

IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5

Secretaría única

Tomo:

Resolución:

Folio:

María Luján Perez Pysny, Secretario

San Carlos de Bariloche, 16 de septiembre de 2014.

VISTOS: Los autos "BERTONE DE GARCIA, JUANITA Y OTROS C/ ARROYO, ANIBAL Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" (expte. 09985-10).

RESULTA:

A) Que a fs. 55/64 Juanita Bertone de García y Adrián Malagola iniciaron acción por cobro de alquileres y daños y perjuicios derivados de la permanencia indebida en la locación contra Aníbal Arroyo y Matías Pagano por la suma de \$658.877,46 y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, con más sus intereses punitivos y compensatorios y cláusula penal pactada y costas; y con más las sucesivas ampliaciones que correspondan. Adhieren a la demanda, en su carácter de condóminos, Armando José , María Belén, María Angélica Rosa, María Paz y Eugenio Luis, todos de apellido García Bertone, Adriana Malagola y Albina Pacchioni, quienes se presentan como terceros en los términos del art. 90, inciso 2º del CPCCRN.

Relatan que dieron en locación un inmueble sito en Palacios 151/157 de esta ciudad por tres años desde el 01/08/06 hasta el 31/07/09 a Aníbal Mario Arroyo y que Matías Pagano se constituyó en codeudor solidario, liso y llano, principal pagador de todas y cada una de las obligaciones asumidas por el locatario, siendo que en el contrato se estableció que las obligaciones del garante/fiador subsistirían "aún después del vencimiento del contrato si el locatario continuara ocupándolo por cualquier motivo".

Señalan que, fenecido el contrato de locación con fecha 31/07/09, el inquilino se encontraba con la obligación de restituir el inmueble en las mismas condiciones en que

lo había recibido (cláusula tercera del contrato), por lo que entienden que aquél debe abonar los alquileres correspondientes al período retenido, conforme al valor locativo de plaza (cláusula novena del contrato); y dada la mora e incumplimiento (art. 509 del Código Civil), adeuda los intereses punitivos pactados equivalentes al doble que cobra el Banco Nación Argentina para descuento de documentos por cada día de demora en el pago y hasta el día del efectivo pago (cláusula tercera del contrato); como así también el pago de la cláusula penal pactada (cláusula décima del contrato) que consiste en el 2,5% del alquiler vigente por cada día de retardo y hasta la fecha de la efectiva restitución del inmueble locado y en concepto de daños y perjuicios.

Afirman que Matías Pagano se constituyó en codeudor solidario, liso, llano y principal pagador, renunciando a los beneficios de división y excusión, subsistiendo la fianza si el locatario continuara ocupándolo por cualquier motivo (cláusula decimotercera).

Cuantifican el daño por retención indebida en la suma de \$34.800 más IVA por cada mes, que multiplicada por 17 meses (desde el 31/07/09 hasta diciembre de 2010) asciende a la suma de \$653.877,46 más IVA.; y reclaman, también los valores locativos que se devenguen con posterioridad a la promoción de la demanda y hasta la devolución del inmueble y de los bienes muebles objeto de la locación, los daños a la propiedad, los gastos y costas judiciales del proceso de desalojo, los impuestos, tasas y servicios que estaban a cargo del locatario y garante (cláusula tercera), y gastos de mediación previa de este proceso, con más sus respectivos intereses.

Indican que intimaron de pago lo adeudado por carta documento del 18/05/09 dirigida al deudor y a su garante, recibida el 20/05/09, en la que también se los emplazaba a restituir el inmueble; y que a raíz de ello inició un proceso de desalojo anticipado (expte 08394-09) y uno de ejecución de alquileres (expte. 08541/09), que tramitaron por ante este mismo juzgado.

Rectifican la demanda (fs. 80), acompañan documental de fecha posterior a la demanda (fs.122), e informan que con fecha 02/05/11 se diligenció mandamiento de desahucio contra el codemandado Arroyo y se le restituyó el inmueble a los actores.

Amplían los montos reclamados en la demanda en los puntos 1,2 y 3 del capítulo VI

(daños) por los alquileres impagos de enero, febrero, marzo y abril de 2011, a razón de \$34.800 mensuales, lo que arroja la suma de \$139.200, más intereses punitivos, compensatorios, cláusula penal y costas; y el monto reclamado en el punto 4 de ese capítulo en concepto de honorarios regulados en juicio de desalojo y abonados a su beneficiario, por la suma de \$8712.

Acompañan acta de constatación notarial del estado en que se encontraba el inmueble al momento de ser restituído y reclaman los gastos de reparación que sean necesarios para reparar el inmueble locado, atento a los daños que presenta el mismo al momento de ser restituído.

Amplían a fs. 157/159 los montos reclamados en la demanda por un total de \$498.752,35 con más intereses y costas y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse. Reclaman \$343.638,42, en concepto de daños constatados en el inmueble, según presupuesto que adjunta que incluye materiales y mano de obra; \$146.991,50 por reposición de los bienes muebles correspondientes al inventario que no fueron devueltos por el locatario; y \$8.122,43 en concepto de servicios impagos consumidos por el locatario durante el período en que continuó ocupando en forma indebida y que abonaron los actores.

Adhieren a fs. 167 los condóminos del inmueble locado, quienes intervienen como terceros, adhieren a las ampliaciones de la demanda por un monto total de \$646.664 (fs. 95/122 y fs. 135/169).

B) Que a fs. 94 se decretó la rebeldía de Aníbal Mario Arroyo.

C) Que a fs. 188/201 contestó demanda Matías Pagano.

Sostiene que la garantía constituída en el contrato de locación finalizó el 31/07/09, por lo que entiende que todo reclamo de la actora carece de validez; y que nunca fue notificado de deuda alguna ni de deterioro del inmueble ni de nada.

Afirma que la ley es clara cuando establece que la garantía dura mientras que el contrato no esté vencido, y que, luego de vencido la misma cae y está prohibido cualquier tipo de

prórroga sin el consentimiento del fiador.

Refiere que envió cartas documentos a los locadores en noviembre de 2009, diciendo que había transcurrido largamente el plazo de dicho contrato y que no autorizaba ninguna renovación y/o ampliación del contrato, por lo que su garantía asumida cesó con la finalización del contrato; y dicha carta jamás fue contestada por los actores y no hay acuse de recibo de ninguna carta documento enviada por los actores.

Por todo ello, considera que no es responsable por lo supuestamente ocurrido luego del vencimiento del contrato y cuestiona la procedencia de los rubros reclamados y sus montos.

D) Que a fs. 194/198 los actores denuncian como hecho nuevo el incumplimiento doloso del demandado principal Aníbal Arroyo respecto de la obligación contractual de restituir los bienes locados y solicitan que se los indemnice por los daños causados, y que sean consecuencia inmediata y mediata de su accionar.

Manifiestan que del informe pericial presentado en la prueba anticipada (Expte. 10628-11) surge la malicia y el incumplimiento deliberado de las obligaciones contractuales asumidas por el demandado, con la intención de generar innecesariamente un perjuicio adicional a los actores.

Amplía su demanda y solicita que se condene a los demandados al pago de los daños y perjuicios en concepto de lucro cesante sufrido por los actores y que se encuentra representado por la imposibilidad de disponer el inmueble por los períodos locativos devengados con posterioridad a la restitución del mismo (02/05/11) y hasta el día del dictado de la sentencia definitiva, cuyo importe se determinará en base al valor locativo mensual correspondiente a los meses transcurridos y a los futuros y/o de lo que en más o menos resulte de la prueba a producirse, más intereses moratorios y punitivos pactados y costas. En subsidio, reclama una pérdida de chance en virtud de verse frustrada la esperanza de disponer el inmueble de su propiedad por el incumplimiento de los accionados quienes frustraron la probabilidad más o menos cierta y fundada de alquilar el inmueble y explotarlo a título propio, para lo cual debe tenerse en cuenta la excelente ubicación y condiciones del inmueble y las altas temporadas invernales de la

ciudad.

E) Que a fs. 206/208 Matías Pagano contesta sobre el hecho nuevo y la ampliación de la demanda y pide su rechazo.

F) Que a fs. 204 se abrió la causa a prueba, con el resultado que el secretario certificó a fs.496 y 498 y vta..

G) Que a fs. 505/511 alegaron los actores y a fs. 512/518 alegó el codemandado Matías Pagano.

H) Que a fs. 524 se llamó autos para sentencia mediante providencia que se encuentra firme.

Y CONSIDERANDO:

1º) Que en el proceso de desalojo (Expediente nro. 08394-09), que tramitó por ante este juzgado, ha quedado comprobada la relación contractual que mantuvieron las partes en los términos del instrumento que se adjuntó en copia a esta demanda (fs. 13/14).

A su vez, en ese proceso de desalojo ya se juzgó que el plazo de locación había vencido el 31/07/09 y que no hubo prórroga ni continuación de la relación contractual, debido a que los locadores ya habían pedido la restitución de los bienes locados en término (fs. 64 y vta. del expediente de desalojo).

También se acreditó en tales actuados que el locatario no restituyó la cosa arrendada en el plazo debido (31/07/09), sino que recién se efectivizó con fecha 02/05/11 a través del mandamiento de desahucio.

De ello se desprende que el inquilino siguió ocupando el inmueble locado en forma ilegítima, por lo que resulta civilmente responsable por los daños y perjuicios que hubiera ocasionado, en la medida que exista relación de causalidad entre el hecho y los daños.

Entonces, de acuerdo con lo expuesto, y lo dispuesto por el art. 1609 del Código Civil, los locadores se encuentran habilitados para reclamar al locatario las pérdidas e intereses producidos por la demora en su entrega.

También, con fundamento en que las partes pactaron en el contrato referido que "En caso de conclusión del contrato por cualquier causa, y en caso de que el locatario no devolviera el inmueble, el locador tendrá derecho a exigir como cláusula penal el 2,5% del alquiler vigente por cada día de retardo hasta la fecha de restitución de los espacios y muebles locados. Sin perjuicio del cobro del alquiler devengado, sus intereses compensatorios y punitivos y del derecho a reclamar los daños y perjuicios que tal conducta le hubiere ocasionado." (cláusula décima).

2º) Que esa responsabilidad debe extenderse a Matías Pagano, porque, según el contrato referido, se constituyó "...en codeudor solidario, liso y llano y principal pagador, renunciando al beneficio de división y exclusión (excusión), aceptando ser deudor directo de todas las obligaciones que asume el locatario e incluso por las obligaciones que adeude el Locatario ante las autoridades administrativas y que impidan obtener la baja municipal del bien locado al tiempo de la conclusión de la locación. Subsistirá la fianza hasta que el Locador se de por conforme y reciba el inmueble arrendado en las condiciones establecidas y de por pagadas todas las sumas que pudiere adeudar por cualquier concepto el Locatario"; y se estableció que subsistirían "...también las obligaciones aún también después del vencimiento del contrato si el Locatario continuara ocupándolo por cualquier motivo" y que respondería por "...las costas, gastos y honorarios que pudieren devengarse con motivo de cualquier juicio que a raíz de este contrato se viera precisado a iniciar el Locador ya sea por desalojo, cobro de alquileres, cobro de reparaciones y/o indemnizaciones las cuales pudiere ser condenado el locatario" (cláusula decimotercera).

Es decir, que en el caso que nos ocupa, el garante se constituyó en forma expresa como codeudor solidario y directo. Pero también lo hizo como principal pagador, siendo que en tal caso también se le aplican las normas de codeudor solidario (art. 2005 del Código Civil, conf. Salas-Trigo Represas, "Código Civil Anotado", 2da. Edición, tomo 2, pág. 477, com. art. 2005).

Y quien asume el carácter de codeudor solidario no tiene una obligación accesoria, sino que constituye una relación jurídica directa con el acreedor, aun si lo hiciera con el propósito de garantía de la deuda de otro (conf. Belluscio-Zannoni, Código Civil Comentado, Anotado y Concordado, t° 9, ed. Astrea, pág. 499).

Pero, aún cuando se interprete que estamos ante una obligación accesoria -fianza-, cabe concluir que la misma no cesó porque el reclamo de autos se funda en daños y perjuicios derivados por la falta de restitución de los bienes a su debido tiempo, y al respecto el artículo 1582 bis, primer párrafo, del Código Civil, incorporado por ley 25.628, dispone que: "La obligación del fiador cesa automáticamente por el vencimiento del término de la locación, salvo la que derive de la no restitución a su debido tiempo del inmueble locado".

Y la comunicación enviada por el garante (carta documento) carece de efectos para este caso porque aquí no hubo por parte del locador una renovación ni prórroga expresa ni tácita del contrato de locación, una vez que el mismo finalizó. Recuérdese que sólo en esos casos se requiere la conformidad expresa del fiador (art. 1582 bis, segundo párrafo, del Código Civil).

Es decir, aún cuando se lo considere a Matías Pagano como fiador, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo antes citado, sus obligaciones subsistían hasta el momento mismo que el locatario desocupara íntegramente los inmuebles alquilados y fueran recibidos de conformidad por la locadora, porque así fue pactado en la cláusula decimotercera.

Distinto sería, claro está, que se hubiera acordado una prórroga del contrato de locación sin intervención del fiador, ya que en tal caso esa prórroga no le sería oponible a aquél por tratarse de estipulaciones "res inter alios acta" (entre partes) e inoponibles para quienes no lo fueron (CSJN, Fallos 320:750), pero ello no aconteció en este caso.

A lo expuesto, cabe agregar que ambos deudores fueron debidamente anoticiados, por carta documento, para restituir los bienes objeto de la locación (fs. 9, del juicio ejecutivo, Expte. nro. 08541-09, en trámite por ante este juzgado).

Por todo ello, el codeudor solidario, también resulta sujeto responsable por los daños y perjuicios derivados de falta de entrega en tiempo oportuno de la propiedad. Esto, en virtud de lo expresamente pactado en el contrato de locación y lo dispuesto en los arts. 1582 bis y 2005 del Código Civil.

En este mismo sentido, se ha pronunciado la CNCiv., sala A, 2012/02/02 en autos "Fabrilozza S.A. c. Dumen S.R.L. y otro s/daños y perjuicios" (La ley on line AR/JUR/4015/2012).

3º) Que a raíz de tal incumplimiento atribuible a ambos demandados, éstos deben responder por los daños que tengan relación causal con aquel accionar por las consecuencias inmediatas y necesarias, y por la mediatas, en caso de incumplimiento malicioso (art. 521 del Código Civil) .

Para que se configure un incumplimiento malicioso, según un sector de la doctrina, debe existir una intención de causar un daño o una indiferencia del incumplidor ante los daños que probable y previsiblemente podrían ocurrir más allá de la órbita del contrato (Borda "Tratado de Derecho Civil". Obligaciones, tomo I, pág. 157, Ed. Perrot, 1983).

Y, en este caso, considero que hubo un accionar malicioso porque el inquilino retiró en forma abrupta partes que componían el local e incurrió en una falta de mantenimiento y de cuidado del inmueble, tanto de paredes, pisos y techos, que denotan una indiferencia total a los daños que pudiere haber causado fuera del ámbito contractual.

Estas circunstancias quedaron comprobadas con lo dictaminado por el perito arquitecto (fs. 175, de la prueba anticipada), por el acta judicial de entrega de la tenencia del inmueble (fs. 143/145 del juicio de desalojo), por la constatación notarial realizada (fs. 96/121) y por la constatación judicial (fs.218).

Por otro lado, el daño a resarcir presenta los requisitos necesarios para su procedencia: es cierto, relevante, subsistente y propio que afecta un interés legítimo.

4º) Que daño patrimonial es todo menoscabo o detrimento que afecta el patrimonio del acreedor, con motivo del incumplimiento del deudor, y está conformado por dos

elementos: uno, constituido por la pérdida sufrida en un bien que ya estaba incorporado al patrimonio (daño emergente); y otro por la ganancia frustrada, es decir un bien que no se incorpora al patrimonio (lucro cesante).

5°) Que los demandados deben indemnizar el daño patrimonial emergente causado que se compone de los siguientes conceptos:

a) Valor de los alquileres devengados durante el tiempo de ocupación ilegítima, que debe resarcirse, por la suma de \$402.300.

La perito tasadora informó que el valor locativo estimado para agosto de 2009 hubiese sido de \$18.000 mensuales + IVA, con un incremento de un 15% anual por lo que en el 2010 sería de \$20.700 + IVA. Luego, indica que en el 2011 se comenzó a tomar un porcentaje de actualización del 18 a 20% pero que, a partir de la erupción del volcán cuyas cenizas llegaron a nuestra ciudad, fueron menores los valores locativos y hubo importantes quitas o ausencia de ajustes, dependiendo del acuerdo entre las partes (fs. 478/480 y 490).

Ese dictamen pericial posee carácter científico y no hay razones que justifiquen para apartarse de las conclusiones del experto ni tampoco hubo discrepancias con las partes respecto de las técnicas en sí (véase Witthaus, Rodolfo, "La prueba pericial", págs. 59/63 y sus citas: CNCiv., Sala, G, 4-12-86, ED 122-616; CNCiv., Sala C, 22-2-88, ED 127-483; CNCiv., Sala D, 6-3-87, ED 126-241; CNCiv., Sala D, 22-6-87, Ed 126-425; etc.).

Los cuestionamientos formulados por la parte actora al momento de alegar (fs. 507 vta/508), referidos principalmente a que la perito tasadora no fundó su dictamen ni indicó las fuentes utilizadas para expresar los valores locativos, resultan extemporáneos ya que debieron ser formulados al momento de sustanciarse el dictamen pericial.

En este sentido se ha dicho que "La regla básica es que si lo que se pretende se dirige a obtener una nueva pericia, la ampliación de la existente, o explicaciones sobre ella, la única oportunidad es la del traslado..." (Falcón, Enrique "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado-Concordado-Comentado, Tomo III, pág. 408,

Abeledo Perrot, 1989); y en este caso, es evidente que los cuestionamientos pudieron ser evacuados por la perito ante un pedido de explicaciones.

Y, en cuanto a la declaración testimonial de Wuiovich, debo señalar que no fue designada como perito, por lo que su testimonio no puede suplir la prueba pericial. Además, así como existe una tasación de la inmobiliaria cuya titular es la declarante (fs. 40 y 281), también existe tasación de otra inmobiliaria, que difiere de tales valores y que se asemejan a los informados por la perito (fs 419).

Asimismo, tengo en cuenta a los fines de establecer el valor locativo que el valor informado por la perito para agosto del 2009 (\$18.000) guarda una mayor relación y proporción con el valor que las propias partes habían acordado para el contrato que venció en julio de 2009 (\$13.000), que aquél valor de \$35.000 informado por la inmobiliaria a fs. 40, máxime cuando no hay ninguna circunstancia excepcional, al menos invocado, que pudiere haber motivado ese aumento.

En virtud de ello, y en uso de las facultades conferidas por el art. 165 del CPCC, habré de tener en cuenta los valores locativos informados por la perito, según los diferentes períodos:

Entre agosto de 2009 y julio de 2010, ambos meses incluidos: \$18.000 mensuales, lo que totaliza por ese lapso la suma de \$216.000; y entre agosto de 2010 y hasta abril del 2011, ambos meses incluidos: \$20.700 mensuales, lo que totaliza por ese lapso la suma de \$186.300.

Todo ello totaliza la suma de \$402.300, que se reconoce por este rubro reclamado, sin que corresponda adicionar el IVA porque el monto de condena lo es a título de daños y perjuicios y no de canon locativo (conf. CNCiv, sala C, "Berntz, Angel Gustavo y otro c. Knoll, Nicolás Adolfo Alejandro y otros", La Ley on line, AR/JUR/72375/2009).

b) Gastos de tasa de justicia, demás aportes, y honorarios en el juicio de desalojo, y gastos que devengó el inmueble, por la suma de \$72.479,53 , según el siguiente detalle:

b.1) \$4.242 por la tasa de justicia y demás aportes en el juicio de desalojo (fs. 1 de ese

expediente).

b.2) \$29.736 y \$8.712 por pago de honorarios del juicio de desalojo (fs 54, 95 y 248/251).

b.3) \$4.800 y \$1.344, por pago de honorarios del juicio de desalojo (fs. 53 y 305/307).

b.4) \$400 por cerrajería en el juicio de desalojo.

Subtotal: \$49.234

b.5) \$5.446 y \$2.656,10, por impuestos municipales (fs 50/52 y 380).

Se aclara que en relación al segundo monto referido se reconoce una suma menor a la reclamada a fs. 60 (\$3855,50) porque las boletas abonadas que obran a fs. 47/49 refieren a períodos comprendidos en el plan de pago, que ya se reconoce con el primer monto.

b.6) \$262,24, por la CEB (fs 140 y 282).

b.7) \$ 876,22 por Camuzzi (fs 135/139 y 330/331).

b.8) \$6.583,97 por Aguas Rionegrinas.

b.9) \$ 7.421 por impuesto inmobiliario (fs 42/46 y 369)

Subtotal:\$23245,53

En relación a este rubro, cabe aclarar, que el codeudor Matías Pagano asumió en el contrato la obligación de afrontar todas las costas, gastos y honorarios que pudieran devengarse con motivo de cualquier juicio que a raíz de este contrato se viera precisado a iniciar el locador, ya sea por desalojo, cobro de alquileres (cláusula decimotercera). Por lo tanto, la fuente de esa obligación que se le reclama es el contrato de locación y no las costas impuestas en el juicio de desalojo, tal como alegó el co-demandado Pagano para eximirse de responsabilidad por tales gastos.

Así también los demandados deben responder por las deudas de los impuestos inmobiliarios porque así se pactó en el contrato (cláusula tercera).

En cambio, en relación a la tasa retributiva de mediación y honorarios de mediadora reclamados (\$ 5.232 y \$ 200, ver fs. 5) por tratarse de costas de este proceso no corresponden incluirlas en la condena de este rubro, pues se subsumen en las costas susceptibles de reembolso (artículo 68 del CPCC) que oportunamente se liquidarán.

c) Daños y deterioros producidos al inmueble, por la suma de \$316.365.

Es obligación del inquilino conservar y restituir el inmueble en buen estado y debe responder por todo daño o deterioro que se causare por su culpa (art. 1561 del Código Civil), y se presume que todo daño o deterioro que exista al tiempo de la restitución se origina en la culpa del locatario siendo a su cargo la prueba de que los mismos se produjeron por el uso normal y habitual de la cosa u otra causa por la cual no deba responder (Belluscio-- Zannoni, "Código Civil...", T° 7, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, págs.598/600; Bueres-Highton, "Código Civil...", T° 4A, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, págs.433/434).

Y, en el caso particular, el inquilino recibió en muy buen estado el inmueble locado y se obligó a restituirlo en las mismas condiciones, según lo pactado en cláusula primera del contrato que celebró con los accionantes.

A pesar de tal obligación asumida, el inquilino no restituyó el inmueble en muy buen estado. Al contrario, hay elementos probatorios que indican que el inmueble se encontraba en muy mal estado, como surge de la diligencia judicial realizada al momento de la entrega del inmueble (fs. 143/145 del juicio de desalojo) y las constataciones por escribano (fs. 96/121) y judicial (fs.218).

Si bien es cierto que la constatación por escribano fue realizada dos días después a la entrega judicial, tal como señaló el codemandado Pagano, ello no permite inferir, por sí sólo, que los daños descriptos puedan atribuirse al locador o liberar al inquilino, puesto que ambas diligencias describen daños y deterioros semejantes que alejan cualquier sospecha de que el locador hubiera provocado los daños.

A su vez, con la pericia realizada a fs.174/180 se comprobó la extensión de los daños ocasionados, y aunque dicha pericia fuera objetada por el codemandado Pagano, lo cierto es que no hay motivos fundados para apartarme del dictámen pericial, que posee carácter científico.

Dicha pericia dictamina que los daños son originados por su falta de mantenimiento y cuidado (fs. 175 de la prueba anticipada) y no por causa de la antigüedad del inmueble locado y los materiales utilizados para su construcción. Pero aún, cuando est último fuera así, no puede soslayarse que era deber del inquilino mantenerlo y restituirlo en buen estado, tal como lo recibió y se obligó.

Y, si el inquilino hubiera entendido que alguno de esos defectos eran atribuibles al locador o sus reparación estaba a cargo de él, con fundamento en que los contratos deben ejecutarse de buena fe (art. 1198 del Código Civil) debió haber efectuado los reclamos correspondientes durante el curso del contrato con el objeto de mantener la cosa en buen estado. Sin embargo, no hay ningún elemento probatorio que demuestre ello.

Al respecto se ha dicho que "Es responsable el inquilino por los daños ocasionados a raíz de las filtraciones producidas, si éstas, no obstante haber sido provocadas por vicio de la cosa, no fueron consecuencia de un vicio oculto, sino exteriorizado desde varios años antes" (Documentos y Locaciones Tucumán, "Arce de Castro, María M. c. Paz, Víctor H.", del 24/07/96 y su cita CNCiv, sala B, julio 25-968, La ley, 134-1030, 19.967-S).

De acuerdo con ello, es razonable presumir, que, esa falta de mantenimiento y cuidado, y de diligencia en el obrar del inquilino, fue la causa adecuada para provocar o agravar los daños ocasionados, aún aquéllos cuya reparación podría considerarse a cargo del locador, como ser los techos. Por lo tanto, la pericia que incluye la reparación de esos elementos, se encuentra ajustada a derecho.

Por otro lado, los valores que indica la pericia se condicen en líneas generales y en su mayoría con el presupuesto acompañado por los accionantes (fs. 144/146 y 312), lo que permite corroborar la validez pericial en tal aspecto. Y no hay obstáculos para

apartarme de tal dictamen pericial por el hecho de haber consignado éste mayores valores en algunos rubros que los presupuestados por el accionante -tal como afirma el codemandado Pagano en su impugnación-, porque esa diferencia radica principalmente en que el perito engloba distintas tareas en esos valores y aplica un criterio diferente de valuación, arribando a un monto total y final menor que el presupuestado por los actores.

d) Cláusula penal, por la suma de \$150.862,50

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 652 del Código Civil, la cláusula penal "...es aquella en que 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".

Dicha cláusula penal cumple principalmente dos funciones, según cierta doctrina: una compulsiva, pues mueve psicológicamente al deudor a cumplir la prestación principal para eludir la pena que puede ser una sanción más gravosa que la obligación contraída; y una resarcitoria, por ser un modo de fijar por anticipado los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación cause al acreedor (Llambías, Jorge Joaquín, "Código Civil Anotado, Tomo II-A, págs. 425/426, Ed. Abeledo-Perrot, 1979).

También, en este sentido, un sector de la jurisprudencia ha dicho que: "La cláusula penal moratoria cumple dos funciones complementarias. Desde un punto de vista, estimula el cumplimiento de la obligación (función compulsiva o estimulativa) y fija además de antemano el monto indemnizatorio a satisfacer en caso de incumplimiento (función indemnizatoria) (arts. 652, 655, 656 1° párr.del Cód. Civil). CC0002 SM 31458 RSD-288-92 S, Fecha: 30/04/1992 Juez: OCCHIUSZI (MA) Caratula: Yadarola, Eduardo y Ot. c/ Onorato, Rosalía Isabel y Ot. s/ Escrituración Mag. Votantes: Occhiuzzi - Mares - Cabanas" (Lex-Doctor 9.1).

En el caso de autos, las partes acordaron la aplicación de una cláusula penal equivalente al 2,5% del alquiler vigente por cada día de retardo en devolver el inmueble luego de vencido el plazo fijado para ello y hasta la fecha de restitución de los bienes dados en locación.

Al contestar la demanda, el codemandado Matías Pagano pide su nulidad por entender que constiuye un abuso de derecho y un enriquecimiento sin causa, y, en forma subsidiaria pide su reducción.

No hay ninguna razón que justifique declarar la nulidad de la cláusula penal en sí misma pues su fijación se encuentra permitida por la ley, fue pactada por las partes en el contrato de locación y no se refiere a objeto prohibido (arts. 652, 653 y cctes. del Código Civil).

Por ello, no es la cláusula penal la que repugna la moral, sino, eventualmente la magnitud de la pena; y los argumentos en que se basa la pretensión de nulidad, deben ser analizadas dentro del pedido de reducción del monto pactado, aunque no desconozco que cierta doctrina se inclina por considerar que en esos casos habría una nulidad relativa (Llambías, Jorge Joaquín, "Código Civil Anotado, Tomo II-A, págs. 437/438, Ed. Abeledo-Perrot, 1979). .

Sobre la reducción de la pena, el art. 656 del Código Civil dispone que "...Los jueces podrán, sin embargo, 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, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

Al respecto, la doctrina ha sostenido "...que la facultad judicial de morigerar la cláusula penal es excepcional y debe ser ejercida con prudencia, justificándose sólo cuando ella es notoriamente abusiva o importa una lesión a la regla moral o significa una exacción exorbitante" (Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil", Obligaciones, tomo I, pág. 209, Ed. Perrot, 16/5/83) .

Por eso, aun después de la ley 17.711, la regla "sigue siendo la inmutabilidad de la cláusula", en tanto que su reajuste es tan sólo la excepción (Mosset Iturraspe, Medios para fozar el cumplimiento", Rubinzal Culzoni, 1993, págs. 110 y sgtes.).

Sin embargo, "La función compulsiva que posee la cláusula penal no es absoluta y encuentra su límite en los dictados de la moral y las buenas costumbres (conf. CNCiv.,

esta sala, del 29-6-95, pub. en JA del 1-2-99, n° 6170, p. 73). Se admite su reducción, a pesar de la función resarcitoria que tiene, cuando el monto resulta desproporcionado con la gravedad del incumplimiento, habida cuenta del valor de las prestaciones y las demás circunstancias del caso, y su ejecución podría configurar un abusivo enriquecimiento del deudor (conf. art. 656, 2da. parte del Cód. Civil; Belluscio-Zannoni, "Código Civil...", t. 3, p. 218, n° 3, citado por la CNCiv, sala C, "Monfort, Stella c. Revsin, Horacio E y otros, del 19/04/07, AR/JUR/2014/2007).

Y, en el caso que nos ocupa, entiendo que la cláusula penal resulta excesiva y desproporcionada con el valor de la prestación y las circunstancias de este caso. Principalmente, teniendo en cuenta que la cláusula penal pactada sólo posee una función compulsiva, y no resarcitoria, ya que los daños y perjuicios derivados de la falta de restitución del bien en término fueron reclamados en forma separada y resarcidos en esta sentencia.

De este modo, no existen riesgos de estar disminuyendo la reparación de un posible daño que pudiere estar comprendida en la cláusula penal, sobre todo cuando el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios (art. 656 del Código Civil).

Por ello, y porque la finalidad de la obligación principal es reparar los daños ocasionados y, como contrapartida, evitar un enriquecimiento sin causa, considero prudente reducirla en un 50%, y fijarla en un 1,25% del monto del alquiler, en lugar del 2,5% pactado.

Para fijar su cuantía aplicaré ese porcentaje reducido sobre el valor del alquiler que se reconoce en el apartado a): Entre agosto de 2009 y julio de 2010, ambos meses incluidos: \$6.750 mensuales, lo que totaliza por ese lapso la suma \$81.000; y entre agosto de 2010 y hasta abril de 2011, ambos meses incluidos: \$7.762,50, lo que totaliza por ese lapso la suma \$69.862,50.

e) Lucro cesante, por la suma de \$356.065.

El lucro cesante "...corresponde a la frustración de nuevas utilidades que el damnificado habría presumiblemente obtenido si no se hubiera verificado el hecho ilícito o el

incumplimiento" (Zannoni, Eduardo A., "El Daño en la responsabilidad civil", pág. 89, Ed. Astrea, 2005, y su cita).

Asimismo, se ha señalado que está configurado por las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas y estrictamente comprobadas (Fallos: 306:1409 y 328:2654) y que su admisión requiere una acreditación suficiente del beneficio económico (Fallos: 311:2683). CSJN, Periopontis S.A. c/ E.N. M° Economía SAGPYA Resol. 2/99 s/ daños y perjuicios", del 04/10/11).

En este caso, quedó comprobado que los actores se vieron privados de nuevas utilidades como consecuencia del accionar malicioso del inquilino y del pésimo estado en que restituyó el inmueble.

Así, la testigo Wuovich declaró (fs. 386) que existieron diversos interesados en alquilar el inmueble, y que alguno de ellos con ofertas concretas y serias, pero que, dado el muy mal estado del mismo no se pudo alquilar.

Este impedimento en alquilar el inmueble debe considerarse existente, al menos, hasta el 09/08/12 en que se evacuaran las observaciones a la prueba pericial anticipada llevada a cabo en el expediente nro. 10628-11), porque a partir de allí cesó cualquier obstáculo para su arreglo.

En concordancia con lo declarado por la testigo, cabe recordar, que el inmueble se trata de un local comercial que se encuentra en una muy buena ubicación, que evidencia una alta probabilidad de haber ser alquilado durante ese lapso y, por ende, de haber obtenido una renta.

Para fijar su quantum, tengo en cuenta el tiempo aproximado de privación de esa ganancia -16 meses aproximadamente-, el valor del alquiler durante el curso del año 2011, con un ajuste del 15% para los meses del año del 2012, y las facultades conferidas por el art. 165 del CPCC.

6°) Que la indemnización que se reclama por los bienes muebles no restituídos debe denegarse porque no hay pruebas fehacientes que demuestren que el inmueble fuera

locado con muebles.

Si bien el contrato de locación (fs. 13/14) hace referencia a que el inmueble se alquiló con los muebles y útiles que se detallan en el inventario que como parte del contrato se firma por separado (cláusula primera), lo cierto es que no se adjuntó el inventario correspondiente a ese contrato. Sólo se adjuntó un inventario pero que expresamente se refiere a un contrato anterior (fs. 15/17), por lo que no puede hacerse valer para el nuevo contrato.

En virtud de ello, y de que no hay otro elemento de prueba que permita afirmar que los bienes muebles que se detallan en el inventario obrante a fs. 18 también fueron objeto de la locación que da cuenta el contrato de locación de fs. 13/14, corresponde sin más rechazar este rubro reclamado.

7º) Que en virtud de todo lo expuesto, corresponde condenar solidariamente a Aníbal Arroyo y a Matías Pagano a pagar, en el plazo de diez días corridos, a Adrián Héctor Malagola la suma de \$649.036 y a los herederos de Juanita Bertone de García -atento al fallecimiento denunciado a fs. 485- la suma de \$649.036, en ambos casos con más un interés punitivo pactado equivalente al doble que cobra el banco Nación Argentina para descuento de documentos y hasta el efectivo pago (cláusula tercera), siempre que no exceda el 36% anual, que correrán en el caso del considerando 5º apartados a), d) y e) desde la fecha en que cada período mensual se devengó; en el caso del apartado b) desde que cada gasto se realizó; y en el caso del apartado c) desde la fecha del incumplimiento (31/07/09).

Dicha tasa de interés pactada se reduce por resultar excesiva. Ello, con fundamento en lo dispuesto por los arts. 656 del Código Civil y cctes., y en diversa jurisprudencia que admitió que los jueces pueden reducir los intereses pactados por las partes (“Bari”, S.I. 142/1991; “Bava”, S.I. 200/1992; “Martínez Gabilondo c/ Ceballos”, S.I.202/1993; etc.).

8º) Que Aníbal Arroyo y a Matías Pagano deberán pagar las costas del juicio solidariamente porque no hay razones para omitir el principio general (artículo 68 del CPCC).

9º) Que la regulación de honorarios debe diferirse para cuando exista liquidación de capital e intereses devengados según las pautas fijadas en la presente, en virtud de la doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia en el caso "Paparatto",

En consecuencia, FALLO: I) Condenar a Aníbal Arroyo y a Matías Pagano a pagar solidariamente, en el plazo de diez días corridos, a Adrián Héctor Malagola la suma de \$649.036 y a los herederos de Juanita Bertone de García -atento al fallecimiento denunciado a fs. 485- la suma de \$649.036, en ambos casos con más un interés punitivo pactado equivalente al doble que cobra el banco Nación Argentina para descuento de documentos y hasta el efectivo pago (cláusula tercera), siempre que no exceda el 36% anual, que correrá en el caso del considerando 5º apartados a), d) y e) desde la fecha en que cada período mensual se devengó; en el caso del apartado b) desde que cada gasto se realizó; y en el caso del apartado c) desde la fecha del incumplimiento (31/07/09). II) Condenar a Aníbal Arroyo y a Matías Pagano a pagar solidariamente las costas del juicio. III) Diferir la regulación de honorarios para cuando exista liquidación de capital e intereses devengados según las pautas fijadas en la presente. IV) Protocolizar, registrar y notificar esta sentencia.

Cristian Tau Anzoátegui
juez