--- En la ciudad de Trelew, a los días de abril del año dos mil catorce, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo Luis De Cunto y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M., N. c/ C., A. H. s/ Daños y perjuicios” (Expte. 411 - Año 2013 CAT)** 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. 385. ----------

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

----Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por la parte actora a fs. 359 y por la parte demandada a fs. 360 y fs. 361 -este último por la regulación de honorarios- contra la sentencia de fs. 342/355, recursos concedidos a fs. 362. A fs. 371/376 vta. la demandada expresa agravios, cuyo traslado concedido a fs. 377 fuera contestado por la actora a fs. 378/379 vta.. A fs. 382 se declaró la deserción del recurso de apelación deducido por la actora. En la citada sentencia se hizo lugar parcialmente a la demanda por daños y perjuicios entablada por N. A. M. contra H. C., condenando a este último a que, en el plazo de diez días, abone a aquél la suma de $ 28.000, con más intereses; asimismo se rechazó la reconvención deducida por la demandada en cuanto a la compensación de mayores costos y el beneficio sin causa recibido por el actor; finalmente se impusieron las costas en el orden causado por la demanda y al demandado por la reconvención. ----------

----I.- Comenzaré por reseñar los agravios vertidos por la demandada apelante y la contestación de los mismos por la actora. ----------

----1) Al individualizar los agravios, la apelante señala que se queja en primer lugar de la recepción de las multas acogidas, expresando que si el juez rechaza la demanda en lo principal no procede que se convaliden las multas establecidas a los fines de la mera escrituración, como accesorio no reclamado oportunamente y extinguido. Cita al respecto los arts. 523/525 y 624 del C. Civil. Destaca que el actor adquirió el dominio perfecto al recibir la posesión y escriturar el 13/11/06, confirmándoselo -en la escritura- en la posesión que ya ejerce, estando la obra completa en un 98%. Dos semanas después del efectivo cumplimiento, M. reclama la terminación de la obra y endilga incumplimiento tarifado por $ 25.000 lo que fue rechazado en la sentencia, no haciendo reserva, tampoco en dicha oportunidad, de la cláusula moratoria que corría hasta la escrituración ya perfeccionada el 13/11/06. Reitera que si en el fallo se determinó que no hay incumplimiento de la obligación principal y la accesoria nunca fue reclamada, esta última no puede recobrar su vigencia. Cita jurisprudencia de la Sala “A” de este Cuerpo y del suscripto como juez de primera instancia en un antecedente que considera análogo al presente. Destaca que el actor pretendió cobrar sin derecho la multa prevista en la cláusula sexta cuando nunca hizo reserva de las inmorales multas de la cláusula

quinta que abusivamente pretende ahora, lo que se expuso en la reconvención y no se contestó. Vuelve a citar jurisprudencia de la Sala “A” de esta Cámara. Añade que la cláusula penal moratoria posee naturaleza indemnizatoria y que el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, ya que no fue estipulada por el simple retardo ni que por el pago de la pena no se entendía extinguida la obligación principal tal como lo estatuyen los arts. 655 y 659 del C. Civil.---

----En segundo lugar se queja de que el fallo no juzgara el carácter de ocultos de los vicios en el inmueble entregado por M., en especial la falta de ejecución de capa aisladora de los cimientos. Señala que el actor usaba el bien de depósito y ello impedía constatar su estado constructivo, por la cantidad de objetos almacenados. Destaca que una persona no avezada en la construcción no puede determinar la falta de colocación de la capa aisladora sin una acabada inspección y que el capataz M. no la detectó en su primer control, debido a las cosas apiladas que tapaban la pared. Enumera cinco elementos probatorios concordantes que sugieren con buen grado de probabilidad que los vicios no eran aparentes para su parte: la tempestiva atribución al actor de los vicios ocultos en la misiva enviada en respuesta a la primera interpelación recibida, el testimonio del profesional que recién pudo constatar el estado del inmueble cuando se extrajeron los objetos que había en el mismo, la propia denuncia penal del actor donde reconoció que utilizaba el bien como depósito, la inferencia de la perito respecto a que la humedad a la altura del zócalo se debe a que no se instaló la capa aislante debajo de la platea de hormigón, y que el actor no arrimó ninguna prueba acerca de que el demandado es constructor. Seguidamente hace referencia a la pericia que corrobora los vicios que expone C. en la carta documento y que tasa el inmueble en un valor aún menor, lo que explica la notoria y llamativa diferencia en los desperfectos del bien entregado por el actor. ----------

----En otro apartado se agravia de que en el decisorio se hubiera considerado a su parte “negligente” al no realizar una inspección cuidadosa, dado que C. tendría conocimientos técnicos constructivos y que la contraparte no actuó de mala fe. Reitera que el actor no produjo prueba a fin de acreditar que C. fuera un “avezado constructor”, agregando que se descontextualizó una referencia genérica e hipotética que se realizó en la reconvención respecto a las demoras en la construcción de una obra. Destaca que el constructor era O. M., quien fue el capataz en la obra entregada al actor, y en la recibida lo fue C. M. M. Añade que el demandado contrató a este último para que lo asesore técnicamente en la recepción y construcción del inmueble entregado por M. Señala que el fallo no analiza el testimonio de la persona contratada, concluyendo que la circunstancia de que C. haya ejecutado una obra bajo su cuenta, contratando a un constructor, no implica que él mismo sea técnico constructor. Culmina esta porción de los agravios resaltando que los vicios en el inmueble entregado por el actor no sólo eran ocultos sino que fueron “ocultados”. ----------

----En lo que se refiere al vicio de lesión se agravia de que se hubiera desestimado la

nulidad del convenio adicional, indicando que el fallo distingue pormenorizadamente el instituto de la lesión sin hacer lo propio con el del enriquecimiento incausado que fuera también esgrimido como pretensión coetánea, y que tiene raíz en la notoria desproporción de prestaciones. Cita doctrina relativa a este instituto. Respecto a la lesión se agravia de que se considere faltante el requisito subjetivo, bastando resaltar que el estado de necesidad ha sido explotado con previa mala fe contractual al ocultar los vicios del inmueble que generan error y que M. debía conocer y revelar. Añade que C. actuaba como gestor en nombre de A. y de S. y que el actor aprovechó esta circunstancia de inferioridad sabiendo de la existencia del crédito bancario pendiente y de la compraventa celebrada con la segunda y provocó el acuerdo abusivo firmado el mismo día que debió escriturarse a favor de S. para que no se perdiera el crédito, lo que revela la premura de todas las operaciones realizadas en la misma fecha (15/06/06) en aprovechamiento de M. Agrega que el actor no es una parte débil ya que es un profesional del derecho y que labora como relator en el Superior Tribunal de Justicia provincial. Expresa que el actor ha recibido importantes beneficios y que ello surge de la prueba pericial, ya que no es controvertido que pagó sólo $ 15.000 y recibió por el mero atraso mejoras adicionales tasadas en $ 28.000, siendo la tasación al momento de la pericia de $ 88.063. Por su parte el inmueble que entregara M. luego de completado el estado constructivo vale notablemente mucho menos. Concluye, siguiendo a la pericia, que el actor recibe un inmueble de U$S 75.000 luego de haber entregado una propiedad de U$S 41.000, más $ 15.000 o U$S 3.000, existiendo a su favor una ventaja incausada de aproximadamente U$S 30.000, cotización que incluye las abusivas mejoras adicionales valuadas en $ 88.063. De allí que indica que la contratación implicó un enriquecimiento generado de mala fe, ya que el actor debió revelar el real estado en que entregaba el inmueble con objetos que dificultaban su constatación. Es así que considera que se debió revisar la validez del convenio adicional y compensar a su parte lo que resulte inmoral y nulo, destacando que si la ley establece una presunción de aprovechamiento tiene que presumir que la parte que obtuvo una ventaja patrimonial desproporcionada se aprovechó del perjudicado.----------

----Subsidiariamente, y para el supuesto de que no se revoque la sentencia por haberse extinguido las multas como accesorios del principal o bien por la nulidad del acuerdo abusivo, deduce agravio a fin de que se morigeren las multas inmorales. Señala que las multas concedidas de $ 500 diarios con un interés mensual del 3% capitalizable por igual período son de una inmoralidad palmaria. Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de esta queja. Asimismo, como otro agravio refiere que el fallo incurre en *ultra petita* dado que en sus considerandos manda liquidar la multa conforme a la cláusula quinta con interés punitorio y en la parte resolutiva adiciona el interés bancario compensatorio, cuando en la demanda se pide adecuación al art. 953 del C. Civil. Indica que de aplicarse la sentencia según la cláusula quinta más el interés compensatorio se obtendría una suma exorbitante e ilegítima en adición al beneficio incausado. También

se agravia del rechazo de la excepción de incumplimiento cuando se han producido presunciones graves, serias y concordantes que lo sugieren al entregar una propiedad defectuosa y en forma independiente de la reconvención. Finalmente respecto a las costas de la demanda, señala que la misma prospera por $ 28.000 y se rechaza por la suma de $ 25.000, por lo que se reconoció sólo el 52% de lo reclamado, debiéndose readecuar las mismas en proporción al grado del vencimiento de cada parte. Efectúa el petitorio de estilo. ----------

----2) La actora contesta los agravios, señalando, en primer lugar, que los mismos no son tales sino meras conjeturas o discrepancias. Respecto de la multa diaria establecida entre las partes, expresa que del acta de posesión del inmueble surge que hizo reserva de reclamar las indemnizaciones y/o multas pactadas oportunamente. Es por ello que entiende que la falta de mención en la escritura no implica pérdida del derecho, ya que al tomar efectiva posesión del inmueble se hizo la reserva correspondiente. También expresa que la apelante se equivoca al considerar a la multa diaria como una obligación accesoria, dice que es una obligación principal de carácter suspensivo en cuanto a su exigibilidad al incumplimiento de C, por lo que dándose el presupuesto fijado se tornó plenamente exigible. ----------

----En cuanto a los vicios ocultos y “ocultados”, considera que el demandado no se hace cargo del carácter de empresario de la construcción que el mismo aduce en su contestación de demanda. Agrega que los vicios para ser ocultos no deben ser susceptibles de ser observados a simple vista o perceptibles ante una atenta inspección, lo cual se agudiza cuando la persona que efectúa la inspección es un idóneo en la materia. Añade que C.visitó la propiedad antes de efectuar el contrato de permuta y que el testigo M. refiere que algunos defectos de construcción fueron vistos y reconocidos al momento de cotizar la obra. ----------

----En cuanto al vicio de lesión y el enriquecimiento incausado, indica que el accionado nada ha probado. Al respecto resalta que al absolver posiciones su parte adujo que C. terminaría de construir el dúplex de M. una vez que vendiese la propiedad entregada por el actor, circunstancia que demuestra el obrar de buena fe de M., quien lejos de aprovecharse de situación de inferioridad alguna, accedió a otorgar la escritura a fin de que pueda terminarse la obra en su casa. Asimismo afirma que entender que han existido grandes beneficios por parte de M. por las obras realizadas por C., implica olvidar que su parte estuvo por mucho tiempo sin poder disfrutar de su vivienda y ese retardo se debió exclusivamente a C. ----------

----En cuanto a la alegación de que la multa es excesiva, señala que no es así dados los retrasos significativos del demandado y la falta de seriedad en su accionar, habiendo fijado ambas partes de común acuerdo el valor de la misma. Añade que C. venía con un retraso considerable en la entrega del bien, existieron innumerables tratativas a fin de evitar resolver el contrato y en base a ello se arribó al “acuerdo conciliatorio”. Es así que considera que el monto pactado no fue desajustado y, a la

postre, tampoco sirvió para que el obligado realice su prestación ya que lo hizo ante su expresa necesidad de escriturar, cuarenta y cinco días después del plazo acordado. Destaca que la conducta de mala fe del demandado no puede ser obviada. En cuanto a que se fallara *ultra petita* indica que el agravio carece de sustento, y con relación a la excepción de incumplimiento la queja no se encuentra mínimamente fundada.----------

----II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, me adentraré en el tratamiento de los agravios reseñados. Para ello seguiré el orden en el que fueron expuestos, más allá del tratamiento conjunto que amerite la conexidad entre las distintas quejas formuladas. ----------

----1) La recurrente cuestiona el decisorio por cuanto se rechazó la demanda en lo principal y sin embargo se convalidaron las multas establecidas a los fines de la escrituración, las que importan una obligación accesoria, sin que el actor hubiera hecho reserva de su reclamo al escriturar y recibir la posesión ni al requerir la terminación de la obra. Es así que si se extinguió la obligación principal, considera que lo mismo aconteció con la accesoria. A ello añade que como la cláusula penal tiene carácter indemnizatorio, el acreedor sólo puede reclamar la obligación o la pena, mas no ambas cosas (ver fs. 371/372, pto. 2.1-A y B). Resulta conveniente recordar como lo hiciera el juez de grado (ver sentencia a fs. 345 vta./347 vta.), que no está discutido que las partes se encontraban vinculadas por el contrato de permuta de inmueble de fs. 03/05 y por el acuerdo conciliatorio de fs. 08/12. Este último fue suscripto a fin de dar solución a los inconvenientes suscitados a raíz del primero. En la cláusula primera el ahora demandado reconoce el incumplimiento de lo pactado en la cláusula especial segunda del contrato, ya que no ha hecho entrega en tiempo y forma del inmueble adquirido por el ahora actor, ya que no finalizó la construcción del mismo (ver fs. 09, cláusula primera). Asimismo se obligó a hacer entrega del bien en cuarenta y cinco días de firmado el acuerdo en condiciones de habitabilidad (ver fs. 09, cláusula segunda), comprometiéndose a realizar, sin costo para M., diversas mejoras en el inmueble, las que son enumeradas (ver fs. 09 vta./10, cláusula tercera). Se pactó que algunas de las mejoras debían ejecutarse en el plazo indicado de cuarenta y cinco días, procediéndose a la entrega parcial del bien en dicho lapso, y que las restantes mejoras debían finalizarse en el plazo de treinta días corridos desde la entrega del bien (ver fs. 10, cláusula cuarta). En la cláusula quinta se acordó, para el caso de que C. no finalizara los trabajos en los plazos estipulados, una multa por cada día de retardo de $ 500 con más un interés punitorio mensual capitalizable del 3% mensual, sin perjuicio de los intereses moratorios a la tasa pasiva que cobra el Banco del Chubut para sus operaciones de descuento de documentos (ver fs. 10/vta.). Asimismo a fin de garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones asumidas por C., se acordó que en caso de producirse la mora en la entrega de la vivienda a M., el vendedor abonará, previa constitución en mora, la suma de $ 25.000 en concepto de indemnización por los perjuicios causados, mas dicha indemnización dejará de ser

operativa si, vencidos los plazos establecidos en las cláusulas segunda y cuarta, el avance de las terminaciones y mejoras superasen el 90%, siendo aplicable únicamente la multa fijada en concepto de mora por cada día de atraso (ver cláusula sexta a fs. 10 vta.). ----------

----El juzgador hizo mérito que a fs. 23/vta. obra el “Acta de Posesión de Inmueble. Entrega de Llaves”, celebrada el 13/11/06, por la cual C. hizo entrega a la apoderada de M. de la posesión del inmueble adquirido, dejándose constancia de que aún faltan terminaciones las que deben estar finalizadas el 20/11/06. Asimismo se aclaró que la recepción del inmueble no implica reconocimientos y/o renuncias de derechos por los incumplimientos contractuales surgidos entre las partes, así como que la multa establecida en la cláusula sexta queda sin efecto dado que se procedió a la entrega del inmueble. En cuanto al punto que se cuestiona en el agravio examinado, cabe considerar que el sentenciante razonó *“Sentado ello, corresponde pase al análisis de los importes reclamados, desde ya adelanto que sólo tendrá acogida la cláusula penal pactada en la cláusula quinta del convenio, esto es la suma de* ***$ 500 (pesos quinientos)*** *por cada día de mora, y en tanto la suma de $ 25.000 (pesos veinticinco mil), fijada para garantizar el fiel cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones asumidas, también reclamada, no tendrá andamiaje. Ello, dado lo que se extrae de la propia cláusula sexta in fine que establece que el pago de la indemnización que se establece en la presente cláusula dejará de ser operativa, si vendido* (sic) *los plazos fijados en la cláusula segunda y cuarta, el avance de las terminaciones y mejoras superasen el 90% y de lo informado por la perito arquitecta a fs. 231, en cuanto a que el porcentaje ejecutado de la obra comprometida alcanza el 97,9% lo que se obtiene de descontar la falta de terminación del quincho posterior”* (ver sentencia a fs. 353 vta., 3er. párrafo). ----------

----Como se aprecia el juzgador rechazó el reclamo de la suma indemnizatoria pactada de $ 25.000, ya que en la propia cláusula sexta donde se acordó la misma, se convino que dejaba de ser operativa si el avance de la obra superara el 90%, por lo que dado lo informado por la perito arquitecta a fs. 231 “in fine”, se superó dicho porcentual. A lo expresado por el sentenciante cabe agregar que en la cláusula cuarta del acta de fs. 23 se aclaró que con la entrega del inmueble quedaba sin efecto la referida multa de la cláusula sexta. Pero ello de ninguna manera dejaba sin efecto la multa diaria de la cláusula quinta del acuerdo conciliatorio del 15/06/06 que sí se acogió en la sentencia, por cuanto además de que en el acta de fs. 23/vta. se estableció que la entrega no importaba la renuncia de los derechos de las partes por los incumplimientos contractuales surgidos entre ellas, en la propia cláusula sexta del acuerdo conciliatorio referido se pactó expresamente que la inoperatividad de la multa allí establecida no afectaba la fijada en concepto de mora por cada día de atraso en la cláusula quinta (ver cláusulas referidas a fs. 10/vta.). Por lo tanto, la propia autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo a lo normado por el art. 1197 del C. Civil, separó la suerte de las

multas pactadas, dejando vigente la acordada por mora en la cláusula quinta a pesar de que la indemnizatoria de la cláusula sexta perdiera operatividad. ----------

----Amén de lo expuesto, de la redacción de ambas cláusulas quinta y sexta, no se desprende que la multa por mora de la primera fuere accesoria de la indemnizatoria de la segunda. Al respecto resulta atinente citar los conceptos desgranados en el fallo de la Sala "A" de este Cuerpo que citara la apelante (conf. CANE, Sala "A", SDC Nº 05/08, del 05/03/08). Allí, el Dr. Velázquez, primer votante al efecto, señaló que *"Bien sabido es que, a consecuencia del principio de interpretación restrictiva que informa a la cláusula penal, si ella se ha pactado a un fin determinado no es aplicable por analogía a otro distinto (Conf..: Salas, "Código Civil anotado", 2da. ed., I-338. comentario al art. 652, nº 4; Llambías, "Código Civil anotado", Abeledo – Perrot, 1979, II-A-427. nº 7, "f"; Kemelmajer de Carlucci, opus. cit,., pág. 22, nº 18, "b").* En la especie, la multa diaria de $ 500 (ver fs. 10, cláusula quinta), fue pactada para el supuesto de que no se finalizaren los trabajos citados en las cláusulas segunda y tercera dentro de los plazos establecidos; no para el supuesto de que no se abonare la suma de $ 25.000 que se acordara a modo de indemnización en caso de producirse mora en la entrega de la vivienda (ver fs. 10 vta., cláusula sexta). Como se puede observar no existe accesoriedad de la multa de la cláusula quinta respecto de la obligación de la cláusula sexta, lo que se reafirma con lo estipulado al final de dicha cláusula en cuanto a que a pesar de que dicha obligación no operara, se mantenía la multa diaria fijada. Y por si quedara alguna duda, en la cláusula novena, pto. c) se acordó que la cláusula penal fijada en la cláusula quinta es independiente de la indemnización fijada en la sexta (ver fs. 11 vta., 1er. párrafo). Por lo demás, el juez corroboró los días de demora en la realización de los trabajos respecto de los cuales sí resultaba accesoria la multa de la cláusula quinta (56 días, ver sentencia a fs. 353 vta. "in fine"), por lo que se cumplió la condición que hacía operativa la misma, aspecto sobre el cual nada dijo la recurrente. --

----Respecto a lo argumentado por la demandada respecto a que el actor recibió la posesión del inmueble y escrituró sin hacer reserva de reclamar la cláusula penal de $ 500 diarios por demora en la entrega del bien por falta de terminaciones, lo expuesto anteriormente confuta la necesidad de dicha reserva. Es que en la misma cláusula sexta de fs. 10 vta., se previó que si vencidos los plazos el avance de las obras superaban el 90%, dejaba de operar la suma indemnizatoria de $ 25.000 pero mantenía su vigencia la multa por mora por cada día de atraso de allí que la recepción de la obra en las condiciones en las que se entregó no importaba renunciar a la mentada multa diaria. Y ello es corroborado con el acta de entrega del inmueble del 13/11/06, dado que en la cláusula sexta se dejó constancia que la recepción del inmueble por parte de M. no implicaba, bajo ningún concepto, reconocimientos y/o renuncias de derechos que le asistan a las partes por incumplimientos contractuales que hayan surgido de las firmas de los contratos y convenios celebrados entre ellos (ver fs. 23, cláusula tercera), no siendo necesario reiterar dicha reserva en el acto escriturario del mismo día (ver fs.

25/28). ----------

----En cuanto a que la cláusula penal moratoria posee naturaleza indemnizatoria y que, en consecuencia, el actor no podía reclamar el cumplimiento de la obligación y de la pena, sino que ambas son excluyentes entre sí, ya he señalado que la multa diaria de la cláusula quinta del acuerdo de fs. 09/12 no es accesoria de la indemnización pactada en la cláusula sexta del mismo acuerdo, y que además las mismas partes estipularon la independencia de ambas obligaciones al prever que la extinción -"pérdida de operatividad"- de la indemnización de la cláusula sexta no acarreaba la pérdida de vigencia de la multa de la cláusula quinta (ver cláusula sexta "in fine" a fs. 10 vta.). -------

----Por todo lo expuesto es que propongo al acuerdo la desestimación de este agravio.--

------2) Seguidamente la demandada desgrana diversos agravios que presentan conexidad entre sí lo que amerita que sean examinados en forma conjunta. De hecho la recurrente admite que el segundo agravio se encuentra estrechamente relacionado con el siguiente (ver fs. 372 vta., pto. 2.2, 1er. párrafo). Es así que en este bloque de agravios, se queja de que el juzgador hubiera considerado que los vicios invocados respecto del inmueble entregado por el actor no eran ocultos, para lo cual toma en cuenta la pericia de arquitectura, como el testimonio del constructor que inspeccionó la obra y que el propio M. reconoció que usaba el inmueble como depósito (ver fs. 372 vta./373, pto. 2.2). Íntimamente unido a ello se encuentra el siguiente agravio donde el demandado argumenta que en la sentencia se le atribuyó la calidad de constructor que no posee y que ninguna prueba produjo la contraria a fin de demostrar dicha condición (ver fs. 373 vta./374, pto. 2.3). ----------

----La invocación de vicios ocultos y "ocultados" como también agrega el apelante, fue desarrollada por el demandado en su contestación de demanda, en orden a argumentar la defensa de *exceptio non adimpleti contractus* que endilgó al actor en dicha oportunidad procesal. En efecto, al contestar la demanda, C. arguyó que M. se encontraba en patente incumplimiento contractual por cuanto la propiedad que recibió del mismo presentaba diversos vicios graves y ocultos, destacando entre otros, la falta de aislamiento que provocó un paulatino traspaso de salitre y humedad al interior de la vivienda, ausencia de tramado de cañería cloacal y sanitaria en la platea, falta de cimientos suficientes, error en el diseño del bajo losa del baño superior. En razón de ello es que alegó que el actor se hallaba incurso bajo el supuesto contemplado en el art. 1201 del C. Civil (ver fs. 115 vta./116 vta., ptos. 2.6 y 3.1). Amén de ello, esta defensa fue también el fundamento fáctico de la reconvención deducida por el accionado por los mayores costos asumidos (ver fs. 118, pto. 4). ----------

----Sobre esta defensa planteada el juzgador razonó *"Que a los fines de determinar cuando se trata de vicios aparentes, la doctrina es conteste en considerar que son defectos que se pueden descubrir con un examen atento y cuidadoso de la cosa, acorde con su destino, así como que pueden ser advertidos mediante la sola observación visual, sin necesidad de recurrir a pruebas o estudios especiales y*

complejos, es decir son los que pueden apreciarse al momento de la transmisión de la cosa, y deben ser calificados como notorios o aparentes. Por oposición, el defecto oculto es aquel que escapa a la comprobación habitual, por lo cual su descubrimiento exige un estudio técnico o profesional que normalmente excede las posibilidades del adquirente medio. Los defectos, a su vez, deben ser de carácter graves e importantes, lo cual se configura cuando el desperfecto torna a la cosa comprada, impropia para cumplir su destino específico de acuerdo a su naturaleza, o bien cuando disminuye la posibilidad de uso...No se debe perder de vista que la vivienda que adquirió el Sr. C. se encontraba en construcción, que no estaba terminada y que éste la recibió en el estado en que se encontraba, situación de la que tenía conocimiento y que la aceptaba en esas condiciones. Pero aunque podrían haberse presentado vicios en la vivienda adquirida, y que sería de carácter no cognoscible por un adquirente común, no lo sería para el caso del demandado quien se trata de un empresario de la construcción, pues así se autodenominó en la contestación de demanda, es decir estamos en presencia de una persona que reuniría los conocimientos técnicos especiales, esto es, que tenía capacidad para detectar los vicios que ahora reclama, por reconvención, en tiempo oportuno, lo que le hubiera permitido realizar un ajuste del contrato al momento de su celebración. Ello así, en tanto las justificaciones que ensaya en la audiencia de absolución de posiciones en orden a que el inmueble se encontraba en su planta baja lleno de cosas personales del actor y sin luz que impedían ver mayores detalles y sin haber visto que las aberturas estaban mal colocadas y que había salitre en los cimientos (ver posición séptima) no alcanza para justificar que por su proceder, no detectó en tiempo oportuno los vicios señalados. Tampoco la perito arquitecta dio cuenta de que se trataba de vicios ocultos, pues pese a ser una carga del demandado acreditar tal circunstancia, no fue introducido como un punto de pericia, con lo cual nada de ello dijo, sólo refirió al estado actual de la obra y los costos que irrogó sólo uno de los supuestos vicios referenciados por el propio demandado, nótese que refirió que el estado de conservación del inmueble es regular (ver fs. 232). Recordemos que cuando pueden ser advertidos mediante un atento y cuidadoso examen, dejan de ser vicios ocultos, tal circunstancia debe valorarse según la condición y cualidades personales del adquirente. En este caso, el demandado Sr. C.se ha autodenominado empresario de la construcción, y conforme lo respondido al absolver posiciones (ver posición séptima), no habría realizado una inspección o examen de la propiedad, acorde a sus conocimientos. Considero que no puede invocar la garantía, ya que la ley no ampara al adquirente negligente, siempre y cuando por supuesto, que el enajenante no hubiere obrado con dolo o mala fe, lo que en autos no se encuentra acreditado, consecuentemente corresponde rechazar la excepción de incumplimiento en tratamiento" (ver sentencia a fs. 350, dos últimos párrafos/351, dos primeros párrafos). -

----He preferido extenderme en la transcripción de la argumentación del sentenciante porque considero que la misma no fue rebatida por el apelante, es más no se hizo cargo

de la misma, lo que conduce a la deserción parcial del recurso en el aspecto examinado. Es que lo expuesto en cuanto que el inmueble era usado por M. como depósito y que, dado que había cosas muebles que imposibilitaba la inspección, no hace más que reafirmar lo expuesto por el juez en cuanto a que los vicios invocados eran fácilmente observables si se retiraban dichos muebles, por lo que el demandado fue negligente al recibir y examinar el inmueble. Nótese que esto se evidencia en la propia caracterización que hace la recurrente de los vicios al denominarlos “ocultados”, lo que implica la tácita admisión que estaban “ocultados” por los muebles que había depositado el actor. Bien pudo haber solicitado que se despejara todo el inmueble para llevar a cabo una inspección minuciosa del mismo. A ello debe agregarse que en la absolución de posiciones C. invocó esta circunstancia -la existencia de muebles- más la falta de luz como justificación de no haber visto los vicios que invoca (ver fs. 160/vta., respuesta séptima). Por lo demás no se hace cargo de lo sostenido por el juez en cuanto a que la perito arquitecta no brindó precisiones acerca del carácter oculto de los vicios porque ello no le fue propuesto como punto de pericia y que sólo se refirió al estado actual de la obra y los costos irrogados por los supuestos vicios. En el mismo sentido es sabido que carece de contenido el escrito de expresión de agravios que no ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (conf. C. 1era. Apel. San Nicolás, 29/4/71, LL, 143-100). Es que criticar no es lo mismo que disentir, ya que lo primero importa un ataque directo y pertinente a la fundamentación del fallo apelado, tendiente a demostrar los errores fácticos y jurídicos que éste pueda contener, mientras que lo segundo consiste simplemente en exponer que se está en desacuerdo con la sentencia recurrida (conf. CN. Civ., Sala A, 19/8/91, LL, 1992-A-487, nº 42). La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472) que ejercitada, traslada la competencia al tribunal de alzada (conf. C. 1era. Civ. y Com. Bahía Blanca 29/2/68, LL, 131-698), sino que, como lo señala el art. 265 del C. Procesal debe contener una crítica concreta y razonada (conf. CN. Civ., Sala M, 27/9/00, ED, 191-414) de las partes del fallo que el recurrente considere equivocadas (conf. CN. Civ., Sala F, 18/7/96, LL, 1997-D-827, 39.612-S), indicando los supuestos errores u omisiones que la misma contiene así como los fundamentos que le permitan sostener una opinión distinta (conf. CN. Com., Sala A, 21/2/96, ED, 172-92); es decir, debe señalar punto por punto los errores que se atribuyen a la sentencia en grado, por los cuales se considera que el pronunciamiento es injusto o contrario a derecho (conf. CN. Civ., Sala A, 16/12/99, ED, 186-539). En la expresión de agravios deben refutarse las conclusiones de hecho y derecho que motivan la decisión en grado, mediante la exposición de circunstancias jurídicas por las cuales se considera erróneo el pronunciamiento impugnado (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472). ----------

----Pero amén de todo lo expuesto, ha quedado claro del razonamiento del juzgador, que los vicios pueden ser ocultos a los ojos de un adquirente sin conocimientos

especializados, pero no para el demandado que se autodenominó “empresario de la construcción”. Esto pretende ser rebatido por la apelante invocando que se descontextualizó una referencia circunstancial genérica e hipotética de la reconvención, y que contrató a M. M. para que lo asesore técnicamente en la recepción y construcción del inmueble que entregara M., siendo su actividad la inmobiliaria (ver fs. 373 vta./374, pto. 2.3). De lo anterior se deduce que en el mejor de los casos para el apelante, el mismo admite desempeñarse en la actividad inmobiliaria, por lo que si bien ello no lo obliga a tener conocimientos de construcción, tampoco es un adquirente común o totalmente profano en la materia, ya que se trata de una persona que comercializa bienes inmuebles y asesora a potenciales clientes sobre el estado de conservación de los mismos. De hecho, por tratarse de una persona con ciertos conocimientos en la materia, también admite que se hizo asesorar por el Sr. C. M. M. en la recepción y construcción del inmueble entregado por M. y alude al testimonio del mismo. Ahora bien, este testigo (ver declaración de fs. 249/251) es albañil (ver alusión a su profesión al manifestar sus datos personales), y manifestó que cuando realizó la inspección previa de la obra le dijeron que no podía tocar nada, de ahí que no pudo observar bien lo que había detrás de las cosas que estaban en el inmueble (ver fs. 250 vta., respuesta a tercer repregunta), agregando que el salitre a veces es apreciable a simple vista y que pudo apreciar algunos vicios al momento de la inspección (ver fs. 250 vta., respuestas a repreguntas séptima a novena). Esta declaración no hace más que confirmar la negligencia apuntada por el sentenciante de parte de C. al recibir la obra, ya que además de que se pudieron detectar algunos vicios al recibir la obra, lo que evidencia que no eran ocultos, contrató a un albañil para que lo asesore pero lo habría instruido respecto a que no podía tocar nada, lo que evidentemente dificultaba la inspección. ----------De acuerdo a lo expuesto, y más allá de la deserción parcial que se postula, resulta de aplicación en la especie lo dispuesto por los arts. 2170 y 2173 del C. Civil, lo que corrobora lo acertado de la decisión atacada. En cuanto al art. 2170 se ha expresado que si el adquirente conoce los defectos e inconvenientes de la cosa que se le transmite, no puede pretender que se haga efectiva la garantía por vicios redhibitorios. En ese caso se supone que ha pagado menos, descontando de tal modo el menor valor que le corresponde, y el vicio en realidad ha dejado de ser oculto, pues la recepción de la cosa por el comprador no obstante su conocimiento puede estimarse como una renuncia tácita a la garantía. Así, a menos que dejara a salvo al recibirla la acción *quanti minoris,* debe interpretarse como que acepta la cosa tal cual está. También se tiene dicho que si el adquirente ha empleado un mandatario que tuvo conocimiento de los defectos, el enajenante puede prevalerse de ese conocimiento del mandatario para hacer valer su irresponsabilidad, porque aquél ha reemplazado al adquirente (conf. Belluscio-Zannoni: “Código Civil y leyes complementarias...”, Ed. Astrea, 2004, Tº 9, pág. 790). En la especie, como lo dejara asentado el juzgador, en el contrato privado de permuta, se dejó constancia que el inmueble vendido por M. era enajenado en

construcción y en el estado en que se encuentra, estado que C. declaró conocer y aceptar, sin efectuar reserva alguna. Por lo demás, si bien no actuó a través de mandatario sino que él dijo conocer el estado del inmueble, ha quedado demostrado que se asesoró con un albañil que inspeccionó el bien y que pudo haber advertido los vicios que ahora se alegan. Vinculado con esta última circunstancia la norma comentada establece que cesa la garantía si el adquirente debía conocer los vicios por su profesión u oficio. En este caso, ha habido error inexcusable pues se presume que el adquirente ha debido conocer el estado de la cosa (arg. art. 929) (conf. Belluscio-Zannoni, op. cit., ídem, pág. 791). En ese sentido se entendió, en un caso análogo al presente, que no se pueden invocar vicios ocultos si el adquirente hizo examinar el automóvil por un mecánico que es la persona de la profesión u oficio respectivo, o por un arquitecto si se trata de una casa (conf. CN. Civ., Sala E, 18/12/80, ED, 92-682). -----

----En lo que respecta al concepto de vicio aparente, una de las líneas trazadas para definir su contrario, esto es, el vicio oculto, es que el mismo no pueda ser comprobado o pase inadvertido para personas expertas; por lo tanto, no sólo se exige la existencia de un vicio que a simple vista no se puede reconocer, sino también que el adquirente no haya obrado con poca diligencia. Esa falta de diligencia incluye, para esta teoría, la omisión de la asistencia técnica, de hacer revisar la cosa que se adquiere por personas competentes y preparadas cuando quien la adquiere carece de conocimientos y aptitudes para advertir el defecto (conf. Belluscio-Zannoni, op. cit., ídem, pág. 775; SCBA, 28/7/59, JA, 1960-II-18; CN. Civ., Sala A, 5/6/84, LL, 1985-A-541). En el “sub exámine”, como ha quedado reseñado, el demandado es un agente inmobliario que además hizo inspeccionar el bien por un albañil, invocando ambos nombrados que la inspección no pudo realizarse detenidamente porque en el inmueble había cosas muebles y poca luz, lo cual revela la negligencia en la inspección. A ello se añade que el albañil declaró que algunos defectos fueron comprobados, lo que viene reafirmado con lo sostenido en el sentido de que son vicios aparentes la humedad en las paredes, las deficiencias en la carpintería, las filtraciones en los muros medianeros, etc. (conf. CN. Civ., Sala C, 30/9/80, LL, 1981-C-35). ----------

----En resumen de todo lo expuesto, y más allá de la corrección de lo decidido, propongo al acuerdo la deserción parcial respecto de este agravio por insuficiencia técnica (conf. arts. 268 y 269 del CPCC). ----------

----3) La siguiente queja versa sobre el vicio de lesión alegado y el enriquecimiento incausado. Señala que el fallo distingue pormenorizadamente el instituto de la lesión sin hacer lo propio con el del enriquecimiento incausado. Respecto del primero se agravia de que no se tuviera por probado el elemento subjetivo, resaltando el estado de necesidad que fue explotado con mala fe contractual al ocultar los vicios del inmueble. Argumenta que su estado de inferioridad resulta de que actuaba como gestor de A. y S. y que M. sabía de la existencia del crédito bancario pendiente por lo que provocó el acuerdo abusivo firmado el mismo día en que debió escriturarse a favor de S. para que

no perdiera el crédito. Destaca que M. pagó sólo $ 15.000 y recibió por el mero atraso mejoras adicionales en $ 28.000; mientras que el inmueble que entregó luego de construido vale mucho menos por las deficiencias detectadas, determinando una ventaja incausada de aproximadamente U$S 30.000. Es por ello que entiende que debió revisarse el convenio adicional y compensar a su favor lo que resulte inmoral y nulo (ver fs. 374/375 vta., pto. 2.4). ----------

----Es de señalar que en la contestación de demanda, la accionada manifiesta que el convenio adicional deviene nulo e inexigible debido a su situación de necesidad de cumplir frente a terceros arteramente explotada en la objetiva desproporción de las prestaciones, solicitando la nulidad del mismo y que se determine cuál fue el mayor beneficio que recibió el actor, reconviniendo la compensación por los mayores costos asumidos, sin perjuicio del beneficio sin causa que haya recibido el actor (ver fs. 117 vta., pto. 3.7/118, pto. 4). Como se puede apreciar la petición resulta confusa, por cuanto por un lado se solicita la nulidad del convenio adicional pero luego requiere que se determine el beneficio incausado que recibió el actor lo que parecería que reclama para que se compense ello con más los mayores costos asumidos por su parte, según surge del texto del punto de la reconvención. ----------

----Dicho esto debe recordarse que en cuanto al citado elemento objetivo de la lesión regulada en el art. 954 del C. Civil se ha entendido que la ventaja debe ser evidentemente desproporcionada y sin justificación. Existe desproporción cuando no se guarda correspondencia debida entre hechos y cosas relacionadas entre sí. Tratándose de negocios jurídicos en los que hay intercambio de prestaciones, debe concluirse que esa falta de correspondencia se establece entre las prestaciones debiendo asumir la desproporción el carácter evidente, en el sentido que debe ser excesiva, grave, grosera, exagerada, considerable. Además es necesario que esa ventaja excesiva que se obtiene por una de las partes sea sin justificación, lo que obliga a efectuar una indagación de carácter subjetivo para determinar cuáles fueron los móviles compartidos de las partes (causa fin subjetiva del negocio), pues si se tuvo el ánimo de efectuar una liberalidad o hubo una *causa donandi*, en la medida que tal causa incidió sobre la realización del acto, éste dejará de ser oneroso para convertirse en gratuito, escapando así a la órbita de la teoría de la lesión. A su vez la ley dispone que la estimación de la desproporción debe hacerse al momento de la celebración del acto jurídico y debe subsistir al tiempo de la demanda (art. 954, 3er. párrafo del C. Civil) (conf. Brebbia, en Bueres-Highton, op. cit., Tº 2B, págs. 605/606).----------

----Con relación a lo indicado “ut supra”, no debe perderse de vista que el convenio adicional de fs. 09/12, cuya nulidad se requiere en cuanto habría generado beneficios incausados al actor, no puede desgajarse del contrato de fs. 03/05, ya que expresamente se refirió en la cláusula primera (ver fs. 09) que C. reconoce en forma expresa su incumplimiento a lo pactado en la cláusula especial segunda del mentado contrato respecto a que no hizo entrega en debido tiempo y forma del inmueble

adquirido por M. dado que no se había finalizado la construcción del mismo. A ello debe agregarse que en la cláusula novena las partes acordaron, para su interpretación, que el citado convenio es una continuación del suscripto el 19/01/05 (ver fs. 11). Debe recordarse que, de acuerdo a la citada cláusula especial segunda (ver fs. 04), la entrega debía realizarse en un plazo de ciento veinte días, esto es el 19 de mayo de 2005, con una tolerancia de treinta días más, esto es el 19 de junio de 2005. El acuerdo conciliatorio cuya nulidad se pretende es de fecha 15 de junio de 2006, lo que significa que había transcurrido casi un año desde el vencimiento del plazo de entrega acordado. La circunstancia apuntada resulta relevante por cuanto la apelante fundamentó -ver fs. 375, 2do. párrafo- su argumento de la desproporción entre las prestaciones en que M. recibió por el atraso mejoras adicionales tasadas en $ 28.000 los que compara con los $ 15.000 que abonó el actor al 19/01/05 como diferencia de precio entre ambos inmuebles (ver fs. 03, cláusula segunda). Por lo tanto el supuesto beneficio incausado que alega no es tal toda vez que compara valores sin tomar en cuenta el transcurso del tiempo que debió esperar el actor para recibir la posesión del inmueble vendido, que tampoco fue entregado un año después del plazo convenido, sino recién el 13 de noviembre de 2006, sin que estuviera completamente finalizada la construcción comprometida (ver acta de posesión de fs. 23).----------

----Por lo demás, el argumento de la desproporción de las prestaciones y el consecuente beneficio incausado para el actor, fue argüido con fundamento en el menor valor del inmueble entregado por M. debido a las deficiencias detectadas en el mismo (ver nuevamente fs. 375, 2do. párrafo). Y al respecto ha quedado explicitado en el considerando anterior que dichas deficiencias no eran ocultas y que en todo caso debieron ser advertidas por el demandado, por lo que no pueden ser esgrimidas a los fines de justificar una desproporción que no resulta acreditada. Debe recordarse, amén de lo expuesto, que la desproporción debe existir al tiempo del contrato, y reitero, al tiempo del contrato cuya nulidad se requiere -acuerdo conciliatorio de fs. 09/12-, ya había transcurrido casi un año de mora por parte del demandado en la entrega del bien comprometido, por lo que resulta falaz la comparación de los $ 28.000 en mejoras adicionales con los $ 15.000 abonados casi un año y medio antes. Es así que concluyo que no le asiste razón a la apelante en cuanto que considera acreditada la desproporción de las prestaciones, elemento objetivo del vicio de lesión previsto en el art. 954 del C. Civil. ----------

----En cuanto al elemento subjetivo, lo identifica en el estado de necesidad en el que se encontraba por tener comprometido en venta a S. el inmueble entregado por M., dado que el crédito bancario a favor de la misma vencía el 15/06/06 (ver fs. 374 vta., antepenúltimo párrafo). Al respecto es cierto que la fecha de escrituración del inmueble vendido por M. a favor de S. fue la misma que la del acuerdo conciliatorio (15/06/06, ver fs. 09 y 93). Sin embargo dicha circunstancia no es demostrativa “per se” del estado de necesidad que alega C. En primer lugar, en consideración que no fue objetada por la

apelante, el juzgador fue claro en afirmar que *"...no surge de la causa que se haya requerido al Sr. M. que formule la escritura traslativa de dominio, con anterioridad de la fecha que surge del "Acuerdo Conciliatorio" firmado el 15 de junio de 2006 y que luce a fs. 9/13, cuyas firmas fueron certificadas por escribana, donde se fijó la fecha para la escrituración para el 15 de junio de 2006 a las 11:00 horas en el B. R. d. l. P., sito en la calle R. ***, y sobre ello ninguna cuestión se ha introducido respecto a que en la fecha pactada no haya el Sr. M. otorgado la escritura traslativa de dominio"* (ver sentencia a fs. 349 vta., 1er. párrafo). Esto contradice lo apuntado por la apelante respecto a que M. se aprovechó de la supuesta necesidad de C. por el crédito bancario en favor de S. para obtener ventajas en el acuerdo de fs. 09/12. Es más, si realmente M. hubiera querido obtener alguna ventaja de la supuesta situación de necesidad de C., no habría escriturado el inmueble a favor de S. -lo que se concretó el 15/06/06 (ver fs. 93)- hasta que se escriturara el adquirido por él a su favor -lo que se efectivizó el 13/11/06 (ver fs. 25)-. ----------

----Cabe señalar que el vicio de lesión radica en la explotación de la situación de desventaja en que se encuentra el lesionado. Este aprovechamiento constituye un acto contrario a la buena fe y uno de los aspectos centrales del instituto de la lesión subjetiva, pues el solo estado de inferioridad de la víctima no basta para caracterizarlo. Siempre la explotación constituye, por lo menos, un aprovechamiento pasivo, caracterizado por el conocimiento que el lesionante tuvo del estado deficitario de la parte contraria, que puede llegar a no caracterizar el dolo que define el art. 931 del C. Civil. La presunción antes referida importa que ante la existencia de una notable desproporción de las prestaciones se presume la explotación antedicha (conf. Brebbia, en Bueres-Highton: "Código Civil y normas complementarias...", Ed. Hammurabi, 1998, Tº 2B, op. cit., págs. 606/607). Sin embargo en la especie, al no haberse acreditado la desproporción de prestaciones denunciadas no se presenta tal presunción, correspondiendo desestimar sin más el agravio, ya que al no haberse acreditado el elemento objetivo queda descartada la existencia del vicio de lesión. ----------

----Sólo agregaré a título *obiter dicta* que la norma del art. 954 del C. Civil distingue conceptualmente entre explotación (circunstancia que afecta al lesionante) y situación de inferioridad (necesidad, ligereza o inexperiencia) particular de la víctima del acto lesivo, los cuales resultan elementos inconfundibles e independientes entre sí, ya que puede existir un estado deficitario del lesionado sin que haya mediado aprovechamiento indebido por el otro contratante (conf. Brebbia, en Bueres-Highton, op. cit., ídem, pág. 608). Y concretamente con relación al estado de necesidad que aquí se alega, el mismo se evidencia en las circunstancias exteriores en que se encuentra sumida una de las partes en el momento de la realización del acto, que pueden colocarla en una situación de penuria que limite o anule su libre voluntad (conf. Brebbia, en Bueres-Highton, op. cit. ídem , pág. 611). Asimismo se ha caracterizado al estado de necesidad que se exige en el vicio de lesión como una situación de angustia o de agobio, derivada de la

carencia de los medios elementales para subsistir, de lo imprescindible o necesario, teniendo en consideración las circunstancias propias de cada persona. El derecho, en este punto, contempla los casos en que una de las partes se ha visto obligada a contratar por causa de un peligro para su vida, su salud, su honor, su libertad, siempre que simultáneamente, la otra parte haya aprovechado o explotado ese estado de necesidad, obteniendo la ventaja patrimonial desproporcionada, excesiva (conf. Belluscio-Zannoni, op. cit., 1982, Tº 4, págs. 369/370). En la especie la demandada no ha acreditado dicho estado de necesidad, ya que fundamenta el mismo en que como mandatario de Sylva quería evitar una probable demanda de parte de ésta. La eventual situación de apremio que relata no puede compararse con un real estado de necesidad, ya que la posibilidad de ser demandado por la actividad profesional que desempeña, recordemos que el demandado es agente inmobiliario, no importa un real estado de necesidad, amén de que como hombre de negocios cuenta con una práctica y experiencia mayor que el resto de las personas respecto a los avatares que se pueden suscitar en la compra y venta de inmuebles. Resta por añadir, una vez más, que el convenio de 09/12 es continuación del de fs. 03/05, habiendo transcurrido entre ambos casi un año y medio, tiempo suficiente para que pudiera prever y tomar los recaudos necesarios a fin de hacer frente a las prestaciones que asumiera en el primer contrato, dado que el segundo convenio es consecuencia del incumplimiento de las mismas. ------

----Todo lo expuesto resulta suficiente a fin de desestimar el agravio relativo al rechazo de la nulidad con fundamento en el vicio de lesión. En cuanto a que el juzgador no se expidió concretamente respecto a la petición basada en la existencia de enriquecimiento incausado, como lo señala la apelante (ver fs. 374 “in fine”/vta., 1er. párrafo), ante la conclusión, que aquí se confirma, respecto a que no se acreditó la desproporción entre las prestaciones pactadas, se descarta la existencia del enriquecimiento sin causa indicado. En consecuencia de lo dicho propongo al acuerdo la desestimación del agravio analizado. ----------

----4) Seguidamente la recurrente plantea, como agravio en forma subsidiaria, que se morigeren las multas inmorales, señalando que la multa de $ 500 diarios con un interés mensual del 3% capitalizable por igual período es de una inmoralidad palmaria lo que se vincula con el beneficio incausado obtenido por el actor. Cita jurisprudencia y vuelve a mencionar valores que representarían, según su óptica, una desproporción entre las prestaciones pactadas (ver fs. 375 vta./376, pto. 2.5). La propia apelante señala que reitera lo solicitado en el apartado 3.3 de la reconvención (ver fs. 375 vta., pto. 2.5, 1er. párrafo), donde se limitó a citar jurisprudencia esclarecedora sobre el tema de las multas abusivas lo que denota la desproporción de las prestaciones -con cita del art. 954 del C. Civil-, y a renglón seguido transcribe diversos antecedentes jurisprudenciales (ver fs. 117, pto. 3.3), mas sin relacionarlos concretamente con el caso en estudio ni explicando los motivos por los que considera abusiva la cláusula penal pactada. Y la misma insuficiencia cabe señalar respecto del agravio planteado ya que se vuelve a

citar jurisprudencia y también doctrina, y a hacer referencia a la desproporción de las prestaciones y al aprovechamiento del estado de necesidad, circunstancias estas últimas que fueron examinadas en el considerando precedente y merecieron su desestimación.----------

----A lo apuntado resulta pertinente recordar que carece de contenido la expresión de agravios que transcribe textualmente la opinión de autores y fallos jurisprudenciales sin vincularlos a los hechos que los motivan (conf. CN. Civ., Sala A, 23/4/81, LL, 1981-C-280; íd., Sala D, 12/9/79, ED, 86-442; CN. Com., Sala C, 29/2/80, ED, 88-421); así como la que reitera argumentos esgrimidos en anteriores presentaciones (conf. CNFed. Civ. y Com., Sala III, 6/9/91, LL, 1992-A-84). Basta con lo indicado para declarar la deserción parcial del presente agravio, mas agregaré que en el antecedente de esta sala que se cita en la queja (conf. CANE, sala “B”, SDC Nº 30/07, del 28/09/07), se consideró ajustada a derecho una morigeración de la cláusula penal diaria a un valor representativo del 5% de la indemnización debida. En la especie, si se considerara solamente el valor de la diferencia entre los inmuebles de $ 15.000 que abonara el actor en el contrato de fs. 03; los $ 500 diarios pactados en la cláusula quinta del acuerdo conciliatorio (ver fs. 10) representan el 3,3% de dicho valor. Y ello sin contemplar que la cláusula penal se pactó un año y medio después de la obligación original y que en realidad el valor del contrato es mayor que la suma de $ 15.000 mentada, ya que a esta última asciende la diferencia entre los inmuebles “permutados”. ----------

----Vinculado a este agravio se encuentra el siguiente, donde la quejosa denuncia que el sentenciante habría incurrido en “ultra petita”, ya que en sus considerandos manda liquidar la multa conforme a la cláusula quinta con interés punitorio y en la parte resolutiva se adiciona el interés bancario compensatorio cuando en la demanda se pide adecuación del art. 953 del C. Civil (ver fs. 376, pto. 2.6). Sobre el particular cabe señalar que en los considerandos el juzgador acogió la suma de $ 28.000 con un interés a calcular conforme la cláusula quinta del “Acuerdo Conciliatorio” (ver sentencia a fs. 353 vta. “in fine”/354, 1er. párrafo), lo que representa un 3% mensual (ver fs. 10, cláusula quinta). Ahora bien, en la parte resolutiva existe una discordancia con lo anterior ya que se condena a la suma referida con más la tasa de interés que publica el Banco del Chubut S.A. para sus restantes operaciones de descuento de documentos comerciales (ver sentencia a fs. 354 vta., pto. I). Más allá de la contradicción, al parecer involuntaria, entre los considerandos citados y la parte resolutiva por las distintas tasas establecidas, no se ha incurrido en “ultra petita” por cuanto el juzgador no condenó a abonar el capital reclamado más ambas tasas de interés, esto es, el 3% mensual pactado y la tasa activa del banco provincial oficial, sino que en la parte resolutiva se sustituyó la primera por la segunda. ----------

----Dicho lo anterior, y más allá de que en principio cabe atenerse a lo establecido en la parte resolutiva, en aplicación del principio de la prohibición de la *reformatio in peius* en virtud del cual, a falta del recurso del contrario no se puede empeorar la situación del

recurrente (conf. CSJN, 3/3/81, LL, 1982-B-103; SCB, 01/05/75, LL, 1975-C-390), es notorio que la tasa activa promedio del banco provincial resulta inferior a la del 3% mensual. En consecuencia, debe considerarse la dispuesta en la parte resolutiva del fallo. ----------

----En definitiva, postulo al acuerdo el rechazo de los dos agravios examinados en este considerando, relativos a la abusividad de la multa y a la tasa de interés sobre la misma.----------

----5) Resta tratar las dos últimas quejas. La que se desgrana a fs. 376, pto. 2.7 se refiere a la excepción de incumplimiento planteada en virtud de la entrega del inmueble de manera defectuosa por parte del actor. Este agravio ha devenido vacío de contenido, ya que su procedencia está sujeta al acogimiento de los agravios examinados en el considerando segundo, esto es, los relativos a los vicios ocultos y a la condición de constructor atribuida al demandado. Por lo tanto al rechazarse tales agravios, nada cabe resolver respecto a esta queja que trata sobre los mismo puntos.----------

----Finalmente la apelante recurre la imposición de costas por cuanto considera que la demanda prosperó en un 52%, debiéndose readecuar la imposición en base a dicha proporción (ver fs. 376, pto. 2.8). Es de hacer notar que en el decisorio se impusieron las costas por separado respecto de la demanda y de la reconvención (ver sentencia a fs. 354, pto. VIII), aspecto sobre el cual no existe agravio. Como la queja versa sobre la imposición de costas de la demanda, cabe apuntar que respecto de dicha acción, las mismas fueron distribuidas en el orden causado, esto es, que cada parte se hace cargo de los honorarios regulados a su letrado (ver sentencia a fs. 354 vta., pto. III). Y como se reguló en mayor valor al letrado del actor que al del demandado (ver sentencia a fs. 354 vta., pto. IV), lo requerido en cuanto a que se distribuyan las costas en un 52% a su parte -y por lógica consecuencia se infiere en un 48% al actor-, lejos de beneficiarlo, perjudica al demandado, por lo tanto la demandada carece de interés en el planteo por falta de agravio. ----------

----Al respecto cabe recordar que el interés que justifica la apelación surge del agravio o gravamen que la resolución recurrida ocasiona a la parte recurrente. El agravio es el perjuicio que la resolución causa al recurrente; y la existencia de este agravio y la posibilidad de su reparación a través del recurso de apelación es lo que determina el interés del apelante en ese recurso; por ello, ha dicho C. que entre el agravio y el recurso media la diferencia que existe entre el mal y el remedio. O sea, existe causa para la apelación cuando hay interés del recurrente en apelar por haber sido “perjudicado” por la sentencia contra la que se recurre. Por ello, entonces, se ha señalado que así como el “interés” es la medida de la acción, el “agravio” es la medida de la apelación; y que la resolución que satisface el propio interés es, en principio, irrecurrible; al igual que aquella que no causa ningún perjuicio al apelante (conf. Loutayf Ranea, Roberto G.: “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, 2009, Tº 1, pág. 214).----------

----Por último resta aun tratar la apelación de la regulación de honorarios que dedujera la demandada a fs. 361, entendiéndose que los apela por altos. Al respecto, dada la imposición de costas en el orden causado respecto de la demanda, la queja sólo puede comprender los honorarios regulados a su letrado y a la perito, los que examinados en sus porcentuales -8% más el 40% y 3%- no resultan excesivos teniendo en cuenta el resultado del pleito y las labores que desempeñaron. Y en cuanto a la reconvención, cuyas costas fueron impuestas a la apelante en forma exclusiva, tampoco cabe considerar los mismos porcentajes como excesivos, y otro tanto corresponde señalar con relación a los honorarios del letrado del actor, ya que al ser establecidos en un 12% más el 40% por mandato, se encuentran apenas por encima del mínimo de la escala del art. 6 de la ley arancelaria. Por lo razonado es que postulo el rechazo del recurso aquí tratado. ----------

----En definitiva, por los motivos expuestos, postulo también el rechazo de este último agravio examinado. ----------

----III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme el fallo apelado en todo lo que ha sido materia de agravios.----------

----Las costas de esta instancia, por aplicación del principio objetivo de la derrota (conf. art. 69 del CPCC), se imponen a la apelante vencida. A dicho efecto, atento la extensión y mérito de los trabajos realizados en esta sede, así como el resultado obtenido, encuentro razonable regular los honorarios del letrado apoderado del actor, Dr. D. E. F., en un 30%; y los del letrado apoderado del demandado, Dr. J. J. O., en un 25%; en ambos casos sobre lo que les fuera establecido en la instancia anterior, con más el IVA pertinente (conf. arts. 5, 8, 13, 46 y concs. de la ley XIII Nº 4, y leyes 23349 y 23871).---

----Voto entonces a esta cuestión POR LA AFIRMATIVA.----------

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

----Han interpuesto recurso de apelación la parte actora (fs. 359) y la parte demandada (fs. 360) en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 342/355) por el cual se hiciera lugar parcialmente a la demanda por daños y perjuicios incoada por el Sr. N. M. en contra del Sr. A. H. C., condenándose a este último a que en el plazo que se fija, le abone al actor la suma de $ 28.000, con más los intereses que se indican. Todo ello con la atribución de costas por el orden causado. Asimismo, se rechaza la reconvención deducida por el mencionado demandado en cuanto pretendiera la compensación de mayores costos asumidos y el beneficio sin causa recibido por el actor, con costas a cargo del demandado reconviniente.----------A fs. 361, la parte demandada apela los honorarios regulados a los letrados intervinientes.----------

----A fs. 371/376 vta., luce agregado el escrito de expresión de agravios de la parte demandada.----------

----Ordenado su traslado a la contraria (fs. 377), éste fue contestado mediante escrito que se encuentra glosado a fs. 378/379 vta. ----------

----A fs. 382, se halla la sentencia interlocutoria registrada bajo el número 054 del

protocolo respectivo de este Tribunal, por la cual se declara la deserción del recurso de apelación interpuesto por la parte actora.----------

----I.- La reseña de los agravios y de la contestación que merecieran los mismos ha sido realizada con suficiencia y claridad por el colega de sala que me precede en la votación, Dr. De Cunto, por lo que a ella me atendré a efectos de evitar repeticiones estériles.-----

----En cambio sí resulta útil identificar cuáles son los motivos de cuestionamiento que se han dirigido al fallo. Éstos son, a saber: 1) la extinción de las multas por recepción del cumplimiento del principal sin reservas; 2) de los vicios ocultos y "ocultados" al momento de contratar; 3) calidad de constructor que se le atribuye; 4) lesión –por error y necesidad- y el enriquecimiento incausado que indica seriamente un estado de inferioridad; 5) multas excesivas; 6) denuncia de incurrir en un pronunciamiento *"ultrapetita"*; 7) rechazo de la excepción de incumplimiento; y, 8) la condena en costas.--

----II.- En los límites prefijados por los motivos de agravio que se individualizaran precedentemente y atendiendo a la contestación que a ellos efectuara la parte actora, estimo conveniente ingresar a su análisis siguiendo, en lo posible, la misma cronología con la que fueran planteados por la demandada recurrente, haciéndolo en conjunto con aquellos que la conexidad y/o continencia de su materia así lo permita.----------

----1) **Extinción de las multas por recepción del cumplimiento del principal sin reservas:** El demandado recurrente postula como fundamento de este agravio que no pueden admitirse las multas que se acordaran a los fines de la escrituración, a las que califica como obligación accesoria, sin que se hubiera hecho reserva de su posible reclamo al escriturar y recibir la posesión, ni tampoco al requerir la terminación de la obra. Añade que como la cláusula penal tiene carácter indemnizatorio, el acreedor sólo puede reclamar la obligación o la pena, pero no ambas cosas a la vez (Vide: escrito de expresión de agravios, puntos 2.1-A y 2.1-B –fs. 371 y 372-).----------

----Considero relevante advertir desde ahora que el juzgador de grado apuntó desde el comienzo de su desarrollo motivacional que no se encuentra controvertido en este proceso ni la existencia del contrato de permuta de inmuebles obrante a fs. 3/5, ni tampoco que tal negocio jurídico no se cumplió en tiempo oportuno. Asimismo, se indicó que, del mismo modo, no se encuentra controvertida la existencia del "acuerdo conciliatorio" obrante a fs. 8/12 (Vide: considerando I –1er. párrafo de fs. 345 vta.-).------

----Y estimo en extremo relevante ello, toda vez que tal circunstancia impone remitirse a los términos de tales instrumentos para elucidar en concreto qué es aquello que se pactara con relación a la multas bajo cuestión (Conf.: arts. 1.137, 1197 y conc. del Código Civil).----------

----En tal sentido con amplitud y absoluta corrección bien apuntó ya el Dr. De Cunto, lo siguiente: que mediante el acuerdo conciliatorio el demandado reconoció el incumplimiento de la cláusula especial 2ª del contrato de permuta, puesto que en términos que acordaran los contratantes que ahora son parte de este pleito, se expuso textualmente que, a la fecha de su suscripción, el Sr. C. *"…no ha hecho entrega en*

debido tiempo y forma el inmueble adquirido por el comprador por no haberse finalizado la construcción del mismo…" (Vide: cláusula 1ª del acuerdo conciliatorio –fs. 9-).----------

----Asimismo, por la cláusula 2ª de dicho acuerdo conciliatorio se estableció un plazo de cuarenta y cinco (45) días para que C. hiciera entrega del inmueble comprometido en condiciones de habitabilidad. Dicho plazo comenzaba a correr desde la fecha de suscripción del aludido acuerdo (15/06/2006).----------

----Que, por cláusula 3ª, el Sr. C. también se obligó *"…como indemnización por el tiempo transcurrido sin que el Sr. M. haya podido usar y disfrutar del inmueble por él adquirido,…"* (Sic), a realizar –sin costo alguno para el comprador- mejoras que se individualizan a continuación. De dichas mejoras, algunas (las indicadas bajo las letras a, b, c, d, e, f, g y h de la cláusula anterior) debían ser realizadas dentro del plazo de 45 días pactado en la cláusula 2ª. Y, otras (las indicadas bajo las letras i, j, k y l), se comprometía a ejecutarlas dentro de los 30 días corridos a computar desde que se cumpliera el plazo anterior (Vide: cláusula 4ª).----------

----Establecido todo ello, en la cláusula 5ª las partes pactaron como cláusula penal *"…Para el supuesto de que el Sr.* ***C. no finalizare los trabajos citados en la cláusula segunda y tercera dentro de los plazos estipulados en la cláusula anterior****…"* una multa diaria de $ 500 mientras dure la demora sin que el inmueble sea entregado por falta de terminaciones, con más un interés punitorio mensual del 3% sin perjuicio de los intereses moratorios que acuerdan que sea la tasa pasiva del Banco del Chubut *"…para sus operaciones de descuento de documentos."*(Sic)(¿? –no existe tal tasa pasiva así descripta-)(lo resaltado en negritas me pertenece)(Vide: fs. 10 vta.). ----------

----Y, en la cláusula 6ª los contratantes pactaron *" A fin de garantizar el fiel cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones asumidas por el SR. C., las partes acuerdan que en caso de producirse la mora en la entrega de la vivienda al Sr. M., el vendedor abonará, previa constitución en mora para que en el término improrrogable de dos (2) días cumpla con su obligación, la suma de pesos veinticinco mil (25.000) en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados…"* (Sic). En la misma cláusula las partes supeditaron la indemnización a que el avance de las terminaciones y mejoras no superasen el noventa ciento (90%), indicando expresamente que si superaren dicho porcentual sería *"…aplicable únicamente la multa fijada en concepto de mora por cada día de atraso."* (Sic).----------En la cláusula 7ª, establecieron que sin perjuicio de lo acordado en la cláusula anterior, que el Sr. C. entregaba al Sr. M. un poder especial, irrevocable y póstumo, facultándolo a escriturar a su favor la unidad funcional N° 4 del edificio "Portal del Sol IV". Se indica en esta cláusula que dicho poder especial queda sin efecto cuando *"…a) se haga entrega dentro de los plazos fijados en la cláusula cuarta del inmueble en las condiciones oportunamente especificadas; o b) se suscriba la correspondiente escritura traslativa de dominio del inmueble adquirido por el Sr. M…"* (Sic).----------

----Destaco, asimismo, que en la cláusula 9ª, que entre las pautas de interpretación del

acuerdo, se encuentra la individualizada bajo la letra c) que establece concretamente que la cláusula penal convenida en la cláusula 5ª es independiente de la fijada en la 6ª, **especificándose que la primera se devengará hasta el día en que el Sr. M. suscriba la escritura traslativa de dominio del inmueble a su favor**. Y, a continuación, en la letra d) se precisa que en el supuesto de ser de aplicación la cláusula 6ª, los montos que surjan de la aplicación de la cláusula 5ª, deberán ser sumados a dicha indemnización (Vide: fs. 11 "in fine" y vta.). ----------

----Pues bien, aunado a todo ello el Sr. Juez a quo hizo referencia también al "Acta de Posesión del Inmueble - Entrega de llaves" glosado a fs. 23 y vta., destacando que se dejó constancia en dicho acto que *"…la recepción del inmueble por parte del Sr. M. y/o su entrega por parte del Sr. C.,* ***ni implica, bajo ningún concepto, reconocimiento y/o renuncias de derechos que le asistan a las partes por incumplimientos contractuales que hayan surgido de las firmas de los contratos y convenios celebrado entre ellos****. Implicando esto, la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria a los efectos de hacer valer los derechos que estimaren corresponder."* (Sic)(Vide: cláusula tercera –fs. 23- y considerando IV –fs. 347 vta. "in fine"-)(El énfasis en negritas me pertenece). ----------

----Luego de transitar por otras cuestiones y ya refiriéndose a la pretensión de resarcimiento por daños y perjuicios, previo desarrollo argumental que se expone, el juzgador de grado concluyó que el demandado incumplió con el segundo plazo de entrega del bien inmueble comprometido. Para arribar a tal resultado invoca particularmente el instrumento de fs. 9/12 –acuerdo conciliatorio- y la misiva de fs. 22 –por la que se lo intimara al demandado a que escriture el inmueble en cuestión- (Vide: considerando VII, 3er. y 4to. apartados de fs. 352 vta.). ----------

----De tal manera observo que el incumplimiento al que aludiera el juzgador se encuentra estrictamente vinculado más a la temporalidad –tardanza- que a la sustancia –calidad o bonanza o completitud- de la prestación comprometida a su cargo. Es decir, corresponde poner de realce por su trascendencia en la elucidación del presente agravio que el incumplimiento asignado al demandado aquí recurrente lo fue respecto del tiempo en el que se había obligado a cumplir con su obligación de entregar la posesión y de escriturar el inmueble a favor del actor, puesto que ya habiendo vencido largamente los plazos de prórroga que de común acuerdo establecieran al suscribir el denominado "Acuerdo conciliatorio", cuyas cláusulas ya se han transcripto en lo principal *"supra"*, constituye un dato o circunstancia fáctica indiscutible en la especie y respecto de la cual ninguna mención efectúa el pretenso recurrente al tiempo de intentar sostener el presente agravio. Es decir, tengo para mí, que su mora en cumplir con la entrega del inmueble -por falta de ejecución de las terminaciones a las que se obligara- produjo el devengamiento de las sumas fijadas en concepto de cláusula penal por todo el lapso que transcurriera entre el vencimiento del plazo de prórroga acordado y la fecha de entrega y escrituración del inmueble.----------

----Y, en tal sentido nótese que el judicante estableció que por la fecha del cumplimiento de las prestaciones comprometidas (entrega en posesión del inmueble y su escrituración), ambas ocurridas recién el 23/11/2006 (Víde: documental de fs. 23 y vta.; y, escritura de fs. 25/28), implicó que el lapso de la mora se extendió durante 56 días, computado desde el vencimiento del plazo pactado para el cumplimiento de tales prestaciones de dar y hacer antedichas y su efectivo cumplimiento, sin merecer tal afirmación sentencial. Y ello resultó dirimente para concluir sobre la aplicabilidad de la cláusula penal pactada por las partes sin merecer, repito, el más mínimo cuestionamiento. Al menos no del modo concreto y razonado como lo exige hacerlo el código del rito. ----------

----Apuntaré que, por lo demás, la aserción pretensamente impugnativa centrada en postular que al tiempo de la escrituración el actor no habría hecho reserva de reclamar por la mentada cláusula penal, y que tampoco lo habría hecho luego al tiempo de intimar a la terminación de la obra por carta documento del 27/11/2006, desatiende de un modo grosero, si se me permite la expresión, que de los términos con los cuales se pactara dicha cláusula penal no surge que la misma estuviera vinculada exclusivamente al acto de escrituración. Pero, además, apunto que el silencio aducido tampoco puede entenderse como una manifestación tácita de la voluntad en el sentido de renunciar al crédito nacido del devengamiento de la cláusula penal de mentas a partir de fenecido el plazo cierto pactado para el cumplimiento. Ello así, puesto que basta con remitirse a lo dispuesto por el art. 919 del Código Civil para descartarlo. Adviértase que al aludido silencio en el acto de escrituración del inmueble no puede asignársele efecto jurídico alguno desde que, no solo que el actor no se encontraba obligado a manifestarse en relación al crédito que ya se devengara a su favor por el lapso de la mora en la que incurriera su contraparte contractual, sino que además, nada hace presumir que a través de dicho silencio en relación a la cláusula penal se pudiera entender que se hubiera manifestado una voluntad discordante con su expresa manifestación precedente o más aún, concomitante. Nótese en tal sentido que en la misma fecha (13/11/2006) en la que se escrituró el inmueble, las partes suscribieron un “Acta de posesión de inmueble – entrega de llaves”, donde en su cláusula tercera expresamente se estipuló que *“Se deja constancia que la recepción del inmueble por parte del Sr. M. y/o su entrega por parte de C.,* ***no implica, bajo ningún concepto, reconocimientos y/o renuncias de derechos que le asistan a las partes por incumplimientos contractuales que haya surgido de las firmas de los contratos y convenios celebrados entre ellos****. Implicando esto, la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria a los efectos de hacer valer los derechos que estimaren corresponder…”* (Sic)(Vide: fs. 23)(El énfasis me pertenece). ----------

----Adviértase por otro lado que de la lectura de los términos en los que fuera redactada la cláusula quinta del acuerdo conciliatorio surge que la operatividad de la cláusula penal que contiene, en puridad, se vinculaba o se encontraba “atada” a la finalización

de los trabajos comprometidos por C. –citados en las cláusulas 2ª y 3ª- en los plazos estipulados –en la cláusula 4ª-. En realidad puede inferirse que tal finalización en el tiempo pactado de los trabajos comprometidos por el demandado, a su vez, era el hito al que se encontraba supeditada la entrega en posesión del inmueble, desde que en la cláusula quinta bajo análisis se estableció que se devengaría la multa diaria fijada en $ 500 *"…por cada día que transcurra* ***sin que el inmueble sea entregado por falta de terminaciones****…"* (Sic) (Lo destacado en negritas me pertenece)(Vide: acuerdo conciliatorio –fs. 10-). ----------

----En síntesis, entonces, lejos se encuentra el supuesto planteado en esta litis de constituirse, como lo postula el recurrente, en uno de aquellos casos en los que, por el cumplimiento de la obligación principal, no proceda la obligación accesoria derivada de la cláusula penal situación a la cual refieren los antecedentes jurisprudenciales citados. Y tampoco se pueden emparentar o confundir la cláusula penal pactada en la cláusula 5ª con la cláusula penal contemplada por los contratantes en la cláusula 6ª para otra situación, al punto que explícitamente así lo indicaron a los fines de la correcta interpretación de lo acordado en la cláusula 9ª, apartado "c" (Vide: acuerdo conciliatorio –fs. 10 y vta.; y, 11 y vta.-). Adviértase que la cláusula penal prevista en la cláusula 6ª se supeditó la operatividad o vigencia de la multa pactada en una suma indemnizatoria preestablecida ($ 25.000) a un porcentual de ejecución de las terminaciones y mejoras, que superado la excluía, razón por la cual el juzgador de grado, atenido a lo dictaminado por la perito arquitecta (Vide: pericial de fs. 231 "in fine"), desestimó la pretensión actoral dirigida a obtener su cobro; sino también, por cuanto también de modo expreso las partes acordaron al tiempo de suscribir el acta de posesión del inmueble y entrega de las llaves del inmueble *"…que la multa establecida en la cláusula sexta, queda sin efecto toda vez que se ha procedido a la entrega del inmueble, sin perjuicio de las terminaciones que faltaren realizar…"* (Sic)(Vide: fs. 23 "in fine").----------

----Se ha dicho en esta tesitura que es lógico que tratándose de un derecho excepcional del acreedor se interprete a la cláusula penal con carácter restrictivo. Y, como consecuencia de ello es que si se pacta una cláusula penal para el cumplimiento, no pueda trasladársela para la simple demora, lo que no impide que, a la inversa, la multa por la demora pueda aplicarse al incumplimiento, si el resarcimiento por esto último es menor al importe de aquella (Confr.: Borda, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Ed. La Ley, año 2008, T. I, pág. 217, n° 190; Llambías, Jorge J. "Obligaciones", T. I, n° 321, f, pág. 429; Ameal - Lopez Cabana y Zannoni, en "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", dir. por Belluscio y coord. por Zannoni, Ed. Astrea, año 1981, V. 3, pág. 205, & 7, letra f).----------

----Pues bien, obsérvese que esto último es aquello que fuera ideado y literalmente acordado por los contratantes al establecer entre las pautas de interpretación del acuerdo conciliatorio que fijaran en la cláusula 9ª, que la aplicación de la cláusula quinta, de superar el monto establecido por la cláusula sexta, los importes que

resultaren de aquella debían sumarse a la indemnización prefijada en la subsiguiente (Vide: fs. 11 vta.). ----------

----Desde otra óptica, en relación a la naturaleza indemnizatoria de la cláusula penal debo decir que ello resulta indisputado en la doctrina y jurisprudencia, aunque en verdad cabe señalar que no es la única ni la principal función que ésta cumple. Ello así por cuanto, si bien esta naturaleza resarcitoria se encuentra informada por la connatural finalidad práctica perseguida por las partes que la acuerdan, tendente a convenir anticipadamente la cuantía del daño que pudiera sufrir el acreedor ante el incumplimiento de la obligación principal con beneficio para ambas partes contratantes, ello no agota su contenido finalista y/o su funcionalidad. La indicada finalidad práctica se logra tanto en beneficio del acreedor, por cuanto se fija la cuantía del daño eximiéndolo de la carga de demostración no solo de la existencia del daño sino de la prueba de su entidad a los fines de determinar su cuantía. Como así también para el deudor, por cuanto la estipulación antedicha, le asegura que su responsabilidad derivada de su incumplimiento se limitará al monto establecido como pena sin arriesgar su situación patrimonial en el supuesto de tener que afrontar la reparación de un daño desmesurado. Empero, como lo adelantara, su función no representa su función principal, a pesar que lo resarcitorio tiene en miras sus efectos ante el incumplimiento, puesto que no puede soslayarse la función o finalidad connatural a la concertación de la cláusula penal, cual es, su función conminatoria o compulsiva al cumplimiento de la obligación principal pactada, en cuanto importa una amenaza de agresión patrimonial que opera como un estímulo para el deudor tendente a lograr el cumplimiento por parte de éste de la obligación principal (Confr.: Bueres-Highton, en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, T. 2-A, pág. 542, & 1, y jurisprudencia citada en nota n° 3; id., Cazeaux Pedro N.- Trigo Represas, Félix A., en “Derecho de las obligaciones”, Ed. La Ley, 4ª ed., año 2010, T. I, pág. 430/431, n° 326). ----------

----Pues bien, compartido con el recurrente que la cláusula penal que fuera incorporada al acuerdo conciliatorio por las partes reviste naturaleza indemnizatoria y no sustitutiva de la obligación principal, no es atendible su pretensión de que el cumplimiento –tardío- de su obligación principal pudiera fungir ahora como una suerte de “compensación” de tal incumplimiento moroso (Vide: punto 2.1. B del escrito de expresión de agravios –fs. 372 y vta.). Es que, insisto, si se coincide con el ahora demandado recurrente, que la cláusula penal pactada por éste con el actor tiene como función a desempeñar el papel resarcitorio por la demora imputable en la que incurriera en el cumplimiento de las obligaciones por él asumidas, indisputablemente ésta resulta acumulable al cumplimiento tardío de la obligación principal (Confr.: Borda, op. Cit., t. I, pág. 219, letra B, n° 197 y 198). ----------

----Para terminar y ya solo a título “*obiter dicta”* advierto que resulta un contrasentido con la tipología de la cláusula penal compensatoria aseverar que porque se cumplió con

la obligación principal no pueda exigirse el cumplimiento de la obligación accesoria. Y ello es así, habida cuenta que dicha tipología de cláusula penal “compensatoria” se estipula para el supuesto de inejecución absoluta, lo cual da lugar a que el acreedor pueda optar entre reclamar la pena o exigir el cumplimiento de la prestación, salvo que se hubiere convenido algo en contrario –como de hecho en la especie se lo hiciera en la cláusula penal acordada en la cláusula 6ª-. Claramente, a mi juicio, en la cláusula 5ª del acuerdo conciliatorio se pactó una cláusula penal moratoria, es decir se previó únicamente una indemnización a devengarse diariamente mientras durare el retardo en el cumplimiento. Y, en esta tipología el acreedor puede reclamar la prestación y además el pago de la pena moratoria (Conf. art. 659 del Código Civil) (Conf. Cazeaux Pedro N.-Trigo Represas, Félix A., en “Derecho de las obligaciones”, Ed. La Ley, 4ª ed., año 2010, T. I, pág. 431, n° 327; id., Kemelmajer de Carlucci, Aída, en “La cláusula penal”, Ed. Depalma, ed. año 1981, pág. 220 y sgtes., & 148 y & 149).----------

----Y, de tal manera, por las razones expuestas, propiciaré la desestimación del agravio bajo análisis. Así lo voto. ----------

----2).-; 3).-; y, 7) **De los vicios ocultos y “ocultados” al momento de contratar - calidad de constructor que se le atribuye – rechazo de la excepción de incumplimiento** En relación a los vicios “ocultos” y “ocultados” corresponde observar que éstos fueron denunciados ya al contestar la demanda para sostener tanto la *exceptio non adimpleti contractus*, como también, en apoyo de la reconvención por mayores costos afrontados con motivo de ellos (Vide: escrito contestatario, puntos 2.6, 3.1 y 4 –fs. 115 vta./116 vta.; y, 118-). ----------

----En relación a tal pretensión, el Sr. Juez a quo indicó, previo caracterizar y distinguir los vicios aparentes de los ocultos, que la vivienda que adquiriera el recurrente se encontraba en construcción, que no estaba terminada y que éste la recibió en el estado en que se encontraba. Añadió a tal circunstancia el carácter de empresario de la construcción que revestía –tal como se auto denominara el Sr. C. al contestar a la demanda-, lo cual dio lugar a que presuma el juzgador que contaba con los conocimientos técnicos especiales que le debieron haber permitido detectar, en tiempo oportuno, los vicios que denunciara recién al fundar su reconvención permitiéndole adecuar el contrato al momento de su concertación. Asimismo, descartó que pudieran alcanzar como justificaciones lo expuesto al tiempo de prestarse a la prueba confesional, en cuanto expresó básicamente que no pudo ver tales vicios por encontrarse la planta baja del inmueble lleno de cosas personales del actor y que carecía de luz para ver mayores detalles. De otro lado, valoró que de la pericia producida por la arquitecta designada en autos no surge que los vicios denunciados se trataran de los que antes caracterizara como ocultos a partir de no haber introducido tal punto de consulta el demandado excepcionante y reconviniente a pesar de ser éste un hecho cuya carga de acreditarlo pesaba sobre él. Todo ello para terminar concluyendo el Sr. Juez a quo en que *“…Considero que no puede invocar la garantía, ya que la ley*

no ampara al adquirente negligente, siempre y cuando por supuesto, que el enajenante no hubiere obrado con dolo o mala fe, lo que en autos no se encuentra acreditado, consecuentemente corresponde rechazar la excepción de incumplimiento en tratamiento…" (Sic) (Vide: considerando de fs. 350 "in fine" y 351).----------

----Pues bien, tal motivación que sintéticamente reseñara lejos estuvo de ser rebatida por el recurrente quien se remite a postular por caso, que el inmueble era usado como depósito por M., que había muchos muebles en el mismo que le imposibilitaron la inspección, lo cual lejos de cuestionar de modo concreto y razonado lo expuesto por el judicante viene a ratificar lo expuesto por él en cuanto indujo de tales circunstancias que fue negligente al recibir el inmueble sin haberlo examinado como debía. Apropiadamente señala el magistrado que me precede en la votación, Dr. De Cunto, que la propia caracterización de los vicios como "ocultados" da pie a entender que tal situación se debía a los muebles que depositara en actor en el inmueble lo cual no mengua en lo más mínimo la previsión exigible a toda persona que va a adquirir un bien, que le imponía solicitar que los mismos fueran removidos o derechamente sacados del lugar para permitirle examinarlo de modo tal que pudiera advertir los posibles vicios observables a simple vista o, inclusive, los denominados "ocultos" atento a su calidad de conocedor de la actividad de la construcción. Pero, cabe añadir al respecto que, aún cuando éstos vicios de construcción individualizados por el Sr. C. pudieran ser calificables como "ocultos" tal como se pregona al responder a la demanda, bien se señaló por el juzgador de grado que tal calidad de ocultos no fue debidamente acreditada en este proceso mediante la prueba pericial producida puesto que no integró tal interrogante a develar los puntos de pericia propuestos a la experta dictaminante.----------

----Y ante ello, merced a que acreditar tal circunstancia cualitativa vinculada al carácter aparente u oculto de los vicios constructivos que fueran denunciados, se constituyó en una carga probatoria que pesaba sobre el demandado reconviniente que tornó en insatisfecha. Habida cuenta de lo cual, muy poco cabe agregar respecto a las razones expresadas por el Sr. Juez a quo para concluir descartando que la garantía invocada pueda amparar a un adquirente negligente, por lo cual de tal manera, todas las alegaciones pretendidamente impugnativas que se enumeran en síntesis por el recurrente, en tanto que no contravienen lo argumentado por el juzgador, hace que tornen en firmes por consentidas al no merecer un concreto y razonado cuestionamiento que le permita a esta alzada ingresar siquiera al ejercicio de la función revisora que es connatural a esta segunda instancia, impedimento que proviene precisamente de carecer de la materia indispensable para ello, cual es el agravio formulado en los términos exigidos por el Código del rito (Conf. arts. 268 y 269 del C.P.C.C.).----------

----Muy poco puedo agregar al correcto señalamiento efectuado por el Dr. De Cunto, magistrado que me precede en la votación, en cuanto pone en el tapete que allende de

que observa que hubiera acontecido en la especie tal pregonada “descontextualización” en tren de intentar infructuosamente torcer la realidad procesal apuntada por el Sr. Juez a quo, consistente en que fue el propio demandado quien se auto atribuyó la calidad de empresario de la construcción –lo cual no implica que deba ejecutar la obra por sí mismo pudiendo contratar a terceros para ello-, lo cierto es que muy poco cambia tal situación el asignarse solamente la actividad de intermediación o corretaje inmobiliario lo cual exige, entre otras funciones, ponderar adecuadamente las calidades constructivas de los inmuebles sobre los que ejerce el comercio a los efectos de justipreciar su valor o tasarlos siendo, a tal fin, exigible el mismo deber de diligencia y cuidado que le permitiera visualizar apropiadamente el inmueble que se le mostraba para su inspección y, aún más, ante la situación de hallarse el inmueble ocupado con muebles, previo pedir su desocupación que le permita realizar una minuciosa inspección del inmueble que recibía como parte de la contraprestación objeto de la permuta, debió valerse de los oficios de un tercero profesional de la construcción como el Sr. M., persona ésta que el propio recurrente afirma haber contratado *“…para que lo asesore técnicamente en la recepción y construcción del inmueble que entregara M.…”* (Sic). Empero, hete aquí, que fue por la falta de diligencia que le era exigible al Sr. C., que éste se vio impedido de poder detectar aquellos defectos constructivos que indica como advertibles a simple vista según lo manifestara al prestar su declaración testimonial en autos. Y, esta última circunstancia caracteriza por sí sola como vicios aparentes algunos de los que se denunciaran al responder a la demanda, en tanto que ellos comprenden aquellos defectos que son cognoscibles por el adquirente, teniendo en vista la cosa que se trata y la práctica seguida en la vida de los negocios con referencia a las operaciones que sobre ella se verifican (Vide: escrito de expresión de agravios, punto 2.3 -fs. 373 vta. “in fine” y 374-) (Ver: testimonial del Sr. M. –fs. 249/251-).----------Estimo que la decisión en la especie, en torno a la calidad de un vicio como oculto o aparente depende de las circunstancias del caso en particular, revistiendo especial trascendencia el destino que el adquirente da a los bienes –en el caso el bien era recibido con la finalidad de transferírselo a terceros-. En tal sentido, es preciso tener en cuenta que si el comprador, mediante un examen atento y cuidadoso de la cosa, en la que forma que usualmente se practica por cualquier persona y máxime cuando quien lo realiza se dedica al corretaje inmobiliario, ha podido o no darse cuenta de la existencia de vicios; si ha podido conocerlos, aunque fuese valiéndose de terceros que lo asesorasen, el o los defectos deberá ser considerados aparentes, sin que la ignorancia personal pueda servir de excusa. ----------

----Apuntaré de mi cuño, sólo a mayor abundamiento, que podría señalarse en el mismo sentido desestimatorio tanto de la excepción como de la pretensión deducida mediante la reconvención planteada por el demandado recurrente sustentándose en los dicentes vicios “ocultos” o “ocultados” que, no hallándose controversia alguna en esta litis, en

relación de que éstos se tratarían solo de vicios o defectos que no aparejan ruina. Tal circunstancia excluye, por ende, toda posible idea de concurrencia en la especie de lo que se entiende hoy por “ruina”. Anoto para ponerlo en claro, que se debe distinguir apropiadamente entre vicios y la ruina. Los primeros consisten en falencias o defectos de la cosa, en cambio la ruina requiere que tales defectos tengan la potencialidad dañosa de provocar la destrucción total o parcial o hacer la obra inútil para su destino, condición *sine qua non* para aplicar el plazo de garantía y de prescripción previstos en el art. 1.646 del Código Civil. Hecha esta distinción, la denuncia de vicios –sean estos aparentes u ocultos- que no aparejen ruina, se encuentran atrapados en la solución general prevista por el art. 1647 bis del Código Civil para cualquier defecto que presentare el inmueble en construcción que fuera entregado al Sr. C., no siendo necesario que los mismos sean graves ni que haga la cosa impropia para su destino (Vide: Méndez Sierra, E., en “Extensión temporal de la responsabilidad por vicios ocultos en el contrato de obra”, en “Responsabilidad civil de la empresa”, publicada en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, ed. Panamericana, Santa Fe, año 1996, pág. 279/281, cit. por Hernández, Carlos A., en “El plazo de garantía y caducidad del artículo 1646 del Código Civil. Alcances y antecedentes históricos”, publicado en Rev. de Der. de Daños, “Responsabilidad de los profesionales de la construcción”, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2004-II, págs. 353 y sgtes., nota n° 70). ----------

----Establecido lo cual, se echa de ver que siendo de aplicación la última norma de cita, el dato fáctico relevante para poder computar el plazo de caducidad contemplado en dicha norma (60 días), en relación al ejercicio del derecho de denunciar la existencia de vicios ocultos, es el momento en que éstos fueron advertidos o descubiertos. Tal circunstancia o hito temporal que sirve de *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad aludido, en la especie puede ser identificado recién en la misma fecha en la que se escriturara el inmueble comprometido en la permuta por el Sr. M. (Unidad funcional dos del edificio construido sobre la parcela ** de la M. ** de Trelew)(Vide: escritura N° 117 –fs. 93/111-) y la firma del acuerdo conciliatorio, esto es, el 15 de junio de 2006. Ello así, por cuanto en dicha data se declara hacer la entrega en posesión de dicho bien. Pues, si se parte de dicha fecha que es la más próxima posible y soslayando que en dicha declaración se declama que tal posesión se venía ejerciendo desde antes, se tiene que con la carta documento remitida por el Sr. C. (Vide: C.D. 80620316 7, del 22/11/2006 –fs. 31-), en respuesta a una anterior misiva de intimación que le dirigiera la apoderada del actor (Vide: C.D. 76759232 1, del 11/11/2006 –fs. 22-), la denuncia hecha más de un año después de los dicentes vicios ocultos ya se encontraba alcanzada por los efectos extintivos debido a que ya había fenecido el plazo de caducidad legal para hacerla. ----------

----Preciso que para el correcto análisis de la cuestión se debe partir de la base que dicho plazo legal de sesenta días previsto por el art. 1647 bis del Código Civil es un

plazo de caducidad y no de prescripción. Y, para ello también se ha de contemplar las diferencias existentes entre ambos institutos, entre las que cabe mencionar a las siguientes: 1) la prescripción tiene vocación de generalidad, en tanto la caducidad se encuentra referida a ciertos derechos en particular; 2) la prescripción extingue la acción judicial correspondiente, dejando subsistente la obligación con carácter natural; en tanto que la caducidad hace fenecer el derecho; 3) la prescripción tiene siempre origen legal, y la caducidad, legal o convencional; 4) la prescripción está sujeta a causales de interrupción o suspensión, lo que en principio no se daría frente a plazos de caducidad; 5) la prescripción puede ser renunciada, en tanto que la caducidad es irrenunciable y puede y debe ser aplicada de oficio (Confr.: Llambías, “Tratado de Derecho Civil. Parte general”, Ed. Abeledo Perrot, año 1984, T. II, págs. 699/700; id., Borda, Guillermo a., “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, Ed. La Ley, 9ª ed., año 2008, T. II, pág. 114/115, & 6; ídem, Salerno, M. U., en “Prescripción liberatoria caducidad”, Ed. La Ley, año 2002, págs. 89 y sgtes.) (Ver en idéntico sentido: S.D.C., Sala A, N° 08/2009, in re: “Galarza, Silvana Ruth c/Rojas, Patricia Iris s/ Cumplimiento de Contrato”; id., S.D.C., Sala A, N° 02/2008, in re: “Brítez Cabrera c/ Kovak”, CANE). ----------

----En síntesis, como conclusión de todo lo que se viene de exponer, compartiré con el Dr. De Cunto, que corresponde tener por desierto los dicentes agravios que se han examinado por carecer los mismos de la materia crítica indispensable que permita ejercer la facultad revisora de esta alzada (Conf. arts. 268 y 269 del C.P.C.C.). Así lo voto. ----------

----4).- **Lesión –por error y necesidad- y el enriquecimiento incausado que indica seriamente un estado de inferioridad**: De la lectura del planteo impugnativo nominado en el epígrafe es necesario por razones de mejor orden tratar primero los argumentos relativos a la denunciada lesión subjetiva-objetiva con fundamento en el art. 954 del Código Civil, para luego hacerlo, de corresponder, con el planteo vinculado al también denunciado enriquecimiento incausado del actor el que, se afirma, se habría derivado de la aplicación del acuerdo conciliatorio cuya nulidad simultáneamente se pretende en función de la aludida denuncia de lesión subjetiva.----------

----Obsérvese que la introducción del vicio de lesión por el legislador en el texto vigente del invocado art. 954 del Cód. Civil, por la reforma de la Ley 17.711, respondió a la necesidad de incorporar al catálogo de defensas que pueden hacerse valer ante aquello que se considera una violación al principio de la buena fe que debe primar en toda convención, aquella fundada en el perjuicio patrimonial que se provoca a una de las partes cuando en un acto jurídico oneroso y bilateral la contraparte obtiene prestaciones desproporcionadas mediante el aprovechamiento de su necesidad, ligereza o inexperiencia. ----------

----Es decir, la equidad descalifica la desproporción de las prestaciones recíprocas que atenta contra la justicia conmutativa en aquellos supuestos en los cuales la ventaja desproporcionada o inequivalente que obtiene un contratante sobre el otro es el

resultado de una acción reprochable dirigida por la intención dolosa de explotar la condición de inferioridad de quien resultara víctima de un verdadero despojo.----------

----Y en tal dirección cabe pregonar, desde ahora, que solo una vez verificada tal desproporción cabría presumir un aprovechamiento y éste supone, necesariamente, a su vez, un estado de inferioridad de quien se supone también que es explotado. Dicho de otro modo, en verdad no podría presumirse el aprovechamiento al que alude el art. 954, que consiste en figurarse una conducta calificada del sujeto frente al estado disminuido de otra persona, del cual aquél saca partido, sin contener a la vez la presunción de ese estado de inferioridad de la víctima. Empero, para que tal presunción extendida funcione con las proyecciones antedichas requiere como elemento primigenio, sin el cual ella no puede siquiera esgrimirse, la “evidente” desproporción de las prestaciones. Y, solo una vez que tal desproporción o inequivalencia de las prestaciones se tenga por cierta será operativa la presunción derivada de tal circunstancia y, de lo contrario, si ello no acontece no será siquiera proponible la figura de la lesión como fundamento de la pretensa nulidad del acuerdo (Confr.: José W. Tobías, “Algunas precisiones acerca del elemento objetivo de la lesión objetiva subjetiva”, en L.L., 1996-E, 438). ----------

----Es decir, en tal ideario, recién ante la presencia de tal plafón indispensable, será exigible a quien beneficiándose con ella se presume que se aprovechó del estado de inferioridad del co-contratante que, para desvirtuar tal presunción legal, deba acreditar que no medió una situación de inferioridad en el lesionado, o bien, que no se aprovechó o explotó tal situación de inferioridad. ----------

----Ahora bien, atañe rememorar para tenerlo presente, que conforme surge del mismo art. 954 del Cód. Civil, los elementos de la lesión subjetiva son tres: uno de naturaleza objetiva (ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación); y, dos de carácter subjetivo. El primero relacionado con la víctima (situación de necesidad, ligereza o inexperiencia) y el segundo con la actitud del lesionante (aprovechamiento de tal situación de inferioridad del co-contratante). ----------

----Y, respecto al tópico el Sr. Juez a quo expuso, en porción del fallo que adelanto no mereció tampoco un concreto y razonado cuestionamiento de parte del recurrente, lo siguiente: *“…la existencia de la desproporción entre las prestaciones no alcanza para fundar así el estado de inferioridad de la víctima que demanda la nulidad, de rigor el sujeto que se juzga lesionado debe inexorablemente encontrarse en algunos de los supuestos taxativamente propuestos por la norma, esto es ligereza, inexperiencia o necesidad…(…)…del examen de los términos del instrumento cuestionado no se advierte en forma palmaria la existencia de una desproporción de los valores en juego…”* (Sic)(Vide: considerando VII –fs. 353-).----------

----Pues bien, entonces, insisto y repito de mi propio cuño, en sentido coincidente con lo expresado por el juzgador del anterior grado, al menos en la porción que acabo de transcribir del considerando del fallo apelado, en cuanto que sólo probada la notable

desproporción de las prestaciones ha de presumirse, salvo prueba en contrario, la existencia del aprovechamiento de la situación de inferioridad (que surge del estado de necesidad, de su inexperiencia o de la ligereza) de quien se dice perjudicado. Hago notar que la postura a la cual adhiero es sutilmente diferente a la expuesta por el sentenciante de la anterior instancia, habida cuenta que a diferencia a lo expuesto en el fallo bajo análisis, a mi juicio, lo determinante e incanjeable es la demostración de una desproporción grave o manifiesta o evidente de las prestaciones acordadas en el negocio jurídico que se denuncia viciado por la lesión subjetiva-objetiva, al punto que la ausencia de tal elemento objetivo excluye toda posible discusión posterior en relación a los elementos subjetivos de la figura de la lesión por innecesaria; y, sólo a la inversa, altera el *onus probandi* atribuyéndose el peso de probar el no aprovechamiento o la inexistencia del estado de inferioridad que se presume a partir de la mentada desproporción de las prestaciones, al victimario.----------

----En tal sentido se ha puntualizado en esta misma tesitura, que examinada y determinada la notable desproporción en las prestaciones se presume *ministerio legis* que existe la situación de inferioridad de la víctima y de su aprovechamiento o explotación por el lesionante. Por ello, sería a cargo de éste último, consecuentemente, la demostración de la inexistencia de algunos de los elementos subjetivos componentes (Conf.: art. 954, 3er. apartado del Código Civil y el art. 381, 2° párrafo del C.P.C.C.) (Conf.: Cám. 1ra. Civ. y Com. La Plata, sala 2ª 23/10/1997, Juba B152005; id., C.Nac.Civ., Sala H, 22/10/1996, L.L. 1998-B-112, entre muchos otros) (Conf.: mi voto, en S.D.C., Sala B, N° 18/2013, CAT).----------

----Abro un breve paréntesis para traer a colación la opinión de destacada doctrina española que, a mi juicio, pone claridad conceptual sobre el tópico. Así el catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, José Antonio Martín Pérez, luego de revisar los ordenamientos que han preconizado una construcción subjetiva de la institución como reacción a la concepción romana basada exclusivamente en la *laesio ultradimidium* –lesión objetiva-, entre los cuales analiza, entre otros el art. 954 del Código Civil argentino, interpretándolo en el sentido que se ha venido exponiendo “supra”, marca que al son de la doctrina y la jurisprudencia se ha recorrido el mismo camino trazado por Pothier el que explica gráficamente en tres pasos: a) todos los ordenamientos que admiten la rescisión por lesión, lo hacen fundándose en una consideración genérica de equidad –que debe reinar en las convenciones-; b) para tratar de armonizar la relevancia de esa falta de equidad con el culto a la autonomía de la voluntad, algunos acuden a establecer presupuestos que evocan un defecto en el consentimiento o una explotación de la inferioridad ajena; y, c) que ante la dificultad de probar estos presupuestos subjetivos y la imposibilidad de indagar las motivaciones en el fuero interno de los contratantes, todos los ordenamientos –aún por vía judicial- acuden a establecer inversiones de la carga de la prueba y especialmente presunciones basadas en la desproporción cuantitativa, hasta objetivar el remedio y fundamentar el

ejercicio de la acción en la mera presencia de un desequilibrio entre las prestaciones. Agrega el autor de cita, en porción que paso trascribir textualmente por la autoridad y claror de sus palabras que *"…Cabe sospechar que, detrás de muchas de las posturas que construyen la lesión sobre presupuestos subjetivos, no se esconde sino un culto desmedido a la autonomía de la voluntad, una obsesión por reconducir el problema a la doctrina de los vicios consensuales, o una postura de rechazo a la institución. Es como admitir su inclusión en los códigos, pero con tales exigencias que quede convertida en un remedio ilusorio. Se pretende simplemente cubrir las legislaciones liberales con una apariencia de justicia o con el velo de la equidad, sin cuestionar los principios de igualdad formal…"* (Sic). Y, concluye exponiendo que el criterio de que la lesión descansa sobre un vicio de la voluntad, no se puede admitir cuando la voluntad del acto es cierta y válida. Decir que la lesión hace presumir un vicio, ya que la voluntad libre no habría consentido el contrato lesivo, equivale a admitir la prueba de la inexistencia de dolo, coacción o error, prueba que es rechazada por las leyes. Por otra parte, fundar la lesión en la explotación de un contratante, lleva irremediablemente a la objetivación de este requisito si se quiere dar aplicación a la figura. En definitiva, se constata que recurrir a la apreciación del elemento objetivo de la desproporción enorme entre prestaciones es, quizás, el único cimiento efectivo para combatir la lesión (Vide: autor cit., en "La rescisión del contrato –En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores-", Ed. Boch, Barcelona, año 1995, págs. 265/267 y sgtes.).----------

----Sin embargo, aún acompañando el posicionamiento expuesto por el Sr. Juez a quo, en el sentido de que dado en el caso de que se trate la acreditación de que existe desproporción entre las prestaciones, tal como ha sido concebido e incorporado el instituto de la lesión en nuestro Código Civil, y de tal manera posicionándome en la inteligencia de que no alcanza *per se* para fundar así el estado de inferioridad de la víctima de lesión aunque, tal como lo indicara "supra" en rigor -insisto y reivindico la postura ya esgrimida antes- lo presupone, por cuanto para que pueda haber aprovechamiento supone que concomitantemente concurrió un estado o situación de inferioridad de la víctima para posibilitarlo (necesidad, ligereza o inexperiencia), ello no alteraría en la especie en modo alguno el resultado al que se arribara en la anterior instancia. Y ello es así puesto que, en el caso, fundamentalmente se desestimó la concurrencia del presupuesto objetivo básico y sin el cual toda posible y eventual discusión posterior se cierra (Ver: C. Civ. y Com., Santiago del Estero, 2ª nominación, 14/4/1998, L.L. 1999-C, 742; C. Nac. Civ., sala F, 14/5/2003, J.A. 2003-III, 826; C. 1ª Civ. y Com., La Plata, sala 2ª, 23/10/1997, Juba, sumario B152005; C. Nac. Civ., sala H, 22/10/1996, L.L. 1998-B-112).----------

----Es más, advierto que la tesitura que vengo exponiendo es la más favorable al funcionamiento pleno del instituto en cuanto supera el prurito que se señala en la doctrina y jurisprudencia que entiende que extender la presunción legal no sólo a la explotación sino también a la situación deficitaria de la víctima de la invocada lesión en

base al argumento de que la explotación se ejercita sobre ese particular estado en que debe encontrarse el lesionado, aparejaría –se dice- que con la sola constatación de la notable desproporción de las prestaciones se determinaría la existencia de los otros dos elementos de la figura –los subjetivos-, con lo que el acto jurídico podría ser anulado o reajustado. Entendimiento que expone que tal tesitura implicaría que la lesión subjetiva dejaría de ser tal, para convertirse en otro instituto (lesión objetiva o enorme), vulnerando la autonomía de la voluntad y el principio de la seguridad jurídica cuya clave lo constituye el art. 1197 del Código Civil, que impone el cumplimiento de las convenciones contractuales, en razón de lo cual, en caso de duda, corresponde optar por el cumplimiento del acuerdo “para no destituir el principio de seguridad jurídica en los actos jurídicos” (Conf. C. Nac. Civ., sala B, 15/3/1975, E.D., t. 62-244).----------

----Y, lo advierto por cuanto, tengo para mí, que el parecer que vengo exponiendo no se contrapone con aquello que se ha dicho respecto de que el instituto de la lesión subjetiva está destinado a conjurar situaciones de verdadero despojo en las que no quedan dudas de que se atenta contra los más elementales principios de equidad, por lo que no puede ser utilizado como medio para liberar a los contratantes de las consecuencias de un mal negocio o sustraerlos del cumplimiento de imprudentes compromisos (Conf. C. Civ. y Com. Morón, sala I, 28/04/2009, “Castellano, Rubén Sergio y otros c. Narváez, Jorge Luis y otros”, jurisprudencia cit. en “Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho Civil. Parte General”, dirigido por Santos Cifuentes y Santos E. Cifuentes, Ed. La Ley, ed. año 2009, T. I, pág. 339).----------

----Al contrario, lejos de ello solo predico que es éste el posicionamiento hermenéutico que surge de la misma letra de la ley vigente, en cuanto establece una presunción de explotación de un estado de inferioridad del contratante víctima de la lesión a partir de la sola constatación de la desproporción o desarmonía evidente entre las prestaciones, se conjuga perfectamente con tal prevención pero desde una perspectiva tal vez más atenida a una visión del instituto de la lesión como un vicio del negocio jurídico vinculado a la alteración de la causa o función económica del contrato.----------

----Y, en tal porción del análisis, ahora sí corresponde advertir que desestimada la concurrencia del elemento objetivo de la lesión -consistente en una ventaja patrimonial evidentemente o notablemente desproporcionada y sin justificación-, ello determinó la inoperancia de la presunción legal en la especie, referida tanto a la existencia de la explotación o aprovechamiento de parte del Sr. M., como también el estado de inferioridad del co-contratante dicente víctima de la misma, Sr. C.. De manera tal que, sin lugar a titubeo, debe concluirse que se encontraba a cargo del demandado ahora recurrente convencer a este Tribunal revisor que, con los elementos de prueba que se aportaran al proceso, se acreditó lo contrario a lo expuesto por el juzgador de la anterior instancia que, en el particular supuesto de autos, centró en la desestimación de la concurrencia de la desproporción evidente e injustificada de las prestaciones convenidas entre las partes (Conf. art. 954, 3er. apartado del Código Civil y art. 381, 2º

párrafo del C.P.C.C.).----------

----Y, sobre el punto el impugnante se limitó a señalar, con apoyo en la prueba pericial, que M. recibió importantes beneficios señalando que éste *"…pagó solo $ 15.000 y recibió por el mero atraso mejoras adicionales tasadas en $ 28.000 –casi el doble del valor del contrato- sin incluir honorarios de arquitecto a valor histórico. Tasación equivalente a $ 88.063 a valores al momento de la pericia (pregunta C de esta parte de la pericia). Por su parte el inmueble entregado por M. que inicialmente valía más luego de completado el estado constructivo vale notablemente mucho menos (preguntas D y F de esta parte de la pericia; U$D 60.000 VS U$D 75.000); lo que obedece, según afirma expresamente la perito, a las deficiencias detectadas en el mismo (respuesta F punto 14 "Composición del valor")…(…) Recordemos que CONCLUIDO el negocio M. recibe un inmueble de U$D 75.000 luego de haber entregado según la experto una propiedad de U$D 41.000 (más $ 15.000 o U$D 3.000). Hay a su favor una ventaja incausada de aproximadamente U$D 30.000.- Cotización que incluye las abusivas mejoras adicionales valuadas en $ 88.063 por la perito…"* (Sic)(Vide: escrito de expresión de agravios –fs. 375-).----------

----Es evidente que tal planteo centra o se apoya en postular la desproporción de las prestaciones bajo la aserción de existencia de "una ventaja incausada de aproximadamente U$D 30.000". Y, allende que es disputable que tal diferencia de valores importara una evidente desproporción por las razones que sobrada y lúcidamente expusiera el magistrado que me precede en la votación, en mi opinión lo que resulta dirimente para decidir en relación al alegado enriquecimiento incausado es que tal aludida ventaja obtenida por el actor en autos lejos se encuentra se resultar injustificada. Ello así, atento a las razones ya dadas al examinar los agravios anteriores para desestimar la existencia de vicios ocultos que no pudieran haber sido advertidos por el impugnante de haber éste adoptado una conducta diligente al inspeccionar el inmueble que recibía en permuta.----------

----Por lo demás, apuntaré que descarto que tal diferencia de valores pudiera implicar una desproporción grave, evidente o manifiesta como lo pontifica el recurrente, toda vez que es propio del mercado inmobiliario que seguramente él conoce, que en el intercambio de los valores en juego operen factores estructurales y coyunturales impuestos por la micro y macro economía de la provincia y del país que influyen decididamente en la ponderación y justificación de las posibles diferencias nominales y/o de valores entre las prestaciones acordadas entre las partes de un contrato de compraventa de inmueble o, como en la especie, también lo es respecto de un contrato de permuta de inmuebles en construcción que mutuamente se intercambiaran las partes, a sabiendas que lo recibían para ser concluido en un tiempo pactado y luego prorrogado (con previsiones de cláusulas penales vinculadas al cumplimiento de los mencionados plazos y al avance de la ejecución de la obra comprometida respectivamente) –el actor-; y, a sabiendas del estado en que se encontraba tal como

se indicara expresamente en el contrato de permuta primigenio, cuando textualmente se indico que el Sr. C. compra un dúplex en construcción *"…en el estado en que se encuentra, que el Sr. C. declara conocer y aceptar…"* (Sic) (Vide: cláusula primera del contrato de permuta –fs. 3-).----------

----Pero, por sobre todo, por cuanto resulta irrefutable que las prestaciones acordadas a cargo de cada una de las partes, las que fueran libremente convenidas entre ellas magüer de que se invoca equívocamente la supuesta existencia del aprovechamiento de un "estado de necesidad" fundado en que se encontraba compelido a escriturar prontamente el inmueble que recibía en permuta a un tercero por la existencia de un crédito bancario que se estaba por "caer", responden a una causa, cual es, el negocio jurídico concertado originariamente entre ellos mediante dos instrumentos vinculados entre sí, cuales son, el "Contrato privado de permuta de inmueble" (fs. 3/6) y el "Acuerdo conciliatorio" (fs. 9/13). Y, sobre la conexidad o vínculo entre dichos actos jurídicos no hay lugar a duda alguna desde que en el último de los citados, de modo expreso, se indicó en su cláusula 9ª –entre las pautas de interpretación auto impuestas entre los contratantes- que *"…a) el mismo es una continuación del suscripto el día 19 de Enero de 2005…"* (Sic) (Vide: acuerdo conciliatorio –fs. 11 "in fine"-).----------

----Obsérvese que entre los requisitos de la acción *in rem verso* se enuncian doctrinalmente, además de los consabidos presupuestos de enriquecimiento del contrario, empobrecimiento del denunciante, relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, se precisan y se realzan en la especie, aquellos que se encuentran vinculados a la exigencia de ausencia de causa y la carencia de toda otra acción (Confr.: Borda, Guillermo A., en "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Ed. La Ley, 9ª ed., año 2008, T. II, págs. 351 y sgtes.; id., Alterini, Ameal y López Cabana, en "Derecho de obligaciones civiles y comerciales", Ed. Abeledo Perrot, 1ª ed., año 1995, págs. 728 y sgtes., & 2, n° 1765; ídem, Neppi, Víctor, "El concepto de causa en el enriquecimiento injustificado", en L.L. T. 50, 850 y sgtes.; ibídem, Pizarro-Vallespinos, en "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, 1ª ed., año 2008, T. 5, págs. 64 y sgtes.). ----------

----Es que, los desplazamientos patrimoniales, el traspaso de bienes de una persona a otra, debe tener una justificación jurídica, una razón de ser, una causa. Resulta contrario a la equidad que una persona puede enriquecerse a costa del empobrecimiento de otra, sin ningún motivo legítimo. Es solo cuando ello ocurre, entonces, cuando la ley confiere al empobrecido una acción de restitución llamada de enriquecimiento sin causa (o *in rem verso*), en defensa de su patrimonio que ha sufrido un desmedro injusto, a lo cual cabe agregar, siempre y cuando no cuente con otro vía de derecho por medio de la cual pueda ser determinada la indemnización del perjuicio sufrido.----------

----Pues bien, estos dos últimos requisitos palmariamente no concurren en el supuesto de autos. El primero, por cuanto la causa del negocio jurídico en virtud del cual se

iniciara el presente proceso existe; y, el segundo, por cuanto es de hacer notar la evidencia que emana de los propios planteos efectuados por el recurrente al contestar a la demanda y reconvenir, que ésta contó y se valió de otras vías que desplazan la viabilidad de esta acción *in rem verso* basada en el susodicho enriquecimiento incausado del actor (Ver: Pizarro-Vallespinos, op. Cit., pág. 109 y sgtes.).----------

----En suma, con lo que se viene de exponer, estimo, resulta suficiente para concluir desestimando el agravio examinado. Así lo dejo propuesto al acuerdo que se decida.----

----5).-; 6).- **Multas excesivas-morigeración - denuncia de incurrir en un pronunciamiento *"ultrapetita"*:** Me remitiré a observar que a partir de la primera lectura de las razones que ahora se blanden en sustento del presente agravio, el que se plantea en subsidio de los anteriores, se comprueba que el planteo pretensamente impugnativo que expone por ante ésta alzada resulta una mera reiteración de los que ya fueran expuestos al tiempo de producirse la traba de la litis. Es más es la propia recurrente la que explícitamente así lo advierte indicando y citando específicamente el punto 3.3), del escrito contestatario de la demanda mediante el cual también reconviniera al actor.----------

----Es más, al solicitar la morigeración de la cláusula penal que nuevamente denuncia como abusiva en esta instancia revisora, se vuelve a señalar que ésta ya había sido solicitada *"…al invocar la jurisprudencia (apartado 3.3 de la reconvención) que entraña el acuso total de la cláusula y/o parcial en lo que tendría de excesiva…, nulidad opuesta al reconvenir y contestar demanda…"* (Sic)(Vide: escrito de expresión de agravios, punto 2.5 –fs. 375 vta.-), aún cuando efectúa nueva cita jurisprudencial relativa al tópico.----------

----Se ha dicho reiteradas veces en supuesto análogos al presente, que recurrir a la alzada no es una vía que proporcione un nuevo examen integral de la cuestión, sino que persigue el control de justicia del pronunciamiento apelado en cuanto a los hechos y al aspecto jurídico de los asuntos en él decididos. Y la remisión a planteos y/o fundamentos ya esgrimidos en escritos anteriores de la causa no constituye la forma adecuada de realizar la impugnación de la sentencia, de manera que, en el modo en que se intenta sustentar el dicente agravio bajo análisis, no se satisface las exigencias del art. 268 del Código del rito.----------

----Por lo demás, aunque solo a mayor abundamiento, diré que si se atiende a la función compulsiva que la cláusula penal tiende a satisfacer, a la cual ya se aludiera "supra", pondero que la suma diaria de $ 500 pactada, con más la tasa de interés punitorio del 3% mensual capitalizable sobre la misma, no resulta abusiva si se compatibiliza con los valores implicados en el negocio jurídico cuyo fiel cumplimiento estaba destinada a promover.----------

----Esto es, en la medida que la cláusula penal debe tener efectos compulsivos, la pauta cuantitativa a establecer debe ser necesariamente importante en relación a la obligación principal, pues, de pasar a constituir una mera sanción intrascendente, no motivaría al

eventual incumplidor a satisfacer su obligación. Es decir, debe funcionar como una presión psicológica sobre el deudor y de castigo que, de no ser significativa, carecería de sentido. En tal contexto es que justiprecio que la de marras no resulta excesiva o abusiva. Máxime cuando la cláusula penal, en principio, resulta inmutable, razón por la cual la facultad de los jueces de mitigar su rigor o moderar sus efectos es excepcional y debe ejercerse con mucha prudencia, correspondiendo respetar la pena convenida si con su aplicación no se vulneran principios rectores de la moral y las buenas costumbres. ----------

----En cuanto a que se habría incurrido en un pronunciamiento *"ultra petita"*, señalo *"ab initio"* que este planteo impugnativo es cuanto menos impreciso, desde que no se alcanza a discernir cuál sería el perjuicio que le ocasionaría al recurrente aquello que apuntara correctamente, en cuanto que si bien en los considerando el juzgador expresa que corresponderá admitir la demanda en concepto de la cláusula penal que prospera por la suma de $ 28.000 (56 días x 500 = $ 28.000) –recuérdese que la cláusula penal contemplada en la cláusula 6ª se desestima-, indicando que a dicho importe corresponde añadir los intereses punitorios también pactados *"…conforme la tasa pactada en la cláusula quinta del "Acuerdo Conciliatorio", que luce a fs. 9/12…"* (Sic) (Vide: considerando –fs. 353 vta. "in fine" y 354-), luego en el punto I de la parte resolutiva del fallo establece que la tasa de interés a aplicar sobre dicho importe será la que *"…publica el Banco del Chubut S.A. para sus restantes operaciones de descuento de documentos comerciales…"* (Sic)(Vide: punto I del fallo –fs. 354 vta.-).----------

------Bien apunta el Dr. De Cunto que esta tasa activa de interés bancario es inferior a la que pactaran las partes de autos en la cláusula 5ª. Y, merced a que esta errata que bien apunta el demandado recurrente fue tolerada por el actor, el pronunciamiento devino para éste en firme por consentido a pesar de perjudicarlo en tal porción.----------

----Ello pone en la palestra que si el equívoco que se trae como fundamento del agravio beneficia al recurrente, resta de todo interés o perjuicio que pudiera dar contenido válido al planteo impugnativo que se efectúa con sustento en el mismo. Es que en ello se encuentra involucrado la prohibición de la *"reformatio in peius"* del propio recurrente, también denominado principio de la limitación del objeto procesal. Esta prohibición de reformar la sentencia de grado en perjuicio del único apelante constituye una aplicación y consecuencia del principio dispositivo y de sus manifestaciones. Asimismo, constituye también una expresión del denominado "sistema de personalidad del recurso" y afecta también el principio procesal de congruencia (Conf.: Azpelicueta, en "La reforma en perjuicio del apelante "reformatio in peius", en E.D. 66-595).----------

----Se ha dicho en relación a ello que la finalidad de la doble instancia radica en corregir o enmendar los agravios que al apelante le causa una sentencia errónea o injusta, mas no beneficiar a quien o quienes se han manifestado conformes con la primera sentencia. Por ello, el tribunal de segunda instancia no puede reformar en perjuicio del apelante si su contraria ha consentido el pronunciamiento, pues tal proceder lesiona la

equidad a la que vez que prescinde del valor de la cosa juzgada (Conf. S.T., Corriente, 22/6/98, Rep. L.L., 1999-2164, n° 63 y L.L.Lit., 1998-2-842).----------

----8).- **Imposición de costas**: Compartiré con el magistrado que me precede en la votación que es de aplicación a este particular agravio lo dicho en relación a la prohibición de la *"reformatio in peius"*. Es que resulta indiscutible que solo puede interpretarse que esta impugnación relativa al modo de imposición de las costas solo refiere a las correspondientes a la demanda instaurada en su contra toda vez que ello surge así del propio fundamento esgrimido para intentar sustentarlo que se basa en un cómputo porcentual vinculado a las cuantías reclamadas en demanda respecto de las que finamente prosperaran, aunque sin reparar que las costas devengadas por la demanda fueron atribuidas por el orden causado, es decir, cada parte correrá con el 50% de las costas generadas en el pleito.----------

----Con este solo pero relevante señalamiento queda en claro que si prosperó como lo afirma el demandado recurrente por el 52% del monto total reclamado en demanda, las costas que se deberían imponer al actor son equivalentes al 48% -por la proporción de su pretensión cuantitativa que no prosperara-. Esto último implicaría, entonces, que por el 52% que si se admitiera debería ser "cargadas" al propio demandado perdidoso en tal porción el que ahora torna paradójicamente en pretendido impugnante de la porción menor que se le impusiera (recuérdese: por el orden causado = 50%), lo cual apareja nuevamente un planteo impugnativo que va en contra de su propio interés.----------

-------Ante ello, pues, corresponde desestimar el presente agravio. Así lo voto.----------

----III.- **Apelación de honorarios regulados a los letrados de la parte actora**: Corresponde entender, aún cuando no se haya especificado, que la impugnación de la regulación de los honorarios planteada lo es por estimarlos altos.----------

----Por otro lado, debe contemplarse que merced a que la imposición de las costas derivadas de la demanda ha sido por el orden causado, dicho cuestionamiento se dirige también respecto de los honorarios de su propio letrado, a pesar que anuncia que lo hace respecto de los honorarios de la parte actora.----------

----Asimismo, debido a que el recurso fue interpuesto en contra de la regulación de los honorarios profesionales, es de entender que la impugnación involucra también a los honorarios del perito. ----------

----En tal marco, nótese que los honorarios del Dr. J. J. O., letrado apoderado de la parte demandada recurrente, fueron fijados en la suma equivalente al 11,2%; y, los correspondientes a la perito arquitecta L. C., en la suma equivalente al 3%.----------

----De tal manera, en relación a los correspondientes al abogado O., es fácil de ver que tales porcentuales se acercan mucho más a los mínimos que a los máximos previstos en la escala arancelaria. Inclusive, lo destaco, de los mínimos previstos por el arancel para los abogados de la parte vencida en el pleito (7%) (Conf. arts. 6 y 8 de la Ley XIII N° 4).----------

----Y, en lo que respecta a los honorarios de la perito, Arq. C., la alícuota que se le fijara

por honorarios pondero que no es excesiva a tenor de la importancia de sus labores e la incidencia que tuvo su dictamen para la resolución de la causa (Art. 60 de la Ley XIII N° 4; y, art. 481 del C.P.C.C.). ----------

----De otro lado, ahora sí en lo que respecta a los honorarios de los letrados de la parte actora que deberán ser afrontado en su totalidad por la parte demandada recurrente, toda vez que le fueran impuestas las costas de la reconvención, adelanto opinión en cuanto que el recurso incoado tampoco prosperará. Ello así, habida cuenta que la regulación de honorarios del abogado D. E. F., en su calidad de letrado apoderado del actor, merece el mismo señalamiento efectuado más arriba, en referencia a que el porcentual establecido (12%) con más el 40% sobre dicha alícuota en concepto de la procuración, se encuentra apenas por encima del mínimo legal arancelario (11%) previsto para los letrados de la parte vencedora (Conf. arts. 6 y 8 de la Ley XIII N° 4). ---

----En suma, por lo expuesto, propiciaré al acuerdo la desestimación del recurso de apelación deducido por la parte demandada en autos en contra de la regulación de los mencionados profesionales, sin costas, atento a que la materia no las genera. Así lo voto. ----------

----IV.- Conclusión: ----------

----Por lo expuesto, corresponde concluir que procede rechazar el recurso interpuesto; y, en concordancia con ello, confirmar el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada recurrente que resulta totalmente vencida en ella (Conf. arts. 69 y 282 del C.P.C.C.).----------

----Por aplicación de la última norma citada, corresponderá regular los honorarios de segunda instancia a los letrados que intervinieran en ella, para lo cual apreciando sus labores por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado fijarlos del siguiente modo, a saber: al Dr. D. E. F., letrado apoderado del actor, en la suma equivalente al 30% de los que mereciera en la anterior instancia; y, al Dr. J. J. O., en la suma equivalente al 25% de los honorarios que se le regularan en la anterior instancia. En ambos casos, con más el I.V.A. pertinente (Conf. arts. 5, 8, 13 y 46 de la Ley XIII N° 4; y, leyes 23.349 y 23.871).----------Finalizo mi intervención pronunciándome en la presente cuestión por la AFIRMATIVA. ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó: ----------

----En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I.- Confirmar el fallo apelado en todo lo que ha sido materia de agravios. ----------

----II.- Imponer las costas de esta sede a la apelante vencida (conf. art. 69 del CPCC).--

----III.- Regular los honorarios de esta instancia, al Dr. D. E. F., en un 30%; y al Dr. J. J. O., en un 25%; en ambos casos, sobre los montos que les fueran regulados en la instancia anterior, con más el IVA correspondiente.----------

----Así lo voto.- ----------

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

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, por

resultar el mismo fiel reflejo del acuerdo antes alcanzado. ----------

----ASI LO VOTO. ----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (art. 8, 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 ha sido materia de agravios. ----------

----IMPONER las costas de esta sede a la apelante vencida (conf. art. 69 del CPCC).- --

----REGULAR los honorarios de esta instancia, al Dr. Diego E. F., en un 30%; y al Dr. J. Jo. O., en un 25%; en ambos casos, sobre los montos que les fueran regulados en la instancia anterior, con más el IVA correspondiente.----------

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

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CAMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2014 – SDC.- CONSTE.-**

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA