

Contratos Comerciales Contrato Atipico Diferencias Entre La Concesion Y La Locacion Comercial Incumplimiento

JURISPRUDENCIA

Contratos comerciales. Contrato atípico. Diferencias entre la

concesión y la locación comercial. Incumplimiento Se confirma el fallo en cuanto hizo lugar parcialmente a la demanda de cumplimiento de contrato al haberse probado la omisión del demandado de restituir al vencimiento del mismo, pero se lo modifica en el sentido de que el contrato que vinculó a las partes no se trató de una locación comercial, sino de un contrato atípico más cercano a la concesión privada, por lo que no resultan aplicables las normas de orden público de la ley 23.091.

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a doce de marzo de 2018, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Doctores María Cristina Díaz Alcaraz y Leopoldo L. Peralta Mariscal, para dictar sentencia en los autos caratulados "Bahía Blanca Plaza Shopping S.A. contra Gallardo Jorge y otros sobre cumplimiento de contratos civiles y comerciales" (expediente número 149.396) y, practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debe tener lugar en el siguiente orden: Doctores Peralta Mariscal y Díaz Alcaraz, resolviéndose plantear y votar las siguientes CUESTIONES 1) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada, dictada a fs. 1532/1540? 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACIÓN

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. PERALTA MARISCAL DIJO: A- El asunto juzgado. A. 1) Bahía Blanca Plaza Shopping S.A. demandó a Jorge Osvaldo Gallardo, Stella Maris Gallardo y Fredelina Lagos Sagredo por incumplimiento de contrato de concesión comercial, restitución del bien cedido, y daños y perjuicios. Relató que el día 15 de abril de 2004, en calidad de concedente, celebró con el Sr. Gallardo -concesionario- un contrato de concesión comercial (que se integra con el depósito en garantía, las normas generales, el reglamento general interno, el anexo 1, el croquis de ubicación, el contrato de prenda con registro y el convenio modificatorio) respecto de los locales asignados con los números ... y ... del complejo comercial que "construyó, instaló y explota" denominado "Bahía Blanca Plaza Shopping", actuando las codemandadas Stella Maris Gallardo y Fredelina Lagos Sagredo como fiadoras, lisas, llanas y principales pagadoras de todas las obligaciones asumidas por aquel. Indicó que el plazo de la concesión fue estipulado en 24 meses desde el 1 de mayo de 2004. Manifestó que se pactó el precio en una suma porcentual vinculada a la facturación y a los costos fijos del salón. Dijo que el salón objeto de la concesión fue destinado por el concesionario exclusivamente a la explotación de una peluquería ("La peluquería JDD Groupe"). Manifestó que en septiembre de 2005 celebraron un convenio modificatorio, acordando las partes, en relación al precio, un monto mínimo mensual de \$5.880 -IVA incluido-. Destacó que el concesionario abonó los importes mensuales comprometidos en el contrato y en su convenio modificatorio, pero que "se ha obstinado en no reconocer lo que libremente se ha pactado, es decir restituir los locales comerciales al vencimiento del contrato", que operó el 30 de abril de 2006, con el plazo de gracia que comprendió hasta el día 2 de mayo próximo siguiente a la hora 22:00. Transcribió el infructuoso intercambio epistolar mantenido con los demandados. Agregó que el convenio de depósito en garantía que se firmó conjuntamente con el contrato de concesión fue renovado una vez, y habiendo operado el nuevo vencimiento, no se volvió renovar, ni se sustituyó, lo que configura una causal de rescisión del contrato. Explicó que, operado el vencimiento del contrato, dio por finalizado al accesorio de tarjeta de crédito del Bahía Blanca Plaza Shopping (sistema administrado por Nueva Card S.A.), lo que resulta coherente y no importa abuso alguno, reprochando al concesionario por haber puesto, primero en el salón y luego en la vidriera del local, un cartel que prevenía a la clientela de que el Shopping le impedía operar con la tarjeta BBPS. Explicó que inhabilitó el servicio telefónico del local, siendo ello una consecuencia de la extinción del contrato y no un mecanismo de presión. Afirmó que la figura que la vincula al accionado es un contrato de concesión comercial, destacando que ello surge del expediente laboral "Miranda, Augusto contra Gallardo Jorge y ot. sobre indemnización por despido". Definió los alcances de su reclamo. Brindó especificaciones sobre el contrato de concesión, distinguiéndolo del de locación comercial. Describió -sin cuantificar- los rubros indemnizatorios pedidos. Fundó en derecho y ofreció elementos de convicción. A fs. 436/439 amplió la demanda respecto del Sr. Jorge Gallardo y de la fiadora Stella Maris Gallardo. Relató que el 30 de junio de 2006 el Sr. Gallardo, mediante carta documento, la intimó a percibir, en palabras de éste, "el canon locativo o como ustedes prefieran llamarlo", lo que fue rechazado por improcedente, toda vez que el vencimiento del contrato había operado el 30 de abril de 2006. Describió el intercambio epistolar mantenido con Gallardo. Amplió el ofrecimiento probatorio. En cuanto a Fredelina Lagos Sagredo, en tanto ya había sido notificada de la demanda, alegó las circunstancias relatadas -originadas en una pretensión exclusiva del Sr. Gallardo- como un hecho nuevo a su respecto. A. 2) A fs. 447/452 Fredelina Lagos Sagredo contestó la demanda, negando pormenorizadamente los hechos expuestos por la actora. Invocó la extinción de la fianza otorgada por novación de la obligación

principal (art. 2047 del Código Civil), puesto que en septiembre de 2005 las partes modificaron sustancialmente el contrato originario -fijando un pago mínimo mensual- sin su intervención. Postuló la nulidad de la cláusula XXI. 21.2. del contrato en tanto pretende extender los efectos de la fianza, destacando que resulta aplicable el art. 1585 bis del Código Civil -debiendo entenderse 1582 bis-, que impide tal extensión más allá de lo efectivamente acordado. Requirió la limitación de su obligación conforme a los términos en que prestó la fianza. Subsidiariamente, para el caso que no se recepte el planteo relativo a la novación de la obligación, invocó la mora del acreedor por no haber brindado colaboración adecuada, oportuna y necesaria, haciendo referencia a la pretensión infructuosa de Gallardo de abonar el canon locativo. Seguidamente, afirmó que el contrato motivo del presente es de locación comercial y no uno innominado de concesión comercial. Se opuso a la prueba pericial ofrecida por la accionante. Ofreció elementos de convicción. A. 3) A fs. 456/457, la actora contestó el traslado de la documentación acompañada por la coaccionada Lagos Sagredo. A. 4) A fs. 463/465 se presentó Jorge Osvaldo Gallardo oponiendo excepción de defecto legal con base en la omisión de la accionante de cuantificar los rubros indemnizatorios pedidos. A. 5) A fs. 469/471 se presentó Stella Maris Gallardo oponiendo idéntica excepción. A. 6) A fs. 473/474 Fredelina Lagos Sagredo contestó el traslado del ?hecho nuevo? invocado por la actora a su respecto. En lo esencial, reiteró lo expuesto en su contestación de demanda sobre la mora del acreedor por no haber colaborado con el Sr. Gallardo cuando intentó abonar el canon locativo. A. 7) A fs. 493/509 Jorge Osvaldo Gallardo contestó la demanda, negando los hechos expuestos por su contraparte. Sostuvo que la relación jurídica por la que se vinculó a la accionante consistió en un contrato de locación comercial y no de concesión. Explicó cómo transcurrió la negociación previa al contrato, destacando que la actora le ofreció que se ocupara del servicio de peluquería instalado en el establecimiento, debiendo desinteresarse a quien en ese momento lo explotaba -abonándole un valor llave de \$ 100.000 que le permitirían cancelar sus compromisos con el Shopping-. Agregó que ?me informaban que por disposiciones internas debía figurar en tal formato como una cesión del contrato anterior, razón por la cual se establecía por el plazo de dos años, pero que en realidad, más allá de que no existiría inconvenientes en renovarlo si cumplía acabadamente con mis obligaciones, el plazo mínimo de ley era de tres años; y que desde ya se entendía que resultaba imposible, recuperar el monto invertido en el breve plazo de dos años?. Dijo que se le facturaban sumas excesivas por consumo de agua -y otros conceptos-, circunstancia que lo obligó a reclamar, lo que ?evidentemente no gustó, por lo cual comencé a ser discriminado?. Afirmó que cumplió con las obligaciones a su cargo y que a meses de concluir el ?ficto? período de dos años solicitó que le informen las condiciones para renovarlo, llevándose la sorpresa de que pretendían un fuerte incremento en el valor locativo y, además, cobrarle un valor llave por su propia clientela, lo que ya había pagado. Agregó que, en tal contexto, comunicó su imposibilidad de continuar con la explotación del servicio de peluquería ?por lo que tomaría el año que faltaba para terminar el contrato de acuerdo a lo ya narrado y a efectos de tratar de recuperar la inversión, situación que de manera ex nova, pretende no permitírseme?. Nuevamente afirmó haber sido discriminado, exponiendo que el convenio de reserva de fs. 335 ofrecía al nuevo inquilino condiciones mucho más favorables que las que le fueron informadas cuando consultó para renovar el contrato. Refirió al intercambio epistolar mantenido con la actora, destacando que ésta, inmediatamente después, ?manu militari? y abusando de su posición dominante, le impidió trabajar con la tarjeta de crédito y con el Posnet al cortarle la línea telefónica. Sostuvo que no existió de su parte obstinación alguna en permanecer en el local, puesto que, tratándose el contrato de una locación comercial, existen normas de orden público que lo habilitan, siendo entonces la actora la única incumplidora. Postuló la mala fe de la accionante por invocar formalidades (no renovación del cheque en garantía) como causa de rescisión contractual, cuando en la ampliación de la demanda reconoció que se negó a percibir el canon por él ofertado en forma incondicionada. Expuso las notas características de la locación comercial, distinguiéndolo del contrato de concesión comercial. Subsidiariamente, para el caso de que se entienda que la figura no se ajusta estrictamente al modelo de contrato de locación ?que regula del Código Civil?, pidió estarse a las posibilidades intermedias -entre los contratos típicos y atípicos- que constituyen modificaciones parciales del tipo -contratos atípicos mixtos-, los que llevan a aplicar la misma solución que propone, efectuando diversas consideraciones en tal sentido. Formuló reserva de accionar por restitución plena de la locación por el plazo que faltaba computarse al momento de la interrupción, y por daños y perjuicios. Postuló la mora del acreedor, destacando su negativa de recibir el pago del canon, y explicando que la consignación judicial es optativa y no obligatoria. Manifestó la imposibilidad de referirse a los daños reclamados por no hallarse cuantificados. Ofreció prueba. A. 8) A fs. 511/515 Stella Maris Gallardo contestó la demanda en términos similares a Jorge Osvaldo Gallardo, haciendo hincapié en que la figura contractual en discusión se trata de una locación comercial, y en que la mora del acreedor ?posee con efecto fatal la extinción de la fianza por negligencia?. Se opuso a la prueba pericial ofrecida por la accionante. Ofreció elementos de convicción. A. 9) A fs. 519/520 y 521/522 la actora contestó el traslado de la excepción de defecto legal opuesta por Jorge Gallardo y Stella Maris Gallardo, respectivamente, manifestando y fundando en derecho su imposibilidad de hacerlo, en virtud de la multiplicidad de objetos que persigue su reclamo y de que los daños se continuaban produciendo. A. 10) A fs. 523/524 se hizo lugar a la excepción de defecto legal, intimándose a la actora discriminar y cuantificar los rubros reclamados. A. 11) A fs.

525 la actora contestó el traslado de la documentación acompañada por el coaccionado Gallardo, y a fs. 527 se pronunció en relación al traslado del responde presentado por Stella Maris Gallardo (conferido a fs. 516). A. 12) A fs. 547/548 este Tribunal confirmó la resolución que admitió la excepción de defecto legal. A. 13) A fs. 553 la actora discriminó y cuantificó las partidas indemnizatorias reclamadas, impetrando un total de \$ 70.560, que sujetó a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse. A. 14) A fs. 586/587 la demandante adjuntó diversos instrumentos notariales, otorgados los días 2, 3 y 8 de mayo de 2007, surgiendo de uno ellos (acta n° 129 del 3 de mayo, fs. 581/582) el compromiso de Gallardo de hacer entrega de las llaves del local el día 8 de mayo de 2007, lo que efectivamente ocurrió (v. copia certificada de acta de entrega de fs. 584/585) Con base en lo acontecido y documentado, manifestó que la pretensión de restitución del bien fue cumplimentada, aunque extemporáneamente al arbitrio del demandado, y ratificó los términos de la demanda en cuanto a los demás rubros reclamados en concepto de daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual. A. 15) A fs. 593/594 el coaccionado Jorge Gallardo contestó el traslado de la presentación 586/587, manifestando que el proceder de la actora resulta acreditativo de las vías de hecho impetradas para obtener la restitución anticipada del local, a lo que adhirió Stella Maris Gallardo a fs. 596. A fs. 598 -ratificado a fs. 612- contestó Fredelina Lagos Sagredo, reiterando los términos de sus presentaciones anteriores y destacando la extemporaneidad de la agregación de las actas notariales y de la alegación de hechos efectuada en la presentación 586/587. A. 16) A fs. 600 Jorge Gallardo contestó el traslado de la estimación de los rubros indemnizatorios efectuada por la actora, manifestando su oposición, a lo que adhirió Stella Maris Gallardo a fs. 602. A fs. 604 -ratificado a fs. 612- se opuso a tal estimación Fredelina Lagos Sagredo. A. 7) A fs. 607 se abrió la causa a prueba y, producida la misma, agregados los respectivos cuadernos a fs. 1161 y los alegatos de las partes a fs. 1163/1166 (actora), 1167/1170 (Jorge Gallardo) 1171/1175 (Stella Maris Gallardo) y 1176 -ratificado a fs. 1568- (Fredelina Lagos Sagredo), los autos quedaron conclusos para definitiva. B- La solución dada en primera instancia. B. 1) El Sr. Juez de primera instancia dictó sentencia de mérito, resolviendo: a) Hacer lugar parcialmente a la demanda contra Jorge Osvaldo Gallardo y Stella Maris Gallardo, condenándolos a pagar a la actora el precio convenido en el contrato (fs. 296, cláusula VII.7.1) y en el convenio modificatorio (fs. 321, cláusula primera), por el período comprendido entre el 1° de mayo de 2006 y el 8 de mayo 2007, con más los intereses pactados (fs. 299, cláusula XVI.16.1), difiriendo su cálculo para la etapa de ejecución de sentencia. Asimismo, atendiendo al vencimiento parcial y mutuo de las partes enfrentadas y al resultado del pleito, impuso las costas en un ochenta por ciento a los referidos coaccionados y en veinte por ciento a la actora, difiriendo la regulación de honorarios para la oportunidad en que exista base. b) Rechazar la demanda dirigida contra Fredelina Lagos Sagredo, con costas a la actora, regulando los honorarios de los profesionales intervinientes. B. 2) Principió el magistrado indicando la aplicabilidad al caso de la legislación anterior a la vigencia del Código Civil y Comercial. En cuanto a la pretensión por incumplimiento de contrato y restitución del bien dado en concesión, señaló que la presentación de la actora de fs. 586/587 torna abstracto pronunciarse al respecto. B. 3) Seguidamente, ingresó en el análisis de las partidas reclamadas por la actora. B. 3. a) En cuanto al "lucro cesante" -consistente en los perjuicios derivados de no haber recibido el bien en tiempo y forma- señaló que: a) el contrato de concesión, no obstante haber sido incluido en algunos anteproyectos del Código (?vgr. Dec. 468/92 y Dec. 685/95?), nunca estuvo legislado en nuestro medio sino hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial; b) del Dec. 468/92 resulta que "hay contrato de concesión cuando el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a tercero, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido?; c) "Que contrariamente a ello el contrato de concesión comercial objeto de litis, glosado a fs. 295/301, tiene como objeto principal la locación de los salones comerciales ... y ... de propiedad de la actora (vgr: fs. 295, cláusula IV.4.1), destinados en forma continua e ininterrumpida a la explotación comercial de peluquería (fs. 296, cláusula V.5.1)?; d) el art. 21 del Código Civil establece la imperatividad de las leyes de orden público, señalándolas como límite de la autonomía de la voluntad privada, calidad que impide su derogación convencional, bajo pena de nulidad; e) "estos principios impregnan la materia locativa, en protección de los locatarios en los regímenes de emergencia de las locaciones urbanas, los arrendamientos agrarios y en especial las reglas que regulan el plazo de las locaciones?; f) el plazo mínimo previsto por la ley de locaciones urbanas 23.091 -y modificatorias-, tratándose de una locación con destino comercial, es de tres años, por lo que resultan nulas las cláusulas en las que se estipula un plazo locativo inferior, debiendo, en tal caso, considerarse formulado por el plazo mínimo previsto en la ley. Bajo tales premisas sostuvo que "atendiendo a que el objeto principal del contrato atípico firmado por las partes lo constituye la locación de los salones comerciales ... y ... de propiedad la actora, destinados en forma continua e ininterrumpida a la explotación comercial de peluquería del demandado, concluyo que resulta nula la cláusula VI.6.1. que establece el plazo de veinticuatro meses de duración del contrato, debiendo considerarse como formulado en el plazo mínimo legal de tres años, atento el objeto y destino comercial, lo que así se resuelve con fundamento en lo prescripto por los arts. 2, 29 y conc. de la ley 23.091 y modificatorias; arts. 499, 1197, 1198, 1493, y conc. del Código Civil y arts. 207, 218 y conc. del Código de Comercio?. Sentado ello, sostuvo que la demandada debió abonar

el precio acordado o consignarlo judicialmente en caso de oposición de la actora ?hasta la finalización del contrato producido el día 30 de abril de 2007 y entrega del local ocurrido el 8 de mayo de 2007 (arg. arts. 499, 509, 1197, 1198, 1609, 1622 y conc. del Código Civil)?, por lo que admitió la pretensión -lucro cesante- de la actora, condenando a los codemandados Jorge Osvaldo Gallardo y Stella Maris Gallardo al pago del precio convenido en el contrato (fs. 296, cláusula VII.7.1) y en el convenio modificatorio (fs.321, cláusula primera), por el período comprendido entre el 1 de mayo de 2006 y el 8 de mayo de 2007, con más los intereses pactados (fs. 299, cláusula XVI.16.1), cuyo cálculo difirió para el momento de ejecución de sentencia. B. 3. b) A continuación, rechazó la partida ?pérdida de chance?. Destacó que ?la actora suscribió, con posterioridad a la entrega de los salones comerciales objeto de litis, con el Sr. Guillermo Antonio Pacheco, un contrato para explotar el mismo rubro de peluquería con una duración de tres años, según surge de la declaración testimonial prestada por éste a fs.717/718, respuesta a la segunda repregunta? y que ?denuncia que celebró con el Sr. Guillermo Pacheco el 20-II-2006 un convenio de reserva de local para la concesión comercial, a fin de dar en concesión dichos locales comerciales a partir de mayo de 2006?, concluyendo en que ?atento la forma en que se resuelve la pretensión anterior, teniendo en cuenta que el plazo contractual venció el 30 de abril de 2007, ... el convenio de reserva que se esgrime, de fecha anterior, resulta inoponible a los demandados, por lo que procede rechazar el rubro reclamado ante la inexistencia de pérdida de chance y ello con fundamento en lo prescripto por los arts. 499, 1067, 1068 y conc. del Código Civil y arts. 375, 384, 474 y conc. del C.P.C.?. B. 3. c) En cuanto al ?daño a la imagen?, sostuvo que nuestro ordenamiento ?sólo admite dos tipos de daños: el material (art. 1068 del Código Civil) y el moral (art. 1078 del Cód. Civil), sin que sea posible insertar un tercer género de perjuicio. El primero, para ser tal, debe traducirse en un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria. El segundo, afecta valores extrapatrimoniales, como son los derechos personalísimos, entre los que se incluyen el que tenemos a la integridad física, a la no alteración de la propia imagen, tanto en su faz estática como dinámica... Que el daño moral sólo puede ser experimentado por una persona individual. Las personas jurídicas, que carecen de subjetividad, no pueden ser sujetos pasivos de daño moral... ya que si bien tienen algunos de los atributos similares a los de las personas humanas, como la denominación, el prestigio, la reputación externa... carecen de espíritu o sentimientos. Consecuentemente, cualquier lesión que les produzca perjuicio mensurable en términos económicos, como rentabilidad, prestigio, imagen, no puede ser resarcido sino sobre la base de una mensuración efectiva a título de daño material en función del perjuicio económico sufrido... Que en este orden de cosas, a partir de la prueba colectada en autos, a mi entender no surge debidamente acreditado el daño a la imagen ni el perjuicio económico alegado en demanda, por lo que considero que este rubro indemnizatorio debe ser desestimado...?. B. 4) En cuanto a la defensa opuesta por la codemandada Fredelina Lagos Sagredo, destacó que en septiembre de 2005 las partes novaron sustancialmente el contrato originario sin su intervención, modificando el precio de la concesión (v. fs. 321), lo que determina la extinción de la fianza otorgada (art. 2047 y conc. del Código Civil), por lo que rechazó la demanda promovida en su contra. C- La articulación recursiva. Contra lo así decidido la actora dedujo apelación a fs. 1542, remedio que fue concedido libremente a fs. 1543. Expresó agravios a fs. 1579/1592, habiendo sido replicados por los coaccionados Jorge Osvaldo Gallardo y Stella Maris Gallardo a fs. 1602/1604. Por su parte, los referidos codemandados apelaron a fs. 1562 y 1563, respectivamente, siendo ambos recursos concedidos libremente a fs. 1564. Expresaron conjuntamente agravios a fs. 1593/1595, habiendo sido contestados por la actora a fs. 1597/1599. D- Los agravios. D. 1) Agravios de la parte actora. D. 1. a) Reprocha al juez por no haber interpretado correctamente el origen de la vinculación contractual -considerando cuarto de la sentencia-. Apoyándose en la prueba rendida en autos, efectúa diversas consideraciones: a) El Sr. Gallardo fue demandado en el fuero laboral con motivo de la explotación de la peluquería (v. fs. 964/1020), habiendo reconocido que se hizo ?cargo de la concesión? en mayo de 2004 -v. fs. 971 vta.-; b) el contrato de concesión originario -luego transferido a Gallardo- fue celebrado con la entonces concesionaria Juana Dora Díaz ?en el marco de la autonomía de la voluntad por tres años? -desde el 1 de mayo de 2003 hasta el 30 de abril de 2006- (v. fs. 977); c) pasado un año desde la celebración, la concesionaria le propuso la transferencia del contrato al coaccionado Jorge Gallardo por el plazo que restaba transcurrir -es decir, 24 meses-, lo que aceptó (v. fs. 986/987); d) el referido coaccionado suscribió el precontrato de transferencia de concesión del local comercial (fs. 990), cuya cláusula sexta lo obliga en las mismas condiciones que el contrato originario, estableciendo que ?cualquier modificación a ellas podrá ser gestionadas posteriormente a la firma del contrato definitivo?; e) el 30 de abril de 2004 suscribió el contrato de transferencia de concesión de local comercial (fs. 991/992), circunstancia reconocida por Gallardo a fs. 494 vta./495; f) el coaccionado continuó la explotación comercial originariamente concesionada a Juana Díaz, comprometiéndose a mantener el staff de la peluquería (fs. 991 vta.), y conservando también el nombre consignado en el contrato original -?La peluquería JDD Groupe?- (v. fs. 976 y 995); y g) Gallardo conocía ?ab initio? que del plazo original de la concesión (36 meses) ya habían transcurrido 12 meses a la fecha de la transferencia, y que su vinculación sería, entonces, por los 24 meses restantes, lo que se plasmó en el contrato de concesión comercial y en sus antecedentes (v. cláusula VI de fs. 296 y lo que resulta de fs. 987/992). D. 1. b) Endilga y reprocha al juez el desconocimiento de la naturaleza jurídica de la relación contractual habida entre las partes. Explica que hasta

la sanción del Código Civil y Comercial no se hallaba legislada la "concesión", pero expone los fundamentos normativos que dan respaldo a la contratación celebrada, a saber: a) la libertad de comerciar y de iniciativa de los particulares, regulada en los arts. 14 y 19, respectivamente, de la Constitución Nacional; b) el Código de Comercio, al no regular la figura, reenviaba al Código Civil (art. 1 del título preliminar), y la interpretación armónica de los arts. 953, 1137, 1197 y 1198 de este plexo normativo habilitaba a las partes a instrumentar contratos atípicos "pero legítimos". Seguidamente, critica la definición de "concesión" adoptada por el a quo, toda vez que la extrajo del anteproyecto del Decreto 468/92, aplicable a la industria automotriz y que no llegó a ser ley, por lo que restringió injustificadamente la materia discutida en autos. Destacó que "tanto en el Derecho Público Administrativo como en el Derecho Privado se han consagrado pacíficamente las concesiones de cantinas en hospitales, clubes y centros de recreación sin que los objetos de los entes Concedentes tuvieran relación alguna con la explotación de la cantina?". Sostiene que el magistrado incurrió en error al no considerar el contrato de concesión celebrado y asimilarlo a una locación (conforme ley 23.091). Además, manifiesta que de la prueba rendida surge que la AFIP reconocía el contrato de concesión que invoca (v. documentación fs. 389/391).

D. 1. c) Postula que existen diferencias sustanciales entre la concesión y la locación comercial, criticando al juez por no haberlas considerado. Sostiene que: a) la ley de locaciones urbanas data de 1984 cuando los "Shopping Center" se constituían como modernos centros comerciales -"todo bajo un mismo techo"- (v. primer párrafo de las normas generales de fs. 304); b) critica que se compare el instrumento base de la contratación que invoca con definiciones no legales, ajenas a las pautas convenidas (párrafos 4° y 5° del considerando cuarto); c) la normativa anexa vinculante -por haber sido suscripta entre las partes- está integrada por un contrato de concesión (fs. 295/301, 319/320), normas generales (fs. 304/310) y el reglamento general interno (fs. 311/318), celebrados en el marco de la libertad contractual, no alcanzada por el orden público; d) el precio pactado de la concesión (cláusula VII) es un porcentaje de la facturación que percibe por mes vencido, y no fijo y pagadero por adelantado como ocurre en la locación, e) la cláusula VIII del contrato establece las pautas para la determinación del precio -variable- y su relación con los costos fijos del local facturados por la concedente, lo que resulta extraño a la locación; f) Lo pactado en concepto de expensas y gastos (cláusula IX) es propio de un sistema consorcial de propiedad horizontal como es el Bahía Blanca Plaza Shopping (v. fs. 397/398, 790/798 y 1035/1049); g) la cláusula X establece un fondo de promociones colectivas, propio de la concesión y ajeno a la locación; h) la cláusula XI establece un sistema de bonos o cupones emitidos por la concedente como modalidad especial de uso comercial; i) la cláusula XII "Servicios Públicos" es propia de un complejo consorcial; j) los horarios son los establecidos por la concedente y aunados por el complejo (cláusula XIII), lo que escapa a una locación comercial; y k) la cláusula XIV relativa a "Seguros" presenta una minuciosidad propia del contrato atípico de concesión. Afirma que todas las particularidades indicadas no se valoraron en la sentencia, como tampoco las normas generales y el reglamento interno -propios del contrato de concesión-, que fueron predispuestos por la concedente, quien reviste un rol dominante y ejerce un estricto control de la actividad desarrollada por el concesionario -a diferencia de lo que ocurre entre las partes de una locación-, estableciendo, por ejemplo, horarios para el cambio de vidrieras, pautas relativas a las remodelaciones, cartelería, etc.

D. 1. d) Critica al juez por no haber valorado la conducta previa del demandado, quien reconoció hallarse vinculado mediante una concesión comercial, y luego se desdijo, violando la prohibición de contradecir una conducta anterior plenamente eficaz ("venire contra factum proprio?"). En tal sentido, sostiene que el Sr. Gallardo celebró el contrato de concesión y lo cumplió durante mucho tiempo sin cuestionamientos, y en el expediente laboral (v. fs. 971 vta.) reconoció que se hizo cargo de la concesión comercial de la peluquería -es decir, no se definió como locatario- (v. también fs. 975 y siguientes), lo que fue plasmado en un instrumento público -las constancias del expediente laboral-, todo lo que luego fue desconocido en el presente (v. fs. 493/509).

D. 1. e) Reprocha al juez por haber omitido considerar el reconocimiento sobre la celebración de un contrato de concesión efectuado por Gallardo al absolver posiciones (fs. 683/685), y por las fiadoras Stella Maris Gallardo (fs. 680/681) y Fredelina Lagos Sagredo (fs. 675/678).

D. 1. f) Se queja del cálculo del "lucro cesante" efectuado por el a quo. Señala que incurrió en error al condenar a los demandados a pagar el precio convenido en el contrato y en el convenio modificatorio, debiendo tomarse como base el perjuicio causado -derivado de la restitución tardía de los locales, v. fs. 581/585- los valores mensuales determinados en la tasación de fs. 820/823 -consentida por las partes-, concluyendo en que "Para cuantificar el lucro cesante debe computarse un canon mensual de \$ 7.000 que multiplicado por doce meses de retención indebida, arroja un total nominal de \$ 84.000 con más los interés respectivos?".

D. 1. g) Se duele de la desestimación del rubro "perdida de chance", criticando la descalificación del convenio de reserva celebrado con el Sr. Pacheco, lo que importa un cercenamiento de una expectativa y quebrantó la posibilidad de una ventaja. Explica que la dinámica de los Shoppings obliga a actuar sin solución de continuidad para garantizar a los consumidores y usuarios una gama de rubros, lo que fue afectado por la inconducta del accionado.

D. 1. h) Se agravia del rechazo del rubro "daño de imagen". Destaca que cualquier alteración a la sincronización del complejo afecta su imagen por su notable grado de exposición, que no solo alcanza a los clientes, sino también a la comunidad comercial -stands y locales- que observan el comportamiento de los demás para evitar el "efecto cascada" y aguardan que la Administración

del Complejo restablezca el desenvolvimiento normal y habitual. Sostiene que del peritaje de fs. 1058/1060 surge la afectación a su imagen y prestigio, reseñando algunas de sus conclusiones y destacando que no fue cuestionado por las partes ¿por lo que el daño de imagen y prestigio fue ampliamente verificado, estimado cuantitativamente a fs. 553 vta. y debe contemplarse como un rubro del daño material, tangible y cuantificable, lo que el Sr. Juez desconsidera?. D. 1. i) Critica al juez por haber entendido que se extinguió la fianza de Fredelina Lagos Sagredo por novación por haberse celebrado el convenio modificatorio sin su intervención. Sostiene que este convenio sólo se refirió al precio, cuantificándolo con mayor certeza -sin mengua para los derechos de la fiadora- y no afectó la obligación originaria afianzada. Asimismo, sostuvo que la novación es la transformación de una obligación en otra (art. 801 del Código Civil) y no puede presumirse, debiendo existir acuerdo de partes en tal sentido (art. 812 del Código Civil), lo que no ocurrió en autos toda vez que, por el contrario, ratificaron la vigencia de las cláusulas del contrato original. D. 2) Agravios de Jorge O. Gallardo y Stella Maris Gallardo. D. 2. a) Se duelen de que el juez, luego de calificar el contrato como ¿locación comercial? y rechazar la partida ¿lucro cesante?, los haya condenado a pagar el canon locativo por el período en disputa (1 de mayo de 2006 a 8 de mayo de 2007), con más los intereses pactados. Destacan que ello no fue reclamado en demanda y que, asimismo, la actora se negó a recibir el pago oportunamente (v. carta documento de fs. 1092), lo que además de constituirla en mora, indica su desinterés en tal sentido. Sentado ello, concluyen en que el reconocimiento de este rubro en la sentencia afecta los principios de bilateralidad y de congruencia. D. 2. b) Para el caso en que este Tribunal rechazase el agravio anterior, postulan de manera subsidiaria que la actora efectuó actos de turbación respecto del bien locado, lo que debe importar una disminución porcentual importante sobre el precio de la locación. Destacan que cuando la accionante dio por terminada la relación contractual, con el objeto de precipitar su salida, dio de baja a la tarjeta de crédito del BBPS y a la línea telefónica -y con ello el Posnet- (v. declaraciones de fs. 706/709, 713/717, 724/731 y 773/777), lo que impidió la utilización de tarjetas en el local, afectando ello de manera alarmante la facturación y la clientela (ver. testimonios de fs. 1132, 1133/1134, 1135, 1137/1138 y 1140). Además, sostienen que esa turbación fue llevada al extremo, toda vez que la accionante influyó en otros locatarios para desacreditarlos, violando toda ética comercial ¿por el cartel prevenía a los usuarios de la imposibilidad de usar la tarjeta de crédito?, comportamiento que reputan ajustado a la Ley 24.240 -en tanto los consumidores y usuarios no se verían sorprendidos al momento de abonar-. Como corolario, afirman que la turbación de la locación y uso resultó ruinosa para la explotación de la peluquería ¿impidiendo recuperar al menos, el valor llave que en base a promesas y bajo su tutela se tuvo que afrontar para ingresar a los locales en cuestión?. D. 2. c) También en subsidio plantearon la mora del acreedor, que califican como ¿al menos, culposa?, puesto que la actora rechazó recibir el pago pretendido (v. fs. 1091 y 1092), agregando que ello ¿torna indeterminado el monto para imposibilitar una consignación?. Luego destacan que: a) la mora del acreedor no está legislada en forma genérica en el Código Civil, pero sí existen referencias a ella (nota al art. 509, arts. 729, 1337, etc.); b) el ofrecimiento de pago del deudor no debe equipararse a la consignación, pues además de ser un requisito para que proceda, es constitutivo de la mora del acreedor, en la que existe el elemento ¿culpa? -que se puede presentar cuando se niega a recibir el pago-; y c) la consignación es una facultad que brinda la ley, es decir, no es obligatoria. Sentado ello, solicitan que para el caso que este Tribunal mantenga la condena de pago de los cánones locativos, no se le adicionen intereses de ningún tipo. D. 3) A fs. 1597/1599 la actora contestó el memorial presentado por los demandados. Sostiene que el juez no violó el principio de congruencia, explicando que no rechazó la partida ¿lucro cesante?, sino que la admitió mensurándola en cantidad de cánones locativos -en contra de lo pretendido por ella y de lo que se agravia en su propio memorial-. Niega que haya existido turbación del bien ¿locado?, puesto que se trató de un contrato de concesión comercial y el accionado conocía perfectamente sus alcances, explicando que los ¿hechos? invocados como turbación, no son más que consecuencias de ¿derecho? derivadas de la extinción del plazo del contrato. Efectúa consideraciones sobre la figura contractual que los vinculaba, explicando por qué se negó a percibir las sumas que pretendía pagar el demandado. En lo demás, no ofrece elementos novedosos que ameriten su reseña, sin perjuicio de que los ponderaré a la hora de decidir. D. 4) A fs. 1602/1604 los coaccionados Jorge Gallardo y Stella Maris Gallardo contestaron los agravios expuestos por la actora. En lo esencial, destacan la falta de entidad que reviste lo que surge del expediente laboral a los fines de determinar la naturaleza del contrato que se discute en autos y critican las consideraciones efectuadas por la entidad demandante para distinguir el contrato de concesión comercial del de locación. Exponen brevemente los hechos constitutivos de la relación contractual discutida, sin ofrecer elementos trascendentes que ameriten su reseña, los que, de todas formas, serán meritos al momento de fallar. E. El análisis de la sentencia apelada en función de los agravios. E. 1) Dado que la presente sentencia es declarativa de derechos y no constitutiva, juzgándose un hecho ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, por aplicación de su artículo 7º, ha de resolverse la cuestión en función de lo dispuesto en el hoy derogado Código Civil, pues lo contrario implicaría una improcedente aplicación retroactiva de la ley. E. 2) Agravios de la parte actora. E. 2. a) El agravio que critica al juez por no haber interpretado correctamente el origen de la vinculación contractual es de recibo. El tenor de la queja a considerar exige, ante todo, definir y caracterizar los contratos de

concesión comercial y de locación con destino comercial. Comenzaré por el primero. La concesión privada es el contrato por medio del cual una persona de derecho privado -concedente- le otorga a otra de iguales características -concesionario- autorización para la explotación de un servicio que le compete prestar a terceros, obligándose el prestador a efectuarla en su propio nombre, por su cuenta y riesgo, bajo el control aquella, por tiempo limitado y con derecho a cobrar por sus servicios (conf. Hocsmán, Heriberto S., Contratos modernos de distribución comercial, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 121). Es decir, el concesionario pone su organización comercial a disposición del concedente para brindar a terceros un servicio que este prefiere no explotar a su riesgo (conf. Farina, Juan M., Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresaria, Editorial Astrea, 2º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1997, pág. 453). Además, tiene carácter intuitu personae, puesto que se presenta una relación entre comerciantes independientes que soportan el riesgo de un negocio y en los que, por ende, reviste especial importancia la figura del co-contratante, ya que es un elemento determinante de la configuración de la relación, siendo también de duración, toda vez que no se extingue con la realización de una o varias operaciones, sino que se prolonga en el tiempo (conf. Hocsmán, Heriberto S., ob. cit., pág. 40). Como se advierte, existe en este contrato cierta dependencia económica y técnica del concesionario hacia el concedente, presentándose, además, un interés común: vender. La concesión no se halla regulada por la legislación de fondo aplicable al caso (Código de Comercio y Código Civil), pero, no obstante su atipicidad, participa de las características de otras figuras atípicas de carácter comercial -por ejemplo, el contrato de colaboración o el de agencia-, aunque no encuadra estrictamente en ninguna de ellas. Resulta comprensiva de lo hasta aquí expuesto, una definición brindada por la Sala B de la Cámara Nacional Comercial, a saber: "El contrato de concesión es una especie de contrato de colaboración, el cual se caracteriza por ser de tipo innominado (art. 1143, Código Civil). Las empresas que acceden a él se subordinan al principal en una forma de concentración vertical con objetivos comunes y apoyo recíproco para el desarrollo de los productos y su comercialización por un tercero. El contrato en cuestión (concesión) es un tipo de los de colaboración comercial, sistémico y organizado. Debe examinárselo con un sentido funcional sin perder de vista que es solo uno de los que componen el conjunto de contratos idénticos celebrados por la terminal para facilitar la existencia de nuevas bocas de expendio de sus productos para el mercado, apunta a formar una red de distribución integrada y sometida a la dirección y poder de la principal, lo que se expresa en una subordinación técnica y económica" (Cám. Nac. Com., Sala b, "Barreiro, Mario Omar c/ Sena Automotores S.A. y Fiat Auto Argentina S.A.", 14/06/2004). Ahora bien, en cuanto a la locación, el Código Civil dispone que existirá "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 este uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero. El que paga el precio, se llama en este código locatario, arrendatario o inquilino, y el que lo recibe locador o arrendador. El precio se llama también arrendamiento o alquiler" (art. 1493). Por su parte, la ley 23.091 dispone que la locación que no tuviese como destino la vivienda está sujeta a un plazo mínimo de 3 años (art. 2). A diferencia de lo que ocurre con la concesión, en el contrato de locación quien cede el inmueble carece de facultades para influir en la actividad que realiza quien lo recibe; es decir, no puede la locadora -entre muchas otras cosas- imponer a la locataria la realización de una determinada actividad comercial, y mucho menos indicarle cómo debe explotarla, o determinar la estética del negocio y las estrategias de marketing, o fijar días y horarios de atención. Así definidas las figuras contractuales sobre las que versa el litigio de autos, cuadra identificar la vinculación habida entre las partes con alguna de ellas, siendo inevitable hacerlo con la concesión. Veamos. Del contrato obrante a fs. 1462/1468 se desprende que: a) el concedente informa la utilización en el complejo comercial de la tarjeta "Bahía Blanca Plaza Shopping" y el concesionario se obliga a aceptarla como medio de pago y a suscribir por separado la solicitud de adhesión (1.3 y 19. 4); b) el concesionario se obliga a iniciar sus actividades en una fecha estipulada (4.4); c) se acuerda que el salón comercial llevará el nombre "la peluquería J. D. D. Groupe" y que el concesionario lo destinará exclusiva e ininterrumpidamente a la explotación de una peluquería (5.1), lo que no podrá modificar el concesionario sin la autorización del concedente (5.2); d) el plazo de la concesión es de 24 meses desde el 1 de mayo de 2004; e) el precio del contrato se estableció en una suma porcentual relacionada con la facturación bruta mensual del salón y con los costos fijos facturados por la concedente (7.1, y 7.2); e) se contemplan posibles variaciones en el precio según el porcentaje de ventas resulte superior o inferior a los costos fijos del local (7.3 y 7.4); f) la concedente podrá verificar los libros y registros de la concesionaria, y sus declaraciones impositivas (7. 8. e); f) el concesionario deberá registrar sus operaciones a través de un equipo y sistema de computación conectados en red con la Administración, quien los provee, debiendo aquel restituirlos al vencimiento de la concesión (7. 8. f); g) la concedente podrá encomendar la auditoría del salón para verificar su facturación, debiendo la concesionaria asumir su costo y, en caso de surgir diferencias con la facturación declarada, pagar una multa (7. 8. h); h) el concesionario reconoce a la concedente el derecho a efectuar todo tipo de inspecciones (7. 8. I); i) el concesionario se sujeta a eventuales promociones del Centro Comercial, comprometiéndose a aceptar como medio de pago los bonos o cupones que eventualmente emita la concedente (XI); j) el concesionario debe ajustar su actividad a los días y horarios fijados por la concedente, pudiendo extender estos últimos previo acuerdo escrito con esta (13. 1 y 13.

2). Nótese que los elementos reseñados, individualmente considerados, son absolutamente incompatibles con la figura de la locación, y mucho más lo son si se presentan todos juntos en un mismo contrato. Más aún, el propio origen de la vinculación entre las partes es totalmente ajeno a un contrato de locación, puesto que los demandados recibieron una concesión ya en curso, previo ser aceptados -a propuesta del anterior concesionario- por la concedente (v. fs. 1507/1509). No se me escapa que resulta opinable si la figura que vinculó a los litigantes es o no un contrato de concesión propiamente dicho, puesto que el concesionario no comercializaba bienes o servicios producidos por la concedente, sino que explotaba uno de los tantos rubros que esta ofrece a los clientes en el centro comercial de su titularidad. De todas formas, se trata de un contrato "atípico" -para la legislación aplicable al caso-, cuyo perfil es mucho más cercano a de la concesión que al de la locación. Es decir, podrá llamarse concesión o no, aunque está muy cerca de serlo, pero sin dudas no es locación, por lo que no se le pueden aplicar las normas de orden público de esta última, sino las pautas acordadas en el contrato, en tanto no se pruebe que existió abuso de derecho. Ello así, no corresponde aplicar el plazo mínimo establecido en la ley de locaciones urbanas, debiendo estarse al establecido en la cláusula VI del contrato (v. fs. 1463). Todo ello torna incompatible la conclusión a la que arribó el a quo al decir que el contrato que nos ocupa "tiene como objeto principal la locación de los salones comerciales ... y ... de propiedad de la actora (vgr: fs. 295, cláusula IV.4.1), destinados en forma continua e ininterrumpida a la explotación comercial de peluquería (fs. 296, cláusula V.5.1)". Seguir esta solución importa soslayar la multiplicidad de elementos reseñados que definen y caracterizan la operatoria del contrato celebrado por las partes, para centrar la atención únicamente en un mínimo aspecto este, consistente en que una parte entregó a otra un local donde se explotaría una actividad lucrativa. Lo hasta aquí expuesto implica un pronunciamiento suficiente sobre los embates y argumentos reseñados en los apartados D. 1. b y D. 1. c. E. 2. b) También da respuesta lo argumentado supra a los embates que postulan la contradicción de Gallardo en relación a la naturaleza del contrato y la falta de valoración del juzgador de tal comportamiento (reseñados en los puntos D. 1. d y D. 1. e). No obstante, en cuanto a lo primero, cuadra destacar que es irrelevante si existió o no contradicción, puesto que las características del contrato se desprenden de su propio cuerpo, con independencia del comportamiento asumido por las partes, existiendo, como se dijo, numerosos elementos que impiden considerar al vínculo que las unió como una relación locativa. E. 2. c) En cuanto al "lucro cesante", atento la suerte de los agravios anteriores, debe estarse a lo previsto en el contrato, cuya cláusula VI establece la mora automática del concesionario si no restituyera el bien dentro de las veinticuatro horas de vencido o resuelto el vínculo y fija una penalidad "igual al doble del precio de la concesión vigente en el momento del pago efectivo, por cada día de demora, aplicado prorata temporis" (v. fs. 148). No se me escapa que la parte actora no ha requerido expresamente la aplicación de la mentada cláusula penal (v. fs. 413, tercer párrafo y 1586 vta./1587). No obstante, tratándose de una previsión contractual, constituye ley para las partes (art. 1197 del Código Civil), debiendo el juez, iura curia novit mediante, aplicar correctamente el derecho con independencia del propuesto por los litigantes (arg. art. 163 inc. 6 del Código Procesal). Tiene dicho el cintero Tribunal Provincial que "La aplicación e interpretación de las normas legales pertinentes queda reservada a los jueces en virtud del principio iura curia novit, con abstracción de las alegaciones de las partes. Ello es así, sin infracción al principio de congruencia y de defensa en juicio, puesto que es a los jueces a quienes corresponde calificar jurídicamente las circunstancias fácticas con independencia del derecho que hubieren invocado las partes, en tanto y en cuanto, no se alteren los hechos o se tergiversen la naturaleza de la acción deducida" (SCBA LP L 111863 S 24/04/2013 Juez KOGAN (SD) en JUBA B40635). Además, el art. 655 del Código Civil dispone tajantemente 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" -el destacado no es del original-. Bajo estas premisas, atendiendo al tenor de la cláusula penal, corresponde diferir su liquidación, por el período comprendido entre la mora y la fecha en que se entregó el inmueble (8 de mayo de 2007, v. fs. 584/585), para la etapa de ejecución de sentencia, aclarando que la exigibilidad del monto que arroje tendrá como límite el de la indemnización pedida por la actora con motivo de la restitución tardía del inmueble (es decir, lo pedido como lucro cesante), puesto que a él circunscribió económicamente su mal encuadrado reclamo, debiendo en primera instancia hacerse los cálculos pertinentes. E. 2. d) El embate contra el rechazo de la indemnización por la "pérdida de chance" no merece prosperar. Puesto que fue vinculada la partida a la omisión del demandado de restituir el bien al vencimiento del contrato y a la incidencia causal de esta circunstancia en la frustración de las tratativas contractuales con el Sr. Pacheco, corresponde distinguir dos momentos y efectuar una serie de consideraciones que reflejan la inatendibilidad del pedido. Veamos. Por un lado, el período que se extiende entre la fecha en que la actora debió entregar el bien al nuevo concesionario -lo que no pudo cumplir- (v. fs. 1510) y el día en que finalmente lo recuperó de manos del demandado (v. fs. 584/585), queda abarcado por la solución propuesta en el apartado anterior. Y, por otro lado, lo pretendido por el lapso comprendido entre la fecha en que la accionante recuperó el bien (fs. 584/585) y el día en que habría vencido el contrato frustrado con el nuevo concesionario (v. fs. 1510), importa un pedido ajeno al rubro en tratamiento, cuya procedencia no fue acreditada. Conforme expliqué en el precedente

?Borda? (Expte. N° 140.551, 19/06/2013), sólo hay pérdida de chance en nuestro Derecho si se da la frustración de una utilidad o beneficio patrimonial de producción muy verosímil. Ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "para la procedencia del resarcimiento del rubro pérdida de chance debe acreditarse la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/7/97, "R. P. A.", L. L. 1997-E-15), siendo viable la reparación sólo en caso en que se constate la "efectiva frustración de una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17/7/96, "Ferrocarriles Argentinos", L.L. 1997-B-431). Ello así, el reclamo fundado en la imposibilidad pasada de celebrar un contrato, lógicamente no puede identificarse con la frustración de una posibilidad futura y cierta de obtener una ganancia, sino, en todo caso, con un perjuicio efectivamente sufrido, que debe plantearse como tal y sujetarse a contradicción.

E. 2. e) En cuanto al ?daño a la imagen?, tratándose la actora de una persona jurídica, no puede padecer daño moral, en tanto es insostenible que haya sufrido un menoscabo espiritual, y si bien es cierto que pudo haber visto afectado su prestigio por la conducta de los accionados, su trascendencia a los fines indemnizatorios queda reducida a la repercusión patrimonial negativa que ocasionó tal circunstancia. Es decir, debió probar que existieron actitudes difamatorias, que éstas le produjeron una pérdida de dinero y a cuánto asciende. En rigor, si al menos hubiese probado los dos primeros presupuestos, el Tribunal podría estimar el tercero (art. 165 del Código Procesal), pero ello no ha ocurrido, por lo que corresponde desechar el agravio.

E. 2. f) La queja contra la decisión del juez de considerar extinguida la fianza otorgada por Fredelina Lagos Sagredo no es de recibo. Como puede leerse en el convenio agregado a fs. 1488, las partes acordaron modificaciones en el precio de la concesión, sin la intervención de la referida coaccionada. Ello importó la novación de lo acordado originariamente en relación al precio y el nacimiento de un compromiso distinto en tal sentido. Ello así, la obligación garantizada por Lagos Sagredo dejó de existir y, como lógica y legal derivación, también lo hizo la accesoria asumida por ésta (art. 803 del Código Civil), sin perjuicio del nacimiento de una obligación nueva no afianzada.

E. 3) Agravios de Jorge Gallardo y Stella Maris Gallardo.

E. 3. a) Lo resuelto en el apartado E. 2. c. importa un pronunciamiento suficiente respecto del embate de los coaccionados relativo al lucro cesante (reseñado en el punto D. 2. a.).

E. 3. b) El agravio que endilga a la actora haber efectuado actos de turbación y pretende su ponderación para disminuir lo adeudado no es de recibo. Si bien están probados los actos calificados como turbatorios y, contrariamente a lo que sostiene la accionante, no pueden considerarse consecuencias normales de la finalización del contrato, puesto que configuraron un mecanismo de presión, en el marco de la demanda promovida en estos autos se trata de datos irrelevantes. Para que tales circunstancias repercutan en una menor indemnización a cargo de los accionados debe efectuarse una suerte de compensación entre lo que éstos deben y la mengua que sufrieron en su facturación como consecuencia del comportamiento de la actora, para lo que deben hallarse determinadas y resultar exigibles ambas deudas, lo que no ocurre en este proceso donde solo se reconoce la de la parte demandada. En otras palabras, los accionados debieron promover un pleito y lograr que se condene a la actora, es decir, obtener un crédito líquido para luego poder compensar. La parte accionada no puede, por intermedio de un memorial y en el marco de un proceso promovido por otro, pretender un reconocimiento judicial de sus derechos; no puede ensayar un contraataque en esta oportunidad procesal, debiendo haberlo hecho, en su caso, por vía reconventional.

E. 3. c) Tampoco es atendible el agravio que postula la mora del acreedor. Nunca se le pudo exigir a la actora la recepción de un pago en el marco de un contrato vencido; la mora importa un retraso en el cumplimiento de una obligación vigente y exigible.

A mayor abundamiento, si los demandados creyeron que el contrato -erróneamente considerado por ellos como una locación- se encontraba vigente, debieron consignar. A este respecto, aciertan en cuanto postulan que no es una obligación, pero no lo hacen cuando la reputan una ?facultad?, puesto que, en rigor, se trata de una carga, es decir, de una obligación en la medida del propio interés. En otras palabras, pudieron no consignar, pero para evitar las consecuencias de la propia mora, debieron hacerlo.

E. 4) Entiendo que las razones expuestas resultan suficientes para la elucidación de los recursos de la parte actora y de la demandada, siendo innecesario pronunciarme sobre las restantes consideraciones efectuadas en los memoriales que los sostienen.

Por lo tanto, a esta primera cuestión, doy mi voto parcialmente por la negativa.

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DRA. DÍAZ ALCARAZ DIJO: Adhiero al voto del Dr. Peralta Mariscal.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. PERALTA MARISCAL DIJO: En atención al resultado arribado al votar la cuestión anterior, propongo al acuerdo:

1. Modificar la sentencia apelada, aclarando que: a) el contrato que vinculó a las partes no se trató de una locación comercial, por lo que no resultan aplicables las normas de orden público de la ley 23.091, sino las estipuladas en el contrato atípico celebrado; y b) la partida ?lucro cesante?, será determinada en la etapa de ejecución de sentencia conforme la penalidad establecida en la cláusula VI del contrato, que deberá liquidarse desde la mora y hasta la fecha en que se entregó el inmueble (8 de mayo de 2007), siendo la suma resultante exigible hasta el monto pedido por la actora como indemnización por la restitución tardía del inmueble, que deberá liquidarse a fin de efectuar las comparaciones pertinentes.
2. Confirmarla en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios.

Asimismo, atento el resultado obtenido por los apelantes, propongo que se impongan las costas de alzada en el orden causado (art. 68 del Código Procesal).

Resta analizar los recursos de

apelación deducidos en las presentaciones de fs. 1560, 1565 y 1566 contra la regulación de honorarios efectuada en la sentencia apelada en relación a la demanda promovida contra la Sra. Lagos Sagredo que se rechaza y establecer los estipendios correspondientes a esta instancia en relación a ella. Tiene dicho este Tribunal (?Atencio?, expte. 148.610 del 23/11/2017) que ?Dado que el 8/11/2017 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha resuelto que En atención a que la remuneración por la labor de los abogados en los juicios se determina teniendo en cuenta las etapas cumplidas en las que el proceso se divide, resulta necesario, ante la entrada en vigor de un nuevo ordenamiento arancelario, discriminar aquellas pasadas durante la vigencia del régimen anterior de las que se hicieron a partir de la operatividad del nuevo sistema (causa Morcillo, I-73016), fijando doctrina legal sobre la cuestión, en el caso de autos habrá de seguirse tal criterio, aclarando -en base a los lineamientos sentados por este tribunal en la causa Yacomella del 16/2/2016 (LS 37, NO 12)- que a las etapas iniciadas bajo la vigencia de la Ley 8.904 debe aplicárseles dicha normativa hasta su conclusión, porque, al adherir nuestra legislación a la doctrina de los hechos cumplidos con las modificaciones introducidas por Roubier (art. 7º, Código Civil y Comercial), debe considerarse que extiende sus efectos hasta la finalización de cada etapa, pues como dice Rivera, La regla es que los efectos deben considerarse comprendidos en el hecho cumplido, y por lo tanto quedan sometidos a la ley anterior. Pero si se trata de efectos que puedan o no existir como consecuencias del hecho, y que no tienen relación conexa con el hecho, la ley nueva puede sujetarlos a su norma, sin que por ello pueda sostenerse que haya retroactividad, porque tales efectos no tienen la característica del hecho ya existente, esto es, cumplido (Rivera, Julio César: Instituciones de Derecho Civil, Parte General, 4ª edición, Tomo I, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo Perrot, 2007, pág. 241).

Ello así, teniendo en cuenta la importancia del asunto, mérito de la labor desempeñada y etapas cumplidas, corresponde regular los honorarios del Dr. Néstor R. Fernández Lorenzo en quince mil pesos, los de la Dra. Rosalía A. Fernández Lorenzo en quince mil pesos, y los del perito Roberto Domingo Trobiani en dos mil seiscientos, confirmando así la regulación efectuada a fs. 1540 vta. Por lo actuado en esta instancia (v. agravio reseñado en el apartado D. 1. i), regúlense los honorarios del Dr. Jorge Armando Vallati en un mil quinientos pesos (arts. 10, 16, 21, 23, 31 y cctes. del decreto Ley 8904 y art. 1255 del Código Civil y Comercial). Así lo voto. A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DRA. DÍAZ ALCARAZ DIJO: Adhiero al voto del Dr. Peralta Mariscal. Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA VISTOS Y CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que la sentencia de fs. 1532/1540 no se ajusta totalmente a derecho. Por ello, el tribunal RESUELVE: 1. Modificar la sentencia apelada, aclarando que: a) el contrato que vinculó a las partes no se trató de una locación comercial, por lo que no resultan aplicables las normas de orden público de la ley 23.091, sino las estipuladas en el contrato atípico celebrado; y b) la partida ?lucro cesante?, será determinada en la etapa de ejecución de sentencia conforme la penalidad establecida en la cláusula VI del contrato, que deberá liquidarse desde la mora y hasta la fecha en que se entregó el inmueble (8 de mayo de 2007), siendo la suma resultante exigible hasta el monto pedido por la actora como indemnización por la restitución tardía del inmueble, que deberá liquidarse a fin de efectuar las comparaciones pertinentes. 2. Confirmarla en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios. 3. Imponer las costas de alzada en el orden causado. 4. Diferir la regulación de honorarios de alzada por la demanda que prospera para la oportunidad en que se hubiese efectuado la de la instancia anterior. 5. Regular los honorarios del Dr. Néstor R. Fernández Lorenzo en quince mil pesos, los de la Dra. Rosalía A. Fernández Lorenzo en quince mil pesos, y los del perito Roberto Domingo Trobiani en dos mil seiscientos, confirmando así la regulación efectuada a fs. 1540 vta., y por lo actuado en esta instancia los del Dr. Jorge Armando Vallati en un mil quinientos pesos, todo en relación a la demanda rechazada contra la Sra. Lagos Sagredo. Hágase saber y devuélvase. Correlaciones: [Ley 23091](#)
? BO: 16/10/1984 026797E