En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de septiembre del año dos mil once, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“K., W. O. c/ B. C., B. y otro s/ Sumario” (Expte. Nº 29 Año 2011)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N° 172/2009), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿se ajustan a derecho los honorarios del Ab. M. B.? **TERCERA CUESTION:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.93.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia dictada en primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por el Sr. W. O. K. contra los Sres. B. B. C. y D. A. P.. Allí, declaró resuelto el Boleto de Compraventa celebrado entre las partes, de fecha 05/09/00. Como consecuencia de ello, dispuso que los codemandados deberían restituir al Sr. W. K., en el plazo de diez (10) días de quedar firme la sentencia, el inmueble identificado como Unidad Funcional N° * del Lote ** de la Manzana **, de la ciudad de Puerto Madryn, bajo apercibimiento de lanzamiento, por su lado el Sr. K. deberá restituir a los codemandados la suma de U$S 10.000 . Impuso las costas y reguló los honorarios.

Para así decidir, la señora jueza luego de considerar la rebeldía declarada y firme de los demandados y las actuaciones “B. C., B. y otro c/ K., W. O. s/ Incumplimiento de Contrato” Expte. N° 62/03 en trámite ante ese Juzgado, tuvo por acreditada la existencia de un contrato válido, el cumplimiento de las obligaciones a cargo del vendedor y el incumplimiento de los compradores, declaró resuelto el boleto de compraventa suscripto por las partes. Como efecto de la resolución, consistente en volver las cosas al estado anterior a la celebración del contrato, dispuso que actor y demandados deberán restituirse mutuamente lo entregado, así los Sres. B. C. y P. deberán entregar el inmueble y el actor las sumas percibidas, esto es la de U$S 10.000 (Dólares Diez mil)

En cuanto a los daños y perjuicios reclamados, fueron desestimados ante la falta de la acreditación del daño efectivamente sufrido por quien reclama a título de daño emergente.

La sentencia fue apelada por la parte actora a fs.70. El Ab. M. Á. B. apela sus honorarios por considerarlos excesivamente bajos según las pautas arancelarias y la actividad profesional cumplida. A fs.80/87 se agregó la expresión de agravios. Sin réplica.

2. <u>Los agravios de la actora</u>

Dice el apelante que la sentencia lo agravia desde que se desestima su reclamo de daños y perjuicios sobre la base de afirmaciones dogmáticas, incurriendo en absurdo valorativo, prescindiendo del derecho aplicable, descalificándolo como acto jurisdiccional válido y no ser derivación razonada con el derecho vigente de acuerdo a las circunstancias probadas en la causa. Agrega que se ha afectado la garantía constitucional del debido proceso y de tutela judicial efectiva y el derecho de propiedad causándole un gravamen irreparable de imposible subsanación posterior.

A esos fines y con apoyo en doctrina y jurisprudencia, señala que en los términos de la sentencia no se discute la existencia del daño, "*sino la mediatez o inmediatez con el incumplimiento de las consecuencias dañosas*". Dice que, en el caso, resulta evidente y manifiesto que el incumplimiento en el pago de las cuotas debidas sumado a la utilización del inmueble en cuestión, traería lógicamente aparejado no solo la frustración del negocio jurídico y la utilidad prevista, sino también la vulneración del derecho a la utilización del bien. Indica que ese derecho puede traducirse lógicamente en el valor locativo del inmueble por el período en cuestión y cuya privación constituye el daño reclamado, sin perjuicio de la pérdida de utilidad. Agrega que la utilización del inmueble por parte de los deudores es una consecuencia lógica y directa del negocio contractual, así como lo es la imposibilidad de uso por su mandante y que esa consecuencia dañosa es parte inescindible del negocio, siendo la inmediatez lógica evidente. Así la utilización por los deudores no se hubiera producido sino se hubiera instrumentado el contrato incumplido; el daño no se hubiera sufrido de no haberse generado la obligación incumplida.

Concluye sosteniendo que de sostenerse la decisión recurrida será legitimar un enriquecimiento sin causa solicitando se revoque la sentencia en cuanto desestima la indemnización de daños y perjuicios tanto en cuanto ordena la devolución a los deudores de U$S 10.000 oportunamente pagados pues ello no se corresponde con el principio de revaporización de las prestaciones restituidas.

<u>3. Tratamiento de los agravios.</u>

1.

Llega firme a esta instancia la resolución del contrato celebrado en fecha 5 de septiembre de 2000 entre los Sres. B. B. C. y D. A. P. y W. O. K. .

Como consecuencia de la declaración que extingue el vínculo existente entre las partes, la señora jueza dispuso que las mismas se restituyan mutuamente lo que han recibido (art. 1052 CC). Así deberán los codemandados restituir al Sr. K., en el plazo de diez (10) días de quedar firme la sentencia, el inmueble identificado como Unidad Funcional N° * del Lote ** de la Manzana **, de la ciudad de Puerto Madryn, bajo apercibimiento

de lanzamiento y el Sr. K. deberá restituir en a los codemandados la suma de U$S 10.000 (Dólares diez mil).

2.

A la pretensión resolutoria, la actora sumó "*la retención de las sumas abonadas en concepto de daños y perjuicios, lucro cesante y ocupación indebida reclamando además también en concepto de daños y perjuicios los cánones locativos por el período de ocupación desde diciembre de 2005 y hasta la fecha de la efectiva entrega del inmueble al accionante libre de todo ocupante, de acuerdo a la prueba que deberá producirse*"(fs. 15). El argumento para sostener el reclamo se basa en el uso del inmueble desde diciembre de 2005 a la fecha de promoción de la demanda sin abonar suma alguna, por lo que el actor no solo no percibió suma alguna desde tres años atrás por la venta el inmueble, sino que tampoco ha podido disponer del mismo, lo que le ha generado daños patrimoniales como no haber logrado recuperar las sumas invertidas en la construcción de la unidad funcional.

3.

Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 268 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional.

4.

Ingresaré al tratamiento de los agravios señalando que la sentencia arbitraria es aquella en la que el juez , sin dar razones y basado en su sola opinión personal se aparta de los extremos fácticos y legales del caso, llegando a una conclusión jurídicamente inadmisible y dejando en evidencia la valoración absurda de los hechos por el juzgador que la convierten en un acto de mera voluntad .

El STJCH ha manifestado que la procedencia de la tacha de arbitrariedad requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso o una absoluta carencia de fundamentación. "*Arbitraria es la sentencia que no da razones o cuyas razones trasiegan de modo intolerable las reglas de la lógica, la experiencia o la psicología y que un adjetivo tal implica reconocer (o denunciar para el caso de la que viene en casación) que el acto jurisdiccional de que se trata es el producto del arbitrio o capricho de los jueces antes que una derivación razonada del derecho vigente atenida a las constancias de la causa, constituyendo un verdadero abuso del poder estatal del que, aquellos los jueces, están investidos, circunstancia que no se materializa en la sentencia en crisis"*.(STJ SD 002/07).

No advierto que pueda calificarse la sentencia en crisis de arbitraria en los términos que expuse y sin perjuicio de la solución que he de proponer al Acuerdo.

5.

La sentencia desestima el reclamo de daños y perjuicios ocasionados por la ocupación indebida en tanto sostiene que no se acreditó el daño sufrido señalando por otro lado, que si se lo interpretara como reclamo del lucro cesante, la reparación queda excluida atento que en caso de incumplimiento culposo el resarcimiento sólo alcanza a las consecuencias inmediatas y necesarias conforme el art. 520 del CC.

La posición que adopta la señora jueza no es más que el reflejo de lo que la propia parte señala como “arduo debate acerca de sus verdaderos alcances” a la interpretación el art. 520 del CC. Alcance que, me permito señalar, introduce el apelante recién en sus agravios.

Es claro que, los pretendidos daños que puede exigir la parte cumplidora a consecuencia del distracto, suponen en primer término la demostración de encontrarse la parte contraria incursa en mora y que su incumplimiento sea imputable a título de culpa o dolo por un lado, y en segundo término, la existencia y entidad de los daños efectivamente experimentados en relación causal con el alegado incumplimiento.

Si bien los presupuestos relativos a la mora e incumplimiento de la demandada resultan comprobados, no vienen avalados por prueba directa alguna los supuestos perjuicios que se aducen experimentados que, por otra parte, al tiempo de proponer la demanda, su pretensión fue lo suficientemente amplia como para abarcar la retención de las sumas percibidas, lucro cesante, ocupación indebida y cánones locativos por el período comprendido desde la ocupación en diciembre de 2005 hasta la entrega del inmueble, sin explicitar claramente su relación causal con el incumplimiento (arts.505, inc.3º, 519, 520 , 1197, 1204 del Código Civil), a más de una incorrecta superposición de los mismos sin argumentos de hecho y de derecho que los respalden.

6.

Sabido es que en supuestos como el aquí tratado, la determinación de los daños y perjuicios resultantes de la frustración de la compraventa de un inmueble constituye una cuestión que depende de las circunstancias de cada caso en particular y no se halla sujeta a fórmulas rígidas.

Aceptándose que quien reclama debe en principio aportar la prueba del hecho constitutivo de su derecho según las reglas generales del "onus probandi" (art. 377, C.P.C.C.), en los límites del agravio dos resultan las cuestiones a tratar, la primera y trascendente es si existió daño y de resultar la respuesta afirmativa cual fue su extensión.

El art. 1204 del Cód. Civil establece que la parte que haya cumplido con su obligación podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y

perjuicios, o podrá pedir la resolución, aunque hubiese demandado el cumplimiento del contrato, pero no podrá solicitar el cumplimiento cuando hubiese demandado por resolución.

Dicha opción presupone la existencia de un contrato válidamente celebrado, en curso de ejecución, y la posibilidad del cumplimiento tardío de la obligación (art. 508, Cód. Civil).

En el expediente que se agregó por cuerda y que ha valorado la señora jueza “B. C., B. y otro c/ K., W. O. s/ Incumplimiento de Contrato” Expte. N° 62/03, por vía de reconvención el Sr. K. optó por requerir el cumplimiento del contrato, ello tiene como lógica consecuencia que admitida su demanda y condenados los hoy demandados al pago de las cuotas adeudadas, el contrato de marras permaneció vigente en el tiempo y consecuentemente con ello la posesión del inmueble por parte de aquellos resultó de buena fe.

Frente a los nuevos incumplimientos, K. promueve demanda para exigir la resolución del contrato, reclamando los daños y perjuicios. El contrato que legitimó la inicial ocupación fue declarado resuelto por culpa de los adquirentes, con efecto retroactivo a la fecha de su celebración, por lo que, además de la restitución de la cosa deberá indemnizar los daños producidos al vendedor como consecuencia del incumplimiento de su obligación contractual (arts. 505, inc. 3, 1374 C. C.), que tornó a aquella en ilegítima, sin derecho. La falta de disposición del inmueble no necesita prueba específica alguna, sino que se tiene por producido por el solo hecho de haber estado los demandados en el uso y goce de la propiedad hasta su efectiva reintegro.

Concluyo entonces, que el único daño justificado en esos términos que guarda relación causal con el incumplimiento, estará representado por el valor locativo durante el lapso de indisponibilidad del inmueble, registrado a partir del momento en que quedaron resueltas las obligaciones emergentes del contrato y éste fue la traba de la litis (7 de octubre de 2009) y hasta el momento en que se certifique la efectiva entrega del inmueble, circunstancia no acreditada en autos y sujeta a prueba en la etapa de ejecución de sentencia.

En este supuesto, el valor locativo estimado según las condiciones del mercado inmobiliario local, prueba que en la especie ha sido regularmente aportada a la causa con las tasaciones de fs.36, 38 y 40 se estimará en la suma de $ 2000 mensuales (valores señalados vigentes al 7 de octubre de 2009) con más los intereses que determina la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde que cada período es debido y hasta su efectivo pago.

7.

Debo referirme al agravio intentado respecto de la restitución de la suma de U$S 10.000.

Comenzaré señalando que no estando previsto en el contrato (fs.4/6) la pérdida de las sumas entregadas en compensación por los daños derivados de la ocupación de la cosa, mal puede la actora cuestionar *“que la devolución a los deudores de los U$S 10.000 oportunamente pagados no se corresponde con el principio de revalorización de las prestaciones restituidas”.* La consecuencia natural de la resolución de los contratos es que las cosas retornen al estado en que se hallaban al momento de la celebración, pues *“constituye la esencia del instituto, ya que por efecto de la resolución se produce la extinción del nexo contractual, por lo cada parte debe restituirse de manera recíproca lo que hubiere recibido con motivo de la relación jurídica extinguida*” (Miquel “Resolución de los Contratos por incumplimiento” Ed. Depalma pág.228 y cctes). *“ El efecto fundamental de la resolución del contrato de compraventa será la restitución de la cosa y del precio, lo que se hará ajustándose las partes a lo dispuesto en los arts. 1052 y 1054 del C.C., sin perjuicio de la parte culpable de pagar los daños y perjuicios resultantes de su incumplimiento.”* ("B. J. C. c/ A. A. G. s/ Ordinario - CAMARA APEL CIV. Y COM 8A - 28/02/2000″).

Por ello, la queja formulada no resulta una crítica ni razonada ni concreta, sosteniéndose en una argumentación dogmática, que en definitiva no logra rebatir con suficiencia técnica los fundamentos de la sentencia, por lo que propiciaré al Acuerdo la deserción del recurso en este aspecto. *“Que, como muchas veces se ha dicho, disentir con la interpretación judicial, sin suministrar bases jurídicas a un distinto punto de vista, no es expresar agravios, pues como bien lo destaca Hitters, ella no es una simple fórmula, sino un análisis razonado de la sentencia, punto por punto y una demostración de los motivos que tiene el quejoso para considerar que ella es errónea.”*("B. del S. en B. del S. S.A. c/ C. e H. s/ Sustitución de embargo" - Fallo: 96190238 - Primera Cámara Civil - Circunscripción: 1 - Mendoza - 1996/04/21 Base elDial - MC2357).

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo la revocatoria parcial de la sentencia en tanto desestimó los daños derivados de la resolución del contrato y confirmándola en tanto ordenó la restitución de la suma de U$S 10.000 a los codemandados B. y P..
Conforme la manda del art.282, diré que la modificación de la sentencia no altera el carácter de vencido de los demandados por lo que propondré al acuerdo mantener la imposición de las costas. En cuanto a la regulación de honorarios conforme lo resuelto, deberán reajustarse en el 15 % sobre la base allí indicada.

8.
Las costas en esta instancia y conforme el resultado del recurso, deben ser impuestas a la demandada (art 69 del CPCC). Los honorarios de los letrados M. A. B., conforme la actividad profesional desplegada, su mérito y resultado obtenido propongo se regulen en el 13,5% de los fijados en la instancia anterior y a la Dra. M. B. en el 3,75% de la base determinada en la primera instancia. (art. 5 y 13 Ley XIII N° 4)

Luego de lo dicho, voto a la primera cuestión **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

1.

Mi colega de Sala se ha referido a los antecedentes fácticos que impregnan la presente causa, así como a las quejas de la actora, dando cumplimiento con ello a las exigencias formales establecidas en el art. 166, del CPCC en lo pertinente, de manera que abordaré directamente las cuestiones traídas a decisión de esta Alzada.

2.

La Sra. Jueza de grado desestimó el reclamo por daños y perjuicios, por entender que los mismos no se encontraban acreditados.

Por su parte, el apelante critica que la sentencia de autos ha desestimado tal pedido, en base a afirmaciones dogmáticas, incurriendo en absurdo valorativo y prescindiendo del derecho aplicable.

Articula apreciaciones sobre la extensión del resarcimiento en materia contractual, al daño al interés negativo, concluyendo (ver. pto. 3.3. de la queja) que en autos no se discute la existencia o no de daño, sino la mediatez o inmediatez con el incumplimiento de las consecuencias dañosas. Aclara luego que está en juego determinar si las consecuencias dañosas cuya indemnización se reclama poseen una inmediatez lógica con el incumplimiento, en razón de integrar expresa o tácitamente la trama obligacional del convenio.

No puedo soslayar que estamos hablando de dos cosas distintas, siendo una, necesaria consecuencia de la otra.

3.

La sentencia de grado, pese a lo sostenido por la queja, apunta que no ha de prosperar el reclamo por daños y perjuicios ya que la parte actora debió probar - y no lo hizo- el perjuicio sufrido, resultando insuficiente para ello los informes de inmobiliarias de la zona, que sólo indican el valor de alquileres por inmuebles similares al contrato.

Ello, me haría pensar que el apelante mal interpretó la sentencia.

Pero a poco de analizar el decisorio, no puedo soslayar que la Sra. jueza de grado fue más allá de las afirmaciones previamente mencionadas y se introdujo - a mi juicio injustificadamente - en el problema de la extensión del resarcimiento, en el que el apelante centró su queja.

Y digo ello, pues no entiendo las razones por las cuales, habiendo afirmado la inexistencia de daño, la sentencia ingresó en el análisis de sus consecuencias. A mi modo de ver, las consecuencias de la nada, es la nada misma.

Frente a ese razonamiento y aun en el límite del agravio, soy de opinión que el mismo debe ser tratado.

Ello, por cuanto comparto el criterio que sostiene que, aun cuando el escrito de expresión de agravios diste bastante de reunir las exigencias del art. 265 del Cód. Procesal (art. 268, de nuestro ordenamiento procesal local), ante la falta de críticas razonadas y concretas a los considerandos del *a quo* para demostrar el error incurrido respecto de la apreciación de los elementos probatorios y a la aplicación del derecho, en la duda debe estarse por el principio de la amplitud de la defensa, lo que aconseja entrar a tratar la deficiente queja (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 14/08/1980, in re: “C., J. C. c. S. A. de A.s y c. de M.”, LA LEY 1980-D, 382, AR/JUR/2442/1980).

Sentado ello, es el caso analizar si, pese a las afirmaciones sentenciales, se ha probado el daño, y en tal caso, si sus consecuencias se extienden al supuesto contractual bajo análisis.

El actor expuso en su demanda que optó por plantear la resolución del contrato, reteniendo las sumas abonadas en concepto de daños y perjuicios, lucro cesante y ocupación indebida, reclamando además, en concepto de daños y perjuicios, los cánones locativos por el período de ocupación desde diciembre de 2005 y hasta la fecha de la efectiva entrega del inmueble, libre de ocupantes.

En su queja, poniéndole marco a ese confuso planteo, centró su análisis en la “imposibilidad de uso” del inmueble en tanto y en cuanto, mientras el inmueble estuvo en posesión de los demandados, se vio privado de él.

Debo dejar aclarado que no existen en autos registros probatorios de la restitución del bien y que el mismo se encuentra en posesión de los accionados, según afirmaciones propias formuladas en su demanda (ver fs. 6/7) y en sus respectivas confesiones (ver posición 1ª de fs. 264 y 265). Todo ello, según consta en los autos “B. C., B. y otro c/ K., W. O. s/ Incumplimiento de Contrato”, que tengo a la vista.

Cierto es que, al optar la parte cumplidora por la alternativa resolutoria que le permite el pacto comisorio (arg. art. 1204, 1ª. Parte, Cód. Civil), se extingue sin duda el contrato con efecto retroactivo. Resolución que se ha decretado en autos en orden al pronunciamiento en crisis, y que ha quedado firme en cuanto tal.

De manera que la solución que brinda nuestro ordenamiento jurídico positivo tiende a reponer las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del mismo. Esto es, se pone fin al contrato, y como consecuencia de ello, a las obligaciones que recíprocamente había generado.

Es decir, las obligaciones no ejecutadas se extinguen y las que se hubieran cumplido generan el deber de reintegro, en la medida indicada en la citada norma, última parte del primer párrafo.

De allí que los efectos que genera la resolución por incumplimiento, son: a) liberar a las partes del cumplimiento de las obligaciones contractuales que hasta ese momento no

hayan sido satisfechas, de modo tal que en adelante, pueden disponer libremente de los bienes objeto de las prestaciones que se debían por el contrato; b) las partes están obligadas a devolverse lo recibido en razón del contrato resuelto, en la medida que ello haya sucedido; c) quien dio lugar a la resolución en virtud de su incumplimiento estará obligado a resarcir los daños y perjuicios (cfr. MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C, “La resolución del contrato por incumplimiento y su efecto restitutorio”, comentario al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 09.11.2010, in re: “ I., L. M. y o. c/ Di G., E. y o.”, LL online).

Es doctrina y jurisprudencia pacífica que la consecuencia natural de la resolución de los contratos es que las cosas retornen al estado en que se encontraban al momento de su celebración, por lo que cada parte debe restituir con motivo de la relación jurídica extinguida (cfr. MIQUEL, Juan L., “Resolución de los contratos por incumplimiento”, Ed. Lexis Nexis, Bs. As, 2008, p.- 65/80; BUERES, Alberto, “Objeto del Negocio jurídico”, Ed. Hammurabi, BsAs, 1986, p. 118/22; CORNET, Manuel, “Efectos de la resolución de los contratos por incumplimiento”, Marcos Lerner Editora, p. 35/39).

Sin embargo, cabe aclarar que el efecto restitutorio de las prestaciones opera independientemente del resarcimiento de los daños sufridos por el contratante no incumplidor (cfr. MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C, op. cit). Esto último equivale a decir que la indemnización por daños y perjuicios en la resolución por incumplimiento debe determinarse por aplicación de los principios generales y responder a los perjuicios efectivamente sufridos.

En ese razonamiento, debo señalar que quien opta por la resolución contractual por incumplimiento no puede pretender retener, sin más, las prestaciones que parcialmente hubiera cumplido el contratante incumplidor, pues carece de título válido para ello, salvo, claro está que se hubiera pactado expresamente esa posibilidad.

Sentado ello, es dable señalar que el art. 1374 del Cód. Civil dispone que el pacto comisorio se reputará hecho bajo condición resolutoria.

En función de ello y aplicando los efectos de tal condición, los arts. 555 y 557 establecen que cumplida la condición resolutoria deberá restituirse lo que se hubiera dado en virtud de las obligaciones asumidas, y que, verificada la condición no se deberán los frutos en el tiempo intermedio. A su vez, la nota al art. 557 (que no constituye derecho positivo, pero sí interpreta la norma que le sirve de fuente), refiere que “el efecto retroactivo no tiene lugar sino respecto a la obligación de restituir la cosa con todos sus accesorios esenciales; pero no puede extenderse hasta borrar los hechos cumplidos, y hacer desparecer el derecho que ha tenido el que ha adquirido la cosa en el tiempo intermedio entre la formación de la obligación y el cumplimiento de la condición”.

Esto me lleva a concluir, primigeniamente, que, por *contrario sensu*, mientras el adquirente no tuvo obligación de restituir la cosa, tampoco tuvo obligación de devolver

sus frutos, en el sentido de frutos “civiles”, y en la acepción que brinda el art. 2424, Cód. Civil, esto es, “como rentas que produce una cosa”.

En esa inteligencia, no me cabe duda que el actor tiene derecho a ser indemnizado por la privación de esa renta, que, a diferencia de los frutos naturales e industriales, tienen un régimen diferente de percepción (arg. art. 2425, Cód. Civil).

Así como los frutos civiles del capital son los intereses, los frutos civiles de una cosa que no sea dinero es el valor locativo de la misma.

Jurisprudencialmente se ha señalado, en ese sentido, que el valor locativo de la cosa comprende el reclamo de los frutos civiles dejados de percibir (Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 18/04/1997, in re: “De F., F. A. c. V., R.”, LA LEY 1997-E, 449, en Colección de Análisis Jurisprudencial Derechos Reales - Director: Marina Mariani de Vidal, Editorial LA LEY, 2002 , 495, con nota de Javier Francisco Firpo; DJ 1998-1, 243, AR/JUR/2503/1997).

Ese ha sido también el sentido que ha conferido el codificador al uso contra la voluntad del dueño de la cosa dada en depósito (arg. art. 2209, Cód. Civil), ya que le exige “el alquiler de ella”.

Para disipar cualquier duda que podría plantearse respecto a si esta “privación de uso” del inmueble configura un supuesto de lucro cesante, no cabe sino señalar que este daño sólo es resarcible cuando la ganancia frustrada implica una razonable probabilidad de su obtención. Es decir, no basta la mera posibilidad de la frustración.

Adelanto que la prueba del lucro cesante sólo es factible por la vía presuncional, ya que se refiere a beneficios meramente probables (cfr. TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo J, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Ed. La Ley, Ed. 2011, p. 23/24).

Y en esa línea de ideas sostengo que el actor debe acreditar circunstancias objetivas que permitan inferir que las ganancias se habrían razonablemente logrado, de no ocurrir el hecho perjudicial.

No obstante, no es necesaria una certeza matemática, sino sólo un juicio de verosimilitud, y en tren de efectuarlo, soy de la idea que la prueba de la entrega de la posesión y la falta de constancias de su restitución, me permiten inferir que el actor bien pudo disponer, para sí o para terceros del bien, obteniendo una renta por su uso y goce. Ello así, pues el precio del uso y goce de una cosa se rige por su valor locativo (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 05/03/1981, in re: “F., D. A., suc.”, LA LEY 1981-C, 56, AR/JUR/5635/1981).

En ese mismo sentido se ha expedido la Cámara Nacional en lo Civil en pleno (in re: “C., J. C. c/ P. S.A. y otro”, del 22.02.90), al señalar que, al declararse la resolución del contrato por el ejercicio del pacto comisorio, es viable el resarcimiento del lucro cesante por los daños y perjuicios ocasionados durante el tiempo en que perduró la mora del contratante incumplidor (Cfr. doctrina del Fallo Plenario citado).

Y, para exponer mi punto de vista diverso a la sentencia en análisis, he de señalar que el concepto de daño intrínseco (“necesario”, en los términos del art. 520 CC.), va más

allá del meramente sufrido en el objeto de la prestación debida, pues comprende en general a todo aquello que afecta el contenido de la relación contractual , incluyendo entonces a todo lo que expresa o tácitamente forma parte de la trama obligacional del convenio, es decir, a todo lo que no está fuera de él (cfr. Cám. Nac. Civ., sala E, 21/03/1986, “P., L. E. A. y otro c. P., S. A. y otro”LL 1987-A, 263, AR/JUR/25/1986).

De otro modo, y a la luz del criterio expuesto por la Sra. Jueza de grado, el art. 520 del CC constituiría una barrera infranqueable para reclamar indemnización por lucro cesante frente al incumplimiento contractual, generalización que puede hacer incurrir al sentenciante, en muchas de las veces, en una flagrante injusticia. De allí la necesidad de analizar la cuestión en cada caso concreto.

Aclarado ello, admito que el lucro cesante constituye un rubro indemnizatorio que bien es de aplicación en el presente caso, y no debo eludir lo señalado por BUERES en ocasión de emitir su voto en el fallo plenario apuntado precedentemente.

Señala el autor citado en tal sentido, que sea que se estime que son aplicables los arts. 520 y 521 del CC - en cuyo caso siempre se podría llegar a la órbita aquilina cuando lo permitiera el art. 1107-, bien que se siga que el asunto se rige por los principios de los arts. 901, 903,904 y 905 CC - cuestión difícil de decidir- lo real es que debe llamarse la atención del juzgador, quien ha de extremar el rigor para situar al lucro cesante en cada caso puntual en el plexo de causalidad (cfr. su voto en el Plenario mencionado).

Y así, nuestros Tribunales han coincidido en señalar que, por aplicación de los principios generales en materia de responsabilidad (arts. 508, 511, 519, 520 y concs., Cód. Civil), el alcance de la indemnización debida al comprador en caso de incumplimiento del vendedor, se pida el cumplimiento o la resolución del negocio, abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Y si bien es cierto que los conceptos de “consecuencia inmediata” y “consecuencia necesaria” han dividido a la doctrina, no es menos cierto que, ambas normas deben ser interpretadas en su conjunto, y en armonía con el art. 511 del mismo cuerpo legal. Y en ese contexto, no debe soslayarse que el art. 519 conceptualiza a los daños e intereses como el valor de la pérdida que se haya sufrido (daño emergente) y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución a su debido tiempo (lucro cesante).

Lo expuesto, torna abstracto el análisis de la cuestión planteada por el apelante en cuanto al interés negativo y positivo al que hace referencia.

En todo caso, se trata de una categoría dogmática y a modo de advertencia señalaré que no falta, respecto de ella, quienes sostienen que no es más que una clasificación doctrinaria que nació con IHERING y que tuvo por objetivo sustentar la teoría de la responsabilidad precontractual (cfme. Plenario citado). En él se ha señalado que en este supuesto el damnificado sólo tiene derecho a que se le devuelvan los gastos ocasionados con motivo de las negociaciones, pero no la ganancia dejada de percibir (lucro cesante), porque entre esta última y el hecho ilícito no existe una relación de

causalidad adecuada. La privación de la hipotética ganancia, señala, no tiene por causa la interrupción de los "*pourparlers*" sino la propia conducta del precontratante al sostener negociaciones con una persona que no se había comprometido formalmente todavía a realizar la prestación que deseaba, desechando otras perspectivas que le pudieran reportar más seguridad y beneficio.

Por lo demás, en la mayoría de los casos el mero contacto entre dos personas con el fin de concretar un negocio no compromete a ninguna de ellas a llevar hasta el final las negociaciones ni excluye que durante su transcurso las mismas pueden examinar otras posibilidades de contrato que sobre el mismo objeto de las tratativas puedan presentárseles (cfr. BREBBIA, "Responsabilidad Precontractual", p. 109; Voto de la mayoría en Fallo Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, in re: “C., J. C. c/ P. S.A. y otro”, del 22.02.90).

Hecha la aclaración precedente, y en torno a la cuestión central que me ocupa, me resta señalar que, al vendedor que ha soportado la mora del comprador en la entrega del bien vendido, se le ha generado un derecho a ser resarcido por los frutos que debió percibir desde el momento en que aquél perdió el derecho de poseerlo, dado que la cosa, desde la resolución, debió estar en su poder.

A partir de entonces, la ganancia de la que se vio privada el acreedor actor (arg. art. 519), quedará representada por el valor locativo del bien por todo el tiempo transcurrido, desde el momento en que tuvo derecho a la posesión y hasta el de la efectiva restitución del bien.

Y digo ello, pues, la parte vendedora de autos sólo tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios por la privación de uso desde el momento en que jurídicamente tenía derecho a la posesión, y ello sucedió recién cuando decidió resolver el contrato y obtuvo una resolución judicial favorable. Ello así pues, antes, reconvino por el cumplimiento del pago de las cuotas impagas (conforme surge de los autos venidos como prueba), extremo que si bien encuadrable en lo establecido en la última parte del art. 1204, Cód. Civil (en virtud del ejercicio del *ius variandi*), merecedor de las aclaraciones del caso.

Reconocerle a la parte actora un derecho a la indemnización por privación de uso antes de ese momento (resolución del contrato) nos haría caer en el absurdo de que habría dos personas con derecho a uso exclusivo del bien en el mismo período de tiempo. El demandado-comprador era legítimo poseedor del bien desde la fecha de entrega de la posesión hasta la fecha de la resolución. Y que yo sepa, el ejercicio legítimo de un derecho, no genera responsabilidad.

En tal sentido, señala SALVAT que para arribar a esa solución la ley ha partido de la base que , no obstante la resolución de su derecho, quien se encuentra obligado a la restitución del bien (el comprador, en nuestro caso), ha tenido hasta entonces el derecho de poseer la cosa; el efecto retroactivo de la condición, siendo una ficción, no debía jamás prevalecer sobre ese hecho real y positivo (cfr. SALVAT, Raimundo, Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general”, T° I, p. 599).

No voy a olvidar, finalmente, el principio cardinal de la buena fe que debe regir en los contratos y del ejercicio abusivo de los derechos.

En cuanto al primer aspecto, es dable señalar que la buena fe “es el alma de las relaciones civiles”, entendida como “la convicción de actuar conforme a derecho”; y como bien señalan ENNECERUS y LEHMANN, la aplicación de la regla del cumplimiento de buena fe de las obligaciones procede por el Juez ”cuando su aplicabilidad resulta de los hechos aducidos” (cfr. REZZÓNICO, Luis M, “El pacto comisorio, la buena fe, el abuso del derecho y la regfla moral”, LL-122, 280, Obligaciones y Contratos, Doctrinas Esenciales, T° IV, p. 1109). Y el Juez, en tal sentido, no debe olvidar la importancia de dicha regla en materia contractual.

En cuanto al segundo aspecto, es obligación del Juez velar por evitarlo, ya que el acto abusivo es acto de mala fe por antonomasia, en cuanto implica poner en ejercicio o pretender ejercitar un derecho subjetivo en forma contraria a la buena fe. Cuando la buena fe es violada en un acto jurídico y de ello resulta una lesión a la equidad, se está de seguro en presencia de un acto que comporta un ejercicio abusivo de algún derecho (cfr. REZZÓNICO, Luis M., op. cit).

Y hago esa aclaración, pues soy partidario, particularmente en materia contractual, que el Juez no debe, so pretexto de aferrarse a posiciones dogmáticas, tolerar la vulneración de la “regla moral” (comprensiva de la buena fe, el abuso del derecho y la equidad) en las convenciones.

De lo expuesto antes, se desprende que el demandado deberá resarcir al actor del modo en que lo propone la Sra. Jueza de voto anterior, esto es, desde la fecha de la traba de la litis (07.10.2009), pues la resolución ha operado en ese momento y no antes -tal cual lo expusiera precedentemente- hasta el momento de la efectiva restitución del inmueble, debiendo calcularse a un monto mensual de pesos dos mil ($ 2.000.-) con más los intereses que apunta mi colega de Cámara, en razón de lo pedido en la demanda, y desde que cada período es debido.

Y coincido en señalar que ese debe ser el monto, pues de la prueba de autos (tasaciones de fs. 36,38 y 40) surge que dicho valor -a falta de otra probanza- es el más próximo al de la fecha de la sentencia.

Ese criterio guarda sustento en la necesidad de ponderar el daño al momento más cercano a la sentencia, ya que de lo contrario el damnificado no recibiría la indemnización a que tiene derecho conforme con los principios de nuestro ordenamiento jurídico, de suerte tal de obtener un restablecimiento de su situación patrimonial anterior al acto ilícito (cfr. TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo, op. cit, T° VII, p. 591).

5.

Respecto de la queja en orden a la errónea resolución judicial al ordenar la devolución de u$s 10.000.-, debo confesar que no se entiende el alcance que el apelante confiere

al “principio de revalorización de las prestaciones restituidas”, pues no se explica en tal sentido. De allí que, por mucho esfuerzo que se haga para tratar el agravio, considero que, en este aspecto, no se supera la barrera que impone el art. 268, del CPCC, ya que su queja no constituye crítica, ni razonada, ni concreta, de la pieza decisoria que manda devolver esa cifra al demandado. Esta parcela del recurso, a mi juicio, debe declararse desierta (arg. art. 268, cit.).
Coincido, en consecuencia, que debe revocarse parcialmente la sentencia analizada, del modo en que lo propone la Dra. de VILLAFAÑE.

6.
Coincido también en que la modificación de la sentencia no altera el carácter de derrotada de la parte demandada, por lo que deben mantenerse las costas en el modo dispuesto en el decisorio anterior (arg. art. 69, del CPCC).
Respecto de los honorarios del Sr. letrado de la parte actora en esa Instancia, también soy partidario de fijarlos en el 15 % de la base indicada en el pronunciamiento de grado, con más IVA, si correspondiere.

7.
En cuanto a las costas de esta Instancia, y atento el modo en que se resuelve la cuestión, corresponde que sean aplicadas en su totalidad a la parte demandada (art. 69, CPCC).
Atento el mérito y resultado obtenido, acompañaré a la Sra. Jueza de VILLAFAÑE, debiendo regularse los honorarios del profesional interviniente en el porcentaje que ella establece (arts. 6,7,8,9,13 y cc. de la ley de aranceles).
Por todo lo expuesto, voto **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN la Sra. Jueza María Inés de Villafañe dijo

Apela el abogado M. Á. B., los honorarios regulados en la anterior instancia. El resultado del recurso generó la readecuación de los mismos (art. 282 del CPCC), por lo que la cuestión a mi criterio devino en abstracta.
Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN: El Sr. Juez de Cámara, Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:
La readecuación de los honorarios del letrado M. Á. B. por su actividad profesional en la anterior instancia (art. 282 del CPCC), torna abstracta la cuestión propuesta al Acuerdo.
Así lo voto.

A LA TERCERA CUESTIÓN la Sra. Jueza María Inés de Villafañe dijo:

De compartir mi compañero de Sala mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue: **1) REVOCAR** parcialmente la sentencia de fs.64/67 para admitir en concepto de daños y perjuicios la suma de $ 2000 mensuales desde el 7 de octubre de 2009 y hasta la efectiva entrega del inmueble que deberá acreditarse en la etapa de ejecución de sentencia, con más los intereses que determina la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde que cada período es debido y hasta su efectivo pago. **2) SIN READECUAR** la imposición de costas de primera instancia y **READECUANDO** los honorarios del Ab. M. B. por su actividad profesional cumplida en la primera instancia en el 15% sobre la base allí determinada. **3) IMPONER** las costas en esta instancia a la parte demandada (art 69 CPCC). **4) REGULAR** los honorarios del Ab. M. A. B. en el 13,5 % de los fijados en la instancia anterior y a la Ab. M. B. en el 3,75 de la base determinada en la primera instancia (art.5 y 13 Ley XIII N° 4). **5)** De forma.
Así lo voto

A LA TERCERA CUESTIÓN: El Sr. Juez de Cámara, Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:
En vista del acuerdo alcanzado precedentemente, corresponderá pronunciarse en el modo en que lo hace la Sra. Vocal que me ha precedido en el voto.
Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por encontrarse al tiempo del sorteo vacante una vocalía (Art. 6º Ley V Nº 17).

Puerto Madryn, de septiembre de 2.011.
En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:
S E N T E N C I A:
1) REVOCAR parcialmente la sentencia de fs. 64/67 para admitir en concepto de daños y perjuicios la suma de $ 2000 mensuales desde el 7 de octubre de 2009 y hasta la efectiva entrega del inmueble que deberá acreditarse en la etapa de ejecución de sentencia, con más los intereses que determina la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde que cada período es debido y hasta su efectivo pago.
2) SIN READECUAR la imposición de costas de primera instancia y **READECUANDO** los honorarios del Ab. M. B. por su actividad profesional cumplida en la primera instancia en el 15% sobre la base allí determinada.
3) IMPONER las costas en esta instancia a la parte demandada (art 69 CPCC).
4) REGULAR los honorarios del Ab. M. A. B. en el 13,5 % de los fijados en la instancia anterior y a la Ab. M. B. en el 3,75 de la base determinada en la primera instancia (art.5 y 13 Ley XIII N° 4).
5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /11 SDC. CONSTE