida en autos -fs. 333 y vta.- se llamó "AUTOS PARA SENTENCIA".-

A fs. 340/345 la sentenciante dicto la resolución hoy en crisis.-

2) Efectuado este breve recorrrido por esta causa, se encuadra el agravio del recurrente en la pretensión de la resolución del contrato (pacto comisorio estipulado en la clausula septima-). Ello en forma subsidiaria ante la posibilidad de que el pago no se hiciera efectivo.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

3) Es preciso realizar algunas aclaraciones previas.

Esta Sala segunda en causa nro. 54101 R.S. 361/07 ha dicho que **"El llamado pacto comisorio es "la cláusula legal o convencional de los contratos con prestaciones recíprocas, en virtud de la cual la parte cumplidora del contrato, frente al incumplimiento culpable de la contraria tiene la opción de exigirle el cumplimiento o pedir las resolución del contrato"** (Cfe. Gastaldi, Pacto Comisorio p. 5).-

Hasta la reforma de la ley 17.711 el Codificador sólo previó la "cláusula convencional" pues el pacto comisorio sólo se podía dinamizar si estaba expresamente pactado en el contrato vinculante; el actual texto del Art.1204 prevé la "cláusula comisorio legal" al establecer que en todos los contratos existe la posibilidad de resolución, si bien sujeta a las formalidades que la misma norma establece, independientemente que las partes la hayan o no pactado.-

En definitiva la cláusula comisorio, legal o convencional, se enlaza con el "pacta sunt servanda" y con las normas de los Arts.1197 y 1198 del Digesto de fondo en tanto obligan al cumplimiento de buena fe de los contratos, dando al cumplidor, enfrenteado con el incumplimiento del cocontratante, la alternativa de reclamar el cumplimiento o pedir la resolución con las consecuencias accesorias atinentes a los daños y perjuicios emergentes; obviamente la resolución comisorio debe enmarcarse en los principios de relatividad de todos los derechos y de funcionalidad en su ejercicio-.-

En evidente relación, también en la causa 36759 R.S. 281/97 se sostuvo que *"..Es que una norma legal determinada, no puede ser tomada aisladamente, sino que*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

debe enlazarse con el resto del ordenamiento jurídico, pues aunque resulte admitida una conducta conforme a una disposición de derecho positivo, corresponde su reproche cuando proyectada al conjunto normativo, resulta lesionante. En tal sentido, la teoría del abuso del derecho -o dicho con más propiedad- del ejercicio antifuncional de los derechos subjetivos, puede ser considerada como una derivación lógica y armónica del principio de la relatividad de los derechos subjetivos. La ley, en consecuencia, no ampara el ejercicio de las prerrogativas jurídicas que prescindan del marco fijado por el ordenamiento general, a que ello implica romper la armonía que necesariamente deben guardar ambos conceptos...”

En nuestro Derecho el texto original del Código de Vélez descartaba la aplicación de la teoría al establecer en el Art.1071 que el ejercicio de un derecho no podía constituir como ilícito ningún acto (tal vez Vélez plasmó el pensamiento de Planiol acorde con el individualismo de la época?); sin perjuicio de ello Vélez previó otras normas en base a las cuales la jurisprudencia se fue abriendo paso receptando la teoría con el respaldo de los Arts. 953, 502 y 530; fue la reforma de la ley 17711, en el conjunto de sus disposiciones tuitivas y sociales, la que admitió sin cortapisas la institución teniendo en cuenta los fines de los derechos y los recordados principios de la buena fe, la moral y las buenas costumbres contractuales.-

Será el Juez el que deberá apreciar en cada caso particular que deba resolver, teniendo en cuenta sus tipicidades, si la invocación de un derecho queda atrapada por el segundo párrafo del art.1071 del C.C.A. (Cfe.Gastaldi, obra citada p.344).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Finalmente la ley ritual ha consagrado la plena vigencia del principio "iuria novit curia", establecido de "lege data" por los Arts.34 inc.4, 36 inciso 3° y 163 inc.6° del C.P.C.C., como facultad del Juez para "decir el Derecho" para fijar el marco jurídico aplicable sin alterar lo sustancial de las peticiones de las partes.-

Esta facultad permite al Juez encuadrar en Derecho las peticiones de los justiciables aun cuando las mismas tengan un enfoque jurídico erróneo; decía supra que el "iuria curia" tenía el límite de no poder alterar lo sustancial de las peticiones de las partes; puede adecuarlas en Derecho sin alterar la "causa petendi"; y ello es derivación lógica del principio dispositivo que inspira todo el proceso civil y que deja al albedrío de las partes esgrimir sus peticiones conforme vieren convenirles; el Juez no puede variar dichas peticiones, puede encuadrarlas en Derecho, cualquiera fuere la denominación que las partes le hubieren dado; de lo que se trata es determinar la sustancia de las peticiones, su concreto objetivo, su finalidad que en oportunidades no aparece con la prístina claridad que sería menester (CS fallo del 29-4-74 en La Ley, T° 155 Pág. 630; Cam.Nac.Civil Sala A 2/10/64 El Derecho Vol.15 Pág. 553; Sala C 5/3/64 El Derecho Vol.8 Pág. 30; Sala D, 27/3/80 La Ley 1980-C-237); bien enseñan MORELLO-SOSA-BERIZONCE, Cod. Procesales II-A Pág. 618/619 con cita de del fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, 24/9/80 en La Ley 1982-A-82 que "se ajusta a derecho la sentencia que resuelve de conformidad con las pretensiones deducidas en juicio pero por otros fundamentos a los que llega con los métodos del investigador mediante la interpretación de la ley; suplir el derecho silenciado por la parte o mal invocado no es solamente una atribución propia del Juez, sino que el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

ejercicio de esa potestad constituye para el un deber irrenunciable".-

Sentado ello y adentrandonos al caso concreto de autos, se extraen de los mismos que a fs. 5/7 el Señor Mauricio Daniel Alfano vendió a la Señora Catalina Melluso un departamento ubicado en la localidad de San Antonio de Padua, partido de Merlo.-

La operación se realizó por la suma total y convenida de DOLARES ESTADOUNIDENSES TREINTA MIL que la compradora se obligó a abonar al Vendedor de la siguiente manera: quince mil dolares en el acto y quince mil dolares dentro de los treinta y cinco días a partir de la firma del contrato.-

En la cláusula septima estipularon -entre otras cosas- que la parte incumplidora se constituirá automáticamente en mora pudiendo optar la parte cumplidora por cualquiera de las siguientes opciones: a) exigir el cumplimiento judicialmente más los daños y perjuicios; b) dar por rescindida la operación con pérdida de los importes entregados por la Compradora a favor de la vendedora en caso de incumplimiento de la parte Compradora, o con la devolución de las sumas percibidas doblada por el vendedor a favor de la compradora en caso de incumplimiento de la vendedora; c) a abonar la parte incumplidora a la otra, en concepto de multa penal anticipada, el equivalente al 1% diario sobre el monto adeudado... La mora se pacta de pleno derecho... La presente constituye una clausula penal expresa.-

A fs. 8 y vta. se encuentra glosada el acta de posesión y entrega de saldo de precio, donde el vendedor hace entrega a la compradora del inmueble estipulado en el contrato, quien recibe las llaves de la propiedad.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Surge del acta que la clausula tercera fue modificada, quedando establecido que el vendedor recibió la suma de DOLARES ESTADOUNIDENSES DOCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO, quedando un saldo de precio de *DOLARES ESTADOUNIDENSES DOS MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO*, monto este último por el cual se inició el presente proceso.-

En tal situación concreta estimo que la aplicación de la cláusula comisoría implicaría un claro abuso de derecho en los términos explicitados precedentemente.-

Y ello así toda vez que de la suma estipulada en el contrato de compraventa U\$S30.000 la compradora adeuda U\$S2.325.-

Del simple calculo aritmético se desprende que se ha abonado **casi el 92% del total.**-

La proporción del precio abonado y el reajuste de lo pendiente tornarían antifuncional y absoluto el derecho que los actores invocan y su dinamización excedería el marco de equidad y justicia al cual debemos apuntar agraviando los principios de moral, buena fe y buenas costumbres contractuales a los cuales me he referido "ut supra".-

De meridiana claridad el antecedente de la CSJBA, citado por el a quo, Acuerdo 41770/57; dijo allí el Dr. Arturo Acuña Anzorena con la unánime adhesión de los Ministros que integraban el Cimero Tribunal en un caso en el cual se pretendía la aplicación del pacto comisorio a pesar de haber pagado el comprador 75 de las 120 cuotas pactadas, que tal pretensión no podía tener favorable acogida pues" diversas disposiciones de nuestro Código Civil nos dicen que el tan decantado principio de la libertad contractual que consagra el Art 1197 encuentra su limitación en ponderables motivos que hacen a la moral y a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

las buenas costumbres y que inspiran artículos de tan preciso contenido como lo son los 530, 953 y 1167 del C.C.A.".-

Esta Sala ha declarado abusiva la aplicación del pacto comisorio cuando se abono el 47% del precio (causa nro. 36.759 R.S. 281/97); el 45% (causa nro. 35.375 R.S. 209/96 en el cual si bien se rechazó el recurso por razones procesales se estableció que tal porcentual hubiera impedido la resolución); y lo expuesto es compartido por la gran mayoría de la jurisprudencia.-

Al respecto se dijo que: "El pacto comisorio es ilícito cada vez que su aplicación puede importar un abuso de derecho por parte del vendedor o un enriquecimiento sin causa a costa del adquirente situación que se ofrece a cada vez que este haya pagado la mayor parte del precio (SCJBA 16/11/71 en La Ley 145-390)". "Cuando se ha pagado una parte importante de precio el vendedor pierde el derecho a hacer funcionar el pacto comisorio y solo puede pedir el cumplimiento del contrato pues en esas condiciones el cumplimiento del pacto comisorio se convierte en excesivo, abusivo y contrario a la lealtad que debe dominar el cumplimiento de los contratos (Cam.Ap.Civil y Com.de Mercedes, Sala II, 4/9/79 El Derecho 86-388)"; en similar sentido Cam.Ap.Salta Sala I, 7/2/69 en La Ley 136-239; Cam.Nac.Civil, Salas A y E fallos del 24/12/63 en El Derecho 9-221 y 23/4/68 en El Derecho 23-308.-

Así las cosas, y por todo lo expuesto por mí en los párrafos que anteceden, entiendo que es adecuada la parte dispositiva del fallo apelado cuando establece solo el apercibimiento de ejecución y no el de dar por resuelto el vínculo para el caso de incumplimiento del pago, con pérdida de lo abonado.-

Y ello sin perjuicio de lo que pudieran decir



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

sus considerandos pues, en definitiva, lo que se plasmó en la parte dispositiva es el apercibimiento de ejecución, que -por los fundamentos que he dado- es la decisión correcta y merece nuestra total confirmación.-

Con costas al apelante vencido (art. 68 del C.P.C.C.).-

Lo expuesto me lleva a votar en la cuestión propuesta

POR LA AFIRMATIVA

A la misma cuestión, el Señor Juez Doctor **FERRARI**, por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando en el mismo sentido que el Dr. Gallo.-

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

AUTOS Y VISTOS: **CONSIDERANDO:** Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, **SE CONFIRMA** la resolución apelada en todo cuanto ha sido materia de agravios.

Costas de alzada, al apelante vencido (art. 68 del C.P.C.C.).-

SE DIFIERE la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 Dec. Ley 8904/77).-

REGISTRESE. REMITASE encomendándose a la Instancia de Origen las pertinentes notificaciones.-

Dr. FELIPE AUGUSTO FERRARI
Juez

Dr. JOSÉ LUIS GALLO
Juez

si///



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

///guen las firmas.-

Ante mí: Dr. GABRIEL HERNAN QUADRI
Secretario de la Sala Segunda de la
Excma. Cámara de Apelación en lo Civil
y Comercial del Departamento Judicial
de Morón