CNCiv., Sala H, 07/12/2010. - Sierra, Patricia Eugenia c. Brea, Elena Marta s/daños y perjuicios

**Compraventa Inmobiliaria:**
Contrato: entrega de seña; función; facultad de arrepentirse; arrepentimiento; resolución contractual; determinación de los daños.

En Buenos Aires, a los 7 días del mes de Diciembre de 2010, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos “Sierra, Patricia Eugenia c/Brea, Elena Marta s/daños y perjuicios” y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio,

el Dr. *Kiper* dijo:

Contra la sentencia dictada en primera instancia (fs. 222/7), que hizo lugar parcialmente a la demanda que perseguía la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la frustración de una compra-venta, expresa agravios la actora a fs. 244/50, sin que fuera contestado el traslado.

Se agravia la actora de que no se haya admitido el resarcimiento de otros daños (pérdida de chance, daños materiales, daño moral) fuera de los gastos de escribanía y la restitución de la seña doblada. Señala que el incumplimiento de la demandada fue malicioso, de modo que la indemnización debió ser mayor, abarcando las consecuencias mediatas previsibles. Relata los hechos que, a su entender, revelarían el dolo de la otra parte.

La actora y la demandada celebraron un contrato el 26 de junio de 2008 según el cual la segunda recibió en concepto de seña la suma de U$S 5.000 por la compra de un departamento en el barrio de Villa Urquiza. Se pactó el precio de la operación en U$S 255.000 y se previó que la escritura sería otorgada dentro de los 45 días. En la cláusula cuarta previeron lo siguiente: “Las partes convienen para el caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas en el presente el siguiente pacto comisorio: (...) II) si el vendedor se negare a percibir las sumas pactadas en la cláusula segunda y/o no entregara la posesión libre de ocupantes y/o no se presentare a escriturar estando citado por el escribano interviniente, la compradora podrá optar por: a) Dar por rescindido el presente boleto de pleno derecho sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial alguna y en este evento el vendedor debería restituir a la compradora todos los importes percibidos hasta esa fecha y abonarle una cantidad igual en concepto de indemnización por daños y perjuicios y como asimismo los gastos del escribano designado; o b) Exigir judicialmente el cumplimiento del presente...” (ver copia de fs. 96/7).

Es un hecho no controvertido en esta instancia que la demandada no se presentó a otorgar la escritura a pesar de haber sido debidamente citada, y que la escribana ya tenía preparado el documento. Al ser así, y al haber optado la actora por comprar otro departamento y reclamar los daños y perjuicios sufridos, la juez *a quo* limitó el resarcimiento a lo expresamente pactado por las partes en la mencionada cláusula. Según la actora, al haber sido malicioso el incumplimiento, deben admitirse otros daños: daño moral; pérdida de chance consistente en que debió comprar un departamento de menor superficie al que vendía la demandada, cuyo valor se incrementó en U$S 25.000; y otros gastos incurridos como la colocación de puertas blindadas, alquiler de una baulera por el período en que se encontró sin vivienda, gastos de mediación y de pulido y plastificado de pisos.

Es evidente que los agravios no pueden prosperar, ya que –fuera de lo discutible que se presentan algunos reclamos– si fueran admitidos quedaría totalmente desvirtuada la cláusula mencionada en la que las propias partes previeron las consecuencias de su incumplimiento.

Si se previó la facultad de arrepentirse el importe de la seña adquiere el carácter de penitencial siendo indiferente que el monto de los perjuicios sufridos sea inferior o superior a la cantidad fijada a esos efectos (CNCom., sala A, 18/03/1982, Taboada, Juan C. y otra v. Pieres S.R.L., JA, 1983-III-202).

En la práctica de los negocios inmobiliarios es frecuente que las partes convengan la entrega de una seña, cuyo funcionamiento ha sido previsto en nuestra ley civil, por dos conceptos: el art. 1189, cuyo texto manifiesta: “Si en el instrumento público se hubiese estipulado una cláusula penal, o el contrato fuese hecho dándose ‘arras’, la indemnización de las pérdidas e intereses consistirá en el pago de la pena, y en el segundo en la pérdida de la señal, o su restitución con otro tanto”.

De esta manera nuestra ley distingue la cláusula penal (CCiv., art. 652) y la entrega como seña. Diferencia que es muy clara, porque la pena o multa se dispone para el caso de retardo o inejecución de lo prometido; en tanto que la seña está dispuesta como protestad de arrepentimiento y para cualquiera de los contratantes. Agregaremos que la cláusula penal sirve para justipreciar daños y perjuicios, ocupando este lugar (CCiv., art. 655) y funcionando a raíz de la constitución en mora; mientras que para hacer valer el arrepentimiento es necesario que se manifieste antes de haber incurrido en mora y dentro de un lapso razonable para la desvinculación del negocio.

El otro precepto del Código Civil, corresponde al art. 1202 y su texto es el siguiente: “Si se hubiere dado una señal para asegurar el contrato o su cumplimiento, quien la dio pueda arrepentirse del contrato o puede dejar de cumplirlo perdiendo la señal. Puede también arrepentirse el que la recibió y en tal caso debe devolver la señal con otro tanto de su valor...”.

Están así comprendidas todas las hipótesis del instituto: 1) Asegurar el contrato confirmatoria, entendiéndose que está en vías de formalización del título para la trasmisión (boleto de compraventa inmobiliaria); 2) facultad de arrepentimiento, que funciona como una condición resolutoria y autoriza a cualquiera de las partes para resolver el contrato penitencial.

Recibida una cantidad de dinero, como en el caso de autos y sin más explicación, el vínculo puede ser desatado por cualquiera de los intervinientes e importa, como se ha dicho, el ejercicio de una verdadera facultad resolutoria que tiene su fuente en los textos expresos de la ley. Su constitución confiere una facultad potestativa e integra, bajo el signo de la accesoriedad, el negocio principal, circunscribiendo el valor de los daños y perjuicios, en el monto de la suma entregada o su restitución y otro tanto.

Para establecer la naturaleza de una relación jurídica, es necesario desentrañar cuál es la voluntad de las partes, pues se está en presencia de una materia que se mueve en el ámbito de la libertad contractual (art. 1197 del Código Civil) que no es susceptible de resolverse por reglas rígidas e inflexibles. La concurrencia de los elementos propios del contrato de compraventa consentimiento, cosa y precio la determinación del querer de las partes, la finalidad a que responde la ulterior ratificación, etc., son antecedentes que deben tenerse en cuenta para determinar si la eficacia del acuerdo se subordinó al otorgamiento del definitivo.

En el caso, no puedo omitir que en el documento al que hice referencia las partes le pusieron un título: “Recibo de seña” (ver fs. 96). Luego previeron las consecuencias que traería aparejado el incumplimiento o arrepentimiento. Por ende, fuera de lo previsto en el art. 1202, lo cierto es que las propias partes así lo establecieron.

Se trató de un precontrato, contrato preliminar o preparatorio, que no lo era con miras a quedar vinculado desde entonces de modo definitivo, sino que tenía por finalidad la celebración de un nuevo negocio jurídico, una nueva declaración de voluntad. Esa fue la verdadera intención de las partes, si la suma percibida en concepto de seña representaba una ínfima parte del precio (alrededor del 2%), por lo que parece poco probable que en esas condiciones alguien asumiera al expresar su conformidad con la oferta de compra, una auténtica promesa de compraventa. Si la voluntad de las partes fue celebrar un boleto definitivo, ese acuerdo de voluntades previo quedó sin valor al ejercer la vendedora el derecho de arrepentirse que le confería el haber recibido una seña penitencial, pero a su vez, tenía obligación de devolver doblado su importe, conforme a lo dispuesto por el art. 1202 del Código Civil.

De todos modos, la actora pudo optar por exigir el cumplimiento, en cuyo caso hubiera funcionado la pena pactada al final de dicha cláusula cuarta, según la cual debía pagarse una multa de U$S 100 por cada día de retardo pero, como se expuso, eligió la otra alternativa prevista en el convenio.

Es cierto que de acuerdo a la doctrina mayoritaria, que comparto, en el caso de resolución por incumplimiento, aun cuando se haya prestado una seña, la indemnización debe fijarse por aplicación de los principios generales, de manera que contemple todos los perjuicios efectivamente sufridos, sean mayores, menores o iguales al monto de la seña (ver Kiper, Claudio, Juicio de escrituración, p. 295 y ss.).

Claro que ello es así cuando no se previó el arrepentimiento, o bien no manifiesta el vendedor su voluntad de no cumplir en tiempo oportuno. Así lo explica Borda, con el ejemplo de quien resiste durante años un juicio, obligando al comprador a tener inmovilizado el dinero para hacer frente a la compra en cualquier momento. Recuerda dicho autor que el vendedor puede arrepentirse hasta el momento de la contestación de la demanda (Tratado de Derecho Civil, Contratos, I, ps. 324/5; ver también Gastaldi, José, Pacto comisorio, ps. 463 a 467).

No es lo que sucedió en el caso. La actora, compradora, no mantuvo el dinero inmovilizado sino que rápidamente compró otro inmueble para vivir luego de haber vendido su propia vivienda. Ella se queja de haber comprado uno de una superficie menor, pero omite decir que desembolsó una suma inferior. También reconoce la actora que el día 23 de mayo de 2008 debía firmarse un boleto y que debía entregar en ese acto la suma de U$S 75.000 (ver fs. 123), lo que no sucedió. Asimismo, que lo mismo debió realizarse el 21 de julio de ese año, cuando se entregaría la mitad del valor del inmueble, lo que tampoco ocurrió (ver fs. 125 vta). En suma, la actora reconoce que antes de la escrituración debía firmarse un boleto de compraventa para afianzar la operación, y que no se llevó a cabo.

Como ya señalé, la seña se otorgó el 26 de junio, y allí se previó que se otorgaría la escritura pública dentro de los 45 días. Es ilustrativo observar que la actora adquirió otro inmueble el 22 de agosto, fecha muy cercana a la fijada como límite para la venta del inmueble objeto de este litigio. Además, la demandada había sido convocada para escriturar el 6 de agosto. Esto es, la situación difiere totalmente de la planteada por Borda como supuesto en el que corresponde apartarse de la seña doblada.

Menos aún, agrego, cuando esa consecuencia se estipuló a modo de cláusula penal y frente a la falta de concreción de la venta por circunstancias imputables al propietario del bien que se pensaba enajenar.

Si se acepta el planteo de la actora la cláusula pactada carecería de toda aplicación, y no es esta la forma de interpretar un contrato. Creo que la actora era consciente de la situación en que se encontraba, pues de lo contrario no tendría sentido que se hubiera pactado la devolución de la seña doblada y el pago de los gastos de escribanía. Fue lo que las propias partes imaginaron como posible resarcimiento y, en este caso, no encuentro motivos para apartarme de lo expresamente previsto. Más aún, como relata la actora en su demanda, ello contó durante las tratativas con el asesoramiento profesional de una escribana.

Por los motivos expuestos, tampoco advierto que se configure el invocado incumplimiento malicioso. La actora, asesorada, insistió para que el cónyuge de la vendedora prestara nuevamente su asentimiento, y así se hizo, aunque se demoró un tiempo. Lo demás, se ajusta a lo expresamente previsto por la partes en su negociación, de modo que cada [uno] sabía a qué atenerse y las posibles consecuencias.

Propongo que se confirme la sentencia apelada en lo que fue materia de agravios; con costas de esta instancia por su orden, al no haber mediado oposición.

Los Dres. *Jorge A. Mayo* y *Liliana E. Abreut de Begher*, por las consideraciones expuestas por el doctor Kiper, adhieren al voto que antecede.

Y *Visto*, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente, por unanimidad de votos, el Tribunal decide:

Confirmar la sentencia apelada en lo que fue materia de agravios; con costas de esta instancia por su orden, al no haber mediado oposición. Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase. – *Claudio M. Kiper. – Jorge A. Mayo. – Liliana E. Abreut de Begher.*