--- En la ciudad de Trelew, a los días de septiembre del año dos mil once, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“A. O., R. A. c/ A. D., M. I. s/ incumplimiento de contrato – beneficio de litigar sin gastos”** (Expte. Nº 236 - año 2011) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 813.-------**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

----Vienen estos actuados a conocimiento de este Tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, Sra. R. A. A. O. (fs. 800), en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 788/797), por el cual se desestima en todas sus partes la demanda que incoara en contra de la Sra. M. I. A. D., por incumplimiento contractual y daños y perjuicios, con costas.----------

----------El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 806/810 y vta.----------Ordenado su traslado a la parte contraria (fs. 811) éste no fue evacuado.----------I.- La parte actora recurrente previo reseñar los hechos no controvertidos y los que fueran controvertidos señala con cita del art. 505 del Código Civil, que la ley tiende en principio a que se cumpla con la prestación tal cual ha sido prevista por las partes como, asimismo, para satisfacer su interés mediante el cumplimiento equivalente. Añade que el inc. 3° del citado artículo prevé que el acreedor puede obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes especificando que son los daños e intereses efectuando citas de preceptos del mismo cuerpo legal que se refieren a ellos. Alude al daño como presupuesto de toda pretensión indemnizatoria el cual consiste –dice- en el valor de la pérdida injustamente sufrida, sea material o moral, y la indemnización es la representación, generalmente en dinero, del interés que habría representado para el acreedor la ejecución cabal de la obligación. Vale decir, continúa, frente a la mora del deudor el acreedor puede optar por la ejecución forzada o la ejecución por un tercero, explicando que no obstante el orden del art. 505 del C.C. no está constreñido a agotar primero la pretensión de la ejecución forzada directa y luego la ejecución por otra, si ellas caben, pudiendo elegir una u otra a su arbitrio pudiendo pedir también la indemnización cuando ha convertido su derecho a la prestación en un derecho a la indemnización ejerciendo el pacto comisorio, la cláusula resolutoria, la seña penitencial, o cláusula penal compensatoria. O sea, expresa, el ordenamiento jurídico provee al acreedor de los derechos para emplear los medios (tres) que juzgue más eficaces para satisfacer su interés. Cita el art. 506 del C.C. , el que transcribe señalando que para que surja la responsabilidad contractual se requiere la previa existencia de un contrato válido concluído entre las partes, que hubiese dado nacimiento a la obligación que

luego va a resultar violada por el deudor y que al causar un daño al acreedor va a generar el deber de aquel de repararlo. Especifica los elementos del incumplimiento a lo que remito indicando que más allá de que el incumplimiento puede ser absoluto o relativo, hay que distinguir si este resulta o no atribuible al deudor. Si el incumplimiento absoluto le fuese imputable al deudor, a título de dolo o culpa, u objetivamente por la sola circunstancia del no cumplimiento de un débito de resultado; la obligación incumplida –manifiesta- deberá ser reemplazada por otra nueva que tendrá como objeto una suma de dinero destinada a indemnizar al acreedor. Continúa diciendo que en el incumplimiento imputable absoluto el factor de atribución de la responsabilidad es en principio subjetivo o imputativo, consistiendo precisamente en la circunstancia de que al causante del daño se le puede imputar o atribuir el mismo, en razón de haber obrado en la emergencia con culpa o dolo. Manifiesta que para que alguien pueda ser tenido como “culpable” de un daño es necesario que la autoría material del hecho provenga de un individuo que en razón de gozar de discernimiento, intención y libertad al tiempo de su obrar hubiese estado en condiciones de prever y evitar sus resultados. O sea, expresa, se requiere voluntariedad del acto pues no se puede calificar a una conducta como éticamente disvaliosa si el agente obró involuntariamente; únicamente es culpable quien puede ser moralmente reprochable. Por lo tanto, concluye, solo se considera que hay imputabilidad cuando el acto emana de un obrar inteligente y libre. Sin perjuicio de ello, agrega, existen obligaciones contractuales de resultado, en las que la acreditación de la circunstancia objetiva de la no obtención del resultado perseguido desplaza a la culpa, no porque ésta no existe, sino porque en este tipo de obligaciones carece de interés y queda fuera de la cuestión, en razón de que la prestación tenía por meta un objetivo concreto, determinado. Dicho lo cual expone que la prueba concreta y producida en autos acredita que la demandada-reconviniente desapoderó a su parte del inmueble cedido en comodato violentando y cambiando las cerraduras del mismo. Cita la carta documento OCA XXX******* (4) que transcribe en su último párrafo en el que se le anoticiaba que la entrega de los bienes muebles y efectos personales suyos que se encontraban en el inmueble le serían entregados el lunes 15 de enero en el horario de 9 a 13 en el domicilio denunciado en el contrato. Vale decir, expresa, que se le entregaría sus efectos personales en su domicilio real sito en calle L. A. *** del Barrio L. A. de la ciudad de Trelew. Asegura que no cabe otra lectura de dicho párrafo, interpretando que la demandada tenía en su poder los muebles y efectos personales que se encontraban en el inmueble objeto del comodato porque obviamente la había desapoderado del mismo a su parte. Dicha circunstancia, agrega, resulta acreditada con el acta de constatación notarial realizada el 26/01/2007 de la que surge que la Dra. C. C. en representación de la Sra. D. A. procedió a la apertura de la puerta del inmueble. De ello infiere que la Dra. C. era quien tenía las llaves del inmueble, circunstancia por la que no

se puede abrigar duda alguna –dice- que había cambiado las cerraduras y desapoderado del inmueble a la actora, cuanto menos, el día 09/01/2007. También se probó, continúa diciendo, que su parte desde mucho tiempo antes de la celebración del contrato de comodato encaró el reciclado total del inmueble en donde se encuentra ubicado el local 1, contando para ello con el conocimiento, consentimiento y complacencia de la demandada y, además, que al momento del desapoderamiento la actora no había concluido las refacciones del local otorgado en comodato para destinarlo a peluquería. Ello surge, dice, de las fotografías tomadas al momento de la constatación notarial donde se observa que se estaban realizando trabajos de albañilería. Sentado ello, se agravia que el Juez a quo hubiere considerado que el 08 de septiembre de 2006 se celebra el contrato de comodato y que el 26 de enero de 2007, según acta de constatación extraprotocolar de fs. 15/18, la relación contractual queda definitivamente resuelta, por cuanto para esa fecha (26/01/2007) la relación contractual ya había sido resuelta de hecho en forma unilateral, arbitraria e ilegítima por la demandada, cuanto menos el día 09 de enero, oportunidad en que la actora constató que se habían cambiado las cerraduras de la puerta de acceso del inmueble para impedir su ingreso. Sostiene que la constatación extraprotocolar realizada el 26/01/2007 no implicó en modo alguno que en esa fecha operara la resolución del contrato de comodato, toda vez que, insiste, el contrato ya había sido resuelto en forma unilateral, manu militari, por la demandada al violentar y cambiar la cerradura del inmueble desapoderando del misma a su parte. También cuestiona que a renglón seguido el juzgador considere que en el período de 4 meses y 18 días la comodataria avanzó sobre espacios no cedidos, teniendo por probado que a la fecha de celebración del contrato resultó claramente expuesta y acordada la superficie cedida y el destino que se otorgaría, porque, en su caso, si la demandada consideraba que la actora había avanzado sobre espacios del inmueble que no formaban parte de la contratación ello no la autorizaba a desapoderarla del inmueble prestado violentando y cambiando las cerraduras para impedirle el acceso. A todo evento, debió efectuar las intimaciones correspondientes para que cesara en su actitud y, eventualmente, promover las pertinentes acciones legales para resolver el contrato de comodato, de tener –supuestamente- una justa causa para ello. Resulta desacertado, asegura, que el Sr. Juez a quo se esfuerce en determinar si la actora avanzó o no sobre los espacios del inmueble que no le habían sido cedidos en comodato, por cuanto, insiste, dicha circunstancia no es dirimente o esencial en la solución del caso, ya que la demandada no podía unilateralmente o de hecho, despojar y/o desapoderar a su parte del inmueble objeto del comodato. Al contrario, para el hipotético caso de que la comodante considerara que el comodatario estaba incumpliendo con lo pactado debió iniciar la pertinente acción legal por resolución contractual para recuperar el inmueble y, en su caso, reclamar daños y perjuicios. Postula que convalidar tal comportamiento de la demandada importa convalidar la justicia por mano propia, situación inaceptable en un

estado de derecho. Señala que el Sr. Juez a quo consideró que su parte parecía más preocupada en demostrar quien realizó las obras de refacción del inmueble desde el año 2004 (circunstancia no planteada como objeto de la litis) que en probar cuales de tales obras fueron realizadas durante la vigencia del contrato, pues sobre las anteriores no sólo no hay controversia, sino que la suscripción del contrato sin reservas se presume la desvinculación de ese problema. Tal apreciación, expresa, la agravia por cuanto con tal actividad probatoria acreditó las particularidades de la relación teniendo para ello en cuanta los términos en que quedó trabada la litis con la contestación de la demanda, reconvención y contestación de la misma. Así pues, continúa diciendo, la demandada no podía argumentar –mendazmente- que su parte había realizado obras no permitidas y perjudicado al inmueble ya que desde el año 2004 su parte estuvo reciclando íntegramente el inmueble de la demandada, adquiriendo los materiales, contratando los obreros y dirigiendo personalmente las obras que, lejos de perjudicarla, incrementaron sustancialmente el valor de la totalidad de la propiedad. Lo propio sucedió con el local entregado en comodato que, al momento de celebrarse el mismo, manifiesta, no se encontraba terminado porque era la etapa final de reciclado del inmueble. Indica que si bien el sentenciante no está obligado a valorar todas y cada una de las pruebas ofrecidas por las partes, no puede por ello descontextualizarla, máxime cuando la demandada esgrime una supuesta usurpación de sectores del inmueble que, según ella, no habían sido objeto del contrato de comodato siendo que su parte hacía más de dos años que estaba reciclando la propiedad a su exclusivo costo y la obra no estaba concluída. Transcribe una porción del responde indicando que por ello su actividad probatoria se encontró dirigida a acreditar que desde mucho tiempo antes de suscribirse el contrato de comodato, con la autorización de la demandada había realizado gastos en el reciclado integral del inmueble del cual, a la postre, se determinó el sector denominado Local *, objeto de comodato. Añade que con la prueba producida se determinó indubitablemente que la demandada nunca realizó refacción alguna en el inmueble viéndose beneficiada con las llevadas a cabo por su parte. Manifiesta que con la prueba descalificada por el juzgador se acreditó no solo que su parte encaró personalmente, a su costo, el reciclado de la totalidad del inmueble, sino que además, contaba con la autorización de la demandada para hacerlo como también que las refacciones no le eran ajenas porque concurría regularmente al inmueble resultando una falsedad que las modificaciones no fueran autorizadas, que distaban bastante de ser mejoras y que le ocasionaron complicaciones y mayores gastos, todo lo cual tampoco probó. Por otro lado, continúa, también se acreditó que su parte no destinaba a vivienda la parte superior del local sino que lo había acondicionado para que sus nietas pudieran permanecer en el mismo mientras se ocupaba de dirigir la obra. También se agravia que el Sr. Juez a quo considerara que lo dirimente es si la

comodataria había avanzado sobre superficies no autorizadas para dar motivo a que la comodante concluyera la relación contractual, por cuanto –insiste- lo dirimente es que sea que avanzara o no sobre partes no autorizadas ello no la autorizaba a la demandada a desapoderarla manu militari del inmueble que se le otorgara en préstamo. Sostiene que con tal razonamiento él a quo convalidaría que el locador desapodere o desalojo de hecho al locatario que no le pague los alquileres y/o destine el bien a un fin diferente al pactado contractualmente lo cual, entiende, es un absurdo. Expresa que en el hipotético caso que su parte hubiera avanzado sobre superficies no autorizadas y/o dado al local otro destino del previsto contractualmente no habilitaba ni autorizaba a la comodante a que adoptara un comportamiento contrario a derecho para desapoderarla y/o despojarla del inmueble. En todo caso debió denunciar tales incumplimientos y, en su caso, promover la correspondiente demanda por incumplimiento contractual y daños y perjuicios. Es por ello que se agravia de que el juzgador hubiera considerado que efectivamente su parte estaba destinando el inmueble a un fin diferente al convenido y avanzado sobre áreas no permitidas concluyendo que la demandada poseía fundamento para resolver el contrato y que tal circunstancia diera por tierra con la pretensión de los rubros indemnizatorios. Insiste en que por más que hubiera destinado el inmueble a un fin diferente al convenido o hubiera avanzado sobre áreas no permitidas y que por ello la demandada tuviera fundamento para resolver el contrato, no podía hacerlo por sí misma, de hecho, por la fuerza, desapoderándola del inmueble tal como lo reconoce el propio sentenciante a renglón seguido. Admite que si bien tenía en sus manos las herramientas que otorga la ley para recuperar la posesión que detentaba y no las ejerció, ello no implica que consintiera el desapoderamiento y, menos aún, que al no interponer un interdicto para recuperar la posesión se viera perjudicada la acción de incumplimiento contractual y daños y perjuicios, en razón de su diferente naturaleza jurídica. Reconoce como correcto el razonamiento del a quo en el sentido de que si su parte hubiera destinado el inmueble a un destino distinto al convenido y avanzado sobre áreas no permitidas habilitaba a la demandada a resolver el contrato, no lo es –dice- cuando justifica que lo hiciera por vías de hecho cambiando las cerraduras para impedir el acceso. Es absurdo –expone- que por un lado el juzgador entienda que la demandada no podía por sí mismo negar a su parte el ingreso al bien dado en comodato y, a renglón seguido decir que ante esta situación tenía la posibilidad de interponer un interdicto de retener para recuperar la posesión, siendo que el desapoderamiento implicó la resolución unilateral del contrato por parte de la demandada y, obviamente, un incumplimiento contractual de suma gravedad. En otras palabras, manifiesta, el desapoderamiento no fue ni más ni menos que el incumplimiento del contrato por parte de la demandada y, consecuentemente, habilitaba a su parte a promover la correspondiente acción derivada de dicho incumplimiento con más los daños y perjuicios careciendo de virtualidad que no se promoviera el aludido interdicto que, obvio es decirlo –expresa- no implicó el consentimiento del

desapoderamiento. Finalmente se queja que el a quo considere tener probado el incumplimiento por parte del comodatario y que ello sella la suerte adversa de la totalidad de la pretensión de la parte actora, señalando que no se explica cómo pudo su parte desembolsar y reclamar semejantes sumas de dinero siendo que acciona con beneficio de litigar sin gastos. Indica que tal razonamiento es contrario a derecho y a las circunstancias fácticas acreditadas en autos, ya que atribuye mayor entidad al supuesto incumplimiento de su parte que al que incurriera la demandada al desapoderar el inmueble cambiando la cerradura e impidiendo el acceso. Afirma que también es desacertado lo considerado respecto a que no se explica cómo pudo desembolsar y reclamar semejantes suma de dinero ya que acciona con beneficio de litigar sin gastos, por cuanto oportunamente se manifestó que las refacciones se encararon con la indemnización que percibió su cónyuge del gobierno chileno, adjuntándose las correspondientes constancias documentales. Por eso, señala, el hecho de que litigue con beneficio de pobreza no tiene nada que ver con el tema decidendum ya que si bien tuvo a partir del año 2004 la solvencia para encarar las refacciones, carecía de ella al momento de iniciar la presente acción por haber agotado sus recursos en el reciclado del inmueble de la demandada. Alude al principio de la buena fe y efectúa citas doctrinales y jurisprudenciales, a todo lo cual me remito por razones de brevedad. Solicita finalmente la revocación del fallo apelado.----------

----II.- En los límites fijados por las razones expuestas como motivos de agravio, ingresaré al tratamiento de la impugnación examinándolas en conjunto dada la íntima conexión existente entre todas ellas.----------

----Básicamente la parte actora recurrente sostiene su cuestionamiento al rechazo de la demanda que por incumplimiento contractual y daños y perjuicios interpusiera en contra de la comodante Sra. M. I. A. D., en la manera en que ésta la habría desapoderado –mediante el cambio de cerraduras-impidiéndole el acceso al inmueble objeto del comodato, de cuyo derecho de uso era beneficiaria por el plazo y con el destino fijado contractualmente.----------Advierto

desde el mismo inicio del presente análisis que tal situación no fue omitida en la consideración del Sr. Juez a quo, toda vez que a su respecto expuso textualmente lo siguiente, a saber: *“…Es cierto que la demandada no habría podido por sí misma negar a la contraria el ingreso al bien dado en comodato, pero frente a esto la actora tenía en sus manos las herramientas que otorga la ley para recuperar la posesión que detentaba (léase interdicto de retener), y, optando por no ejercerlo, ha consentido el desapoderamiento efectuado. Ello aparece claramente acreditado en tanto en dos de las Cartas Documento por ella remitidas (la del 09 y la del 10 de enero de 2007, fs. 7 y 9 respectivamente) manifiesta expresamente que se encontraba en posesión de la cosa y que, en caso de no reintegrársele el bien inmueble, iniciaría de inmediato las acciones*

legales por el recupero…" (Sic)(Vide: considerando de fs. 796 "in fine" y vta.).----------
----Pues bien, allende de que no fuere del agrado de la recurrente tal señalamiento procedimental que fuera correctamente realizado por el sentenciante de la anterior instancia; o bien, que no le satisfaga tal consideración que, destaco, es realizada por el juzgador *ex post facto*; lo concreto y dirimente para el caso bajo análisis es que, dadas las circunstancias fácticas sobre las cuales debía expedirse el juzgador de grado –ya acontecido el dicente desapoderamiento- y expidiéndose en el marco de un proceso iniciado por quien fuere comodataria, tendente a obtener la declaración de incumplimiento contractual de la comodante demandada más el reconocimiento de los daños y perjuicios que denuncia haber padecido, éste no pudo más que indicar, en relación al modo en que procediera la comodante para obtener la restitución del inmueble objeto del comodato, que si aquello que se pretendía era ejercer el derecho de uso que se le otorgara por el contrato de comodato ingresando al inmueble "desapoderado" por razón del cambio de la cerradura, la acción que debió ser ejercida por ella era pretendiendo ser restituida en la tenencia para posibilitarle efectivizar dicho uso, mediante el indicado interdicto de retener (Conf. Arts. 616/619 del C.P.C.C. –según Ley XIII N° 5 Anexo A-).----------
----No hay lugar para dudas que el modo de actuar de la entonces comodante, Sra. A. D., es reprochable fáctica y jurídicamente desde que implicó un hacer contrario, primero, a su débito obligacional y, segundo, al modo en que legalmente debería haberse conducido según las circunstancias de hecho que invocara en su primera y segunda comunicación –cambio del destino de la cosa convenido contractualmente y ocupación de espacios no cedidos para su uso respectivamente- (Vide. C.D. del 09/01/2007 y 16/01/2007 –fs.5 y 10-) (Conf. Arts. 2268 "in fine" y 2283 del Código Civil).----------Empero ello no implica que se habilite a soslayar, ni menos aún, justificar los incumplimientos en la ejecución del contrato de comodato en relación a los términos en que éste fuera concertado, tal como se le endilgara a la comodataria actora en autos, primero extrajudicialmente, y luego, al responder a la demanda que diera origen al presente proceso.----------En tal punto, entonces, puedo adelantar opinión en el sentido que, de tal manera, ambas partes contratantes por comodato del inmueble sito en calle R. N° *** de la ciudad de Trelew –las que en este proceso revisten la calidad de actora reconvenida y demandada reconviniente-, incurrieron en un modo actuar reñido a lo pactado de común acuerdo entre ellas o, dicho de otra manera, en disconformidad con la conducta debida, por lo que puede predicarse sin temor a equivocarse que ambas incurrieron en incumplimiento desde una perspectiva objetiva, elemental y primaria.----------
----Y ello es así toda vez que concurre en la especie los tres aspectos a considerar, a saber: 1) accionar objetivamente antijurídico, en cuanto conducta contraria a derecho; 2) violatorio de una obligación preexistente, dato éste que permite distinguir el

incumplimiento de los actos ilícitos *estricto sensu*; y, 3) que modifica o transforma el curso normal de la obligación. En tal inteligencia es que se ha entendido por incumplimiento la situación anormal de la relación de obligación, originada en la conducta antijurídica de cualquiera –o en el supuesto, de ambos- de los sujetos vinculados que impide u obstaculiza su realización. Y tal incumplimiento es siempre, entonces, conducta contraria al derecho, con fuerza suficiente para modificar el desenlace normal de la obligación que nació para cumplirse, pero que puede tener un fin muy distinto. Concebido de esta manera, se basa en una transgresión al orden jurídico, de allí el calificativo de antijurídico.----------

----Y este marco de entendimiento es el que asumió para resolver el caso bajo análisis el juzgador de la anterior instancia; magüer que, en verdad, no lo explicitara suficientemente.----------

----Ahora bien, en el contexto determinado por la manera en que se trabara la presente litis, donde recuerdo que la actora -ahora recurrente- pretende que se declare el incumplimiento contractual de su comodante y se la indemnice por los daños y perjuicios que denuncia haber sufrido con motivo de dicho incumplimiento (Vide: puntos II y III del escrito de demanda –fs. 53/55-), el Sr. Juez a quo indicó preliminarmente, previo rememorar los términos del comodato o préstamo de uso del inmueble sito en calle R. ***, el que fue pactado por escrito (Vide: fs. 3 y 85), que el rubro de la cuenta de liquidación de los daños pretendidos en demanda en concepto de “gastos efectuados por la comodataria para servirse de la cosa” por la suma de $ 20.000 debía desestimarse a tenor de lo dispuesto por el art. 2282 del Código Civil. Esta porción no mereció crítica alguna de parte de la actora impugnante por lo que ha devenido en firme por consentida.----------

----Y, en relación a los rubros indemnizatorios correspondientes al impedimento de disponer del bien inmueble objeto del comodato ($ 68.000); y, a la pérdida de chance derivada de no haber podido explotar el rubro peluquería para el que habría de ser destinado dicho inmueble ($ 68.000), el Sr. Juez a quo con toda corrección y adecuación a las circunstancias fácticas de la causa ingresó a evaluar si dichos daños fueron consecuencias del incumplimiento atribuido a la comodante –recuérdese: desapoderamiento de hecho mediante el cambio de cerradura del inmueble- o si éstos responden al propio incumplimiento de los términos contractuales en los que fuera pactado el préstamo de uso. Y advierto de la detenida y repetida lectura del escrito de sostenimiento del recurso en examen que no fue contradicho, de ningún modo, que efectivamente se incurriera en los incumplimientos que le son imputados al comodatario recurrente. Esto es, se tuvo por acreditado que se destinó el bien a un fin distinto que el convenido y que se avanzó sobre áreas que no fueron incluidas en el préstamo. Lo dicho importa la admisión del actuar contrario a lo convenido y por tanto, a todo evento,

los perjuicios denunciados como sufridos no le son imputables jurídicamente a la comodante sino a su propio actuar.----------

----Esto último, aclaro, más allá que, de todas maneras, tuviera la comodataria el derecho a recuperar el uso del inmueble mediante la herramienta procesal que, inclusive, se la identifica, tal como bien se lo apuntara el Sr. Juez del anterior grado, invirtiendo de esa manera la carga procesal de accionar por el incumplimiento en el que incurriera la comodataria -tal como fuera acreditado en estos actuados-, recayendo en cabeza de la comodante invocar dicho incumplimiento y probarlo. Pero, elegida otra vía procesal se asumió otro marco de discusión, distinto ya al derecho a recuperar la tenencia del inmueble para hacer efectivo su derecho de usarlo, trasladándose a verificar los términos de lo convenido en el contrato de comodato y si éstos fueron cumplidos por las partes a los fines de, eventualmente, imputar las consecuencias dañosas que se denuncian que son una derivación adecuada de tales incumplimientos.-

----En tal direccionamiento, en lo que respecta a los que la actora apelante propugna que deben atribuirse al actuar antijurídico que le endilga a la comodante – desapoderamiento del inmueble mediante el cambio de cerradura- puede afirmarse derechamente y sin eufemismo alguno que, en todo caso, tal imposibilidad fáctica de destinarlo al uso convenido y la consiguiente pérdida de chances que se vincula a tal imposibilidad, no responde causalmente a dicho actuar antijurídico atribuido a la comodante sino a la propia omisión de la comodataria de ejercer su derecho de accionar mediante el instrumento procesal adecuado tendente a recuperar el inmueble objeto del comodato.----------

----Elegida otra vía procesal como la de marras, con toda corrección el juzgador de la anterior instancia indagó y concluyó respecto a si existía razón que justificare la rescisión contractual, acometida de hecho por la comodante, teniendo por acreditado el incumplimiento de la comodataria en cuanto al destino de uso pactado y el avance sobre espacios no prestados para su uso. Es más, bien advirtió el Sr. Juez a quo que la comodataria, actora en autos, reconoció explícitamente al responder a la reconvención deducida en su contra que había ocupado dos habitaciones de la planta alta del inmueble *“…no obstante a que en el contrato de comodato no se incluyeron la dos habitaciones de la planta alta…”* , manifestando haberlas destinado *“…para que las nietas que cuidaba pudieran tener un lugar apropiado mientras ella dirigía y trabajaba en la obra”* (Vide: considerando de fs. 796 vta.; y, escrito de fs. 378 vta. “in fine”).----------

----Establecido lo anterior es que no tiene mayor trascendencia jurídica la discusión traída en relación a la fecha exacta en la que se extinguió el comodato (si lo fue al momento de ocurrir el desapoderamiento o a la fecha de ser labrada el acta de constatación notarial); o, si resulta partícipe del contenido del interés argüido en esta litis la discusión relativa a las reparaciones que sostiene la recurrente haber comenzado a ejecutar de su peculio desde el año 2004 y si éstas generaron un beneficio a la comodante; o bien, que la comodante nunca realizó refacción alguna al inmueble que

entregara en préstamo de uso a la impugnante; ni tampoco tiene caso ingresar siquiera al tópico relativo a si las refacciones habían sido autorizadas o conocidas por la comodante o si éstas le produjeron perjuicios o mayores gastos a ésta, toda vez que, en relación a esto último, cabe advertir la recurrente carece de todo interés desde que su reclamo que fuera direccionado en su contra –mediante reconvención- fue también desestimado. Finalmente tampoco resulta necesario expedirme en relación a una manifestación que, estimo, fue realizada sólo a mayor abundamiento por el juzgador de grado en tanto que no forma parte del núcleo motivacional y dirimente en virtud del cual concluyera en el modo en que lo hiciera, relativo al beneficio de litigar sin gastos que se reconociera a la actora el que entendió incompatible con las sumas que dijo desembolsar para emprender las reparaciones del inmueble (Vide: 2do. apartado “in fine” del considerando de fs. 796 vta.). Y digo que resulta innecesario por cuanto el mismo juzgador excluyó de su análisis, por considerarlo inoficioso, la determinación de las refacciones denunciadas por la actora de fecha anterior a la concertación del contrato de comodato merced a que no fueron objeto de pretensión alguna de parte de la actora en autos (Vide: considerando de fs. 794 “in fine” y vta.).----------

----En suma, de lo expuesto, concluiré proponiendo al acuerdo que se desestime el recurso de apelación deducido por la parte actora; y, en consecuencia, propiciaré la confirmación del fallo impugnado en todo lo que fuera materia de agravios. Así lo voto.--

----III.- Conclusión: ----------

----Por las razones desarrolladas precedentemente corresponderá confirmar el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a cargo de la parte actora vencida en ella (Conf. Arts. 69 y 282 del C.P.C.C.).----------

----Los honorarios del Dr. C. F. M., letrado apoderado de la actora, por su actuación cumplida por ante esta alzada, apreciándolos por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado fijarlos en la suma equivalente al 2,8% del monto del proceso que se determine en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. pertinente (Conf. Arts. 5 y 13 de la Ley XIII N° 4°; leyes 23.349 y 23.871).----------

Finalizo el tratamiento dado a la presente cuestión pronunciándome en ella por la AFIRMATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto manifestó: ----------

----Dada la prolija reseña que efectuara el colega preopinante respecto a la sentencia de fs. 788/797 y a los agravios de la actora de fs. 806/810 vta., me remitiré a los mismos en homenaje a la brevedad. ----------

----I.- Trataré los agravios en conjunto, dado que como bien lo expresa el Dr. Lucero, existe una íntima conexión entre los mismos.----------

----1) La apelante básicamente se agravia de que el juzgador rechazara la demanda por incumplimiento contractual y daños y perjuicios, cuando entiende que está acreditado el

incumplimiento de la demandada debido a que se probó que la misma desapoderó a su parte del inmueble cedido en comodato de manera violenta, cambiando las cerraduras del mismo, agregando que, de esa manera, la contraria resolvió el contrato en forma unilateral, “manu militari” (ver fs. 807 vta., primer y anteúltimo párrafos). Continúa su queja, argumentando que el sentenciante de grado hizo mérito de que la comodataria avanzó sobre espacios no cedidos, cuestionando que ello no autorizaba a la comodante a desapoderarla del bien cambiando la cerradura, ya que en todo caso debió efectuar las intimaciones pertinentes y promover la acción judicial de resolución contractual, y agrega que aceptar el comportamiento de la demandada importa convalidar la justicia por mano propia (ver fs. 807 vta. “in fine”/808, tres primeros párrafos).----------

----Sobre los aspectos de la expresión de agravios reseñados cabe expresar que, al respecto, el juzgador “a quo” razonó que *“Si asumimos que las partes no discuten la veracidad del acta a que se hiciera referencia, y que la misma fue realizada en oportunidad de volver a abrir el inmueble en cuestión luego de la controversia que originara el intercambio epistolar, debo concluir que efectivamente la actora estaba destinando el inmueble a un fin diferente del convenido, y había avanzado sobre áreas no permitidas. Desde tal perspectiva, la demandada poseía fundamento para resolver el contrato. Esta circunstancia da por tierra con la pretensión de los rubros indemnizatorios de la actora identificados renglones más arriba con los apartados b) y c), por $ 68.000 cada uno. Es cierto que la demandada no habría podido por sí misma negar a la contraria el ingreso al bien dado en comodato, pero frente a esto la actora tenía en sus manos las herramientas que otorga la ley para recuperar la posesión que detentaba (léase interdicto de retener), y, optando por no ejercerlo, ha consentido el desapoderamiento efectuado. Ello aparece claramente acreditado en tanto en dos de las Carta Documento por ella remitidas (la del 09 y la del 10 de enero de 2007, fs. 7 y 9 respectivamente) manifiesta expresamente que se encontraba en posesión de la cosa y que, en caso de no reintegrársele el bien inmueble, iniciaría de inmediato las acciones legales por el recupero”* (ver sentencia a fs. 796 “último párrafo”/vta., 1er. párrafo).---------

----De lo anterior se desprende que el juzgador no avala la manera ilegal en la cual la demandada comodante “resolvió” el contrato, sino que hizo mérito de que esa modalidad irregular e ilegal otorgaba derecho a la actora comodataria a solicitar la devolución del inmueble a través de las vías procesales específicas de los interdictos de retener (arts. 616/619 del CPCC), o de recobrar (arts. 620/624 del CPCC), tal como lo indicó en las cartas documentos de fs. 07 y 09. El razonamiento del juez de grado prosiguió considerando que, al no haber accionado la actora para obtener el recupero del inmueble, consintió el desapoderamiento consumado. Y puesto a analizar el reclamo por no haber podido disponer del local y por pérdida de chance al no poder explotar el comercio en el inmueble (ver sentencia a fs. 794, 2do. párrafo), entendió que la actora no tenía derecho respecto de tales rubros por haber dado motivo a la resolución de la demandada por haber incurrido previamente en incumplimiento

contractual por darle al bien un destino distinto al convenido y por avanzar sobre espacios no permitidos.----------

----Como se expusiera, el razonamiento del juzgador no “legitima” la forma unilateral y extrajudicial en la cual la demandada resolvió el contrato, sino que señala que dicha forma irregular de resolución, y por ende dicho incumplimiento contractual, daba derecho a la actora a reclamar la devolución del inmueble. Al no solicitarlo y reclamar directamente los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento, hizo mérito del previo incumplimiento de la comodataria para concluir en el rechazo de los rubros mencionados. Es sabido que, en virtud de lo dispuesto por el art. 2283 del C. Civil, la obligación fundamental del comodante es la de permitir el uso de la cosa tanto al comodatario como a sus posibles herederos. En opinión de Salvat, esta obligación pasiva de respetar el uso acordado al comodatario sobre la cosa prestada no resulta una obligación particular del comodante, sino que resulta ser la obligación que tiene cualquier contratante de respetar los derechos conferidos por el contrato al otro contratante, absteniéndose de perturbar en forma alguna su ejercicio (conf. Bueres-Highton: “Código Civil y normas complementarias”, Ed. Hammurabi, 2003, Tº 4 E, pág. 504). Pero también lo es que, como consecuencia lógica de lo establecido por el art. 1197 del C. Civil, que el comodatario no puede hacer otro uso de la cosa, que el que se hubiese expresado en el contrato y en caso de contravención el comodante puede exigir la restitución inmediata de la cosa prestada, y la reparación de los perjuicios (conf. art. 2268 del C. Civil).----------

----De lo dicho se desprende que la demandada, ante el incumplimiento de la actora debía requerir judicialmente la restitución del inmueble, lo que no hizo, sino que se cambió la cerradura, procediendo a “restituirse” el bien de manera unilateral. Debió recurrir a solicitar el desalojo. Sin embargo, ante los hechos consumados la actora no pidió el reintegro del inmueble sino que reclama los daños y perjuicios por incumplimiento contractual, de acuerdo a la norma del art. 1204 “in fine” del C. Civil. Nótese que el último párrafo de la norma establece que *“La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución”.* A la luz de la norma citada, es dable entender que la actora, ante la “resolución unilateral” de la demandada, tenía derecho a solicitar el cumplimiento del contrato, peticionando la devolución del inmueble. Sin embargo en ese supuesto debe recordarse que el art. 1201 del C. Civil establece que *“En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo”.*----------

----Como se puede apreciar, del juego armónico de los artículos 1201 y 1204 del C.

Civil, tanto la parte que reclama el cumplimiento del contrato, como la que solicita la resolución, debe ser cumplidora. En la especie, más allá de que el sentenciante de grado, no efectuara este análisis normativo, el razonamiento argumental del mismo responde a este esquema normativo, dado que la comodataria al no accionar por cumplimiento contractual -restitución del bien-, admitió la extinción del contrato por la "resolución unilateral" de la comodante. Ahora bien, tenido por resuelto el contrato, incoó esta demanda por daños y perjuicios por el incumplimiento contractual de la demandada, mas lo que el juzgador valoró fue que la actora misma había incurrido previamente en incumplimiento contractual, lo cual invalidaba su reclamo indemnizatorio. Es por ello que se equivoca la apelante cuando expresa que en la sentencia se legitima el irregular desapoderamiento que efectivizó la demandada, sino que, puesto a valorar la relevancia de los incumplimientos de las partes, el "a quo" concluyó en la falta de título de la actora para la acción resarcitoria intentada por los daños identificados como b) y c) a fs. 794, 2do. párrafo, que, de acuerdo al reclamo de la actora, son consecuencia del desapoderamiento. Y ello, a la luz del juego armónico de las normas precitadas resulta correcto, ya que la comodataria había incurrido previamente en incumplimiento, de acuerdo a la valoración efectuada por el sentenciante.----------

----2) Con relación a este último aspecto señalado -el incumplimiento de la actora-, ésta en su expresión de agravios señala que se acreditaron las particularidades de la relación entre las partes y que por ello la comodante no podía argumentar que la actora había realizado obras no permitidas, ya que sabía que desde el año 2004 su parte estaba reciclando el bien (ver fs. 808, 4to. a 6to. párrafos), de lo que deduce la autorización de la demandada para ello (ver fs. 808 "in fine"/vta., primeros párrafos). Estas consideraciones de la apelante no se hacen cargo de lo expuesto en la sentencia en cuanto *"...adquiere singular importancia el acta extraprotocolar labrada por el escribano actuante en momento en que se ingresó en la vivienda (fs. 15/18), que ninguna de las partes ha negado, en tanto algunos elementos allí reseñados permiten asumir que el inmueble estaba siendo utilizado con un destino distinto al permitido en el contrato de comodato. De tal modo, no veo relación entre el exclusivo uso de peluquería acordado por las partes, y la existencia en tal momento en el inmueble, entre otros elementos de 1 caja de juguetes, 1 sommier de una plaza, 1 colchón, 1 colchón con funda, 1 elástico de cama, 1 cama de color blanco...Es evidente que tales elementos no estaban allí para ser utilizados en un local que tuviera como uso exclusivo el servicio de peluquería...Por lo demás, la carta documento del 16 de enero de 2006 (fs. 10) de la demandada endilga a la actora haber usurpado instalaciones que no fueron objeto de préstamo, motivo por el cual -dice- procede la rescisión del contrato. Tales circunstancias no son negadas en esa oportunidad por la ahora accionante. Incluso también lo reconoce en la contestación de la reconvención, cuando a fs. 378 vta., luego de describir las habitaciones de la planta alta, expresa que "no obstante a*

que en el contrato de comodato no se incluyeron las dos habitaciones de la planta alta del inmueble a las que, insisto, únicamente se tenía acceso por el local prestado, las mismas habían sido acondicionadas precariamente por la actora -con el conocimiento y autorización de la demandada-, para que las nietas que cuidaba pudieran tener un lugar apropiado mientras ella dirigía y trabajaba en la obra". Con estas expresiones la actora reconoce expresamente a) que este sector no fue objeto de comodato; y b) que aún así el mismo era ocupado por sus nietas durante el período de vigencia de tal contrato. Tal circunstancia acorde a lo expresado, me permite concluir en tener por probado un incumplimiento por parte del comodatario en cuanto produce un avance sobre sectores no abarcados por el contrato. Tal razonamiento sella la suerte adversa de la totalidad de la pretensión de la actora..." (ver sentencia a fs. 796, 1er. párrafo/vta., 2do. párrafo).-

De las consideraciones efectuadas por el juzgador se desprende claramente que la actora reconoció expresamente haber incumplido con las obligaciones impuestas en el contrato de comodato, ya que a la luz de lo dispuesto por el art. 2268 del C. Civil, y lo convenido en el contrato (ver fs. 03 y 85), bien determinó el juez de origen que la comodataria había dado al local un destino diverso al pactado, así como que había avanzado sobre espacios que no fueron objeto del contrato. Ante dicha clara conclusión devienen estériles las argumentaciones acerca de que estaba refaccionando el bien desde el año 2004 con la anuencia de la comodante, ya que el contrato data del 8 de septiembre de 2006. De allí lo acertado de lo considerado en la sentencia respecto a que las actitudes de las partes antes de dicha fecha resultan irrelevantes (ver sentencia a fs. 795 "in fine"/vta., 1er. párrafo). Por las razones expuestas es que no asiste razón a la apelante cuando aduce que si hubiera avanzado sobre superficies no autorizadas o dado al local otro destino al contractualmente previsto, ello no habilitaba a la demandada a desapoderarla del inmueble unilateralmente (ver fs. 808 vta., dos últimos párrafos/809, cuatro primeros párrafos). Es que nuevamente debe reiterarse lo expuesto en el considerando anterior, en cuanto a que de acuerdo al juego armónico de los arts. 1201 y 1204 del C. Civil, ante el desapoderamiento unilateral de la demandada, la actora, tenía derecho a requerir el reintegro del inmueble, mas al haberse colocado en forma previa en situación de incumplidora carecía de título para la acción indemnizatoria que aquí ejerce respecto de los daños que le generara la falta de uso del inmueble.----------

----Coincido con el Dr. Lucero en cuanto a que lo expresado por el juez en relación a la ausencia de explicación de desembolso de importantes sumas por parte de la actora (ver sentencia a fs. 796 vta., 2do. párrafo "in fine") no resulta un argumento dirimente en la construcción de su razonamiento principal, de allí que no resulte atendible lo argüido al respecto en la expresión de agravios (ver fs. 809, antepenúltimo párrafo). El resto de los agravios se explaya acerca de consideraciones genéricas sobre la responsabilidad y

el incumplimiento contractual (ver fs. 809 “in fine”/810), lo cual desatiende lo razonado por el juzgador acerca del previo incumplimiento de la actora y de la incidencia negativa del misma en su reclamo indemnizatorio. Sólo agregaré con relación al rubro requerido por la actora por la suma de $ 20.000 en concepto de gastos efectuados para servirse de la cosa hasta que la demandada la desapoderó (ver sentencia a fs. 794, 2do. párrafo, rubro a), que si bien dicho ítem no guarda relación directa con el desapoderamiento ni con el previo incumplimiento de la comodataria, el juzgador de grado hizo mérito que la prueba producida no permite acreditar cuáles obras fueron realizadas durante la vigencia del contrato (ver sentencia a fs. 794 vta., 2do. párrafo). Y más adelante, hace referencia al art. 2282 del C. Civil que establece que el comodatario no puede repetir los gastos efectuados para servirse de la cosa (ver sentencia a fs. 795, 1er. párrafo). Tales argumentaciones fueron obviadas por la apelante en su expresión de agravios, lo que refuerza la conclusión de la desestimación del recurso en análisis.----

----En definitiva, por los motivos expuestos, concordaré con el colega preopinante en el rechazo del recurso de apelación de la actora.----------

----II.- En base a todo lo razonado, concluyo en que corresponde desestimar el recurso de apelación, y confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas a la apelante vencida (conf. arts. 69 y 282 del CPCC).----------

----En cuanto a la regulación de honorarios por las tareas desempeñadas ante esta sede, de acuerdo a la extensión y mérito de las tareas desarrolladas, así como al resultado del pleito, encuentro prudente regular los honorarios del letrado apoderado de la actora. Dr. C. F. M., en un 2,8% del monto del proceso a determinar en la etapa procesal oportuna, con más el IVA pertinente (conf. arts. 5, 8, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4 y leyes 23349 y 23871).----------

----A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.---------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios. 2) IMPONER las costas de segunda instancia a la parte actora apelante vencida en ella. 3) REGULAR los honorarios del Dr. C. F. M., por sus labores de alzada, en la suma equivalente al 2,8% del monto del proceso que se determine en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. pertinente.----------ASI LO VOTO.

----------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto dijo: ----------En atención al acuerdo arribado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, expresión fiel del mismo.----------

----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 licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Raúl

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA

Adrián Vergara (art. 7 , Ley V – Nº 17) pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

----Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

----CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios.----------

----IMPONER las costas de segunda instancia a la parte actora apelante vencida en ella.----------

----REGULAR los honorarios del Dr. C. F. M., por sus labores de alzada, en la suma equivalente al 2,8% del monto del proceso que se determine en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. pertinente.----------

----Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CAMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2011 – SDC.- Conste.-

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA