

NEUQUEN, 24 de julio del año 2024.

Y VISTOS:

En Acuerdo estos autos caratulados: "**POZZEBON EZEQUIEL ISAAC C/ AREVALO MAURO GERMAN S/ D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES**", (JNQCII1 EXP N° 545866/2021), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el juez José NOACCO dijo:**

I.- El día 8 de septiembre de 2023, se dictó sentencia haciendo lugar a la demanda y se condenó al demandado a abonar al actor la suma de \$ 3.034.096,96 más sus intereses, decisión que fue objeto de recurso por ambas partes y por parte del letrado Diego Yllera, quien apeló la regulación de sus honorarios por bajos.

A fs. 245/247 obra la presentación web de la parte actora, quien se agravió -en primer lugar- porque la sentencia consideró que al no estar explicitada la finalidad perseguida en el contrato, resultaba inaplicable la posibilidad de evadir el plazo mínimo legal del art. 1198 del Código Civil y Comercial, de modo que la jueza hizo lugar a la defensa del demandado de considerar el plazo mínimo legal de dos años.

El recurrente sostuvo que la falta de explicitación no implica que la misma no haya existido, afirmando que las testimoniales dan cuenta de que esa finalidad era conocida para los contratantes.

Afirmó así que al conocer todos los contratantes las circunstancias en las que se pactó y

desarrolló el contrato, fue un error de la jueza encuadrar el tema del plazo en el marco de lo dispuesto en el párrafo final del art. 1199, cuando lo cierto es que podría haberlo hecho vinculándolo con el inc. b) de esa norma.

Expuso que la razón de ser del contrato era la transitoriedad de la ocupación del inmueble, mientras el señor Arévalo culminaba la obra que debía entregar al señor Rouan y la señora Santa Cruz.

Afirmó que esa es la razón por la que los beneficiarios de la locación declararon que ellos necesitaban un lugar para vivir y así que el demandado pretendía transformar el contrato en una locación de vivienda por 3 años, demuestra su mala fe y la voluntad de escapar de sus responsabilidades como contratante.

Aludió a las normas de fondo que establecen el sentido de interpretación de los contratos, de conformidad a la intención común de las partes y al principio de buena fe, subrayando que se trata de cuestiones que deben resguardarse en el proceso formativo, la vigencia y la posterior extinción.

Agregó que es preciso tener en cuenta la exteriorización de voluntades de conformidad al punto de vista de los hombres normales, honestos y razonables de modo tal que tratándose de cláusulas claras e inequívocas, deben interpretarse en el sentido que le dieron las partes y la jueza no puede rechazar su aplicación.

Concluyó que de las pruebas aportadas surge que el contrato fue pactado por tres meses por lo que no corresponde considerar un plazo mayor.

Solicitó se revoque parcialmente la sentencia considerando que se trató de un contrato temporal de

vivienda y deben tornarse operativas las multas previstas en ese instrumento y condenarse al accionado al pago de U\$D9.400,00 en concepto de multa de la cláusula penal.

En segundo lugar se agravio por el rechazo del resto de los rubros reclamados, señalando que el demandado no aportó prueba del pago de los alquileres adeudados.

Expuso que en noviembre de año 2022, a la fecha de realizarse la pericia el inmueble estaba desocupado, porque debido a la necesidad de hacer reparaciones no pudo ser alquilado, ni vendido, por lo que tomando la suma del alquiler según el contrato temporal suscripto en febrero 2021, multiplicado por un año y dos meses ello arroja un importe de \$630.000, daño que importó lucro cesante para el actor.

Planteó la inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 en cuanto prohíben la indexación, actualización o repotenciación de deudas y afirmó que esa disposición ancló la economía nacional al principio nominalista en el marco de un proceso progresivo de pérdida del poder adquisitivo de la moneda nacional frente al valor del dólar.

Expuso que la ley cumplía con su objetivo durante los períodos de estabilidad, pero no puede seguir sosteniéndose en una situación económica caracterizada por la volatilidad y el proceso inflacionario que culminan afectando el derecho de propiedad.

Solicitó que, al momento de dictarse sentencia, se realice una actualización pues, de lo contrario, la obligada culminaría licuando su deuda en

perjuicio de su parte.

Citó antecedentes de este cuerpo por los que se impusieron hasta dos veces la tasa activa del Banco Provincia de Neuquén, a los efectos de actualizar el crédito y así evitar el daño señalado.

A su turno, y mediante la presentación web 10614, el accionado presentó su queja agraviándose que la sentencia haya tenido por acreditada la relación de causalidad con los daños en base al texto de la cláusula quinta del contrato de locación, las fotografías que según la jueza integrarán el anexo I del contrato y el informe de la inmobiliaria Remax que afirmara que se corresponden con el estado del inmueble al momento de que el actor lo adquiriera.

Reprochó que en esas afirmaciones, la jueza omitió que la cláusula quinta alude al buen estado de conservación, pero no quita que no tuviera ningún desperfecto sino un estado propio del uso que ya tenía el dúplex a la fecha de celebración del contrato, omitió también considerar el contrato de cesión de derechos celebrado en igual fecha entre las partes que alude a que el inmueble es entregado en idénticas condiciones a las que ya se encontraba y que fue verificado por el actor.

En relación a las fotografías que acompañó el actor, que fueron requeridas por su parte como prueba documental en poder de la contraria, no son las que se corresponden con el anexo I del contrato, y pese a que fueron impresas y suscriptas por las partes quedaron en poder de la actora y no fueron acompañadas en la demanda a pesar de que eran referenciadas en el contrato.

Expuso que no es correcto sostener que ese

documento digital puede ser considerado parte integrante del contrato de locación, ya que no tiene las firmas de las partes y, ello, evidencia la mala fe de la actora, que - según afirmó el recurrente- acompañó las fotografías existentes al momento en que el demandado adquirió el inmueble, casi dos años antes de la celebración de los contratos acompañados por la actora.

Señaló que aun cuando se las tuviera por ciertas, corresponde hacer una comparación con las fotografías acompañadas en la constatación notarial y en la pericia, circunstancia en la que se va a poder observar - por ejemplo- el estado de las aberturas.

Solicitó que se considere que ninguno de los sectores señalados como dañados en la constatación notarial aparecen en las fotos informadas como veraces por la inmobiliaria oficiada.

Expuso que la sentencia determinó que el período de tiempo por el cual su parte debe responder es aquél en que tuvo vigencia la contratación, esto es, entre el 4/2/2021 y el 13/9/2021 (7 meses y 9 días) y que a su vez, los testigos dan cuenta de que el señor Rouan y la señora Santa Cruz lo ocupaban al menos, desde dos años antes, por lo que no es verosímil el demandado sea responsabilizado por el total de los daños.

Reprochó que tampoco se haya considerado que las declaraciones testimoniales sean contundentes para esclarecer la controversia entre las partes, tratándose de testigos que declararon con objetividad.

En esa senda, destacó que Rouan y Santa Cruz tienen relaciones comerciales con el actor, Martínez es

amigo de aquel, la testigo Sewald declaró que Rouan y Santa Cruz vivieron dos años en el inmueble, en términos similares a los dichos del testigo Tagliabue que había realizado trabajos allí, antes y después de que lo ocuparan.

Señaló que, de las declaraciones, cabe concluir que desde fines del 2018 y hasta mediados de septiembre del 2021 quienes habitaron el lugar fueron Rouan y Santa Cruz, en primer lugar como propietarios y luego de febrero del 2021, y hasta su desocupación, como locatarios.

El testigo Martínez -continuó- señaló que al momento de que el actor adquirió los derechos sobre el dúplex en febrero de 2021, nunca fue ver el estado del inmueble, ni por sí ni por medio de un representante y que dijo haber intervenido en la gestión negocial, y que por estar de viaje Rouan y Santa Cruz no ingresaron a verlo.

Esta circunstancia -añadió- también fue declarada por la señora Santa Cruz, a quien le llamó la atención que el actor no haya ido a visitar el dúplex, aunque si afirmó que Arévalo lo visitó cuando él lo adquirió, agregando que el precio se convino por las roturas que tenía el inmueble.

Expresó que la jueza omitió considerar que todos los testigos señalaron que los ocupantes tenían 5 perros, y que esa circunstancia era fácilmente observable desde los dúplex, razón por la cual el actor no puede manifestar desconocimiento al respecto.

En segundo lugar, se agravio por la forma de aplicar los intereses en relación a la indemnización por el reemplazo de la abertura, pues se transformó la suma del

presupuesto al valor del dólar oficial al momento del dictado de la sentencia y luego aplica los intereses desde la fecha de entrega del inmueble, el 13 de septiembre de 2021 lo cual implica una repotenciación de la deuda.

Señaló que correspondía calcular el monto de la indemnización al valor del dólar oficial al momento de la entrega del inmueble, es decir el 13.09.2021 (\$103.62), y sobre dicho monto aplicar la tasa de intereses hasta el día de la fecha pues de lo contrario se produce un resultado totalmente desproporcionado.

En tercer lugar, se agravio por la imposición de costas afirmando que se omitió distinguir la existencia de dos pretensiones ya que por un lado se reclamó la ejecución de la cláusula penal por falta de entrega del inmueble y por el otro, la indemnización por daños y perjuicios ocasionados en el inmueble, rechazándose la primera por lo que su parte es vencedora en ese aspecto.

Afirmó que corresponde aplicar el criterio de vencimientos parciales y recíprocos y, por ende, distribuir la carga de las costas conforme el resultado de cada pretensión.

II.- Ambas partes se agravian por los términos de la sentencia.

De las pruebas producidas en las presentes actuaciones, como así también de las tramitadas en el proceso invocado como prueba "AREVALO MAURO GERMAN C/ POZZEBON EZEQUEL ISAAC S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" -Expte. 547027/2022-, no tengo dudas acerca de que las diversas pretensiones entre las partes tuvieron su origen en una operatoria comercial e inmobiliaria, en la que se vieron

involucrados no sólo las partes en este proceso, sino también el señor Rouan y la señora Santa Cruz.

En tal sentido, a fs. 70/72 se encuentra agregado el contrato de locación de obra celebrado entre Arévalo, Rouan y Santa Cruz, con fecha de celebración 22 de noviembre de 2020.

Luego, a lo largo de los testimonios, tanto de los nombrados como de quienes manifestaron haber participado de una u otra forma en esa operatoria -Luis Muñoz y Gastón Martínez- tengo acreditado también que fueron aquellos quienes ocuparon el dúplex desde fines del año 2018 hasta el 13 de septiembre de 2021.

Si bien de los testimonios no surge con certeza la fecha a partir de la cual Rouan y Santa Cruz se instalaron en el dúplex, voy a tomar diciembre de 2018 como inicio, y ello así pues al demandar el actor expresó *"cabe destacar que estamos hablando de un dúplex que fue construido entre 2017 y 2018 y entregado al antiguo poseedor en el 2018. O sea, estamos refiriéndonos a un dúplex con menos de tres años de uso"*; la testigo Sewalt recordaba que se habían mudado antes de la pandemia, y en el contrato de cesión de crédito -fs. 1/2 "AREVALO MAURO GERMAN C/ POZZEBON EZEQUEL ISAAC S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", Expte. 547027/2022-, que hacen Rouan y Santa Cruz a Arévalo se menciona como antecedente *"LAS PARTES reconocen que EL CESIONARIO celebró en representación de LOS CEDENTES un contrato de cesión de derechos y acciones con el señor Ezequiel Isaac Pozzebon en fecha 4 de febrero de 2021, mediante el cual se cedieron los derechos y acciones que tenían LOS CEDENTES en función del Boleto de Compraventa celebrado en fecha 28 de noviembre de 2018"* -el resaltado me pertenece-.

De este modo, es razonable suponer que compraron el inmueble con intención de habitarlo a partir del mes de diciembre de 2018, transcurriendo desde esa fecha hasta septiembre de 2021 en que desocuparon el mismo por lo que he de considerar que el inmueble estuvo ocupado por la pareja y su hija junto a los perros durante un plazo de 33 meses.

Lo dicho cobra relevancia pues entiendo que pese al férreo convencimiento que trasuntan los dichos del actor, no es verosímil suponer que al momento de celebrar el contrato de locación -febrero de 2021- con Arévalo el dúplex se encontrara en las condiciones que plantea y pretende sustentar con el primer lote de fotos.

Así, y en relación al estado del dúplex al momento que se celebrara la cesión de derechos y acciones entre Pozzebon y Rouan y Santa Cruz, representados por Arévalo, el actor acompañó las fotos obrantes a 75/85 expresando: *"... son las fotos que le fueran mostradas al actor al momento de realizar la compra del dúplex en cuestión"*.

Luego, a fs. 86/96 obran nuevas fotografías en relación a las cuales el actor expresó: *"... vengo en tiempo y forma a adjuntar fotos que forman parte del contrato de locación acompañado. Las mismas fueron tomadas por la escribana, y que fue labrada el acta correspondiente, al momento de la entrega del dúplex..."* -el acta en cuestión se labró el día 16 de septiembre de 2021-.

El contrato de locación entre Pozzebon y Arévalo se celebró el 4 de febrero de 2021, y encuentro también acreditado que Pozzebon ni visitó personalmente el dúplex para constatar su estado, ni tampoco puedo dar

crédito de forma verosímil a que el estado que constatará con la escribana comenzara en aquella fecha.

Lo dicho equivaldría a suponer que hasta el 4 de febrero de 2021 no hubo un deterioro de la vivienda, que además de lo normal que puede suponer su uso por parte de dos adultos y una menor, era habitado por cinco perros, ya que implicaría tener por cierto que hasta el 4 de febrero de 2021 los perros no rasguñaron puertas, zócalos y aberturas y, por alguna razón, comenzaron a hacerlo con un ímpetu tal que en 7 meses y medio produjeron los daños que constató la escribana en septiembre de 2021.

Al respecto, resultará útil recordar que el día 16 de septiembre de 2021 la escribana constata entre otras cuestiones: *"...la Puerta y portón de chapas prepintados, de ingreso al dúplex, se encuentran dañados, sin picaportes ni manijas, con la pintura completamente rayada, por lo que parecen ser arañazos de animales domésticos; en el patio veo las tapas de la cisterna completamente oxidadas y el filo de la pared dañada, por lo que parecen ser mordeduras o arañazos de animales domésticos; al final del garaje hay una abertura de aluminio prepintada color negra y doble vidrio hermético, que también se encuentra completamente rayada por lo que parecen ser mordeduras o arañazos de animales domésticos ... en el living, las aberturas de aluminio prepintadas color negro, que separan el living del patio, se encuentran dañadas, el marco de la puerta del baño en planta baja se encuentra mordido por perros; me dirijo por la escalera ... al llegar al descanso final de la escalera, encuentro la pared rota, por lo que parecen ser arañazos de animales domésticos: en el pasillo de la planta alta , la pared lindante con el baño tiene arañazos o mordeduras de*

animales domésticos, al igual que las zonas bajas de las paredes del pasillo y la habitaciones; las puertas de madera están dañadas en hojas y marcos, a la puerta del baño le faltan pedazos de madera al igual que a los marcos de las puertas, a los que pareciera fueron mordidos o rasguñados por los animales domésticos; el marco de la puerta de una habitación está casi por desprenderse de la pared; en la planta alta faltan zócalos de madera y en otros lugares los zócalos están dañados por lo que parecen ser mordidas o arañazos de animales domésticos..."

De este modo, es claro que los daños en el inmueble tuvieron su causa mayormente por la conducta de los animales, y por ello es inadmisibile imputarlos en su totalidad a Arévalo, pues su relación con el inmueble comenzó en febrero del año 2021 y aun cuando la cláusula quinta del contrato de locación expresa: "El LOCATARIO declara haber visitado el inmueble locado, el que se encuentra y reciben en buen estado de conservación y aseo, con todas sus puertas ventanas, herrajes, sanitarios, apliques de luz, placard, bajo mesada cocina y termotanque.", un examen de las pruebas no admite considerar que -reitero- los daños comenzaron a producirse a partir del día 4 de febrero de 2021.

En síntesis, los daños se encuentran acreditados y reconocida -aunque otorgándole distinta extensión a las cláusulas, aspecto sobre lo que luego he de reflexionar- la relación locativa entre Pozzebon y Arévalo a partir del 4 de febrero de 2021, motivo por el cual he de proponer que la suma de condena por los daños materiales se reduzca en la parte proporcional que corresponde al período temporal en que la responsabilidad jurídica acerca del

mantenimiento y buen uso se encontraba en cabeza del demandado.

Así, desde diciembre de 2018 a septiembre de 2021 transcurrieron 33 meses y desde febrero de 2021 a septiembre de ese año, 7 meses y medio, de modo tal que la proporción por la que deberá responder Arévalo asciende al 23 %.

Antes de avanzar, me interesa recordar que el examen de las pruebas se encuentra regido por el principio de la sana crítica, de conformidad al art. 386 del CPCyC: *"Apreciación de la prueba. Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa"*.

Al referirse a la sana crítica se ha señalado: *"Las reglas de la sana crítica suponen la existencia de principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen la discrecionalidad absoluta del juzgador, cuales son los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, que actúan como fundamentos de posibilidad y realidad"* (Cám. Nac. Civil. Sala H. 5-4-2000 L.L 2000 480).

Bajo ese prisma, las máximas de experiencia, se refieren a juicios hipotéticos de contenido general, desvinculados de los hechos concretos que se juzgan. Proviene de la experiencia y se constituyen por observaciones de tipo general que resultan posibles de formularse y compartirse en esa formulación por la

generalidad de la población, en un determinado tiempo y lugar, expresando asimismo lo que se denomina sentido común.

Son criterios elaborados sobre hechos que se producen con cierta regularidad, incorporados al patrimonio cultural de la sociedad, extraídos de la observación de los fenómenos físicos o del corriente comportamiento de mujeres y hombres, razón que nos lleva a hablar de que son un conocimiento compartido, reitero, en cierto tiempo y lugar.

Y bien, es bajo el criterio de las máximas de experiencia, que encuentro posible afirmar que no resulta verosímil que en febrero de 2021 se hayan comenzado a producir los daños cuyo origen se encuentra en la conducta de los animales domésticos que tenían los señores Rouan y Santa Cruz, y que desde diciembre de 2018 habitaban el lugar hasta la entrega en septiembre de 2021.

En orden a determinar la cuantía de este daño, la pericia llevada a cabo en estas actuaciones fue presentada el 1 de diciembre de 2022, y allí se establecía la suma de \$1.185.942,56 más IVA y U\$S 5.056,51 más IVA.

Al respecto, he de proponer que sobre esas sumas, la condena se calcule en el porcentaje antes expuesto, esto es en un 23 % de las mismas.

En relación a la suma en pesos devengará intereses desde la fecha de entrega del inmueble y hasta la presentación de la pericia a un **8 % anual a partir de allí hasta su efectivo pago, la tasa efectiva anual para préstamos personales, canal venta sucursales, para clientes sin paquete del BPN -, utilizada sin capitalizar.**

En cuanto a la suma dispuesta en dólares, de

conformidad al criterio de esta Sala y considerando que al estar establecida en esa moneda, devengará un 8% anual desde igual fecha y hasta su efectivo pago-por tratarse de un valor que se encuentra actualizado.

Sentado lo que antecede y abordando la queja del actor en relación a los alquileres adeudados, no comparto la afirmación de la jueza acerca de que no fueron reclamados.

En ese sentido, el actor aun sin detallar los períodos, dentro de la liquidación que formó parte de la demanda expuso -fs. 21 vta.- "ALQUILERES NO ABONADOS \$ 376.000",

Por su parte, al contestar la demanda el accionado exponía: *"En primer término, se observa que no sería un daño reclamado, sino que simplemente la ejecución o exigencia de una obligación contractual."*

En segundo lugar, no encontramos en ningún pasaje de la demanda en donde la actora refiera a que no se le pasaron alquileres durante la duración del contrato. Nuevamente, encontramos una actitud llamativa por parte de la actora, puesto que es inverosímil que durante seis meses haya soportado que no se cumpliera con el pago de los alquileres, enviando recién una carta documento en octubre de 2021, es decir, luego de rescindido bilateralmente el contrato y entregadas las llaves.

Por otra parte, también resulta un ardid del que se vale el actor, puesto que al haberse pagado el canon locativo en algunos períodos en efectivo y sin entrega de recibo, esta parte ha quedado vulnerable el actual reclamo en tanto no tomé los recaudos necesarios para poder acreditar los pagos al entender que algunos de

los cánones fueron cancelados mediante transferencia bancaria y que otros han sido cancelados por el señor Rouan.

Finalmente se impugna la liquidación de los supuestos alquileres adeudados, toda vez que no se refiere a qué períodos corresponden, ni tampoco explicita cual es, o fue, la forma de calcularlos".

En consecuencia, se trató de un rubro reclamado en relación al cual el demandado opuso una defensa, que no sustentó en prueba de ninguna clase.

En relación a esta cuestión, el contrato señalaba: *"TERCERA: El precio de la locación se fija, debiendo abonarse por adelantado y mes completo, del 1 al 10 de cada mes **por transferencia bancaria a la cuenta del locador CBU ... Se pacta un importe mensual de pesos cuarenta y cinco mil (\$ 45.000)**".*

De esta manera, la ausencia de prueba para acreditar la transferencia que alegara el demandado, aunque no de todos los cánones pues algunos dijo haberlos pagado en efectivo, deja sin acreditar la afirmación no pudiéndose tampoco acoger la versión acerca de que no tomó los recaudos necesarios pues estaba en una relación de confianza y por ello es que encuentro que cabe hacer lugar al reclamo por las sumas adeudadas.

En ese sentido, corresponde acoger el reclamo por alquileres desde el 4 de febrero hasta el 31 de abril, lo que arroja una suma de \$ 135.000, (3 meses) con más los intereses desde que cada período se devengó, y hasta su efectivo pago, de acuerdo con la tasa efectiva anual para préstamos personales, canal venta sucursales, para clientes

sin paquete del BPN, utilizada sin capitalizar, no correspondiendo hasta el 13 de septiembre por la consideraciones que cabe efectuar en relación a la cláusula penal.

Así y en cuanto a la cláusula penal, la entrega en la fecha 13 de septiembre de 2021 del inmueble no ha sido objeto de controversia, pues lo que se controvertía era el estado en que se encontraba el dúplex y los efectos que cabe concluir de la entrega en esa fecha.

La jueza rechaza la cláusula penal, en el entendimiento de que: *"el contrato suscripto por estas partes constata que ellas estipularon un plazo de duración en la cláusula segunda de tres meses. No obstante lo establecido legalmente, ellas nada explicitaron respecto de la finalidad perseguida, de forma tal de considerar inaplicable el plazo mínimo legal contenido en el artículo 1198 del Código Civil y Comercial. A su vez, el destino que se consignó es el de vivienda del locatario y su grupo familiar.*

Frente a ello considero que se torna operativa la defensa del accionado en cuanto pretende se aplique el plazo mínimo legal de la norma citada, esto es, dos años".

He de disentir también con esta afirmación.

La existencia de la ya referida operatoria comercial e inmobiliaria, que originó la necesidad de conseguir alojamiento a la familia Rouan Santa Cruz, mientras Arévalo terminaba la obra a la que se había comprometido, se encuentra reconocida por el propio Arévalo.

Luego, tanto Rouan como Santa Cruz al

declarar afirmaron que desde el mes de junio Arévalo estuvo tratando de conseguir una nueva vivienda porque tenía que desocupar el dúplex para entregárselo a Pozzebon y que si no lo hacía iba a tener que afrontar el pago de las multas.

El propio contrato se encuentra encabezado como "CONTRATO DE LOCACION TEMPORAL CON DESTINO VIVIENDA", de modo tal que encuentro inadmisibile la pretensión posterior de Arévalo, en el contexto de la operatoria que se encuentra demostrada a través de los distintos contratos conexos y confirmada por las declaraciones testimoniales, de esgrimir su postura como locatario en uso de la vivienda para su grupo familiar y de allí que sea aplicable el plazo legal.

En relación a la cláusula penal, el art. 790 del Código Civil y Comercial establece: "*Concepto. La cláusula penal es aquella por la cual una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación*".

La cláusula cuya aplicación negara la jueza de grado establecía: "**SEGUNDA** PLAZO. Esta locación se conviene por el término de tres 3 (meses) 1198 CCCON a contar del día 4 del mes de febrero de 2021, operando en consecuencia su vencimiento en forma improrrogable el día 31 de Abril de 2021 momento en el cual EL LOCATARIO deberá restituir el inmueble locado sin necesidad de interpelación de índole alguna, si no lo hace, deberá continuar abonando un alquiler diario del inmueble pactado en la suma de \$ 2.000 diarios por los posteriores sesenta días, luego de éste período a dicho monto se le agrega una multa que "haciende" a U\$S50 dólares billetes diarios, por

el período de ocupación indebida del inmueble, desde el vencimiento del plazo contractual hasta la efectiva restitución. El pago del alquiler diario se pacta de forma decenal en iguales condiciones que la cláusula siguiente”

De este modo, todo el mes de mayo y junio corresponde considerar el alquiler diario en \$ 2.000 lo que arroja una suma de \$ 272.000 más los intereses desde que cada una de las multas se fue devengando hasta su efectivo pago, de acuerdo con la tasa efectiva anual para préstamos personales, canal venta sucursales, para clientes sin paquete del BPN -, utilizada sin capitalizar; y a partir de los 60 día, esto es 31 días de julio; 31 de agosto y 13 de septiembre -75 días- se le agregan U\$S 50 diarios lo que arroja una suma de US\$ 3.750 más los intereses desde la fecha en que debió ser entregado el dúplex, esto es 30 de junio de 2021, correrán desde la mora y hasta su efectivo pago de acuerdo al 8% anual -por tratarse de un valor actualizado.

Ahora bien, la parte actora señaló en su recurso que al momento de realizar las pericias en noviembre del año 2022 el inmueble aún no había sido alquilado debido a las reparaciones que se le tuvieron que hacer y en función de ello señalaba que tomando el último alquiler de \$ 45.000 lo multiplicaba por un año y dos meses, tiempo que señalaba que había transcurrido desde la entrega del inmueble hasta esa fecha, y esa suma la reclama como el alquiler que pudo haber percibido su parte.

Este importe, que cabría incluir como lucro cesante, no puede prosperar pues la previsión de la cláusula penal que analizara y considerara procedente en los términos señalados, obsta a la posibilidad de reclamar otros daños.

De la lectura de la cláusula pactada, se advierte que la obligación que garantizaba la cláusula penal era la entrega en tiempo y al no haberse llevado a cabo dicha conducta es que resulta exigible la cláusula pactada, así: *"El acreedor no puede, aunque en los hechos lo haya padecido, reclamar una indemnización de una mayor cuantía. **Se trata de una excepción al principio de reparación plena** (art. 1740 del Código), autorizada por el ordenamiento, salvo que la cláusula penal sea ínfima."* (Código Civil y Comercial de la Nación comentado-Tomo V-Arts. 724 a 1020 pág. 227 - Ricardo Luis Lorenzetti Director-Rubinzal-Culzoni Editores).

El art. 794 establece: *"Artículo 794. Ejecución Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no sufrió perjuicio alguno."*

Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor."

En comentario a esa norma: *"... cuando la cláusula penal es fruto de un acuerdo de voluntades sin vicios constitutivos que afecten su validez (recuérdese que se trata de un acto jurídico), una vez que se torna exigible (sea moratoria o compensatoria), las partes deben atenerse a lo pactado."*

*Ello se traduce, en primer lugar, en que **el acreedor no puede reclamar un daño mayor que el preacordado**, si es que lo ha sufrido (art. 793 del Código)*

*Inversamente, **el deudor no puede eximirse de pagar la cláusula penal si el acreedor no sufrió daño alguno.** Ésta es una contingencia que las partes evitan con el otorgamiento de la cláusula penal, y a cuyas consecuencias -por imperio de la ley- se someten. Casi con seguridad uno de los dos "perderá", de cara a la realidad objetiva que ex post incumplimiento se presente (esto es, si hubo o no daños y, en caso afirmativo, si fueron mayores o menores a los previstos en la cláusula).*

Por cierto que aun en el caso en que el acreedor no hubiera sufrido daño alguno, el pago de la cláusula penal no importa un enriquecimiento sin causa: es que la causa válida es, precisamente, este pacto permitido por la ley.

Pero además no debe olvidarse que la cláusula penal tiene un componente punitivo, que razonablemente aumenta el quantum de la obligación, y que debe ser separado de la comparación que se efectúa (con el daño efectivamente sufrido). Tal circunstancia, como se analiza más abajo, tiene sus proyecciones a la hora de readecuar una cláusula penal abusiva.

Es en razón de esta compleja amalgama de intereses que, para asegurarse su efectividad, se veda la posibilidad de revisarla. De lo contrario, perdería toda utilidad, no sólo en orden a los fines que tiene respecto a la evitación de las incertidumbres relativas al daño derivado del incumplimiento, sino también respecto a la función compulsiva que es de su esencia.

Una de las consecuencias es de estricta naturaleza procesal: el acreedor no tiene la carga de probar los daños derivados del incumplimiento. De hecho,

ello es inocuo, desde que si lo hace, de todas maneras, no podrá reclamar un daño mayor. Existe, en definitiva, una presunción iuris et de iure de daño, que no puede ser enervada por prueba en contrario” (ob. cit. pág. 231/232).

La improcedencia de la pretensión de lo que el actor engloba bajo el rubro lucro cesante, queda sellada por la previsión del art. 797 en cuanto dispone: *“Opciones del acreedor.- El acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que se haya estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”.*

Por último el demandado también cuestionó el modo de imposición de las costas pues en la instancia de grado se había rechazado la cláusula penal. En tal sentido y de conformidad a como se resolviera la cuestión en esta instancia, he de proponer que se confirme la imposición de costas al demandado en su condición de vencido, al igual que las de esta Alzada (art. 68 CPCyC).

III.- Por todo lo expuesto, he de proponer al Acuerdo la modificación parcial de la sentencia, condenando al demandado a abonar al actor la suma de \$ 330.047 (23% de 1.185.942,56 + IVA) y U\$S 1.408 (23% de U\$S 5.056 + IVA) en concepto de daños materiales; \$ 135.000 en concepto de alquileres adeudados y \$ 272.000 más U\$S 3.750 en concepto de cláusula penal, con más los intereses establecidos para cada uno de los rubros.

Las costas las impongo al demandado vencido (art. 68 del CPCyC).

Los honorarios profesionales los regulo en el 30% de los que les correspondan por su intervención en la instancia de grado (art. 15, ley 1594).

La jueza Patricia CLERICI dijo:

Adhiero al voto que antecede, por compartir su fundamento y solución.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de hojas 227/232, dictada el día 8 de septiembre de 2023, condenando al demandado a abonar al actor la suma de \$ 330.047 (23% de 1.185.942,56 + IVA) y U\$S 1.408 (23% de U\$S 5.056 + IVA) en concepto de daños materiales; \$ 135.000 en concepto de alquileres adeudados y \$ 272.000 más U\$S 3.750 en concepto de cláusula penal, con más los intereses establecidos para cada uno de los rubros.

II.- Imponer las costas de segunda instancia al demandado vencido.

III.- Regular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en el 30% de los que les correspondan por su intervención en la instancia de grado.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

PATRICIA CLERICI
Jueza

JOSÉ NOACCO
Juez

545866/2021

MICAELA ROSALES
Secretaria