

Contratos Contrato De Locacion Ocupacion Indebida Clausula Penal

JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Rosario, el día 20 de noviembre del

año dos mil catorce, reunieron en Acuerdo los Jueces de la Cámara de Apelación de Circuito doctores Eduardo Jorge Pagnacco, Ricardo Netri y René Juan Galfré, para dictar sentencia en los caratulados ?CONSORCIO EDIF. ROSARIO II C/ TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S/ COBRO DE PESOS? Expte. N° 70/14 (Expte. N° 1083/12 del Juzgado de Primera Instancia de Circuito de la 5ta. Nominación de Rosario).- Se resolvió someter a sorteo el estudio de la causa, resultando el siguiente orden: doctores Ricardo Netri, René J. Galfré y Eduardo Jorge Pagnacco. Hecho el estudio de la causa, se resuelve plantear las siguientes cuestiones: 1°) ES NULA LA SENTENCIA RECURRIDA? 2°) EN SU CASO, ES JUSTA? 3°) QUE PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR ? A la primera cuestión, el doctor Netri dijo: 1 - Mediante la sentencia N° 3595/13 (fs. 529/533) y su aclaratoria N° 3654/13 (fs. 535) a cuya relación de la causa me remito por razones de brevedad, se resolvió hacer lugar parcialmente a la demanda instaurada y, en consecuencia, condenar a Telefónica Móviles Argentina S.A. y/o Telefónica Comunicaciones Personales S.A. a pagar al Consorcio Edificio Rosario II dentro del término de 5 días de quedar firme la liquidación que se practique, los cánones locativos adeudados desde el momento de la finalización del contrato con más la multa equivalente a una vez y medio el precio del alquiler diario, mientras permanezca la ocupación poscontractual, con más intereses a la tasa efectiva promedio mensual -vencida- (sumada) que cobra el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. en operaciones de descuento de documentos a 30 días. Costas a la parte demandada (art. 251 C.P.C.C.). Contra dicho pronunciamiento se alza la parte actora (fs. 536) y la parte demandada (fs. 538) interponiendo sendos recursos de apelación y conjunta nulidad. Respecto de los recursos incoados se dispuso conceder los interpuestos por el actor por Auto N° 3677/13 (fs. 537) y los interpuestos por la parte demandada por Auto N° 3909/13 (fs. 541). Llegados los autos a esta instancia, el actor expresó agravios a fs. 564/565 y la demandada a fs. 568/575. Asimismo, en dicho escrito esta última contestó los agravios expuestos por el actor. A fs. 578 el actor contestó los agravios de la demandada. A fs. 579 se denegó la apertura de la causa a prueba en segunda instancia solicitada por la parte actora, señalándose que la prueba documental ofrecida quedaba encuadrada en el art. 185 C.P.C.C. y oficiándose a los fines de la remisión del expediente solicitado. Encontrándose consentida la providencia que llamó los autos para dictar sentencia (fs. 586 y 587 vta), quedan los presentes en estado de definitiva. Los recursos de nulidad deducidos no han sido sustentados en esta instancia, y tampoco resulta de lo actuado que se hayan violado u omitido las formalidades prescriptas con carácter sustancial por la ley de rito, cuyo quebrantamiento podría autorizar la declaración oficiosa de la nulidad, por lo que corresponde sus desestimaciones. Por ello, voto por la negativa. A la misma cuestión, los doctores Galfré y Pagnacco dijeron: De acuerdo con lo expuesto por el Vocal preopinante, votamos en igual sentido.- A la segunda cuestión, el doctor Netri dijo: 1- El actor, sostuvo que el único y principal agravio de la sentencia recurrida lo constituye el valor determinado por la sentenciante en concepto de importe de locación y multa contractual. Se queja reprochando a la jueza la calificación dada al monto condenado como ?alquileres post contractuales? cuando el contrato de locación que dio origen a los presentes se encuentra vencido, por lo que al no haber contrato vigente mal puede haber canon locativo. Refirió que lo que existió fue un uso forzado del espacio a cielo abierto locado en forma gratuita. Adujo que el monto establecido, por su insignificante valor, constituye un bill de indemnidad para la parte demandada. Manifestó que si el contrato se encuentra vencido, los importes pactados al inicio del contrato o luego en la adenda realizada, no pueden ser utilizados como baremo a fin de establecer el monto de la condena. En el segundo agravio, el actor se queja de que la a quo no haya aplicado la tasa de interés de dos veces y media solicitada en la demanda por el uso del espacio a cielo abierto, el cual ha sido utilizado de manera gratuita constituyendo un enriquecimiento sin causa para la parte demandada. Afirmó que decididamente el precio establecido por la a-quo por el uso del inmueble luego de finalizado el contrato no es un precio justo. Recalcó que una manera de arribar a un precio justo podría haber sido tomar en comparación qué valor locativo posee el espacio a cielo abierto de un inmueble de similares características. Dijo que la propia demandada acompañó dentro de los autos ?Consortio Edificio Rosario II c/ Telefónica Móviles Argentina s/ desalojo?, Expte. 958/11, en carácter de prueba documental un contrato de locación suscripto con un tercero a fin de justificar que se encontraba en tratativas para el traslado de la estructura de antena de telefonía celular. Sostuvo que el contrato mencionado no puede ser desconocido por el juzgador y puede ser utilizado como parámetro para establecer un precio justo. Atento que en la cláusula tercera del mismo se establece la suma de U\$S ?.- para una locación de similares características a la presente y por el término de 5 años, el precio mensual que se paga al nuevo locador es de U\$S ?.- Recordó que la sentencia fijó la suma de \$?.- mensuales. Finalmente, solicitó se adecue el valor del uso mensual del espacio cielo abierto del inmueble a los mismos valores establecidos en el contrato aportado en los autos ?Consortio Edificio Rosario II c/ Telefónica

Móviles Argentina s/ desalojo?, Expte. 958/11, con más un interés de dos veces y medio la tasa pasiva sumada del Nuevo Banco de Santa Fe S.A. por todo el tiempo de ocupación del inmueble, como así también la multa en concepto de cláusula penal. La demandada contestó los agravios vertidos por el actor, solicitando sean rechazados y se declare desierto el recurso de apelación por insuficiencia técnica, con costas. Por su parte, Telefónica Móviles Argentina S.A. expresó sus agravios contra la sentencia N° 3595/13 y su aclaratoria N° 3654/13, solicitando se revoque el monto por el que fue condenada y las costas. Dice que concretamente le agravia lo resuelto por el a-quo en el auto aclaratorio por cuanto no aclara la sentencia recaída sino que la modifica, lo que afecta el derecho de propiedad y los principios de inmutabilidad de la sentencia y debido procesal legal. Manifestó que la modificación es irrazonable y arbitraria puesto que no fue fundada ni en los hechos ni en el derecho debatido en esta causa. Sostuvo que la cláusula 4° del contrato de locación que prevé las consecuencias de la falta de desocupación del bien locado luce clara e inconstrutable y no fue controvertida ni cuestionada en la instancia de grado, por lo cual tiene plena vigencia para las partes del proceso a efectos de garantizar el derecho de defensa. Afirmó que debe cumplirse con el contrato de locación y su adenda ya que no fueron motivo de debate en autos. En el segundo agravio, la demandada se agravia de lo resuelto por la a quo en el auto aclaratorio en cuanto a que la demanda prospera por los cánones locativos más la multa pactada. Aduce que al aclarar la sentencia de fondo se le impone un rubro que no se encuentra pactado en el contrato de locación, este es el pago del canon locativo una vez vencido el contrato. Solicitó que la demanda prospere solo por el pago de la multa pactada libremente por las partes y no enervada.

En tercer lugar, la accionada se agravia de la imposición de costas a su parte, lo que rechaza por pluspetición del actor. Refiere que el actor en el escrito constitutivo de esta litis reclamó la exorbitante e injustificada suma de U\$S ?.- sin explicación alguna, por el tiempo de ocupación y hasta la entrega del bien locado. Manifestó que conforme consta en la demanda de desalojo y según constatación efectuada por la Escribana Pública Lorena Di Carlo, el 12 de febrero de 2014 el Administrador del Consorcio de Propietarios del Edificio Rosario II, recibió las llaves del inmueble locado, por lo que si la demanda prospera solo por la multa procesal, la demanda prosperaría por \$?.- y si la demanda prospera por la multa procesal más el canon locativo, la demanda prosperaría por \$?.-, con lo cual surge evidente la pluspetición en la que incurrió el actor al demandar por la ocupación post contractual por la suma de U\$S ?, la cual al cambio oficial (8,15) resultaría de \$?.- Sostuvo que su parte al contestar la demanda reconoció la justicia de la reclamación del actor hasta el monto establecido en la sentencia antes de la aclaratoria que modificó el primer decisorio, por lo que corresponde aplicar las costas al actor conforme lo dispuesto por el art. 253 CPCC. El actor contestó los agravios expresados por la demandada y solicitó el rechazo de los mismos. 2- Entrando al análisis de los agravios formulados por las partes, lo primero que debe señalarse es que de la sentencia y aclaratoria recurrida surge que se condenó a la demandada Telefónica Móviles Argentina S.A. al pago de los cánones locativos más una multa por todo el tiempo transcurrido desde el vencimiento del contrato de locación (producido el 14/02/10) hasta la efectiva desocupación (acaecida el 12/02/14). Por un lado, el actor se agravia de la exigüidad del monto por el cual se condenó a la accionada, lo que -a su criterio- constituiría un enriquecimiento sin causa por haber utilizado por un largo período de tiempo de manera gratuita el espacio a cielo abierto dado en alquiler. Su postura se funda en la circunstancia de que encontrándose vencido el contrato de locación -transcurrieron cuatro años de ocupación luego de vencido el contrato- no puede tomarse como parámetro a fin de determinar el monto de la condena, ni el canon locativo ni la multa establecida en la cláusula cuarta del contrato para el caso de falta de desocupación del inmueble. Por la otra parte, la accionada sostiene que lo único que adeuda al actor es la multa pactada en la cláusula cuarta del contrato de locación y no, como sostuvo la sentenciante, los cánones locativos transcurridos durante el período de ocupación postcontractual. Afirmó que el contrato de locación no contempla el pago del canon una vez vencido el contrato, sino solo una multa equivalente a una vez y media el alquiler diario pactado. En definitiva, las partes se agravian del monto por el cual se acogió la demanda. Mientras que el actor lo cuestiona por no ser justo y equitativo; la accionada solo reconoce adeudar el monto que resulte del cálculo de la penalidad establecida en la cláusula cuarta del contrato de locación. A fin de dilucidar la cuestión, comenzaré por analizar la multa convenida por las partes para el caso de la no restitución del inmueble, para luego determinar si la misma satisface -o no- la pretensión del actor en cuanto a que se determine un precio justo y equitativo por todo el tiempo de ocupación indebida y gratuita del espacio a cielo abierto que fuera objeto de la locación. El actor, en el escrito inicial, reclamó el pago de una suma de dinero (U\$S ?.-), la conversión a pesos que V.S. determine o la suma que establezca como justa y equitativa por todo el tiempo de ocupación gratuita e indebida del bien locado y hasta la entrega libre y expedita del mismo. La jueza de grado consideró que el precio justo y equitativo reclamado estaría conformado por los cánones locativos que transcurrieron durante los cuatro años posteriores al vencimiento del plazo contractual -tal como si el contrato estuviera vigente- más el monto que surja de la aplicación de la multa prevista en la cláusula cuarta del contrato de locación. Ahora bien, es necesario resaltar que las partes reconocieron haber suscripto el contrato de locación de fs. 46/48 y su modificación de fs. 51, como así también el cumplimiento de lo pactado mientras duró la vigencia del contrato. Lo que discuten es si solo basta a fin de resarcir al locador, el pago de la multa que resulta de la

cláusula cuarta del contrato o bien, dadas las circunstancias, dicho monto no resulta justo y equitativo a fin de cubrir al locador por esa ocupación indebida. La cláusula cuarta expresamente dispone: ?DESOCUPACIÓN: TCP se compromete a la conclusión del presente Contrato, a entregar El Espacio, sin necesidad de notificación o requerimiento alguno por parte de El Locador. Si TCP, concluida la locación por vencimiento del Contrato, no devolviese El Espacio a El Locador, deberá abonar una multa, cuyo importe será equivalente a una vez y medio el precio del alquiler diario, mientras permanezca la ocupación postcontractual? (fs. 46 vta.). De lo expuesto, se desprenden tres consideraciones. En primer lugar, las partes convinieron contractualmente las consecuencias derivadas de la falta de desocupación en término del inmueble locado. Ello trae aparejado -al menos, en principio- la innecesariedad de determinación judicial del monto reclamado por el actor en concepto de resarcimiento por dicha ocupación. En segundo lugar, se puede afirmar que la cláusula cuarta del contrato de locación tiene plena vigencia aún acaecido el vencimiento del contrato, dado que fue intención de las partes predeterminar las consecuencias de la falta de desocupación del inmueble. Por último, no cabe duda ni tampoco es materia de discusión y, además de ese modo lo reconoció Telefónica Móviles Argentina S.A., que -como mínimo- la citada empresa adeuda al actor la suma que resulte de la aplicación de la cláusula penal convenida en el contrato de locación. La multa por falta de desocupación del inmueble es una verdadera cláusula penal en los términos del art. 652 Cód. Civil. En efecto, la cláusula penal ostenta carácter accesorio respecto de la obligación que refuerza, lo que implica que sólo a través de una cabal valoración de la naturaleza de ésta podrá determinarse si la accionada adeuda sólo la cláusula penal o bien ésta y los cánones locativos o, en definitiva, el monto que se determine conforme las circunstancias que se relatarán. En atención a ello, la cláusula penal viene a reforzar la obligación de entregar el inmueble en tiempo, es decir, una vez extinguido el plazo contractual. Se trata de una cláusula penal tendiente a asegurar la obligación de restituir el inmueble arrendado. Dicha cláusula, al tiempo de ser incluida en el contrato, tuvo una doble función: conminatoria e indemnizatoria de los daños y perjuicios ocasionados al locador por la no restitución de la cosa al finalizar el tiempo de la locación. La primera característica funciona como elemento disuasorio tendiente a que el locatario cumpla adecuadamente su obligación. En cambio, el aspecto resarcitorio de la cláusula penal busca determinar de manera anticipada un monto en concepto de daños y perjuicios por haber impedido al locador la libre disposición del inmueble. A esta altura, es dable preguntarse si debido al transcurso del tiempo (cuatro años de ocupación desde el vencimiento del contrato), la disposición penal establecida en la cláusula cuarta continúa cumpliendo la función disuasiva y resarcitoria que tenía al momento de la suscripción del contrato. Ello por cuanto, la compañía Telefónica Móviles Argentina S.A. continuó en la ocupación indebida de la azotea del inmueble durante un período, por cierto, sumamente extenso (de febrero de 2010 hasta febrero de 2014) luego de producido el vencimiento contractual. La ocupación o retención es calificada de ?indebida? puesto que el actor había manifestado expresamente su intención de no consentir la permanencia de la accionada y, con posterioridad, incumplida la obligación restitutoria entabló la acción de desalojo en la que resultó vencedor, tal como puede advertirse del cotejo de los autos caratulados ?Consortio Edificio Rosario II c/ Telefónica Móviles Argentina s/ desalojo?, Expte 958/11. Sin lugar a dudas, la sola consideración de que la accionada continuó ocupando el inmueble durante un período de tiempo sumamente extenso, basta para tener por cierto que la cláusula penal fijada en el contrato dejó de cumplir la función disuasiva o conminatoria tendiente al cumplimiento del contrato, la que sí se encontraba presente al tiempo de la suscripción del mismo. ?Los jueces están obligados a interpretar los contratos con el fin de determinar qué efectos tuvieron en cuenta las partes cuando pactaron la multa?. (CNEsp y Com., Sala IV, 21/8/80, Capurro c. Marciano. ED, 90-616). En otras palabras, la inclusión de una multa tendiente a reforzar la obligación del locatario de entregar el inmueble extinguido el plazo contractual, no indujo al deudor a desistir de su propósito, pues el largo período por el cual continuó ocupando el inmueble denota una conducta reticente al cumplimiento. De este modo se ha dicho: ?Para no desvirtuar su función compulsoria, la cláusula penal debe ser lo suficientemente gravosa a fin de ?convencer? al deudor que le conviene más cumplir a tiempo su obligación? (CNCiv, Sala G, 8 /11/1990, La Ley 1991-E, 23). En conclusión, la función conminatoria de la cláusula penal dejó de tener vigencia en la etapa de cumplimiento poscontractual. En cuanto a la función resarcitoria que cumple la cláusula penal, la cuestión se torna más compleja. Me explico. La cláusula penal conforme lo dispone el art. 655 Código Civil se convierte en una liquidación convencional y anticipada de los daños y perjuicios que el incumplimiento cause al acreedor. De este modo el citado artículo establece que: ?La pena o multa impuesta en la obligación, entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses, cuando el deudor se hubiese constituido en mora; y el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente?. Conforme lo expresamente prescripto por la norma, la pena sustituye a la indemnización del derecho común; por eso, el acreedor no puede reclamar otra reparación, aunque pruebe la insuficiencia de lo pactado. Ahora bien, es necesario analizar siempre toda norma en el contexto del ordenamiento jurídico total y de esa manera hay que tener en cuenta cuando -conforme las circunstancias del caso- dicha cláusula entra en colisión con otros principios generales del derecho de superior valor normativo. Por tal motivo, no puede obviarse el examen de la cláusula penal pactada, a fin de determinar si la misma perdió la función resarcitoria que constituye su propia esencia. Para ello es necesario calcular la multa conforme las pautas de

la sentencia recaída. En esta tarea, conforme la cláusula cuarta, la multa por la ocupación indebida postcontractual es de una vez y media el precio del alquiler diario. Entonces, teniendo en cuenta que el último canon locativo, luego de la modificación efectuada por las partes el 14/01/05, fue de \$?.- anual, lo que equivale a un alquiler mensual de \$?.- y a un alquiler diario de \$?.- se determina que la multa diaria ascendería a \$?.- Ello significa que por los cuatro años de ocupación postcontractual el demandado debería abonar aproximadamente la suma de \$?.- Ante el resultado obtenido, es nuestro deber preguntarnos: ¿puede la cláusula penal tener una vigencia por un tiempo indeterminado?; una vez transcurridos cuatro años de ocupación indebida ¿continúa vigente la función resarcitoria de la cláusula penal teniendo en cuenta la situación económica habida en ese período de tiempo?; ¿constituye ello un ejercicio regular de un derecho?. En los hechos, la ocupación poscontractual del inmueble efectuada por la empresa de telefonía celular, constituyó una especie de continuación sine die del contrato de locación, no sólo en contra de la voluntad expresa del locador, sino además en circunstancias que claramente benefician a la accionada. Es por esa razón que el monto total que resulta del cálculo de la cláusula penal es a todas luces insuficiente e importa un ejercicio abusivo del derecho que se traduce en un enriquecimiento sin causa generado a su favor, para quien la indebida permanencia de la antena en el predio continuó generando ganancias. Es un hecho público y notorio que Telefónica Móviles Argentina S.A. es una reconocida compañía que opera en todo el país bajo el nombre comercial de ?Movistar?, prestando servicios de telefonía celular con una importantísima participación en ese mercado contando con aproximadamente 16 millones de clientes (es.wikipedia.org/wiki/Movistar). Todo ello lleva a concluir que resultó más beneficioso para la accionada permanecer durante cuatro años en la ocupación indebida del lugar en el cual había instalado una antena de telefonía celular, abonando la multa resultante de la cláusula pactada por cuanto ésta, por su insuficiencia, había perdido sus finalidades conminatoria y resarcitoria. Justamente sobre este particular, Kemelmajer de Carlucci ha dicho que: ?No obstante los términos absolutos del art. 655, un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia admite la existencia de varios supuestos en que la pena no opera como tope a la indemnización debida, sino que el deudor debe reparar todo el daño producido al acreedor, aun cuando éste sobrepase al numéricamente prefijado... Incumplimiento doloso. La solución se funda en los siguientes argumentos: a) Dar valor absoluto a un convenio que hace irrisoria la reparación de los daños, significa contrariar lo dispuesto por el art. 507 del Cód. Civil. b) La conducta de quien intenta prevalerse de este tipo de convenios viola los arts. 1198 y 1071 Cód. Civil. c) En algunas oportunidades la cláusula es tan baja que convierte a la obligación de indemnizar en puramente potestativa; su admisibilidad contraría el art. 542 del Cód. Civil. d) Las penas insuficientes dejan a los contratos onerosos sin causa, porque cuando el deudor incumple, no hay en realidad contraprestación desde el punto de vista económico. e) Cuando las partes pactan una cláusula penal sin aclarar a qué tipo de incumplimiento se refieren, están previendo el culposos. El dolo significa una circunstancia extraordinaria que no puede encuadrarse dentro de los montos prefijados? (Kemelmajer de Carlucci, Aída. Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Aberto J. Bueres, dirección. Elena I. Highton, coordinación. Tomo 2 A. Parte General. Obligaciones. Pág. 554). Refiriéndose al dolo en el incumplimiento contractual Morello ha dicho: ?El dolo del que aquí hablamos es distinto del dolo tipificante de uno de los vicios de la voluntad y que puede determinar su anulación. De Ruggiero-Maroi señalan que no se debe confundir la noción del dolo que puede intervenir en la formación del contrato (dolos in contrahendo) como vicio de la voluntad, con el dolo en la ejecución de una obligación, consistente en el voluntario incumplimiento de ella con el fin de perjudicar el interés del acreedor.? ?Expresa a su turno Martine: ?el dolo contractual exige que la mala fe se sancione porque el deudor no se puede sustraer voluntariamente a sus obligaciones. Existe un principio superior según el cual la inejecución dolosa de una obligación anterior agrava la situación de aquél sin que, por ello, el tipo de responsabilidad (contractual) se modifique? (Morello, Augusto M., ?Indemnización del daño contractual?, 2° Edición, Librería Editora Platense ? Abeledo Perrot, 1974, págs. 145 y 146). ?Al votar el doctor Casaux Alsina en la causa ?Márquez, Oscar César c/ Segal, Zanguill?, expresó: ?La voluntariedad y conciencia puesta por el deudor en el incumplimiento de la obligación determina la calificación de dolosa que corresponde atribuir a su conducta contractual, prescindiendo de la intención de dañar o causar perjuicios, para tener por acreditada la existencia del dolo?. Para así opinar -agregó- ?sigo la orientación de Lafaille, autor que concuerda en el pensamiento de Colmo y Bibiloni, también compartido por Busso? (Morello, Augusto M., ob. cit., pág. 150). Otro aspecto a considerar a fin de evaluar la pérdida de la función resarcitoria de la cláusula penal, es la falta de equivalencia entre las contraprestaciones de las partes. La demandada, compañía de gran magnitud, continuó ocupando el inmueble del actor después de vencido el contrato de locación, durante un período tan extenso que puede considerarse una continuación sine die del contrato para quien la indebida permanencia de la antena le generó cuantiosas ganancias, mientras que el actor se encontraba en situación de imposibilidad de disponer el inmueble, como así también de lograr la ejecución forzada directa de la obligación incumplida (art. 629 Cód. Civil) y, asimismo de lograr autorización para hacerlo a costa del deudor (art. 633 Cód. Civil), dado que, se requería de personal con una preparación técnica específica para el desmantelamiento de la antena de telefonía celular. De todo lo expuesto surge de manera objetiva que la cláusula penal quedó totalmente enervada por el transcurso del tiempo, ya que se advierte una desmesurada desproporción en

relación con el resarcimiento de los perjuicios cuya entidad convencionalmente se convino. De ahí que, si a pesar de ello se aplicara igualmente a rajatabla la cláusula cuarta del contrato de locación, se convalidarían inaceptables avasallamientos a los principios que vedan el enriquecimiento sin causa y el abuso del derecho. En virtud de los argumentos expuestos y de las circunstancias de tiempo y lugar relatadas, se concluye que la cláusula penal pactada resulta insuficiente y de aplicarse tal como lo hizo el a quo configuraría un ejercicio abusivo del derecho que conlleva a un enriquecimiento ilícito de la accionada. Por lo que corresponde, de acuerdo a la justicia del caso y en función de las facultades conferidas por el art. 245 C.P.C.C., determinar prudencialmente una indemnización tendiente a reparar las pérdidas sufridas por el actor a causa de la indisposición del inmueble. Debe resaltarse en la especie el hecho de que como ya se ha desocupado el espacio locado, únicamente debe restablecerse la función resarcitoria que cumplía la cláusula penal y no ya la compulsoria o disuasiva que ha perdido funcionalidad. A efectos de determinar el monto del resarcimiento que le corresponde al actor por la retención indebida en cuestión, se deben tomar en consideración determinadas pautas sentadas por la jurisprudencia: Así, ¿Tratándose de daños en supuestos de mora o de demora, como el contenido en el art. 1609 del Cód. Civil, no se pide una prueba muy estricta del daño puesto que por lo regular, se debe presumir el daño por el solo hecho de no haber tenido la disposición del objeto durante el tiempo de la mora, por el contrario puede resultar tanto de las circunstancias del caso, a juzgar prudentemente por el juez, como de la prueba proporcionada. Cuando está probado, como ocurren en el caso, que la propietaria del inmueble percibía una utilidad en dinero en virtud del contrato que tenía celebrado con la demandada, es razonable presumir que, el haber dejado de percibir suma alguna durante el tiempo que duró la ocupación ilegítima del bien por la accionada, le ocasionó a la actora un daño cierto que como tal debe ser resarcido (art. 1609 Código Civil) (C. Civ. y Com. Mercedes, Sala I, 18/03/1999, LLBA 1999-608).- ¿Cuando corresponde indemnizar al locador por la ocupación indebida de la unidad de vivienda, es de toda evidencia que resulta improcedente la pretensión de que se tome en cuenta el último alquiler convenido, porque de lo que se trata es de indemnizar el lucro cesante ocasionado al propietario del bien -es decir de la utilidad que haya dejado de percibir (art. 519, Cód. Civil)-, que está constituido por el valor locativo real del departamento durante el lapso de su indebida ocupación y actualizado el monto hasta la fecha de la condena?. (CNCiv, Sal D, 16/11/89, La Ley 1991-A, 132) En el caso de autos, existe una pauta de indudable referencia para determinar la cuantía del resarcimiento, constituida por el precio del alquiler que convino la demandada en la actualidad para utilizar la terraza de otro edificio con la misma finalidad que lo hacía con el del actor. El contrato de locación del que surge dicho alquiler fue presentado por la propia demandada en el expediente de desalojo tramitado entre las mismas partes, proceso este último que fue ofrecido como prueba por la demandada en la presente causa (ver fs. 53 vta); por lo que a tenor de lo prescripto por el art. 185 del C.P.C.C. y de conformidad con lo dispuesto por decreto del 29 de mayo de 2014 (fs. 579), que se encuentra firme (fs. 580 y 584), dicho contrato es prueba que puede ser valorada en este juicio. Sentado lo expuesto, se observa que en el referido contrato de locación, la demandada convino en abonar por la utilización de la azotea de ese edificio para la ubicación de sus antenas de telefonía celular, la suma de U\$S ?.- por todo el tiempo de la locación, que es de 60 meses (fs. 558). Esto implica un alquiler mensual de U\$S ?.-. Si se tiene en cuenta que el precio de venta del dólar oficial es a la fecha de \$?, resulta un alquiler mensual de \$?.-. Entonces, tomando como referencia dicho valor, a tenor de lo previsto por el art. 245 del C.P.C.C., se estima justo y equitativo fijar como indemnización (con fundamento en lo dispuesto por los arts. 1071 y 1198 del Código Civil), la suma de \$? por cada uno de los cuarenta y ocho (48) meses que permaneció la demandada en la ocupación indebida del espacio locado. Dicha suma es la que se estima como pérdida o lucro cesante mensual de la locadora por falta de restitución de la cosa arrendada al vencimiento del término estipulado. En cuanto a la tasa de interés requerida por el actor en su expresión de agravios, que es la de dos veces y medio la tasa pasiva sumada del Nuevo Banco de Santa Fe S.A., no resulta procedente por cuanto ello implicaría una superposición resarcitoria abusiva. Debiendo en consecuencia devengar la suma antes mencionada un interés equivalente a la tasa activa promedio mensual sumada que cobra el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. en operaciones de descuento de documentos a treinta días, desde la finalización de cada mes de ocupación indebida por la demandada y hasta su efectivo pago. El análisis desarrollado precedentemente tendiente a determinar lo que se considera como indemnización justa y equitativa por haberse mantenido la demandada en la ocupación indebida del bien locado por el plazo de cuatro años, da suficiente respuesta a la queja que había formulado la demandada por lo resuelto por la a-quo en la aclaratoria de la sentencia de primera instancia. En cuanto al planteo de pluspetición formulado por la demandada, corresponde su desestimación por cuanto el actor reclamó el pago de una suma de dinero o bien, la que se fije judicialmente de manera prudencial como justa y equitativa. Ello implica que no hubo un reclamo de una suma determinada por cuanto expresamente se dejó librada la determinación al prudente arbitrio del tribunal. En tal situación no puede darse el supuesto de pluspetición. Por ello este agravio debe ser rechazado, ya que a tenor de lo dispuesto por el art. 253, tercer párrafo, del C.P.C.C. no se incurre en pluspetición cuando el valor de la condena dependiere del arbitrio judicial. Por lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente a los agravios del actor, en tanto que corresponde rechazar los agravios de la demandada Telefónica Móviles Argentina S.A. Por ello, voto por la negativa. A la

misma cuestión, el doctor Galfré dijo: Impuesto del contenido del voto del Señor Vocal preopinantes doctor Netri, no comparto sus considerandos y el plexo resolutivo propuesto, por las razones que seguidamente paso a exponer: 1°) Que según resulta de las constancias de la causa, el día 14 de Febrero de 2000, se celebró el contrato de locación que marcha agregado a fs. 46/48 de autos, entre el Consorcio del Edificio Rosario II sito en la calle Mendoza N° ? de Rosario -representado por el señor Silvio Roberto Santos C.I.N° ?- (al que dan en llamar ?El locador?) y la empresa Telefónica Comunicaciones Personales S.A (la que posteriormente pasó a llamarse Telefónica Móviles Argentina) en su carácter de ?Locataria?. Este contrato tiene un plazo de duración de Diez años, y su vigencia se extendió entre el día 14 de Febrero de 2000 y el día 14 de Febrero de 2010. El precio pactado fue de ? Dólares (U\$S ?) por todo el período de la locación. Lo locado consiste en un espacio de aproximadamente 50 m2 ubicado en la azotea del inmueble ya referido, destinado para la colocación de equipos de telefonía celular.- 2°) Posteriormente, en fecha 14 de Enero de 2005, se celebró una Adenda (f. 51), en virtud de la cual las partes acordaron modificar -en especial- el precio del canon locativo a partir del día 15 de Febrero de 2005, fijándolo en la suma de ? pesos (\$...) anuales, libre de retenciones.- 3°) Por otra parte, en el contrato de locación original, en la Cláusula 4 -referida a la desocupación del inmueble-, se acordó -y ello no fue modificado por la Adenda ya referida-, lo siguiente: ?TCP (sigla de Telefónica Comunicaciones Personales S.A.) se compromete, a la conclusión del presente contrato, a entregar el espacio (locado), sin necesidad de notificación o requerimiento alguno por parte de El Locador. Si TCP, concluida la locación por vencimiento del Contrato, no devolviese el espacio a El Locador, deberá abonar una multa, cuyo importe será equivalente a una vez y media el precio del alquiler diario, mientras permanezca la ocupación postcontractual...?.- 4°) Vencido el aludido contrato en fecha 14 de Febrero de 2010, la locataria continuó con la ocupación del espacio locado, no obstante los requerimientos formales efectuados por el Consorcio locador; lo cual derivó en la forzosa tramitación del expediente caratulado ?Consorcio Edificio Rosario II Mendoza 1292 c/Telefónica Móviles Argentina S.A. y Telefónica Personales Comunicaciones S.A. s/Desalojo (Expte. N° 958/11 del mismo Juzgado de Baja Instancia -que obra reservado como prueba en Secretaría-, mediante el cual se logró la restitución del espacio locado, libre de toda ocupación, en fecha 12 de Febrero de 2014 -conforme consta en Acta Notarial que marcha agregada a fs. 200/201 de dichos actuados-.- 5°) Encontrándose vencido en fecha 14 de Febrero de 2010 el plazo contractual previsto en el contrato locativo, sin que se haya operado la restitución del espacio locado, deviene operable lo pactado en la Cláusula 4 de dicho contrato, en orden a la ejecución de la Cláusula Penal allí pactada -por mora en la restitución del inmueble-, y cuya transcripción se efectuara en el punto 3° de estos Considerandos.- 6°) Al dictarse la Sentencia N° 3595/13 (obstante a fs. 529/533), y su posterior Aclaratoria N° 3654/13 (f. 535), se dispuso condenar a la demandada a pagar la Cláusula Penal pactada, la cual, cuantitativamente, se fijó en la suma de ? pesos con ? centavos (\$...) diarios (surgidos de dividir el canon mensual de \$... por treinta días), con más el canon locativo adeudado desde la finalización del contrato mientras permanezca la ocupación del inmueble; a lo que se deben agregar los intereses a la tasa efectiva promedio mensual vencida (sumada) que cobra el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. para operaciones de descuento de documentos a treinta días.- 7°) Recurridos que fueron ambos fallos -en apelación y conjunta nulidad-, y por ambas partes en litis, y, concedidos dichos recursos a fs. 537 y 541 respectivamente, se advierte que los contendientes esgrimen planteos contrapuestos que se pasan a describir: Apelación de la actora: Tal como la recurrente lo expresa (fs. 564/565), ?..el único y principal agravio de la sentencia recurrida, lo constituye el valor determinado en concepto de importe de locación y el correspondiente a la multa contractual...?.- Reprocha que la A quo en sus considerandos haya elegido como baremo la suma establecida en el contrato vencido, dado que -entiende- que si el contrato se encuentra vencido, se encuentran vencidos también los importes pactados, ya sea al inicio del contrato o luego de la adenda realizada; por lo que la Sentenciante -dice- ha partido de una premisa inexistente, por ende falsa y como lógica consecuencia tuvo una conclusión errónea.- Sostiene que la conducta desplegada por la demandada de no pagar por el uso del espacio a cielo abierto, ha constituido un verdadero enriquecimiento sin causa, y -agrega- que, sea la suma que fuere a establecerse en definitiva, también la agravia la no aplicación de una tasa de interés de dos veces y media, puesto que el uso dado a la estructura de telefonía móvil, sí le ha sido cobrado a todos los usuarios.- Se pregunta respecto a ¿cuál es el precio justo que se debe abonar por el uso del inmueble luego de finalizado el contrato?. Y, en tal sentido, aduce que un precio justo podría haber sido determinado por idóneos en la materia, qué valor locativo posee el espacio a cielo abierto de un inmueble de similares características. O, en su caso, fijar el mismo ateniéndose al precio pactado en otro contrato que la demandada presentara como prueba de que reubicaría las antenas en otro edificio, y que marcha agregado al expediente de Desalojo, aportado como prueba en tales actuados.- Acota que en tal contrato -que habría sido suscripto por la demandada con terceros ajenos a la causa-, se habría pactado un canon mensual de U\$S ?; pretendiendo que esa suma sea la fijada como canon mensual por los meses posteriores al vencimiento del plazo contractual del contrato en crisis en la presente causa.- Reitera su postura interrogante, acerca de ¿porqué el Consorcio actor debe percibir menor cantidad de dinero que el Consorcio de otro Edificio que habría celebrado el contrato al que hace alusión?.- Finalmente, peticona la fijación del precio que habrían acordado los terceros mencionados, con más la tasa de interés de dos veces y media la tasa pasiva

sumada del Nuevo Banco de Santa Fe por todo el tiempo de ocupación del inmueble, como así también la multa en concepto de cláusula penal.- Apelación de la demandada: La accionada radica su queja en que la Aclaratoria N° 3654/13 (f.535) modifica la Sentencia N° 3595/13 (fs. 529/533), y, por tanto, afecta su derecho de propiedad.- Argumenta que, mientras en la sentencia de fondo se condenó a la accionada a pagar únicamente la ?multa? pactada en el contrato de locación (Cláusula 4), tras la Aclaratoria, adiciona a dicha condena el ?canon locativo?, lo cual -entiende la recurrente- viola lo pactado en el contrato.- Petición que sólo prospere la condena por el pago de la ?multa? pactada.- Por otra parte, cuestiona la imposición de las costas a la demandada, señalando que el actor incurrió en pluspetición a la hora de demandar, dado que en la demanda reclamó la suma de U\$S ?, cuando en el caso, si la demanda prospera únicamente por la multa procesal, la demanda prosperaría por \$...; o, en su caso, si la pretensión prospera por la multa procesal más el canon locativo, ello llevaría la cifra de condena a \$.... Lo cual -aduce- es una evidente pluspetición, y le cabe la imposición de las costas previstas por el art. 253 C.P.C.C.- Ambas partes, en sus escritos contestatarios de agravios, postulan recíprocamente el rechazo de sus agravios y la imposición de las costas a la contraria.- Entrando al análisis del planteo apelatorio de ambos recurrentes, se advierte que el iter controversial recursivo radica -por parte de la actora- en la determinación de un canon locativo actualizado y su cobro a la demandada, juntamente con la Cláusula Penal prevista en la Cláusula 4 del Contrato de Locación sustento de la litis. Mientras que la accionada, pretende que únicamente se aplique la Cláusula Penal y se mantenga -para la determinación de la misma- el canon locativo previsto para los meses de vigencia del contrato de plazo vencido.-

Avocado a dicho tópico, debo señalar que -en orden a lo vertido por la actora, en el sentido de que el contrato de locación se encuentra vencido, y por lo tanto, también están vencidos todos los importes pactados en dicho instrumento y su posterior adenda, por lo que -considera- no pueden ser utilizados dichos valores para determinar la deuda de la demandada; tal apreciación deviene errónea y no resulta atendible.- El Contrato de Locación no se encuentra vencido.- Tan sólo está vencido el plazo de vigencia de la tenencia en uso y goce del espacio alquilado, pero las restantes cláusulas contractuales conservan su vigencia, en especial las que están encaminadas a dar conclusión a las obligaciones contractuales de las partes contratantes.- Véase que la obligación de restituir el inmueble en el estado en que fue recibido por la locataria, subsiste; la obligación de pagar arriendos e impuestos que pudieren estar adeudándose, subsiste; la obligación de pagar intereses por las sumas que se estuvieren adeudando, subsiste; la mora automática pactada, subsiste; los domicilios constituidos, subsisten; la competencia pactada, subsiste; y, finalmente, la Cláusula Penal por mora en la restitución de inmueble (cláusula 4), también subsiste.- En cuanto al canon locativo -finalmente fijado en la Adenda de fecha 14 de Enero de 2005 (fs. 63/64), en la suma de \$... anuales, a partir del día 15 de Febrero de 2005, el mismo no puede ser variado unilateralmente por el actor, por la sólo circunstancia de que el plazo locativo ha fenecido y la locataria permanece en la ocupación intempestiva del inmueble.- Tal canon se debe mantener hasta la desocupación definitiva del inmueble, la que en el caso de autos, se operó -dentro del marco del Juicio de Desalojo ya referido- el día 12 de Febrero de 2014.- Tampoco deviene admisible el argumento de la actora, sustentado en que tales arriendos están desactualizados y la accionante percibirá un importe marcadamente menguado, pues, en el presente caso, se ha pactado una Cláusula Penal que llevará a elevar el monto mensual por cada día de ocupación arbitraria de la locataria, la cual tiende a mitigar el perjuicio experimentado por la actora, y que, en el caso, fue acordada por ambos contratantes.- El Código Civil en su artículo 652 describe la Cláusula Penal, de la siguiente forma: ?La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación?.- La cláusula penal por falta de restitución del inmueble en un contrato de locación, está prevista para resarcir los posibles daños y perjuicios que el incumplimiento del locatario acarree. Pero, por sobre todas las cosas, cumple una función compulsiva que mueve al inquilino a cumplir con la restitución del bien locado, y así eludir la pena, que, para el caso puede ser gravosa.- Tal cláusula importa una liquidación convencional de los daños y perjuicios que el incumplimiento cause al locador.- El importe establecido en la cláusula penal, sustituye el resarcimiento que efectivamente pudiera corresponder, sin interesar los daños realmente sufridos por el acreedor, y, aun cuando éste probare que ha sufrido perjuicios mayores a los prefigurados en dicha cláusula; por lo que su reclamo no requiere la prueba de la existencia de los perjuicios.- Como tal, esta cláusula no tiene vida propia, toda vez que constituye una estipulación accesoria de la obligación principal a la cual está adosada. Y la obligación principal, es la de restituir el inmueble al final del plazo locativo.- Pero en modo alguno, el pago de la cláusula penal en el contrato de locación, exime del cumplimiento de la obligación principal, ya que al no ser substitutiva de la misma, no la reemplaza, sino que la acompaña como medida de seguridad conducente al cumplimiento de lo pactado.- Así planteada la operatividad de la cláusula penal en la relación locativa, cabe ahora determinar si al reclamarse la restitución de la cosa por vencimiento del plazo contractual, el crédito del locador cesa de tener por causa el pago de los arriendos, y se transforma en el derecho a ser resarcido mediante la indemnización pactada en la cláusula penal, o ambos conceptos son compatibles, y la percepción de esta última no impide el cobro de los alquileres de los períodos posteriores al vencimiento del plazo contractual y hasta la efectiva restitución del inmueble locado.- En tal sentido, cabe destacar que el contrato de locación, es por esencia, de carácter ?oneroso?.-

En modo alguno se puede concebir una ocupación de un inmueble locado, si por tal uso y goce de la tenencia de dicho bien, el locatario no abona un canon locativo.- Ello emana de la propia definición de dicho contrato, que brinda el artículo 1493 del Código Civil: ?Habr  locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por ese uso o goce, obra o servicio un precio determinado en dinero...?.- Por tanto, si se persigue el importe de la cláusula penal derivada de la falta de restitución en término de la cosa dada en locación, y, además, se reclama el precio de los arriendos adeudados por el locatario como consecuencia de la retención del inmueble, no juega el supuesto previsto por el artículo 659 del Código Civil, pues no se están acumulando dos acciones sobre una misma causa, dado que las causas del deber de responder en uno y otro caso resultan diversas.- Ergo, nada impide que el locador, ante la continuación del contrato fuera de término -por decisión unilateral del locatario-, persiga el cobro de los daños moratorios convenidos, junto con el cumplimiento de la obligación de pagar el canon locativo.- Tal postura, resulta coincidente con el fallo plenario de la Cámara Nacional de Paz, en el que se estableció que no era incompatible el reclamo de daños e intereses por el uso y goce de la cosa locada posterior al vencimiento del contrato, con la percepción de los alquileres de los períodos con que se corresponde, aunque no se hubiere formulado reserva alguna en dicha ocasión . (C.N.Paz, en Pleno, 29/08/72, ?Ruíz Moreno c. Escalante?, L.L., 148-4).- En igual sentido, se ha reiterado dicha jurisprudencia en: C.N.Esp. Civil y Com., Sala VI, 11/04/78, BCECyC 670, núm. 9714 - Rep. L.L. 1979 J-Z, 1353, Sum. 142).- Vencido el plazo, el inquilino puede ser desalojado del inmueble, pero mientras continúe ocupando y hasta el momento en que el desalojo se cumple, los alquileres corren, porque no es justo que use la cosa sin retribución, lo que no impide que si el locador entiende que la demora en la restitución le ha ocasionado perjuicios, pueda reclamarlos, en virtud de la cláusula penal.- Por otra parte, si se privara al locador que se ve impedido de recuperar el inmueble, de la posibilidad de cobrar -por los meses posteriores al vencimiento y hasta la desocupación del bien- el alquiler que se ha pagado -al menos- en el último mes del plazo locativo, se estaría desnaturalizando la relación locativa en crisis, asimilándola a un contrato de comodato. Y, ello resulta inadmisibles.- Además, si se admitiera que en la indemnización de la cláusula penal, pudiese estar incluido el pago del canon locativo de cada mes de mora en la restitución, se llegaría a la inaceptable situación de menguar de tal forma la sanción que la misma conlleva, al punto tal que perdería su fundamental propósito, cual es el de coaccionar al locatario moroso para que restituya en término el inmueble locado.- Véase que con un temperamento inicuo como el que se describe, la cláusula penal pactada en la Cláusula 4 del contrato de locación de fs. 46/48 (equivalente a una vez y media el alquiler), se reduciría a tan sólo ?medio mes de alquiler?, perdiendo la misma el carácter de sanción.- Fortaleciendo la postura de la aplicación conjunta de la cláusula penal y el cobro del canon locativo por cada mes de retardo en la restitución del inmueble, cabe advertir, que la demandada -empresa prestadora de una muy voluminosa cartera de servicios de comunicaciones- ha permanecido con la instalación de los aparatos de comunicaciones ubicados en el espacio locado, y, en su inter n, ha cobrado a sus usuarios sumas mensuales de inmensa magnitud generándole ingentes ganancias, lo cual -aun pagando un canon locativo y la cláusula penal- la pone distante de verse afectada con la sanción de la cláusula penal.- Por las consideraciones vertidas, entiendo que, a los fines del cálculo del canon locativo diario, se debe tomar en cuenta el canon locativo anual -? pesos (\$...)- fijados en la Adenda suscripta por las partes, para regir a partir del día 15 de Febrero de 2005, lo cual determina un canon mensual de \$..., y de \$... diario.- En orden a la cláusula penal, la cifra mensual resultante asciende a la suma de ? pesos (\$...), mientras que el monto diario de la misma cláusula, arroja la cantidad de ? pesos con ? centavos (\$...).- En cuanto a la tasa de interés aplicable al caso, corresponde señalar que, es criterio jurisprudencial mayoritario que la cláusula penal o multa convenida para enjugar la mora en el cumplimiento de una obligación contractual -en el caso la mora en la restitución del inmueble- importa la estipulación de intereses punitivos.- En tal sentido resulta adecuada la fijación únicamente de intereses compensatorios efectuada por la A quo en su resolución venida en recurso, los que se deberán aplicar desde que se operó cada vencimiento mensual y hasta la fecha de su efectivo pago; y recaerán tanto sobre la cláusula penal, como respecto de los cánones locativos.- Finalmente, en cuanto al planteo de la demandada sobre la imposición de las costas de Baja Instancia a cargo de la actora, por haber incurrido en pluspetiti , el mismo deviene inaceptable, habida cuenta de que la postulación de la actora en su demanda de fs. 7/11), se dejó sometida a la ?decisión que el Sentenciante considere justa y equitativa por todo el tiempo de ocupación y hasta la entrega libre y expedita del bien locado, con más sus intereses, costos y costas...?, lo cual, en modo alguno, lleva a constituir una pluspetición, sino que se limita a una estimación puesta a consideración del tribunal, quien en definitiva es el que determina la suma a condenar.- Por ello, resulta justo que la demandada deba cargar con las costas totales de la Primera Instancia.- Ello me lleva a entender que tanto la Sentencia N  3595/13 (fs. 529/533), como su Aclaratoria N  3654/13 (f. 535), conducen a una condena adecuada a derecho, y deben ser confirmadas en todas sus partes.- En cuanto a las costas de Alzada, si bien los planteos de ambos apelantes no recibieron acogida favorable, cabe destacar que tales recursos no llevaron igual grado de intransigibilidad.- Véase que mientras el actor, continuó con su planteo sometido a la sana crítica del tribunal; la demandada fue terminante con su oposición a los fallos de Baja Instancia, y, por

consiguiente, aunque los recursos no progresaron, el grado de oposición genera una mayor condena.- Por ello, las costas de Alzada se imponen en su totalidad a la demandada.- Así voto.- A la misma cuestión, el doctor Pagnacco dijo: Adhiero en un todo al voto del Dr. Ricardo Netri, puesto que, si bien es cierto que la norma contenida en el art. 655 del Código Civil, en su literalidad, consagra la inmutabilidad de la cláusula penal (?...el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente?) dicha inmutabilidad debe ceder cuando se constata el incumplimiento deliberado de la obligación por el deudor (dolo), como en la especie, en la que la locataria aprovechándose de la imposibilidad técnica de la locadora para retirar la antena y la exigüidad de la cláusula penal (estipulada para simples retardos culposos) continuó usufructuando del uso y goce del espacio físico y aéreo del inmueble sine die. Por ello, pese a la literalidad de la norma citada, no debe perderse de vista que ?la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos y, que se considerará tal, al que contraría los fines que ella tuvo en mira al reconocerlos o el que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres? (art. 1071 Cód. Civil). En reiterados pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que cuando como consecuencia de la aplicación de la literalidad de una norma se arriba a resultados reñidos con las circunstancias particulares del caso o a consecuencias notoriamente inicuas, el juez debe superar su letra integrando a la hermenéutica su espíritu, sus fines y los principios axiológicos que la rigen (Fallos 249:37; 302:1284; E.D. 115-181; etc.), es que, como dice Vigo (parafraseando a Michel Villey) ?...el Derecho es una obra colectiva que empieza el constituyente y concluye el juez al resolver equitativamente el caso? (Vigo, Rodolfo ?Los Principios Jurídicos. Perspectiva Jurisprudencial?, Edit. Depalma, Bs. As. 2000, pag 59). Así voto. A la tercera cuestión, el doctor Netri dijo: Propongo como pronunciamiento: 1) Desestimar los recursos de nulidad interpuestos por el actor y por la demandada Telefónica Móviles Argentina S.A. 2) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada. 3) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el actor, revocando la sentencia N° 3595/13 (fs. 529/533) y su aclaratoria N° 3654/13 (fs. 535), y en consecuencia, haciendo lugar a la demanda y condenando a Telefónica Móviles Argentina S.A., a pagar al Consorcio Edificio Rosario II, dentro del plazo establecido en la sentencia de primera instancia, la suma de \$?.- por cada uno de los cuarenta y ocho (48) meses que permaneció la demandada en la ocupación indebida del espacio locado, con más un interés equivalente a la tasa activa promedio mensual sumada que cobra el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. en operaciones de descuento de documentos a treinta días, desde la finalización de cada mes de ocupación indebida y hasta el efectivo pago. 4) Imponer las costas de primera instancia y de alzada en su totalidad a cargo de la demandada (art. 251 del C.P.C.C.). 5) Propongo que los honorarios de Alzada de los Dres. Fernando Daniel Messulam y Cecilia Filas se fijen en el ? por ciento del honorario que en definitiva les corresponda a los profesionales de cada parte por su labor desplegada en lo principal en sede inferior, con noticia de la Caja Forense. Conforme lo dispuesto por el art. 9 de la ley 7055 (contrario sensu) y tal como lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (autos: ?López, Eduardo J. s/ Infracción arts. 12 y 88 del Código de Faltas?, 10-04-2003, A. y S. 188, págs. 123/127; ?Capella, Hugo H. s/ Auto de Procesamiento?, 26-12-2003, A. y S., 194, págs. 229/234) y subraya la doctrina más prestigiosa, el eventual recurso de inconstitucionalidad que pudiera interponerse contra la presente sentencia condenatoria no tiene efecto suspensivo (Martínez, Hernán, ?El Recurso de Inconstitucionalidad en la Provincia de Santa Fe. Ley 7055. Actualización?, Tomo II, pag. 83; Sagües, Néstor y Serra, María M., ?Derecho Procesal Constitucional de la Provincia de Santa Fe?, pag. 551; Chiappini, Julio, ?El Recurso de Inconstitucionalidad. Ley 7055?, pag. 85; ídem, ?El efecto no suspensivo en el recurso de inconstitucionalidad? en Zeus 65, D-109). En consecuencia, corresponde que notificada que fuere la presente sentencia, bajen los autos al Inferior a fin de posibilitar su ejecución y, en caso de que se interpusiese recurso de inconstitucionalidad por alguna de las partes, esta Cámara le requerirá fotocopias certificadas para su sustanciación, debiendo quedar a cargo de la recurrente el costo de las mismas. Así voto.

A la misma cuestión, el doctor Galfré dijo: Propongo la confirmación de la sentencia N°3595/13 (fs.529/533) y su aclaratoria N°3654/13 (fs.535) que fueron apeladas, imponiendo las costas de ambos recursos en su totalidad a la demandada.- Así voto.- A la misma cuestión, el doctor Pagnacco dijo: Coincido con lo propuesto por el doctor Netri y voto en igual sentido.- Por todo ello, la Cámara de Apelación de Circuito de Rosario, por mayoría; RESUELVE: 1) Desestimar los recursos de nulidad interpuestos por el actor y por la demandada Telefónica Móviles Argentina S.A. 2) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada. 3) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el actor, revocando la sentencia N° 3595/13 (fs. 529/533) y su aclaratoria N° 3654/13 (fs. 535), y en consecuencia, haciendo lugar a la demanda y condenando a Telefónica Móviles Argentina S.A., a pagar al Consorcio Edificio Rosario II, dentro del plazo establecido en la sentencia de primera instancia, la suma de \$?.- por cada uno de los cuarenta y ocho (48) meses que permaneció la demandada en la ocupación indebida del espacio locado, con más un interés equivalente a la tasa activa promedio mensual sumada que cobra el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. en operaciones de descuento de documentos a treinta días, desde la finalización de cada mes de ocupación indebida y hasta el efectivo pago. 4) Imponer las costas de primera instancia y de alzada en su totalidad a cargo de la demandada (art. 251 del C.P.C.C.). 5) Fijar los honorarios de Alzada de los Dres. Fernando Daniel Messulam y Cecilia Filas en el ? por ciento del honorario que en definitiva

les corresponda a los profesionales de cada parte por su labor desplegada en lo principal en sede inferior, con noticia de la Caja Forense. Insértese, notifíquese a las partes y bajen de inmediato a los fines expuestos en el último párrafo de la parte considerativa. (AUTOS: ? CONSORCIO EDIF. ROSARIO II C/ TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S/ COBRO DE PESOS? Expte. N° 70/14).8-45 NETRI GALFRÉ (en disidencia) PAGNACCO (en disidencia) MUNINI
Correlaciones: Los Carolinos SA c/Franget, Matías Agustín s/ ejecución típica - Cám. 4ª Civ. Mendoza - 1ª Circunscripción
- 12/12/2012 Cita digital: