

REGISTRADA BAJO EL N° 180 (S) F° 1167/1178
Expte.N°167.977 Juzgado Civil y Comercial N°6.-

En la ciudad de Mar del Plata, a los .10.. días del mes de octubre 2019, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **“MARQUEZ, ALBERTO c/ TELEFÓNICA COMUNICACIONES PERSONALES S.A. s/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO” - EXPTE.N°146.583** habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Rubén D. Gérez y Nélida Isabel Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1°) **¿Es justa la sentencia dictada a fs. 1016/24 y contra la cual la parte actora interpuso recurso de apelación a fs. 1026 y la demandada hizo lo propio mediante el escrito electrónico de fecha 19/03/2019?**

2°) **¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. RUBEN D. GEREZ DIJO:

I. Antecedentes:

A fs. 365/84 se presenta el Sr. **Alberto Marquez**, patrocinado por el Dr. Ignacio J.V. Ganguzza, promoviendo demanda por incumplimiento contractual y daños y perjuicios, contra **Telefónica Comunicaciones Personales S.A.**, persiguiendo el cobro de **\$ 197.878,64**, con más sus intereses, actualizaciones, gastos, costos y costas, y lo que en más o en menos resulte de la prueba.

Relata que celebró con la demandada dos contratos de locación. El primero el 21 de marzo de 1999 y el segundo el 25 de noviembre de 1999, mediante el cual locó un espacio en la azotea de un inmueble de su propiedad sito en calle Don Bosco N°3219 para la colocación de un contenedor y antenas de celulares.

En tales contratos se convino que el peso no excedería de los 7.710kg, bajo pena de desalojo y un monto de incremento en el precio de la locación por exceso.

Dice que fue engañado por la demandada en torno al peso de los equipos y antenas, constatándose en definitiva que el mismo alcanzaba los 9.410,50kg, lo que implicaba un incremento no abonado de 1.700,50kg durante los once años y cinco meses; además de los precios de locación adeudados desde marzo de 2009 a agosto de 2010.

Admite haber arribado con la demandada a sumas conciliadas para terminar con la relación contractual, las que al no haber sido abonadas no tienen validez alguna, quedando únicamente los contratos suscriptos como lo único a tener en consideración.

Determina los daños y perjuicios sufridos y cuantifica los parciales reclamados. Ofrece prueba y solicita embargo.

A fs. 385 se ordena sustanciar la acción bajo las normas del proceso ordinario y se desestima la medida cautelar.

A fs. 392 se amplía la demanda con prueba documental.

A fs. 424 se amplía nuevamente la demanda con prueba documental y se ofrece prueba informativa.

A fs. 450/66 se presenta el Dr. Julián Emilio Meilan, en su carácter de apoderado de **Telefónica Móviles Argentina S.A.**, y contesta la demanda instaurada contra su mandante, denunciando la mora de la acreedora y depositando la suma de \$ 56.000 convenidos verbalmente con el locador, solicitando el rechazo de la acción con costas.

Luego de la negativa en general y particular de los hechos alegados por la accionante, brinda su versión de los hechos.

Da cuenta de la existencia de un acuerdo de pago y restitución entre las partes, explica su contenido y afirma que fue el actor quien lo incumplió e impidió que su mandante retirara los equipos de la propiedad de aquél.

Relata que el 02/09/210, cansados de las absurdas pretensiones del locador, se realizó una constatación notarial donde se dejó constancia que el actor no permitió el ingreso a su propiedad.

Explica las particularidades de la tenencia y la imposibilidad de ingresar al inmueble sin el permiso del locador; concluyendo que a partir de la fecha del acuerdo de restitución su mandante nada le adeuda al locador por canon locativo, más allá de lo establecido en el convenio.

Sostiene que las partes voluntariamente pesificaron de común acuerdo las sumas debidas, oponiéndose a cualquier tipo de actualización (C.E.R., etc.).

Ofrece prueba, peticiona medida cautelar innovativa y hace reserva de daños y perjuicios y del caso federal.

Oportunamente, pide, se dicte sentencia rechazando la demanda en todo lo que exceda los compromisos contractuales del acuerdo de pago y restitución con intereses a tasa pasiva hasta que el pago mediante cheque fuera enviado al actor (08/03/2010), con costas.

A fs. 476 se abre el juicio a prueba por el término de cuarenta (40) días.

A fs. 522/4 este Tribunal confirma el rechazo de la medida cautelar pretendida por la demandada.

A fs. 878 se ordena la agregación de los cuadernos de prueba y el Actuario certifica el fin de plazo probatorio y su producción.

A fs. 946 se ponen los autos a disposición para alegar de bien probado.

A fs. 1012 el actor reconoce la firma y contenido de la documentación obrante a fs. 990/2.

A fs. 1015 se dicta el llamado de autos para sentencia.

II. La sentencia recurrida:

A fs. 1016/24 dicta sentencia la Sra. Juez de Primera Instancia, haciendo lugar parcialmente a la demanda promovida por el actor y condenando a la demandada a pagar la suma de \$ 36.428 y \$ 12.072,31 más C.E.R.; y a retirar la antena y demás equipamiento instalado en el sector locado, asumiendo sus gastos. Impuso las costas a la demandada vencida y difirió la regulación de honorarios para su oportunidad.

Comenzó su análisis indicando que para sopesar la existencia, forma, prueba e incumplimiento del contrato base de la demanda, lo haría a la luz del derogado Código Civil.

Continuó con la determinación de los hechos controvertidos y la prueba producida.

Explicó que las partes decidieron poner fin a la continuación de la locación concluida mediante el convenio reconocido por la accionante, mediante el cual se acordó el pago de cierta suma y la restitución para el día 21/07/2009, resultando inadmisibles que la actora pretenda montos distintos a los acordados por los mismos conceptos.

Ingresó luego a determinar si las obligaciones de pago y restitución asumidas en aquél acuerdo fueron o no cumplidas; constatando que la conducta de la demandada no se ajustó a lo convenido, enviando un cheque por correo más de ocho meses más tarde de la fecha convenida para efectuar el depósito bancario en la cuenta del Banco Provincia, oportunamente indicada por el actor.

Señaló que, más allá de la falta de claridad en lo convenido en torno a la restitución del bien, lo cierto es que el retiro de los equipos no se materializó en la fecha convenida (21/07/2009), manteniéndose la indisponibilidad para el locador del espacio objeto de locación.

Restó credibilidad a las declaraciones brindadas por dependientes de la demandada achacándole no haber intimado fehacientemente al actor para que le permita el ingreso al inmueble para retirar los equipos.

A partir de lo dicho, consideró que la demanda debía progresar de conformidad con el acuerdo de pago por: a) la suma de **\$ 13.428** en concepto de alquileres convenidos por el periodo comprendido entre el 22/03/2009 y el 21/09/2009, con más intereses desde la mora (23/07/2009); b) la suma de **\$ 23.000** en concepto de "diferencia por peso", más interés también desde el 23/07/2009; c) retiro de la antena y demás equipamiento instalado en el sector locado, asumiendo la demandada los gastos que insuma, dentro del plazo de diez (10) días hábiles a partir de quedar firme la sentencia.

Con relación al reclamo de daños derivado del incumplimiento contractual, indicó que las partes convinieron una cláusula penal equivalente a una vez y media el precio del alquiler diario mientras permanezca la ocupación post contractual. Consideró que la negativa injustificada del locador de permitir el acceso para el retiro de los equipos hace que la cláusula penal se devengue hasta el 02/09/2010. Así las cosas, determinó que ante el valor diario en U\$S 19,726 por los 408 transcurridos desde el 21/07/2009 al 02/09/2010, se arriba a la suma total de U\$S 12.072,31; suma – dijo – que, en virtud de lo normado por el art. 11 de la ley 25.561 y arts. 1 y 4 del Dec.214/2002, debe ser convertida a pesos en razón de 1u\$S = 1\$ y aplicársele el Coeficiente de Estabilización de Referencia (C.E.R.) hasta su efectivo pago.

Siguió con el análisis del reclamo por daño moral, destacando que en el ámbito contractual se requiere una clara demostración de la existencia de una lesión a los sentimientos, que no pueden confundirse con las inquietudes propias y corrientes de los pleitos o de los negocios. En razón de ello y ante la orfandad probatoria que señaló, desestimó el parcial resarcitorio pretendido.

Señaló que el actor refirió en su demanda otras pretensiones que no cuantificó, ni señaló en qué consisten los daños; y que el perito ingeniero no informó sobre daño alguno en la estructura de la terraza ni necesidad de mantenimiento o cualquier otro trabajo de conservación derivado de la instalación de los equipos.

Finalmente, ordenó liquidar intereses sobre las sumas reconocidas a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días.

III. Apelación de la parte actora:

A fs. 1026 interpone la actora recurso de apelación, siendo concedido libremente a fs. 1027; expresando agravios a fs. 1055/71, siendo contestados por la demandada en su presentación electrónica de fecha 03/07/2019.

Luego de efectuar una serie de consideraciones sobre la sentencia dictada por la sentenciante de grado, que van desde alegar su nulidad, considerar que se ha fallado *ultra petita*, la obligación de aplicar el Código Civil y Comercial de la Nación a cuestiones actuales, no pasadas, y la inadecuada reparación de los daños en términos reales, enumera siete (7) agravios.

En primer lugar sostiene que el pronunciamiento es nulo por incongruencia con los antecedentes de este Tribunales dictados en la misma causa. Explica que el 07/06/2012 se resolvió la improcedencia del pedido de la demandada para retirar la antena al no haber instado la reconvencción; y este precedente fue desoído por la sentenciante al tiempo de fallar y ordenar la entrega de la antena a la demandada.

Como segunda crítica, considera arbitraria la no aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a la ocupación indebida de la antena en su terraza y el derecho de retención que tiene sobre aquella, por tratarse de cuestiones actuales.

Afirma que la a-quo omitió tratar ambas cuestiones, cuando su actuación se encuentra tipificado en el art. 2587 y sig. del CCyCN. Dice que al no haber cumplido la demandada con lo acordado, hizo uso de su derecho de retención hasta saber el peso real de la antena y sus accesorios y se le pagara lo adeudado. Alega que el fin último de la retención era saber que peso real tenía la antena, hecho imposible si se la sacaban antes de ser peritada.

En su tercer agravio sostiene que el envío de un cheque no es lo mismo que el pago. Destaca que la demandada no depositó en autos la suma del acuerdo que no cumplió.

Como cuarta queja, alega disociación entre el acto ilícito, los considerandos y el monto de condena. Sostiene que pretende una indemnización que contemple un resultado condenatorio coherente, un resarcimiento real.

En quinto lugar, entiende que la a-quo no apreció el valor probatorio de la pericia donde se indicó que el peso de la antena es de 9.090kgs, más 783kgs; demostrando que fue engañado en el supuesto acuerdo no cumplido. Tampoco – dice – valoró las restantes pruebas, que fueron descartadas y no figuran en la sentencia.

Siguió con sus agravios, atacando la liquidación de intereses a tasa pasiva, solicitando la tasa activa o pasiva digitalizada, a efectos de mitigar la inflación vigente.

Como séptima crítica, insiste con la ocupación indebida cuantificando el perjuicio en 106 meses (de agosto de 2010 a junio de 2019) a U\$S 591, es decir un total de dólares estadounidenses U\$S 62.646.

Finalmente, solicita el dictado de fallo plenario para decidir acerca de la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación frente a la dicotomía en su aplicación a situaciones jurídicas actuales.

IV. Apelación de la demandada:

Mediante el escrito electrónico presentado el 19/03/2019 (02:09:37 p.m.) interpuso la demandada recurso de apelación, el que fuera concedido libremente a fs. 1028, expresando sus agravios en la presentación electrónica de fecha 26/06/2019, siendo contestados por la actora a fs. 1074/7.

En su primera queja se agravia de la condena a pagar la suma de \$12.072,31 (más actualización) en concepto de “ocupación pos contractual indebida”. Sostiene que la particularidad de detentar jurídicamente la tenencia del espacio locado pero requerir permiso del locador para ejercerla, motivó una forma de restitución que se instrumentó en el “ACUERDO DE PAGO Y RESTITUCIÓN” que la a-quo interpretó contrariamente a sus estipulaciones.

Resalta que al no tener su mandante la llave de acceso al espacio locado, la restitución no podía concretarse sino mediante la firma de un convenio tal y como se hizo; y que en el acuerdo el actor renunció a cualquier otro reclamo por la fecha de entrega y la restitución del sector locado.

Afirma, con relación a las testimoniales brindadas en autos, que la dependencia laboral de los testigos en nada afectan a su credibilidad cuando no sólo no existen otros elementos que

contradigan lo declarado sino que, incluso, el resto de las probanzas y la actitud desplegada por el actor en este pleito lo avalan.

Dice que a partir de la suscripción del Acuerdo el locador tuvo la libre disponibilidad del espacio habiendo quedado acreditado que impidió sistemáticamente el retiro de los equipos pretendiendo de ello un claro beneficio, cual fue, reclamar la multa por ocupación indebida.

Como segunda crítica, expresa que al verificarse la recepción por el actor del cheque librado contra Citibank cuenta 21202 0807226061 por la suma de \$56.000 - agregado a fs. 814- y que voluntariamente el actor rehusó cobrar (ver fs. 472 vta), tal actuar ha purgado la mora de mi mandante, constituyendo un caso de “mora acreedor”, o sea el retraso que se produce como consecuencia de la negativa injustificada a recibir la prestación debida.

En razón de ello, entiende que si bien la fecha de mora de tales conceptos es a partir del 23/07/2009 (conforme considerando c) de fs. 1021) la misma fue purgada a partir de la recepción “conforme” por parte del actor del cheque agregado a estos actuados a fs. 814, es decir, como máximo el 8/4/2010, fecha en la cual el actor se colocó en mora; por lo que el reconocimiento de los intereses debe quedar limitado al período comprendido entre el 23/7/2009 y el 8/5/2010.

En el tercer embate, peticona que las costas por los rubros rechazados sean impuestas a la actora, siguiendo la doctrina de la SCBA en el caso “Carquen”, donde la mayoría sostuvo que “...cuando uno de los rubros que integran la demanda es desestimado cabe encuadrar el caso en el art. 71 del C.P.C, porque existe vencimiento parcial...”.

Finalmente, y para el caso de que no se revoque la multa por ocupación pos contractual, entiende que el interés a liquidar sobre su importe debe ser una tasa pura por tratarse de una deuda en moneda extranjera, la cual para ser pesificada, es objeto de un mecanismo de actualización (CER).

V. Tratamiento de los agravios:

1) Recurso de apelación de la actora:

Con el fin de lograr una mayor claridad expositiva alteraré el orden propuesto por la recurrente para el tratamiento de los agravios.

Comenzaré con el pedido de dictado de fallo plenario, para continuar con los que considero desiertos e ingresar luego al análisis de los que superaron el examen formal de admisibilidad (arts. 260, 261 y ccdtes. del CPCC).

a) Necesidad del dictado de fallo plenario:

Conforme lo dispone el art. 37 de la ley 5827, cuando un mismo caso judicial haya sido objeto de resoluciones divergentes por parte de distintas Salas de una misma Cámara de un Departamento Judicial, al presentarse posteriormente uno similar, será resuelto por la Cámara en pleno.

Puede advertirse que la normativa citada exige la identificación de los casos similares que hayan sido objeto de resoluciones divergentes por parte de las Salas de la misma Cámara; desde que “... lo que pareciera una clara dicotomía...” (sic; ver fs. 1071 in-fine) como afirma el recurrente, debe quedar evidenciada en los casos a los que se les atribuye similitud al ahora juzgado. Caso contrario, la disparidad que pudo haberse constatado en decisiones sobre el particular podría resultar de la necesaria consecuencia de las diferentes circunstancias eventualmente apreciadas por los jueces en cada caso, y que merecen opiniones divergentes (argto. SCBA P 33612 S 10/11/1987).

Nada de eso hizo el recurrente, dedicando un solo párrafo a su petición, sin patentizar cuales casos y de qué forma se juzgó de manera divergente por las Salas de este Tribunal de Alzada.

En razón de ello, no habiéndose dado cumplimiento con los presupuestos de admisibilidad del pedido, y si mi opinión es compartida, debe desestimar la convocatoria a fallo plenario (art. 37 de la ley 5827).

b) Nulidad de la sentencia:

El ataque de nulidad previsto por el art. 253 del CPC (comprendido en el de apelación), se refiere exclusivamente a aquellos supuestos en los cuales la decisión final del juez de grado no ha cumplido con alguno de los requisitos formales establecidos en el art. 163 del CPC. Por ejemplo, cuando no precisa los fundamentos del fallo, viola el principio de congruencia otorgando más o menos de lo que fue solicitado en la demanda, no indica el lugar ni la fecha del pronunciamiento, etc.

En definitiva, la nulidad de la sentencia puede articularse cuando existe violación de las "formas extrínsecas", es decir, de los que se llaman requisitos de tiempo, lugar y forma. . Así entonces, cuando el endilgado error u omisión puede corregirse dentro del ámbito recursivo propio de la apelación concedida, el principio de trascendencia conduce al rechazo de la nulidad (arts. 169, 172 y 253 Cód. Procesal, este Tribunal, Sala I, causa nro. 126631 RSD-64-5 S 1-3-2005, Sala II, causa nro. 118339 RSD-16-2 S 14-2-2002, Sala III, causa nro. 145132 RSI-26-10 I 16-2-2010).

La sentencia como acto jurisdiccional que entraña el conocimiento del juez sobre las cuestiones sometidas por las partes, debe tener un fundamento jurídico que la avale para desalentar decisiones antojadizas de parte del juzgador, y sólo ante la ausencia de ese fundamento se impone decretar la nulidad del pronunciamiento (conf. art. 17 Const. Nac.; art. 171 Const. Pcial.; arts. 34, inc. 4º, 161, inc. 1, y 163, inc. 5º del C.P.C.; Morello- Sosa-Berizonce, "**Códigos Procesales en lo Civil y Comercial...**", T. II-C, Edit. Platense, La Plata, 1996, pág. 11; Cám. Apel. Civ. y Com. I, Sala I, La Plata, causa N° 238.578, RSD 239/01 del 1/1/2001; entre otras).

Por otro lado, sabido es que el principio de congruencia, establecido por el art. 163 inc. 6 y reiterado por el art. 272 del Código Procesal Civil y Comercial, significa que, como regla general, debe existir correspondencia entre la acción promovida y la sentencia que se dicta, lo que se desarrolla en una doble dirección: el juez debe pronunciarse sobre todo lo que se pide, -o sea, sobre todas las pretensiones sometidas a su examen- y sólo sobre éstas, y debe dictar el fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las formulaciones hechas valer por las partes en sus presentaciones y sólo basándose en tales elementos (SCBA Ac. 76.885, "Vega Perez", sent. de 9-X-2003; C. 93.177, "Viarengo", sent. de 1-VII-2015; C. 119.835, "De Almeida" entre muchas).

Siguiendo este lineamiento, resulta incorrecto el razonamiento del recurrente en cuanto a que el *a quo* violó el principio de congruencia y desoyó resoluciones anteriores de este Tribunal. En efecto, de la lectura del escrito inicial, de compleja comprensión, se colige que el accionante incluyó en sus pretensiones los "*gastos de retiro de la antena y elementos de la misma*" (ver fs.372vta.) señalando que "*...4º.- se debe sacar la antena y sus accesorios a su costo...*" (ver fs.373vta.; art. 330 inc.3 del CPCC).

Por lo tanto, el retiro de la antena y demás elementos de la azotea del actor conformó parte de las pretensiones deducidas en el juicio y sobre las cuales el *a-quo* tenía el deber legal de expedirse, declarando el derecho de los litigantes (art. 163 inc.6 del CPCC).

En consecuencia, no resulta nula la sentencia toda vez que se encuentran cumplidas las exigencias formales y tampoco se aparta de las pretensiones que se esgrimieron en la demanda (art. 163 inc.6, 330 inc.3, 384 y ccdtes. del CPCC).

c) Agravios desiertos:

La segunda, tercera, cuarta, quinta y séptima queja del actor lucen desiertas, desde que incumplen con la carga procesal establecida en el art. 260 del CPCC.

Es que las alegaciones expuestas resultan insuficientes para satisfacer la carga procesal que impone el art. 260 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia, que exige la "crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas" (art. 260 C.P.C.C).

Sobre el particular, enseña Hitters que la expresión de agravios "*...debe contener un mínimo de técnica recursiva por debajo de la cual las consideraciones o quejas carecen de entidad jurídica como agravios, resultando insuficiente la mera disconformidad con lo decidido por el Juez, sin hacerse cargo de los fundamentos de la resolución apelada...*" (Hitters, Juan Carlos; **Técnica de los recursos ordinarios**. Librería Editorial Platense SRL, La Plata, 1985, p g. 442; conc. Roberto G. Loutayf Ranea; **El recurso ordinario de apelación en el proceso civil**, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 262).

Desde esta perspectiva, ha sostenido esta Alzada que "*... la expresión de agravios debe estar directamente dirigida a la sentencia, debiendo ser una crítica objetiva y razonada de la misma; requiriéndose una articulación seria, fundada, concreta, orientada a demostrar la injusticia del fallo atacado. No pudiendo ser la exposición de una mera disconformidad o historia de lo acontecido hasta entonces o repetición de lo que ya se ha dicho en escritos anteriores...*" (esta Sala, causas N° 88.376, RSD-387-93, del 23/11/93; 95.833, RSI-93795 del 21/11/95; 95.524, RSI-14-96 del 02/02/96; 88.356, RSD-182-97 del 26/06/97; 104.007, RSI-1194-97 del 14/10/97; entre otras).

Bajo tales lineamientos, el recurrente se agravia en su segunda crítica de la no aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, resultando – dice – violatorio de su justo derecho.

El agravio resulta meramente teórico o dogmático, desde que se omite precisar el resultado favorable y diverso que podría tener para el quejoso el encuadre legal distinto al efectuado por el a-quo. En otras palabras, su crítica queda suspendida en el plano de lo dogmático, en tanto no explica en qué medida el nuevo encuadre propuesto se ajustaría a la ley y, a su vez, con qué alcance ello implicaría un resultado distinto; resultando insustancial la mera exposición de disconformidad del apelante con las declaraciones contenidas en el fallo que no satisfacen los recaudos que prevé el art. 260 del CPC (SCBA, RI 119117 I 29/12/2015; RI 118293 I 03/12/2014; entre tantos otros).

El tercer agravio, donde se alega que el envío de un cheque no puede tener los efectos del pago, corre igual suerte.

Repárese que la sentenciante de grado expresamente se refirió a la conducta del solvens concluyendo que no había ajustado a lo estipulado en el convenio de pago y restitución; es decir, no cumplió con la obligación de pago asumida (ver pto. c.1 de la sentencia a fs. 1020).

Así las cosas, no advierto la entidad que el recurrente pretende asignar al agravio ni la gravitación que podría tener para la obtención de un resultado más favorable a su posición.

También deben declararse desiertas la cuarta, quinta y séptima queja.

En estas el actor intenta, sin mayor éxito, que este Tribunal modifique el quantum indemnizatorio o monto de condena, desatendiendo los pilares que cimentaron el pronunciamiento de la instancia de grado y que, en resumen, respeta los montos convenidos en el acuerdo de pago y restitución y a la multa oportunamente pactada en el contrato original para el caso de permanencia en la ocupación post contractual (clausula penal).

Obsérvese que en la sentencia la a-quo concluyó que era el acuerdo de pago y restitución el que había puesto fin a la continuación de la locación concluida y que a tal acuerdo de voluntades las partes debían someterse como a la ley misma (art. 1137, 1144, 1197 del Cód.Civ.). Agregó la

magistrada que, en vista de lo convenido, resultaba inadmisibles pretender el cobro de sumas distintas en concepto de canones locativos y multa por sobrepeso. Con relación al monto de la cláusula penal, efectuó los cálculos que estimó pertinentes, pesificando su resultado y ordenando su actualización mediante el índice C.E.R.; y a tales pilares el recurrente no dedicó párrafo alguno en su expresión de agravios, limitándose a brindar su parecer distinto.

Sobre el particular, Azpelicueta y Tessone explican que la expresión de agravios debe indicar punto por punto, los errores, omisiones y deficiencias que se atribuyen al pronunciamiento jurisdiccional; tales errores deben ser demostrados y la relevancia para la suerte final de la pretensión u oposición. Y a propósito de la aplicación del derecho, dicen que deberá señalarse si el error se ubica en la selección de la norma, en la aprehensión de su contenido dogmático, o en la valoración determinante de su aceptación para la especie judicial, o de su aplicación extensiva o restrictiva; al propio tiempo deberá citar las normas que considere aplicables, o la hermenéutica correcta de la norma seleccionada por el a-quo, o el juicio determinante de la disvaliosa aceptación o la aplicación extensiva o restrictiva; para finalizar indicando de qué manera ello permite un solución diversa (**La Alzada – Poderes y Deberes**, ed. Librería Editora Platense, La Plata, 1993, pág. 25).

En suma, de lo expuesto se desprende que la carga procesal dispuesta por el art. 260 del CPC no ha sido cumplida, toda vez que la técnica recursiva utilizada por el accionante para refutar la resolución del Juez de grado carece de rigor técnico, resultando, así, insuficientes las manifestaciones vertidas en su expresión de agravios, pues no advierto en ninguna de ellas un razonamiento jurídico suficiente dirigido a resaltar los supuestos errores en que hubiera incurrido el juzgador.

De conformidad con todo lo expuesto, no habiendo cumplido el apelante con la carga de "crítica concreta y razonada" dispuesta en el art. 260 del C.P.C, mal puede atenderse al segundo, tercero, cuarto y quinto agravio bajo análisis.

d) Tasa de interés:

La sentenciante decidió que a las sumas admitidas se adicionen intereses a liquidar conforme la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, desde la mora (23/07/2009) y hasta el efectivo pago.

Entiendo que la tasa activa pretendida por el recurrente se desentiende de la obligatoriedad de la doctrina legal - seguida por la magistrada de la instancia anterior – en los autos C. 119.176, "**Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y perjuicios**" mediante la sentencia dictada el 15 de junio de 2016.

En efecto, el respeto a la doctrina legal de la Suprema Corte tiene por finalidad evitar a las partes transitar el largo y antieconómico camino recursivo que culminará inexorablemente con la revocación de una sentencia violatoria de aquella doctrina. En palabras del mismo Tribunal: "*El particular diseño del sistema recursivo de nuestra provincia hace que la doctrina establecida por este Tribunal tenga un grado de exigibilidad (es decir, una virtualidad para constreñir, en particular, a los jueces) muy alto, aspecto que encuentra su justificación -desde el punto de vista estrictamente jurídico- tanto en la necesidad de procurar y mantener la unidad de la jurisprudencia, como en la de efectuar un control sobre la racionalidad y la corrección de los pronunciamientos, como así también en el respeto a los más elementales principios de economía y celeridad procesales.*" (SCBA, C 118968 S 15/07/2015; C 117292 S 01/04/2015). Y que: "*La hipótesis de violación de doctrina legal constituye un fundamento autónomo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (arts. 278, C.P.C.C.; 55 y 63 de la ley 11.653). El acatamiento de aquélla por parte de los jueces responde a la*

necesidad de mantener -conforme una de las facetas de la tésis de la casación- la uniformidad de la jurisprudencia, y tal finalidad se ve frustrada frente a decisiones que se apartan del criterio sentado por esta Corte, con el consecuente dispendio de actividad jurisdiccional y tiempo para las partes litigantes que reclaman justicia (arts. 34 inc. 5, "e", C.P.C.C.; 63, ley 11.653; 15, Constitución provincial). Ello no importa menoscabar la función de los magistrados, pues a éstos les basta -en todo caso- con dejar a salvo sus opiniones personales." (SCBA, RI 114666 I 26/10/2011; entre tantos otros).

En razón de lo expuesto, debe rechazar el agravio bajo análisis, no sin antes aclarar al recurrente que la tasa pasiva digital – también pretendida – respeta los lineamientos del fallo atacado, quedando comprendida en las posibles tasas pasivas a liquidar en el momento procesal oportuno (arts. 501 y ccdtes. del CPCC).

2) Recurso de la parte demandada:

a) Restitución del sector locado:

Para avanzar en el análisis de la primera queja de la accionada resulta necesario determinar los alcances del "Acuerdo de pago y restitución" que obra a fs.990/1 (reconocido por el actor a fs. 1012).

De su detenida lectura se advierte que la locataria debía entregar el sector locado a la locadora el día 21/07/2009 previo a proceder al retiro de los equipos instalados (pto.1.2).

En su punto 2, bajo el acápite "Entrega del Espacio", se dice que la locataria restituye el sector a la locadora, libre de intrusos y ocupantes a cualquier título, y ésta última lo recibe de conformidad; dejándose constancia que una vez desocupado el sector, en las condiciones establecidas en el acuerdo y acreditados los pagos, la locadora no tendrá nada más que reclamar.

Una interpretación armónica de sus cláusulas me llevan a concluir – como lo hizo la jueza de la instancia anterior – que la **efectiva** restitución del sector locado se realizaría una vez desocupado el mismo, es decir, previo retiro de los equipos instalados.

Vale recordar que en el sistema de valoración de la prueba consagrado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires –basado en la sana crítica- se reserva al arbitrio judicial la concreta determinación de la eficacia de la prueba según reglas lógicas y máximas de la experiencia (argto. arts. 384 y conds. del CPC; Conf. Jorge L. Kielmanovich, **Teoría de la Prueba y Medios Probatorios**, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 138 y ss; Falcón Enrique, **Tratado de la Prueba**, T. II, Ed. Astrea, Bs. As., 2003, pág. 380 y ss).

Así, se otorga a los magistrados la facultad de seleccionar, con base en la experiencia y con un adecuado criterio lógico, las pruebas producidas sobre las cuales fundará la sentencia. En dicho quehacer son soberanos los jueces en tanto pueden admitir o desechar los medios probatorios según lo que a su sano criterio correspondiera (argto. art. 384 del CPC; S.C.B.A.;99.783 del 18-II-09; 90.993 del 5-IV-06; Ac. 59.243 del 12-VIII-97, entre otros).

Se ha señalado que "**Los jueces sólo están obligados a considerar la prueba que estiman adecuada para la solución del caso y no todas las que se hayan aportado. No tienen el deber de señalar todas las producidas sino únicamente las que fueran esenciales y decisivas para el fallo, sin olvidar que con todas ellas, las señaladas y las no especificadas, formará su convicción conforme las reglas de la sana crítica**" (esta Cámara, Sala II, causa N°146.103, RSD-219-10 del 18-08-10; causa N°150.997, RSD-228-12 del 12-11-12; causa N°151.675, RSD-160-12 del 16-8-12, entre otros).

De tal forma no encuentro equivocada la disminución de la fuerza de convicción que la a-quo aplica a las declaraciones de los empleados de la demandada (SCBA LP B 61142 I 01/09/2010; art. 384,

456 y ccdtes. del CPCC).

Por otro lado, si como dan cuenta los testigos era necesario coordinar con el locador el ingreso al inmueble y en distintas oportunidades fueron impedidos, con mayor razón se patentizaba la necesidad de intimar fehacientemente a permitir el ingreso, lo que recién hizo el 02/09/2010. Y más aún si lo pactado fue la fecha de entrega del sector locado (21/07/2009) **previo a proceder al retiro de los equipos instalados**, pero **sin convenir fecha cierta** para ello o modalidad alguna para su cumplimiento (pto.1.2); es decir se trataba de una obligación a plazo indeterminado tácito (arts. 509 segundo párrafo, 1197, 1198 y ccdtes. del Cód.Civ.; 375, 384 y ccdtes. del CPCC; Pizarro-Vallespinos, **Instituciones de derecho Privado – Obligaciones**, t.2, ed. Hammurabi, Bs.As., 2006, pág. 536).

Lo expuesto alcanza, según entiendo, para rechazar el primer agravio y confirmar el daño derivado por la ocupación pos contractual indebida.

b) Purga de la mora:

Conforme el principio de identidad, el acreedor y deudor no pueden modificar unilateralmente el objeto de la obligación. Es un principio que hace a la esencia del cumplimiento, que rige para ambas partes y en el que juega fundamentalmente el principio de la buena fe. Así, el deudor no está legitimado para desobligarse cumpliendo una prestación distinta a la prometida, aunque sea de mayor valor (art. 740 del Cód.Civ.; Pizarro-Vallespinos, ob.cit., pág. 128).

En virtud de ello, más allá de la forma en que se envió y recibió el cheque librado a favor del actor (ver fs.460vta, 472vta, 992 y 1016), al no haberse acreditado el nuevo acuerdo extrajudicial que contendría lo adeudado por el "Acuerdo de Pago y Restitución", más intereses a tasa pasiva y los honorarios del letrado del actor, resulta imposible asignar los efectos pretendidos por el recurrente y corresponde rechazar el agravio (arts. 725, 740, 750 y ccdtes. del Cód.Civ.; 375, 384 y ccdtes. del CPCC).

c) Tasa de interés sobre el importe de condena por ocupación post contractual:

En el sentenciante determinó que la suma debida por ocupación pos contractual indebida de U\$S 12.072,31 debía ser pesificada en razón de un U\$S 1 = \$ 1 y aplicársele el Coeficiente de Estabilización de Referencia (C.E.R.) hasta su efectivo pago. Agregó que a la suma resultante correspondía adicionar intereses a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires desde cada vencimiento.

Dentro del complejo plexo normativo para la pesificación de deudas que oportunamente dictó nuestro Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo, se encuentran las leyes 25.561 y 25.713 y el Decreto N°214/02, disponiendo éste último que a las deudas pesificadas se les aplicara una tasa de interés mínima para los depósitos y máxima para los préstamos.

Para la determinación de dicha tasa de interés nuestro Máximo Tribunal de Provincia, siguiendo los lineamientos de la Corte Federal en las causas "Longobardi" y "Massa", estableció que encontrándose la deuda comprendida en las previsiones del artículo 1 de la ley 25713, en atención a lo dispuesto por el artículo 4 del decreto 214/2002, debían fijarse los intereses del crédito a una tasa del 7,5% anual, no capitalizable entre moratorios y punitivos (SCBA LP C 97824 S 16/04/2014; entre tantos otros).

El respeto a la doctrina legal fijada por la SCBA habrá de operar siempre que su resultado final no arroje un resultado mayor al establecido en el fallo de la instancia de origen -por aplicación del C.E.R. más la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires desde cada vencimiento - a fin de no incurrir en una *reformatio in pejus* para el deudor, única parte que se alzó contra lo decidido por la a-quo en este punto (argto. arts. 656, 953, 1071 y ccdtes. del Código Civil;

doct. Juan C. Hitters, **Técnica de los recursos ordinarios**, Lib. Edit. Platense, Cdad. de La Plata, 2000, págs. 136/139 y 410; SCBA, C 97824 S 16-4-2014; C 96353 S 11-3-2013; C 97490 S 15-6-2011; C 102644 S 27-4-2011; Ac 74134 S 13-9-2000; Ac 54479 S 5-3-1996; Ac 43697 S 11-12-1990; Ac 34184 S 13-8-1985).

En la forma señalada y con los límites establecidos precedentemente, entiendo que debe prosperar el agravio bajo análisis (arts. 260 y ccdtes. del CPCC).

d) Distribución de costas por los rubros desestimados:

I. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha resuelto que si bien el carácter de vencido en costas se configura para la parte accionada aun cuando la acción hubiera prosperado sólo en parte (Ac. 78.454, sent. del 22-X-2003, Ac. 56.599, sent. del 23-II-1999; Ac. 45.427, sent. del 10-III-1992, Ac. 37.590, sent. del 23-VII-1987, entre otras), cuando son desestimados varios de los rubros que integran la demanda, cabe efectivamente encuadrar el caso en el art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial porque existe un vencimiento parcial (Ac. 78.451, "Carquen S.A. contra Aspersión API S.A. Cumplimiento contractual", sent. del 29/10/2003; Ac. 85.695, "Rendichi...", del 10.11.04.C. 93.236, sent. del 26-IX-2007; C. 104.484, "Sánchez, Juan Carlos contra Banco Francés S.A. Daños y perjuicios", sent. del 16/12/2009; C. 96.859, "Banco de la Provincia de Buenos Aires" del 02.12.2009; C. 104.484, "Sánchez", del 16.12.2009).

En el precedente citado "Carquen" el entonces Ministro Dr. Roncoroni expreso que: *"Debe distinguirse el caso ... en el que se desestima un rubro íntegro de la demanda, de aquellos otros en los que, progresando un reclamo, el tribunal lo fija en una suma menor a la pretendida en la demanda", "distinto es el caso cuando se rechaza el concepto mismo por el que se reclama, y no meramente su monto"; y que: "...hay resultado parcialmente favorable cuando la demanda es admitida en una parte, y desestimada en otra".*

En virtud de ello, corresponde admitir el agravio y en vista de los rubros admitidos y desestimados, estimo prudente y equitativo, a la luz de lo dispuesto por el art. 71 del C.P.C.C., distribuir las costas de primera instancia en un 30% a la actora y en un 70% a la demandada (arts. 68, 71, 260 y ccdtes. del CPCC).

II. Para la imposición de costas en esta instancia debe seguirse el principio general. Es decir, que la parte vencida en el recurso debe pagar las costas. En otras palabras, resulta crucial el éxito del recurso (Loutayf Ranea, **Condena en costas en el proceso civil**, ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, pág. 354).

En este sentido ha expresado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que *"La imposición de los gastos del pleito correspondientes a la alzada y a la instancia extraordinaria ha de ponderar el resultado del recurso"* (C 89530 S 25-3-2009; C 112337 S 10-10-2012; entre tantos otros); y también que *"El hecho de que debe reputarse vencida a la demandada pese a que la acción hubiera prosperado parcialmente como así el carácter indemnizatorio que se atribuye a la condena en costas no se oponen a que la Alzada tenga en cuenta el éxito de los recurrentes para determinar la suerte de las costas en la apelación"* (Ac 35471 S 12-6-1986; AC 66733 S 23-5-2001; C 101847 S 17-6-2009; C 107153 S 4-4-2012).

Así las cosas y visto el resultado de cada recurso interpuesto, corresponde imponer las costas de Alzada del siguiente modo: **a) por el recurso de la actora:** la recurrente deberá asumirlas íntegramente por la desestimación total de su recurso; **b) por el recurso de la demandada:** se distribuirán en un 75% a cargo de la recurrente y en un 25% a cargo de la actora (art.68, 71 y ccdtes. del CPC).

Por todo lo expuesto, **VOTO POR LA NEGATIVA.**

A la misma cuestión la Dra. Nélide Isabel Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. RUBEN D. GEREZ DIJO:

Corresponde: **1°)** Desestimar en su totalidad el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 1026; **2°)** Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada en su presentación electrónica de fecha 19/03/2019, en la medida establecida en cada considerando, modificando la sentencia dictada a fs. 1016/24; **3°)** Imponer las costas de Alzada del siguiente modo: a) por el recurso de la actora: la recurrente deberá asumirlas íntegramente por la desestimación total de su recurso; b) por el recurso de la demandada: se distribuirán en un 75% a cargo de la recurrente y en un 25% a cargo de la actora (art.68, 71 y cdtes. del CPC); **4°)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión la Dra. Nélide Isabel Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia, se dicta la siguiente

SENTENCIA:

Por los fundamentos brindados en el presente acuerdo: **1°)** Se desestima en su totalidad el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 1026; **2°)** Se hace lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada en su presentación electrónica de fecha 19/03/2019, en la medida establecida en cada considerando, modificándose la sentencia dictada a fs. 1016/24; **3°)** Se imponen las costas de Alzada del siguiente modo: a) por el recurso de la actora: la recurrente deberá asumirlas íntegramente por la desestimación total de su recurso; b) por el recurso de la demandada: se distribuirán en un 75% a cargo de la recurrente y en un 25% a cargo de la actora (art.68, 71 y cdtes. del CPC); **4°)** Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904; 31 de la ley 14.967). **REGISTRESE. NOTIFIQUESE PERSONALMENTE O POR CEDULA (art. 135 inc.12 del CPC).**

-
-

RUBEN DANIEL GEREZ NELIDA ISABEL ZAMPINI

Sebastián Pablo Facioni Auxiliar Letrado