



NEUQUEN, 29 de Diciembre del año 2021

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**DI BOSCIO FERNANDO JOSE C/ CASANOVA JORGE OMAR S/ ESCRITURACIÓN**" (JNQC15 EXP 523107/2018) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- En la hoja 325 la parte demandada apela la sentencia, expresando agravios entre las hojas 339 y 345.

Como primer punto, hace énfasis en que nunca reconvino por daños y perjuicios, en tanto expresamente reconoció que esa posibilidad se encontraba prescripta.

En segundo lugar, y en lo tocante a la resolución del contrato, se remite a lo pactado, remarcando que, vencido el plazo de construcción del edificio, el actor debió entregar en perfectas condiciones de habitabilidad las dos unidades funcionales permutadas.

Concluye que el edificio debió contar con su final de obra en julio de 2007, pero al momento de enviarse la carta documento, mediante la que se comunicaba la rescisión contractual, se encontraba lejos de estar finalizado.

Recuerda que, aun cuando esa carta documento (de fecha 02/06/2010) obra en copia, su veracidad se encuentra acreditada por la comunicación original adjuntada que fue reconocida por la actora (cd de fecha 25/06/2010), en tanto allí se hizo especial referencia a la notificación de esa resolución.

Asimismo remarca que, en esa misma comunicación, la parte actora reconoció su incumplimiento.

Sostiene que los testigos referidos por la magistrada resultan inconsistentes, puesto que la fecha de finalización de los trabajos no se condice con el tiempo que estuvieron trabajando.



Agrega que esos testigos son empleados del actor y, con relación al agrimensor Ferreccio, afirma que sólo dijo que comenzó con los trámites de mensura, pero aclaró que la construcción carecía de final de obra.

Como tercer punto, aborda lo relativo a la excepción de incumplimiento.

Dice que la sentenciante se expidió sobre la excepción de incumplimiento contractual, pero no a la de incumplimiento contractual parcial.

Recuerda que más allá del argumento relativo a que la obra no se encuentra terminada (en lo que insiste), también alegó que el actor incumplió con la asunción de los gastos y honorarios de la escritura traslativa de dominio, plano de subdivisión, reglamento de copropiedad y tramitación de la documentación técnica ante los organismos correspondientes.

Luego, en punto al cumplimiento total que la jueza entiende acreditado, dice que se sustenta en dos testigos que son empleados del actor.

Agrega que la obligación de ceder el 73% del inmueble era un valor estimado, condicionado a lo que surja del plano de subdivisión.

Entiende que se han dejado de lado las constancias del expediente administrativo N° 179-c-2005 de la Municipalidad de Neuquén, la prueba informativa al EPAS, la pericial arquitectónica y las declaraciones de los testigos Ferreccio, Morales y Aguilar.

Afirma que de esas pruebas surge acreditado el incumplimiento del actor, destacando que se opuso la excepción de incumplimiento parcial.

En lo tocante a la cláusula penal, sostiene que la multa comenzó a devengarse a partir del 11 de diciembre del 2006, agravando el monto cada día que fue transcurriendo.

Dice que nunca podría considerarse que, el dies a quo, para el cómputo del plazo de prescripción de la cláusula



penal, pueda comenzar a computarse a partir de su devengamiento, cuando ésta es de tipo periódico.

Sostiene que en el caso, para determinar el monto de la cláusula penal, corresponde delimitar la cantidad de días transcurridos desde que el reconvenido entra en mora y hasta que se hubiera verificado el cumplimiento del contrato, o como en el caso, hasta que se resolvió el contrato.

Entiende que, con la resolución, cesa el devengamiento de la cláusula penal, pero no la exigibilidad de lo devengado.

Concluye que el dies a quo es el día 2 de junio de 2010, por lo que el plazo decenal no se encuentra cumplido.

Dice que el reclamo de la cláusula penal es compatible con la extinción por resolución del contrato, en tanto sólo se reclama el periodo devengado durante la vigencia de aquel.

En lo que respecta a la prescripción de la acción de escrituración, que la magistrada rechazó, dice que esa parte nunca opuso tal excepción.

1.1.- Corrido el pertinente traslado, la parte actora contesta en las hojas 347 a 350.

Afirma que el recurso no constituye una crítica razonada y concreta de lo decidido.

Recuerda que, entre otros fundamentos, la magistrada rechazó la resolución por la imposibilidad de restituir los inmuebles permutados.

Agrega que la contraria no probó los extremos que pretende hacer valer, tales como que la obra no contaba con final de obra.

Dice que esa hipotética omisión no fue óbice para que reciba dos departamentos.

Refiere que el demandado pretende introducir planteos que no fueron propuestos en la instancia de grado.



Con respecto a la prueba pericial, destaca que no acredita los extremos que invoca el demandado.

Finalmente, entiende desacertado el análisis que la contraria realiza respecto a la cláusula penal.

1.2.- La perito ... apela los honorarios que le fueron regulados por bajos.

2.- Así trabado el recurso, he de comenzar por señalar que le asiste razón al apelante, al indicar que esa parte no reconvino por los daños y perjuicios.

En su contrademanda (hojas 71 a 86), se circunscribió a reclamar la suma que entiende adeudada en concepto de cláusula penal. Esto resulta expreso del último párrafo de la hoja 84 previo al ofrecimiento de prueba.

En consecuencia, corresponde revocar el punto IV) de la sentencia, en tanto aborda un planteo sobre daños y perjuicios que, aunque fue mencionado en la contestación, no fue propuesto a resolución. Expresamente se lo asumió prescripto.

Esto incidirá en la base regulatoria fijada por la reconvención, excluyéndose la suma de u\$d 17.500 que en la sentencia se consideró reclamada por tal concepto.

En este punto, y por la similitud de lo ocurrido, abordaré el último agravio introducido.

Como bien señala el apelante, esa parte tampoco introdujo una excepción de prescripción con respecto a la acción de escrituración.

Las consideraciones formuladas con respecto a ese tópico deben ser dejadas sin efecto, con la consecuente incidencia en la faz regulatoria.

3.- Resuelto lo precedente, corresponde analizar el cuestionamiento relativo a la resolución contractual.

Sobre este planteo, debo recordar que la mera disconformidad con la sentencia, por considerarla equivocada o injusta, o las generalizaciones y apreciaciones subjetivas que



no cuestionan concretamente las conclusiones del fallo apelado, no constituyen una expresión de agravios idónea, en el sentido de resultar apta para producir la apertura de la presente instancia. En orden a ese objetivo, lo que se exige no es la sola crítica entendida ésta como disconformidad o queja, sino una crítica calificada, una crítica recursiva, la que, para merecer dicho adjetivo, debe reunir características específicas en punto a su precisión y motivación.

Estos lineamientos implican que, cuando en la sentencia se dan distintos argumentos para llegar a una solución, y cada uno de ellos puede sustentar de manera autónoma el resultado propuesto, todos esos puntos deben ser rebatidos.

En el caso de autos, la magistrada, como último fundamento dijo: *«Así también cabe señalar que siendo el contrato celebrado entre las partes un contrato de permuta, no es posible en el estado en que se encuentra la ejecución del mismo la resolución contractual, pues ello implicaría devolverse los inmuebles permutados, que a la fecha resulta de imposible cumplimiento, teniendo en cuenta que existen derechos adquiridos por terceros sobre los mismos»* (hoja 320vta.).

Esta ponderación no fue objeto de crítica alguna y llega firme, determinando el rechazo del agravio.

3.1.- Desde otro vértice, tampoco puede pasarse por alto que no se cumplieron las previsiones del art. 1.204, C.C.

Como hemos recordado en otra oportunidad, sea que nos encontremos ante la facultad resolutoria ejercida por vía judicial o extrajudicial, *«la cuestión de fondo es la misma: si concurren los requisitos legales, la resolución solicitada (en el caso de la resolución judicial) o la efectuada (en el caso de la resolución extrajudicial) es legítima; en su defecto, no. (¿Extingue el contrato el ejercicio ilegítimo de la facultad resolutoria? Sánchez Herrero Andrés - Publicado en*



SJA26/04/2017, 1. JA 2017-II, 1006 - Cita online AR/DOC/5041/2016)» (conf. "ESPINOZA LUIS RENE Y OTRO C/ GUAHNON GUSTAVO S/CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", JNQC12 EXP 513331/2016).

El artículo 1204, C.C., en su segundo párrafo, expresaba que: *«No 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».*

En nuestro caso, aun cuando se tuviera por reconocido el intercambio epistolar habido entre las partes, lo cierto es que en la carta documento de fecha 2 de junio de 2010 (hoja 55) no se cumplió con lo dispuesto en la norma citada, en tanto no se requirió el cumplimiento, ni se otorgó plazo a tal fin.

Esto no resulta subsanado por la remisión que en esa comunicación se hace a la carta documento remitida por la contraria en fecha 10/12/2008 (hoja 59).

Véase que esa contestación responde a la carta documento de fecha 3 de noviembre de 2008 (hoja 61), en la que no se previno sobre la intención de resolver el contrato.

En este escenario, debe tenerse presente que *«Sobre el contenido del requerimiento, la ley es sumamente lacónica, y su silencio debe ser suplido con los principios. A nuestro entender, el requerimiento debe tener un contenido tal que abarque los siguientes puntos: Primero, la caracterización del acto, empleando palabras que interpretadas según el contexto y las circunstancias permitan inferir que se trata del requerimiento ex art. 1204, y no de una simple exigencia de pago, no bastando con expresiones tales como "bajo*



apercibimiento de demanda", o "de iniciar las acciones que correspondan". Llegamos a tal conclusión partiendo de la base de que el requerimiento supone una renuncia a la acción de cumplimiento, por lo que su interpretación debe ser restrictiva (art. 874), y en la duda, debe estarse a que no media un requerimiento sino una mera exigencia de pago. Pero, naturalmente, no hacen falta palabras sacramentales. Segundo, la individualización de la obligación cuyo cumplimiento se pretende no bastando un simple "cumpla con sus obligaciones", aunque naturalmente tampoco hacen falta palabras sacramentales y la individualización puede surgir del contexto, como si lo incumplido fuera el total de las obligaciones emergentes de un contrato, suficientemente referido. Tercero, la indicación del plazo, pudiéndose hacer referencia al "legal", debiendo entonces entenderse que se alude al mínimo. Pero no sería precisa referencia alguna, si del resto del acto resultara con claridad que se ha entendido requerir ex art. 1204, segundo párrafo, con lo cual quedaría claro que se ha hecho remisión a todo su contenido preceptivo. Cuarto, el reclamo por los daños y perjuicios derivados de la demora, pues en defecto de ello deberá entenderse que el requeridor se contenta con el cumplimiento de las obligaciones. Quinto, la indicación del efecto resolutorio que se persigue, y que se producirá en caso de incumplimiento, o como para el plazo, la indicación concreta del tipo de requerimiento» (Fernando J. López de Zavalía - Teoría De Los Contratos - Tomo I - Parte general - hojas 631/632).

En esta misma línea hemos señalado que, «quien "opta por resolver por vía extrajudicial en virtud de la facultad resolutoria legal tiene la carga de concederle al otro contratante una última oportunidad de cumplimiento, exigiéndole el pago. En su defecto, el contrato no queda resuelto, por más que así lo manifieste el contratante no incumplidor." (¿Es posible resolver un contrato por



incumplimiento sin incumplimiento? Sánchez Herrero Andrés - La Ley 19/10/216, La ley 2016-F, 538. RCCyC 2016 (Octubre), 1119. RCyS 2017-II, 11 - Cita online: AR/DC/2625/2016).

En igual sentido, se ha expresado que "cuando el pacto comisorio no ha sido expresamente convenido, es necesario el requerimiento; es decir, se brinda al deudor una ocasión más de cumplir. Vencido el plazo fijado en el requerimiento, la obligación se resuelve sin más, es decir, por el mero transcurso del plazo y sin necesidad de otra actividad ulterior del acreedor. Este emplazamiento o intimación debe -a nuestro criterio- ser fehaciente, es decir, debe el acreedor poder demostrar que ha cumplido con éste, que el deudor tuvo conocimiento de que ha sido emplazado." (La cláusula comisorio implícita - Tinti, Guillermo P.B. Cita Online AR/DOC/2663/2016).

Y también que "Se trata de un requisito insoslayable. Consiste en una intimación dirigida al deudor de una obligación esencial inejecutada y de cuyo contenido resulte la individualización de la misma y el plazo mínimo de ejecución.

El requerimiento presupone que el deudor se halla en mora, lo que significa que (a) no se hace menester constituirlo en mora ya que (b) la obligación incumplida es exigible.

La referida intimación es requisito previo a la resolución, de modo tal que el concepto de pacto comisorio implícito, elimina la idea de una extinción del contrato declarada de pleno derecho por el mero incumplimiento de la contraparte.

Como se advierte, el requerimiento no tiene otro objeto que intimar al deudor para que ejecute la obligación en un plazo mínimo." (Pacto comisorio implícito - Naturaleza, función y requisitos. La reforma de 1998 - Stiglitz, Rubén S. Cita Online: AR/DOC/13987/2001)» ("ESPINOZA LUIS RENE Y OTRO



C/ GUAHNON GUSTAVO S/CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", JNQC12 EXP 513331/2016).

3.2.- Tengo presente que el apelante, al contestar la demandada señaló que el otorgamiento del plazo *«hubiera devenido en un mero formalismo, máxime si se tiene en cuenta que el término original se había cumplido en fecha 17 de Septiembre de 2007»*, sin embargo, el ejercicio de la facultad resolutoria (art. 1204 del CC) presuponía la mora de la contraria.

Si esa mora pudiera justificar la omisión en otorgar el plazo, nunca resultaría necesario cumplir ese recaudo.

A ello se agrega que bien pudo optar por la vía judicial, lo que habría obstado al cumplimiento tardío de la contraria, pero no lo hizo.

3.3.- Resuelto lo anterior, debo abordar el cuestionamiento relativo a la excepción de incumplimiento.

Al contestar la demanda, el apelante destacó *«que la obra a la fecha de hoy no se encuentra finalizada, y que los departamentos en los que entré a posteriori de la resolución contractual fueron terminados por mis propios medios. Tampoco se encuentra afectado el inmueble a propiedad horizontal, ni realizados la totalidad de los trámites administrativos ante las autoridades pertinentes, todas obligaciones, que en el contrato traído a colación por parte del actor, estaban a cargo de éste último»* (hojas 81vta./82).

Como puede observarse, los incumplimientos acusados pueden dividirse en dos categorías.

En primer lugar, los vinculados específicamente a la construcción y, en segundo término, los relacionados con la afectación del inmueble a la propiedad horizontal y demás trámites administrativos.

Con respecto a los primeros, no se encuentra controvertido que la construcción fue concluida.



La oposición se sustenta en que, de acuerdo a la parte demandada, debió encargarse por sus propios medios de la finalización del departamento en el que actualmente reside, viéndose obligada a mal vender la otra unidad que le correspondía.

Sin embargo, aun cuando se tuviesen por acreditadas tales circunstancias, estas no podrían sustentar la excepción de incumplimiento opuesta.

Es que *"...si los trabajos ulteriormente encomendados a un tercero ocultaron los que originariamente habían sido realizados por el actor, es claro que dicha circunstancia dejó vacía de contenido a esta defensa cuya finalidad es solamente postergar el derecho reclamado, y se sustenta en la posibilidad de cumplir la prestación pendiente lo que dejaría nuevamente expedita la acción. En cualquier caso, y como es obvio, la demandada podía argumentar el defectuoso o parcial cumplimiento de la obra -tal como aquí también se lo ha hecho- para controvertir la pretensión del cobro del total del precio pactado, pero lo que no puede hacer es oponer la "exceptio" que, de todos modos, cuando prospera, supone el compromiso de cumplir cuando la otra parte cumpla (conf. art. 1201, Cód. Civil)..."* (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, Saager Bravo, Fernando c. Consorcio de Propietarios Avda. Santa Fe 4854/62 19/04/2000 Publicado en: LA LEY 2000-D, 813 DJ 2000-3, 834, Cita online: AR/JUR/3945/2000).

A esto se agrega que es el mismo apelante, quien parte de reconocer prescripta la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios generados por aquellas infracciones.

3.4.- En lo tocante a los incumplimientos de orden administrativo, entiendo que la ponderación que debe realizarse es distinta.

Al deducir la acción, el actor dijo que *«cumplió con su obligación principal, entregó las dos unidades funcionales comprometidas del Edificio Josefina I al Sr. Casanova, quien*



usufructúa las mismas desde mediados del año 2009» (hoja 32vta.).

En relación al régimen de propiedad horizontal, señaló que *«El edificio donde se encuentra ubicado el departamento objeto de la presente acción de escrituración, Departamento Planta Alta "A", **aún no se encuentra inscripto bajo el Régimen de Propiedad Horizontal**, y en función de ello es que se solicita la escrituración a nombre del Sr. Di Boscio en el Registro de la Propiedad Inmueble de la parte correspondiente al departamento Planta Alta "A" (10,4%).*

Luego aclaró que se encuentra en trámite esa afectación y, para el caso de concretarse para la fecha de la sentencia, *«se condene al demandado a otorgar la escritura traslativa de dominio sobre la Unidad Funcional que conforme el nuevo plano de mensura particular que se corresponda con el departamento planta Alta "A" (según plano de obra)».*

Al contestar la excepción de incumplimiento, la misma parte pretende que se distinga entre la obligación principal y esencial; que consistiría en la cesión del 73% del lote en su favor contra la entrega de los dos departamentos; de otras obligaciones accesorias, que no precisa, pero define como aquellas conductas debidas por las partes que coadyuvan a la satisfacción plena del interés.

Por su parte, al resolver sobre el punto, la magistrada justificó el rechazo de la excepción, en el entendimiento de que se acreditó *«...el cumplimiento por parte del actor de la entrega al demandado de los departamentos convenidos en el contrato de permuta, habiendo además finalizado la obra con más la mensura, subdivisión del inmueble por el régimen de propiedad horizontal».*

Contrariamente a tal conclusión, entiendo que no se encuentra acreditado que se hayan culminado las tareas tendientes a la inscripción del bien bajo el régimen de propiedad horizontal.



Véase que la parte actora no desconoció la obligación que pesaba sobre su cabeza de cumplir con ese trámite.

Luego, y pese a lo manifestado en su escrito de inicio, no informó que con posterioridad a ese momento se haya concluido la afectación en cuestión, ni tampoco surge ese dato de la prueba informativa producida.

En este contexto, aun cuando se desestimó que las omisiones vinculadas a la construcción puedan sustentar la excepción de incumplimiento opuesta, corresponde ponderar si, el déficit antes señalado, tiene la entidad para hacerlo.

3.5.- En esta dirección, cabe señalar que en la cláusula segunda del contrato, se estableció que la cesión al actor del 73% del Lote del apelante, se realizaba **«con el fin de que este construya sobre el mismo un edificio de viviendas multifamiliar a ser subdividido por el régimen de la Ley de Propiedad Horizontal. EL CONSTRUCTOR aportará el proyecto, la dirección técnica, la mano de obra, los materiales, los gastos y honorarios de la escritura traslativa de dominio, el plano de subdivisión y el reglamento de copropiedad y todo lo que sea menester para llevar adelante la obra, incluso la tramitación de la documentación técnica ante los organismos que correspondan».**

Luego, en la cláusula sexta, se precisó que **«EL PROPIETARIO otorgará a EL CONSTRUCTOR un poder ante Escribano Público que le permita realizar todos los trámites necesarios para llevar a buen término la obra, incluyendo los trámites municipales y ante los entes prestadores de servicios EPAS, CALF, Telefónica, Camuzzi, CVC, plano de subdivisión y reglamento de copropiedad y adjudicación de las unidades».**

Debo remarcar aquí que, la adjudicación de las unidades sólo es posible en la medida de que el inmueble esté afectado al régimen de propiedad horizontal. En caso contrario, como se ha hecho hasta el momento, sólo puede transferirse una porción indivisa del inmueble, que es



titularizado en condominio por el Sr. Casanova y los restantes adquirentes.

Podría ser discutible si, al momento del vencimiento del plazo establecido en la cláusula sexta (11/12/2006, hoja 321vta.), «...la entrega de la unidad en perfectas condiciones de habitabilidad» presuponia la afectación al régimen de propiedad horizontal.

Sin embargo, tal discusión, cuando han pasado más de 15 años desde esa fecha, resulta anacrónica. Es un plazo más que razonable, en que debieron cumplirse las obligaciones pendientes.

No pretendo soslayar que, conforme los términos de la cláusula cuarta del acuerdo, el actor podría haber exigido la escrituración total del 73% del inmueble antes del vencimiento del plazo para la construcción.

Pero no lo hizo, y por decisión propia. No está controvertido que, en los términos de la cláusula séptima, el demandado otorgó las escrituras traslativas de dominio a terceros adquirentes, y que, lo que aquí se reclama es la escrituración del porcentaje restante.

Conforme resulta de las constancias de autos, la reticencia del demandado comenzó luego de vencido el plazo establecido para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del actor.

En este punto, debo señalar que la defensa analizada procede tanto cuando la prestación del demandante debió ser cumplida antes que la del demandado, como cuando debe ser hecha simultáneamente con la de éste (conf. Fernando J. López de Zavalía -Teoría de los Contratos - Tomo 1 - Parte General - hoja 597).

En cuanto a la entidad que debe tener ese incumplimiento para hacer procedente la defensa, se ha señalado que «protege contra el incumplimiento y el mal cumplimiento (*non rite adimpleti*). Un incumplimiento parcial o



defectuoso la autoriza, como surge de la aplicación particular del art. 1426.

Pero el incumplimiento debe alcanzar un cierto grado de intensidad que apreciarán los jueces según los principios de la buena fe (art. 1198). La non adimpleti es una excepción de dolo, y sería susceptible de una contrarréplica de dolo quien pretendiera escudarse en un incumplimiento tenue para negar su prestación y conservar la recibida. Si son recíprocas las obligaciones, también es recíproca la buena fe en el cumplimiento. Por ello, frente a un incumplimiento tenue, sólo cabe una resistencia tenue, proporcionada» (Ibídem, hoja 599).

Desde esta premisa, advierto que la oposición formulada por el demandado no resulta irrazonable, y debe ser atendida.

Es que, desde la óptica del demandado, la prestación se concretaba con la recepción de dos departamentos (hoy uno solo) bajo el régimen de la propiedad horizontal.

Las diferencias entre el derecho real de propiedad horizontal y el de condominio no son menores.

Partiendo de la base de que cada condómino es dueño de una parte indivisa, y sin ahondar en las cuestiones vinculadas a la administración y uso del bien, basta recordar que, conforme el art. 1990 del CCyC, que reitera los lineamientos de los arts. 2681 y 2682 del derogado C.C., «La disposición jurídica o material de la cosa, o de alguna parte determinada de ella, sólo puede hacerse con la conformidad de todos los condóminos. No se requiere acuerdo para realizar mejoras necesarias. Dentro de los límites de uso y goce de la cosa común, cada condómino puede también, a su costa, hacer en la cosa mejoras útiles que sirvan a su mejor aprovechamiento».

Entonces, si el demandado quisiera enajenar la "parte determinada" en que consiste su departamento, bajo el régimen del condominio requiere la conformidad de los restantes titulares.



3.6.- Con respecto a los demás trámites administrativos, se advierte que de los informes de Camuzzi (hoja 147), CALF (hoja 150) y EPAS, resulta que el inmueble cuenta con los servicios en cuestión y, salvo en el caso del EPAS, con distintos medidores.

Con respecto a Telefónica y CVC (cláusula sexta), se trata de servicios que no tienen la relevancia necesaria para justificar la excepción, amén de las distintas posibilidades existentes en el mercado para obtener prestaciones similares.

3.7.- Con base en estas consideraciones, concluyo que el incumplimiento relativo a la afectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal no es menor, y corresponde hacer lugar a la excepción opuesta, circunscripta a ese aspecto.

En este cometido, debe tenerse presente que, la excepción de incumplimiento (en cualquiera de sus especies), no es una defensa liberatoria, sino dilatoria.

En efecto, como sostiene Kemelmajer de Carlucci *"...aunque la excepción se acoja, cabe condenar al demandado al pago de todo lo debido, condicionado a que la contraparte cumpla. Esta tesis, que cuenta con fuerte apoyo doctrinal y jurisprudencial (ver, además de las citas contenidas en el fallo referenciado, Trigo Represas, Félix A., "¿Excepción de incumplimiento o derecho de retención?", LA LEY, 1983-B, 441; Compagnucci de Caso, Rubén, "La exceptio non adimpleti contractus", LA LEY, 1993-B, 315; Mosset Iturraspe, "Medios para forzar el cumplimiento", p. 234, Ed. Rubinzal, Santa Fe 1993, CCivil y Com. Río IV, 4/4/1984; Daniele c. Principi, LLC, 1984-1165), tiene su antecedente en el BGB alemán y se funda en que:*

- El excepcionante no ha dejado de ser deudor. Por lo tanto, puede ser condenado siempre que el actor también cumpla las obligaciones a su cargo.



- *El ordenamiento procesal no prohíbe las llamadas sentencias de condena condicional.*

- *No se viola el principio de congruencia; no se trata de que el juez haga lugar a pretensiones no deducidas, sino que impone una limitación a la ejecución de la condena.*

- *Se respeta el principio de economía procesal, pues se evita iniciar un nuevo juicio cuyo resultado se conoce de antemano..."* (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, Cuyo Pack S.R.L. c. Cuyo Placas S.A. 30/05/1995. Publicado en: LA LEY 1995-D, 668, DJ 1996-1, 123. Cita online: AR/JUR/2484/1995).

Al ser una excepción sustancial dilatoria, desde la perspectiva de análisis apuntada, el acogimiento conduciría a una condena de cumplimiento de la prestación reclamada, aunque con el previo y correlativo cumplimiento de las obligaciones a cargo del actor.

Es por ello que corresponde disponer que, la escrituración dispuesta en la instancia de grado, queda condicionada a la previa acreditación de la afectación del inmueble al régimen de la Propiedad Horizontal.

4.- Finalmente, corresponde abordar el cuestionamiento relativo a la excepción de prescripción de la cláusula penal reclamada.

La cláusula en cuestión establecía que *«En caso de no cumplirse dicho plazo el constructor deberá abonar una multa de \$ 35 por cada día de atraso»* (cláusula quinta).

En estos términos, es claro que su devengamiento era diario.

Para tales supuestos, el art. 4027 del Código Civil establecía que *«...prescribe por cinco años, la obligación de pagar los atrasos... De todo lo que debe pagarse por años, o plazos periódicos más cortos»*.



El Código Civil y Comercial, redujo ese plazo a dos años, dejando a salvo el supuesto de que se trate del reintegro de un capital en cuotas (art. 2562, CCyC).

Al respecto se ha señalado que *«El condicionamiento esencial para la operatividad de esta norma es que el crédito emergente tiene autonomía para ser exigible en forma independiente del resto de los otros créditos periódicos que se hayan devengado en el pasado y que se pudieren obtener en el futuro y siempre que se devengue por años o plazos más cortos (con lo cual no se aplica a las obligaciones que contengan un plazo mayor a un año).»*

*Se podrán considerar incluidos en el inciso: los intereses -sean éstos compensatorios, moratorios o punitorios-; alquileres o arrendamientos; expensas comunes en el derecho real de propiedad horizontal (las de devengamiento periódico, no las extraordinarias); las expensas, gastos y erogaciones comunes en el derecho real de conjuntos inmobiliarios; las cuotas por gastos del sistema y del fondo de reserva en el derecho real de tiempo compartido; las cuotas de servicio para el mantenimiento y funcionamiento del cementerio en el derecho real de cementerios privados; las prestaciones periódicas que surgen de ciertos contratos (suministro, renta vitalicia); **las sanciones conminatorias**; deudas de servicios domiciliarios.»* (Gabriel Hernán Quadri - Prescripción liberatoria y caducidad en el Código Civil y Comercial de la Nación - hojas 243/244).

Y también que *«conforme dice Llambías, se trata de "prestaciones fluyentes, es decir, aquellas cuyo mero título no basta para justificar la existencia del crédito, sino que es menester para ello el transcurso del tiempo fecundante, que sobre la base del título del acreedor hace brotar el derecho creditorio de éste; así el contrato de locación es la causa del crédito por alquileres, que requiere ser complementada por el transcurso de los períodos respectivos para que germine*



dicho crédito"» (Alberto Silvio Pestalardo - Prescripción liberatoria y caducidad de los derechos - hoja 238).

Siendo estas las normas aplicables, y considerando que el periodo reclamado culminó en fecha 02/06/2010, se impone el rechazo del recurso, en tanto a la fecha de inicio de estas actuaciones, la acción para su cobro se encontraba prescripta.

5.- En resumidas cuentas, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso deducido, disponiendo que, con relación a la acción de escrituración, la condena queda condicionada a la previa acreditación de la afectación del inmueble al régimen de la Propiedad Horizontal.

En función de lo resuelto, debiendo entenderse que existieron vencimientos recíprocos, las costas de ambas instancias se impondrán en el orden causado (conf. art. 71, CPCyC).

Conforme fuera dispuesto en la instancia de grado, la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, queda subordinada a la determinación del valor del bien (conf. art. 24, ley arancelaria).

Con respecto a los honorarios de la Perito ..., en función de lo normado por el art. 279, CPCyC, y considerando que los honorarios de los expertos deben guardar proporción respecto de los fijados a los restantes profesionales, entiendo que corresponde dejar sin efecto el porcentaje fijado en la sentencia, y diferir su regulación a la misma oportunidad que para los restantes intervinientes.

En lo tocante a la reconvención, se hace lugar parcialmente al recurso, dejando sin efecto lo resuelto en punto a los daños y perjuicios, en tanto no fue un planteo propuesto a resolución, y se rechaza el planteo recursivo relativo a la prescripción.

Las costas de la instancia de grado se mantienen en cabeza de la reconviniendo perdedora (art. 68, CPCyC), y las



de esta instancia se imponen en el orden causado, en atención al resultado obtenido (art. 71, CPCyC).

Con respecto a los honorarios, los regulados en la instancia de origen se ajustan a las tareas realizadas, por lo que se confirman los porcentajes fijados, que deberán ser calculados sobre el monto reclamado en concepto de cláusula penal, con más los intereses fijados en el último párrafo del considerando IV de la sentencia.

El resultado que arroje el cálculo no podrá ser inferior a la regulación mínima establecida por la ley arancelaria.

6.- Finalmente, en lo que respecta a la apelación arancelaria de la perito ..., deviene abstracta en función de lo resuelto en el punto precedente.

TAL MI VOTO.

Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Hacer lugar parcialmente al recurso deducido por la parte demandada en la hoja 325 con respecto a la acción por escrituración y, disponer que la condena a otorgar la escritura quede condicionada a la previa acreditación de la afectación del inmueble al régimen de la Propiedad Horizontal.

2. Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (conf. art. 71, CPCyC).

3. Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes a la oportunidad de contar con base para ello (conf. art. 24, ley arancelaria).

4. En cuanto a la reconvenición, hacer lugar parcialmente al recurso deducido, dejando sin efecto lo



resuelto en punto a los daños y perjuicios, excluyendo la suma de u\$d 17.500 de la base regulatoria.

5. Mantener las costas de la instancia de grado en cabeza del reconviniente perdidoso (art. 68 CPCyC) e imponer las de esta instancia en el orden causado, en atención al resultado obtenido (art. 71 CPCyC).

6. Declarar abstracta la apelación arancelaria de la perito

7. Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 25% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

8. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA