

Comodato Gratuito Restitucion Del Inmueble Aplicacion De La Clausula Penal Pactada Por Las Partes

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Comodato gratuito. Restitución del inmueble. Aplicación de la cláusula penal pactada por las partes

Se confirma la sentencia apelada en cuanto hizo lugar parcialmente a la demanda por el lapso que la accionada incumplió en la entrega del inmueble recibido en comodato gratuito, por considerar que más allá de no haber probado ningún aprovechamiento económico por parte de la actora, tampoco demostró que su postura contumaz respondiera a fuerza mayor o caso fortuito. Se establece que la cláusula penal debe ser calculada conforme los términos pactados por las partes. Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 06 días del mes de Marzo de dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "B", para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados: "Cebrian Inmobiliaria S.A. c/ Cebrian Hermanos S.A. s/ cobro de sumas de dinero" respecto de la sentencia de fs. 333/337, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden Señores Jueces Doctores: CLAUDIO RAMOS FEIJOO - MAURICIO LUIS MIZRAHI - ROBERTO PARRILLI - A la cuestión planteada el Dr. Claudio Ramos Feijóo, dijo: I. La sentencia de fs. 333/337 resolvió: a) hacer parcialmente lugar a la demanda, reduciendo la cláusula penal de U\$S 2.000 diarios a la suma de U\$S 430,94. En consecuencia, condenó al "CEBRIAN HNOS. S.A." (sociedad escidente), a pagar a "CEBRIAN INMOBILIARIA S.A." (sociedad escisionaria), la suma de dólares estadounidenses ciento trece mil setecientos sesenta y ocho (U\$S 113.768), por los días que incumplió la entrega del inmueble dado en comodato gratuito, con más los intereses fijados en el considerando V "in fine" y costas (conf. cons. VII f. 337/vta.). II. Contra dicho pronunciamiento apelan las partes. III. A fs. 349/355 expresa agravios la parte actora (sociedad escisionaria). Solicita se modifique el fallo recurrido y se condene a la demandada (sociedad escidente) al pago del importe convenido en concepto de cláusula penal en el contrato de comodato gratuito, por el lapso que aquella estuvo en mora en el reintegro de la propiedad (17 de Julio de 2014 hasta el 06 de Abril de 2015). En subsidio, peticiona se eleve el quantum del importe de la aludida cláusula penal establecido en la instancia de grado, al equivalente a tres valores locativos. La recurrente sostiene que el fallo en recurso no contiene una adecuada valoración de los hechos de la causa. Manifiesta que la Magistrada de grado incurrió en un error al describir el alcance del proyecto constructivo que la actora informó a fs. 155/158. Esto, ya que tal emprendimiento también incluía el pago de la suma de U\$S 150.000,00 y la posibilidad de recibir otras 10 unidades funcionales de 40m2 cada una (v. f. 349vta.). Argumenta que a partir de los dichos y hechos probados en la causa, no es posible arribar a otra conclusión, que violente hasta la más mínima presunción de buena fe en la demandada que, por lo resuelto, acogió la sentencia de fs. 333/337. Hace referencia a los principios de honorabilidad y razonabilidad citados por la Jueza de la instancia anterior, afirmando que la misma incurrió en una contradicción al haber dispuesto la apertura a prueba sobre el importe que las partes consensuaron para justipreciar el valor de la cláusula penal en moneda constante, para luego reducir dicha suma (v. f. 350vta.). De este modo, pone énfasis en la condición de comerciante de alto nivel de desempeño económico de la demandada (v. f. 351) y aduce que el importe de la cláusula penal pactada no resulta desproporcionado con la gravedad de la falta que aquella sanciona. Así, reconoce que si bien el monto estipulado no es exiguo, tampoco lo son las características de la finca dada en comodato gratuito y el beneficio que para la comodataria devino de la utilización comercial de la propiedad durante el período que la retuvo ilegítimamente, sin haber probado causal alguna que le impidiera restituir la tenencia del bien (v. f. 351 vta.). Agrega, que de las constancias de autos (v. en especial fs. 139vta./140) se colige que la deudora tuvo un lapso de más de seis meses para evaluar los términos y condiciones a los que se sometía, incluyendo entre los mismos el importe de la cláusula penal que cuestionó a la hora de serle exigido judicialmente el pago (f. 351vta.). Considera que la Sra. Juez de grado aplicó "in pectore" la procedencia de la acción de reducción sin haberse demostrado la desproporción y el aprovechamiento al que el art. 656 del Cód. Civil alude. Cita jurisprudencia (v. fs. 351vta./352). Asimismo, peticiona que -al no haberse producido prueba válida a fin de determinar el valor locativo de la propiedad que se otorgó en comodato gratuito a la demandada- se esté a lo pactado por las partes en el contrato ventilado en autos (v. f. 353 vta.). Por otra parte, destaca que la a quo ha incurrido en una equivocación al "convertir el importe de valor locativo en pesos (con vigencia para un período de más de dos años de antigüedad a la fecha) a dólares estadounidenses según la cotización a la fecha de sentencia, cuando correspondió hacer aquella conversión 'peso-dólar' según la cotización de la divisa americana a la fecha de vigencia de la valuación en pesos (comienzo de la mora) (...) la multa diaria correspondió fijarla en la suma de U\$S 816,00 y el monto de condena correspondió fijarlo en el importe de U\$S 213,792,00" (conf. f. 354). En lo tocante a los intereses, solicita que los mismos sean

elevados a la tasa de interés fijada y ¿se imponga la aplicación de intereses por cada día de retardo en el pago de cada uno de los importes diarios de cláusula penal, desde que cada uno de los mismos se devengó y hasta el efectivo pago? (v. fs. 354vta./355). Por último, en cuanto a las costas del proceso, expresa que al encontrarse en mora la comodataria -sin haber ofrecido ni formalizado la concreta y efectiva oferta de pago- no habiendo circunstancia alguna que autorice a eximirla parcialmente del pago de las mismas, solicita se revoque el fallo apelado y se impongan a la demandada las costas de ambas instancias (v. f. 355). IV. Dicha pieza fue contestada por la parte demandada a fs. 364/368vta. solicitando se desestimen los agravios de la contraria y -en consecuencia- se admitan los expresados por esta parte. V. Por su parte, la demandada (sociedad escidente) funda su recurso a fs. 356/358, cuyo traslado conferido a f. 359vta. fue contestado a fs. 361/363. Centra su primera crítica en lo que hace al monto de condena. Afirma que si bien fue admitida la nulidad de la exorbitante y desproporcionada cláusula penal reclamada, lo cierto es que el monto admitido en la sentencia resulta aún elevado tanto respecto del supuesto incumplimiento en que habría ocurrido mi parte, como así también, en relación al daño que dice haber sufrido la actora. Por ello, solicita se reduzca la misma -como máximo- hasta el valor equivalente a un canon locativo. Seguidamente se queja de la imposición de costas dispuesta en la anterior instancia. Manifiesta que al haber resultado sustancialmente vencedora en este proceso, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 71 y 72 del CPCCN, las costas deben distribuirse en proporción al éxito obtenido por cada una de las partes, teniendo presente para ello la exorbitancia de la multa reclamada. VI. Pasaré a examinar los agravios expresados, en la inteligencia que en su estudio y análisis corresponde seguir el rumbo de la Corte Federal y de la doctrina interpretativa. De modo previo al tratamiento de los agravios, ante la inconsistencia de numerosos capítulos de la expresión de agravios, los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (ver Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado, T° I, pág. 825; Fenochietto Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, T 1, pág. 620). Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 386, in fine, del ritual; Fallos: 274:113; 280:3201; 144:611). VII. Las partes se agravan del monto establecido por la a quo, al morigerar la cláusula penal pactada en el contrato de comodato gratuito (v. f. 14 vta.); mientras que la actora (sociedad escisionaria) solicita se aplique en forma íntegra el monto pactado en el convenio, la demandada (sociedad escidente) peticona su reducción. El tema traído a estudio es el cumplimiento de una cláusula penal, tal cual ha sido pactada previamente por las partes. Más allá de lo extraño que pueda parecer la posibilidad de cabildeo alguno sobre la procedencia de la solicitud del cumplimiento de algo pactado tal cual lo fue, lo extraño se convierte en lo ordinario, desde antaño en los anaqueles jurisprudenciales. La literatura ha reseñado excelsamente este tópico en una obra por antonomasia del cisne de Avon: ¿Esta libra de carne que reclamo la he comprado cara, es mía, y la tendré. Si me la negáis, anatema contra vuestra ley. Los decretos de Venecia, desde ahora, no tienen fuerza. Espero de vos justicia. Me la haréis?? (Shakespeare, W, El Mercader de Venecia, Shylock, acto IV, esc. 1era., pág. 1077, Obras Completas, estudio preliminar, traducción y notas, Luis Astrana Marin, ed. Aguilar, Madrid 1966). ¿Exijo la ley, la ejecución de la cláusula penal y lo convenido en el documento?. (ob. cit., pág. 1079). El art. 652 del Código Civil establece que ¿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?. Bustamante Alsina la define como ¿una estipulación accesoria a otra obligación, por la cual el deudor o un tercero se obliga a favor del acreedor o de un tercero a una determinada prestación, con el fin de asegurar el cumplimiento y fijar el límite del resarcimiento en el caso de retardarse o de no ejecutarse la obligación principal? (conf. ¿Teoría de la responsabilidad civil?, n° 382, pág. 138, año 1980). La cláusula penal tiene una función ambivalente, según lo destaca la mayoría de la doctrina, considerando que tiene tanta importancia la función compulsiva, -se estipula para asegurar el cumplimiento de la obligación principal, compeliendo al deudor al cumplimiento de la palabra empeñada-, como resarcitoria desde que cumple una función indemnizatoria, que consiste en una valuación o liquidación convencional anticipada de los daños que el incumplimiento de la obligación provoque al acreedor, ya que conforme a su naturaleza compleja, no puede explicarse sino por la acumulación de ambas que hacen a la plenitud de la institución (conf. Ameal-López Cabana- Zannoni, ¿Código Civil comentado, anotado y concordado?, Belluscio-Zannoni, T. 3, pág. 202, año 1981). El art. 655 del Código Civil prevé 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? y el art. 656 del mismo Código, segundo párrafo, dispone ¿Los jueces podrán sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta el valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor?. La característica intrínseca de la cláusula penal es la inmutabilidad. Sus funciones son obtener el cumplimiento de la obligación principal y pactar por anticipado los daños e intereses, sin posibilidad para el acreedor de otra indemnización. Su ventaja resulta de

la anticipada cuantificación de los daños y perjuicios a la que arriban de consuno las partes que la suscriben -arts. 1197 y 1198 del Cód. Civil-. La facultad morigeradora reconocida al juzgador en el art. 656, párrafo segundo del Código Civil, debe ser ejercida cuando el monto de la cláusula penal fuere manifiestamente desproporcionado con el valor de la pretensión principal, o mediare aprovechamiento abusivo de la situación del deudor, lo cual obviamente dependerá de las circunstancias propias del caso. Asimismo, para no desnaturalizar la función compulsiva de la cláusula penal, el monto de la misma debe ser sustancialmente superior a la prestación incumplida, sin perjuicio de que deba corregirse con el arbitrio de la morigeración todo exceso que resulte lesivo de la regla moral y no todo excedente sobre el daño efectivamente causado (conf. CNCivil, Sala A, 9-10-95 ?Damonte Carlos Humberto c/García Mabel Susana y otros s/ejecución de alquileres?, ED 12-2-96). En este supuesto, la cláusula penal pactada por las partes estableció U\$S 2.000 diarios por cada día de mora en la restitución del inmueble comercial en cuestión (3.102,3151 m2 frente de ?curtain wall? con señalética, muy buena construcción, acceso vehicular, subsuelo y dos plantas (...) ver experticia arquitectónica a fs. 251/283) (v. contrato de comodato fs. 14/15). No es función de los jueces rever los negocios jurídicos comerciales (cláusula penal) que los contratantes (dos sociedades anónimas en el contexto de un acuerdo de escisión) pactan libremente, cuando su instrumentación y posterior ejecución no violenta el orden jurídico en sendos momentos. Los jueces deben velar por su cumplimiento, que no es otra cosa que la voluntad de las partes. De actuarse en contrario, se los estaría invitando a considerar constantemente la posibilidad de una renegociación de la palabra empeñada, a través de la vía judicial, con la consiguiente inestabilidad en el tráfico comercial. Por el contrario, si la actitud de respuesta de la jurisdicción es firme y el tenor de los argumentos jurídicos respecto del cumplimiento de la letra del contrato es sólido se actúa no solo como adecuada respuesta a las demandas presentes, sino como factor de disuasión respecto de las futuras, centrando la atención en aquellas pretensiones que sí lo merecen (BIELSA, Rafael A., ?Transformación del Derecho en Justicia?, p. 33, ed. La Ley, 1993). Ahora bien, la pregunta a formularse es: ¿Quién falta a la moral y a las buenas costumbres: a) el que pretende que se cumpla el contrato, ley para las partes; o b) el que lo incumple al no entregar el inmueble comercial en la fecha pactada permaneciendo ?ad libitum? 262 días más y pidiendo la nulidad de la cláusula penal que pactó por abusiva al finiquito de un comodato gratuito el que usufructuó en el marco de un entramado negocial más amplio? La sociedad anónima escidente que decide no entregar un inmueble habiendo acordado que la demora diaria de su decisión le acarrearía una cláusula penal de U\$S 2000, es artífice de su propio destino económico. Y si como afirma en su escrito de f. 357vta (último párrafo) decidió en forma ?voluntaria? entregarla a los 262 días, no puede pedir la nulidad de lo que ella misma pactó e incumplió voluntariamente (doctrina de los arts. 1049 y 1052 del Cód. Civil). Otra vez la literatura enseña: ?Shylock ?; Oh padre Abrahán, vaya unos cristianos, cuya crueldad de sus propios actos les enseña a sospechar las intenciones del prójimo! (ob. cit., pág. 1053). Es dable destacar, que en el escrito de contestación de demanda y a lo largo de las presentes actuaciones, la demandada escidente ha insistido machaconamente en que la suscripción del contrato de comodato gratuito forma parte de ?la relación y acuerdos celebrados e instrumentados entre las partes muchos más amplios? (v. fs. 139 p. 11 y 141 tercer párr.). Lo sometido a la jurisdicción es el contrato de comodato gratuito, concretamente la aplicación de la cláusula penal (v. fs. 14/15). Por cierto, que para su interpretación (arts. 1197, 1198 y cccts. del Cód. Civil) corresponde tener en cuenta la totalidad de las cláusulas del mismo como el marco negocial contemporáneo al que se suscribe, tal cual manifiestan escisionaria y escidente (arts. 16 y 18 de la CN y arts. 163 inc. 6, 330 incs. 3, 4 y 5, y 356 del CPCCN). Siguiendo los argumentos que trae la demandada escidente, el interés de ambas partes en la constitución del comodato gratuito, con la indemnización a la que arriban libre y voluntariamente en la fijación de la cláusula penal merced su experticia de comerciantes de actuación en plaza, forma parte del acuerdo societario que le sirve de marco. Reafirma lo expuesto lo sostenido a f. 357 por la demandada escidente, tocante a que la suscripción de dicho comodato gratuito respondió a evitar un conflicto económico impredecible. Resulta pueril e incongruente afirmar, por una parte, que se vio obligada a suscribir un comodato con una cláusula penal disparatada porque si no la actitud de la otra parte paralizaría el giro comercial de la sociedad familiar; y por la otra, confiar en que ese mismo contrato -que estaba suscribiendo en esos términos- sería renegociado sin una estipulación que así lo estableciese en virtud del ?vínculo fraternal? existente, entre los contratantes. Es que resulta totalmente llamativo que quien lo está obligando a firmar un comodato con cláusula penal para la entrega del inmueble, incumplida la misma, en un acto ?fraternal? renegocie el contrato. No es del caso acá analizar las opciones económicas al momento de formalizar los distintos negocios jurídicos que las partes tuvieron en mira en forma contemporánea a su celebración. Pero si así fuera, pongo el acento en la escritura de escisión (v. fs. 63/69) de la que participaron sendas sociedades en la cláusula que dice: ?...FINALMENTE los comparecientes manifiestan que se encuentran debidamente asesorados y prevenidos sobre los actos jurídicos que por la presente se instrumentan y las consecuencias jurídicas de los mismos y una vez informados del derecho que la ley les concede de leer por sí la presente escritura optan por no hacerlo, por creerlo innecesario y procedo a la lectura integral de la misma, cuyo contenido aprueban otorgando su consentimiento y la firman por ante mí, doy fe...? (f. 69). Insisto, si frente a este marco fáctico, económico y jurídico la demandada escidente -una sociedad

anónima- solicita la nulidad de la cláusula penal, echa por tierra no sólo el principio de la palabra empeñada, sino que obliga a la posibilidad de revisión de cualquier contrato en sede judicial. Otra vez Shakespeare: "Lo primero que haremos es matar a todos los abogados" (Enrique VI, parte segunda, acto cuarto, escena segunda). Agregó también, que la demandada escidente más allá de no haber probado ningún aprovechamiento económico por parte de la actora, tampoco demostró que su postura contumaz en el cumplimiento de la entrega del inmueble dado en comodato gratuito en la fecha estipulada, respondiera a fuerza mayor o caso fortuito (arts. 513 y 514 del Cód. Civil) como alegó (arts. 364 y 377 del CPCCN). Nótese que la demandada escidente afirma que se llega a la escisión y formalización del comodato gratuito el 27/12/2012 producto de una situación societaria latente que se pone de manifiesto en forma fehaciente con el acuerdo de fecha 16/07/2012 en el cual se establecieron las pautas de la escisión de la empresa (v. f. 139 vta.). Asevera la demandada que se ha acreditado la existencia del 'negocio jurídico' en cuya virtud fue celebrado el comodato base del presente. De ello resulta que lejos de ser un mero contrato de comodato (por naturaleza gratuito), existieron numerosas contraprestaciones entre las partes (acuerdo del 16 de julio de 2012, escisión, división de condominio, etc.) en la que la formalización de dicho 'comodato' fue sólo una pieza más de un mayor entramado negocial (conf. f. 141). Veron sostiene que la utilización de la figura de la escisión es utilizada frecuentemente para la partición de herencias en cuyo acervo se encuentran paquetes accionarios de sociedades de familia y que en la práctica divide a grupos de socios que tienen intereses encontrados (Tratado de Sociedades Anónimas, págs. 111/129). En el caso de la escisión parcial, los socios de la sociedad escidente se convierten en los socios de la nueva con el patrimonio escindido. Señalo que ninguna de las partes hizo uso del derecho de separación o recesso (f. 67 vta., punto 4) (arts. 78, 88, 160 y 245 de la LS). El hecho que la única cuestión que se ventila en autos es la entidad de la cláusula penal pactada en el comodato gratuito, no impide que se tenga en cuenta para su análisis el entorno del acuerdo de escisión que se firma contemporáneamente, al solo efecto de ponderar la entidad de la desproporción que la demandada invoca pero no prueba (arts. 1197 y 1198 del Cód. Civil). Asimismo, la alegada demora en la construcción de un nuevo establecimiento para desarrollar su actividad comercial por parte de la demandada nunca fue probada en autos (v. f. 140) (conf. arts. 377 y 386 del CPCCN). Es más, en la pericia arquitectónica que ofreció y produjo en autos, la demandada no puso ningún punto tocante a la prueba de sus dichos en cuanto a la existencia de una nueva sede cuya habilitación o construcción hubiera originado atrasos imprevisibles, que retrasaron la entrega del bien dado en comodato (v. f. 144 vta.) El testimonio de la arquitecta Cristina Alicia Cebrian fue diferido a f. 215vta. y no se insistió sobre el particular (art. 163 inc. 5 del CPCCN). Lo que la demandada considera fundamental, 'atrasos habidos en la habilitación de los planos del nuevo establecimiento y luego en la obra propiamente dicha -ambas circunstancias ajenas a esta parte- impidieron cumplirla en el plazo originariamente previsto' (f. 140 vta.) no encuentra prueba informativa o documental en estos autos que lo avale (croquis preliminares, pago de derechos, aviso de obra, n° de expte. DGROC...) (arts. 386, 387, 396 y ccdds del CPCCN). La demandada no ha producido prueba alguna tendiente a morigerar la razón de ser de su incumplimiento a la obligación asumida y mucho menos, la desproporción del monto de la cláusula dentro del negocio jurídico mayor. Su actividad se ha circunscripto a la prueba del precio de la locación y no a la causa por la cual el actor resultaba compelido a alquilarle el inmueble en violación de los arts. 14 y 17 de la CN. La demandada confundió su obligación procesal de demostrar la desproporción y aprovechamiento ínsito en la cláusula, con la determinación del supuesto valor locativo. Esta Sala tiene dicho que la falta de demostración de la pretendida desproporción de las prestaciones en que se funda la contestación de demanda, descarta la existencia de explotación de la situación de inferioridad -que en el caso no existe- de uno de los contratantes por el otro (-voto de D' Alessio, L 185.200, 14/3/1975, Marengo de de Lange c/ Moreta-). Ni siquiera ha insinuado su falta de experticia en este tipo de contrataciones. Por otra parte, nadie mejor que la sociedad anónima para conocer su propio giro comercial, y mucho menos probado desproporción alguna con el negocio jurídico mayor en que se desarrolla el comodato y que ella invoca. Tampoco explica cuáles son las razones por las que la cláusula penal resulta abusiva en el marco de un negocio jurídico mayor o en el contexto del acuerdo de escisión o ante el giro comercial de la sociedad anónima. Frente a lo antes dicho, resulta imprescindible la comprobación objetiva de lo abusivo de la cláusula penal. No hay un solo atisbo de la demandada escidente de vincular la desproporción de la cláusula penal con el acuerdo de escisión o con el negocio jurídico mayor, ni si quiera con el giro comercial diario de la S.A. Repito, no ofreció ni produjo prueba alguna tendiente a demostrar frente al negocio comercial que sirve de marco, desproporción que autorice a arribar a la conclusión de abuso en la cláusula penal, no siendo útil a tales fines la pericia arquitectónica tendiente a la determinación del canon locativo que no constituye el objeto de la pretensión que se ventila en autos (art. 330 inc. 6 del CPCCN). La cláusula penal en estudio guarda quicio con la instrumentación de la escisión que se formaliza. El giro del negocio no permite ver que exista una parte débil de la ecuación, sino por el contrario una escisión sin uso del derecho de recesso. La supuesta víctima del acto lesivo era quien lo originaba con su conducta. Es decir, su ocupación ilegítima del inmueble comercial tornaba cada día más lesivo el acto que pretendía nulificar. Le bastaba con entregar el local para que cesara el abuso que -supuestamente- el actor le estaba haciendo padecer. No necesitaba el local como vivienda sino para continuar con su

giro comercial. Es la propia falta diaria en el incumplimiento de la obligación la que torna más onerosa la cláusula penal. De reducirla tendríamos la contradicción de beneficiar al deudor moroso en el cumplimiento de la obligación asumida, beneficio que aumentaría cuanto más la incumpliese. En este sentido, de haberlo entregado el inmueble con un día de atraso debería haber pagado únicamente la suma de U\$S 2000. Por el contrario, la actora inmediatamente vencida la obligación le reclamó la entrega del local comercial (v. acta de f. 12) e inició la mediación el (10/09/14) y el juicio el 19/09/2014 (v. f. 31) (art. 163 inc. 5 del CPCCN). Ante la falta de prueba de la imposibilidad de entregar el inmueble, el incumplimiento del deudor deviene en doloso. La demandada justifica así la demora en la entrega: ?fundamentalmente, atrasos habidos en la habilitación de los plazos del nuevo establecimiento y luego en la obra propiamente dicha -ambas circunstancias ajenas a esta parte- impidieron cumplirla en el plazo originariamente previsto-? (f. 140 vta.). Esta circunstancia que, ni siquiera probó, es práctica diaria en la construcción. La demandada escidente debió tenerlo en cuenta (como dice que lo tuvo, v. fs. 138/145) y plasmarlo en el propio comodato, aclarando que en ese caso (imposibilidad de mudanza al término del mismo) las partes se sometían a un arbitraje del precio de la locación por determinado período (sea comparando precios de inmobiliarias u otro sistema, de los tantos que se estilan en las cláusulas de renegociación). O en el peor de los casos, trasladar a quienes dice se demoraron en la entrega de la obra una cláusula (?espejo?) similar o mayor a la que él abonaría por su incumplimiento. Si la respuesta del demandado es ?¿y quién me la firmaría??, la repregunta sería: ¿para que la firmó?, ¿para no cumplirla? De estar al criterio de la demandada no se podrían realizar -exitosamente- escrituras de dominio simultáneas. Léase también que en la cláusula tercera del contrato de comodato gratuito (v. f. 14 vta.) la demandada se compromete a reintegrar el inmueble ?no más tarde del dieciséis de julio de dos mil catorce a las 13:00 hs.? lo que implica que ambas partes preveían la posibilidad de finalizar antes el mismo, pero que inexorablemente vencía en esa fecha (art. 34 inc. 4 del CPCCN). A esta altura de la sentencia la literatura jurídica debe preguntarse: ¿Quién abusa económicamente del contrato? ¿La sociedad anónima que exige que la otra anónima cumpla con la cláusula penal pactada o ésta última que ocupó ilegítimamente durante 262 días el inmueble comercial, vencido el comodato gratuito sin abonar hasta la fecha un céntimo desde el día en que debió entregarlo (17 de julio de 2014)? Cabe concluir en consecuencia, atento a las particularidades del caso, que la aplicación de la cláusula penal tal como fuera convenida no conllevaría en el supuesto en análisis a un abusivo aprovechamiento de la sociedad deudora, razón por la cual no comparto el criterio sustentado por la a quo (esta Sala, en autos ?Mesaglio, Luis Alberto y otro c/Leeuwen SRL Van s/homologación de acuerdo?, expte. n° 94.709/04, año 2007). Es por ello, que propongo al Acuerdo se admitan los agravios formulados por la actora en este punto, debiendo aplicarse la cláusula quinta del convenio de desocupación en los términos en que fuera pactada. VIII. En cuanto a los intereses, como fuera manifestado, la parte actora pretende la elevación de la tasa de interés fijada en la instancia de grado y, por su parte la demandada circunscribe la indemnización al valor equivalente a un canon locativo que se determina con la pericia de autos (v. f. 356vta.). Desde ya adelante, que los agravios vertidos por la actora no tendrán favorable acogida. Esto, ya que las razones de inmutabilidad y autosuficiencia de la cláusula penal expuesta precedentemente relevan de mayores consideraciones para este agravio. Si las partes no pactaron ningún tipo de interés para el caso de que se disparase la cláusula penal, no deben los jueces complementar la autonomía de la voluntad de estos a riesgo de convertirse en un tercero contratante (art. 1197 y 1198 del Cód. Civil). Por el principio de inmutabilidad de la pena, el actor escisionario no puede solicitar la aplicación de intereses no previstos (conf. art. 655 Cód. Civil) (v. Kemelmajer de Carlucci, ?Algunos aspectos...?, LL 1991-B, pág. 353). Shakespeare respondería: ?Este pagaré no te concede una gota de sangre. Las palabras formales son estas: un libra de carne. Toma, pues, lo que te concede el documento: toma tu libra de carne. (Porcia, ob. cit. pág. 1081). En consecuencia, propongo al Acuerdo, dejar sin efecto la fijación de los intereses contemplados en la sentencia en crisis. IX. Respecto de la imposición de costas, la existencia y vencimientos parciales y mutuos (improcedencia de los intereses) me llevan a confirmar este aspecto de la sentencia (art. 71 del CPCCN). X. Por lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo: a) revocar parcialmente la sentencia de fs. 333/337, en cuanto reduce la indemnización fijada en la cláusula quinta del convenio (v. f. 14vta.), la que deberá ser calculada conforme los términos pactados por las partes. En consecuencia, condeno a ?CEBRIAN HNOS. S.A.? a pagar a ?CEBRIAN INMOBILIARIA S.A.?, la suma de dólares estadounidenses quinientos veinticuatro mil (U\$S 524.000,00.-), en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de ejecución; b) revocarla también en cuanto a la fijación de intereses conforme el considerando ?VII? de la presente; y c) confirmarla en todo lo demás que fuera materia de agravios. Las costas de Alzada se imponen de igual modo que en la instancia de grado (arts. 68 segundo párrafo y 71 del CPCCN). Así lo voto. Los Dres. Mizrahi y Parrilli, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Ramos Feijóo, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto: CLAUDIO RAMOS FEIJOO - MAURICIO LUIS MIZRAHI - ROBERTO PARRILLI - Buenos Aires, Marzo 06 de 2017. Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se RESUELVE: a) revocar parcialmente la sentencia de fs. 333/337, en cuanto reduce la indemnización fijada en la cláusula quinta del convenio (v. f. 14vta.), la que deberá ser calculada conforme los términos pactados por las partes. En consecuencia, condeno a

?CEBRIAN HNOS. S.A.? a pagar a ?CEBRIAN INMOBILIARIA S.A.?, la suma de dólares estadounidenses quinientos veinticuatro mil (U\$S 524.000,00.-), en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de ejecución; b) revocarla también en cuanto a la fijación de intereses conforme el considerando ?VII? de la presente; y c) confirmarla en todo lo demás que fuera materia de agravios. Las costas de Alzada se imponen de igual modo que en la instancia de grado (arts. 68 segundo párrafo y 71 del CPCCN).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente publíquese (conf. Acordada 24/2013 de la CSJN).

Fecha, devuélvase. Fecha de

firma: 06/03/2017 Firmado por: TRIBUNAL, JUECES DE CÁMARA

015608E