

## Contrato De Obra Incumplimiento Contractual Clausula Penal Accion De Danos Y Perjuicios Extension De La Responsabilidad Al Fiador

### JURISPRUDENCIA

### Contrato de obra. Incumplimiento contractual. Cláusula penal.

Acción de daños y perjuicios. Extensión de la responsabilidad al fiador Se confirmó la sentencia que condenó a los demandados por el incumplimiento del contrato de obra celebrado, en el que se le proveería al actor la instalación de aberturas de aluminio para un edificio en construcción, constituyéndose uno de ellos en fiador, codeudor solidario liso y llano de todas las obligaciones asumidas. Asimismo, se confirmó la cláusula penal pactada que traducía una indemnización tasada y la aplicación directa del resarcimiento que las mismas partes valoraron para el caso de resolución del contrato por culpa del contratista.

En Buenos Aires, a los 18 días del mes de julio de 2019, reúnen los señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa ?BE JORGE NEWBERY S.A. contra SLIWA VICTOR DANIEL Y OTRO sobre ORDINARIO? registro N° 83/2015, procedente del Juzgado N° 6 del fuero (SECRETARIA N° 12), en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Vassallo, Garibotto y Heredia.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? A la cuestión propuesta, el Dr. Gerardo G. Vassallo dijo: I. Be Jorge Newbery S.A. dedujo acción contra Víctor Daniel Sliwa y S.L.W. S.R.L. Aclaró en uno de sus escritos de ampliación de demanda (fs. 36) que el objeto de su reclamo era la ?rescisión contractual y daños y perjuicios motivado por el incumplimiento del contrato de provisión y de obra? que dijo haber acompañado a las actuaciones. Al referir los hechos en que sustenta su pretensión, dijo que como titular del predio sito en Jorge Newbery 3930/3936 decidió construir allí un edificio para lo cual contrató a una empresa del ramo como contratista principal, encargando ciertos trabajos específicos a otras personas. Entre estas fue convocado Víctor Daniel Sliwa, titular de la firma ?Utrecht?, para que proveyera e instalara las aberturas de aluminio anodizados en todas las unidades funcionales y en los sectores comunes del edificio.

A tal efecto, fue suscripto el pertinente contrato (22.7.2013) que contenía precisiones en punto a los plazos de entrega, tanto los parciales como el final, este último fijado para el 1.12.2013, que fueron totalmente desatendidos por el contratista. Ello pese a que el actor dijo haber abonado todos los adelantos pactados. A pesar de haber concertado la mora automática, la actora dijo haber intimado el cumplimiento mediante sendas cartas documento del 28.1.2014 y el 18.2.2014, las que no fueron respondidas. Ante esta situación, BE Jorge Newbery S.A. dijo haber acordado con su contrario el 17.3.2014 nuevos plazos de cumplimiento, amén del ajuste también de los adelantos a entregar, incorporando en calidad de garante del cumplimiento de Sliwa la firma S.L.W. S.R.L. Así la nueva fecha límite quedó fijada para el 19.5.2014. A su vez fue pactada aquí una cláusula penal para el caso de incumplimiento de \$ 1.026.080,90, importe equivalente al doble del precio de la obra pactada con Sliwa. También fue requerida la toma de un seguro de caución por parte del contratista en favor del actor. La actora señaló que a pesar de que su parte abonó los nuevos adelantos fijados, el codemandado volvió a incumplir los trabajos encomendados en los plazos pactados, lo que justificó una nueva interpelación (19.5.2014) en la que no sólo reclamó el cumplimiento de los trabajos previstos sino además el pago de la cláusula penal acordada al prorrogar los plazos iniciales. Al igual que lo ocurrido en el anterior envío epistolar, los demandados guardaron silencio. Dijo que en aquel tiempo constató el abandono total de la obra y el deplorable estado en que fueron hallados los trabajos realizados. En esta situación cursó una nueva carta documento (30.12.2014) mediante la que comunicó su voluntad de resolver el contrato por exclusiva culpa de su contraparte y lo intimó, tanto a éste como a su garante, a pagar el quantum de la cláusula penal pactada. Debíó entonces ocurrir a los servicios de otra empresa para que concluyera las tareas abandonadas por Sliwa, cumpliendo con las primeras tareas el 5.1.2015. Relató que sus contrarios contestaron tardíamente (9.1.2015 y 16.1.2015) las últimas misivas, invocando un cumplimiento mayor al real y excusando lo faltante por ser de imposible concreción al no estar concluidas obras que debía realizar la actora. En una ulterior ampliación de demanda (fs. 176/185), precisó haber pagado al contratista algo más del 90% del precio pactado, mientras que aquél sólo había cumplido con el 43,82% de sus tareas. A todo evento aclaró que dejó constancia en los recibos de los adelantos que hizo suscribir al demandado, que el pago de tales sumas no importaba aceptación de las entregas incompletas, tardías, y/o los vicios o defectos que presentaba la obra. Destacó que el abandono de las tareas y/o las imperfecciones en su ejecución que da cuenta el acta notarial, no generó únicamente los perjuicios propios de tal incumplimiento, sino que repercutió en los plazos de la construcción general, amén de los daños constatados en otros elementos de la obra (pisos de madera, revestimientos de poliuretano de los balcones), por la mala praxis del codemandado Sliwa. El 15.1.2015 intimó a abonar la indemnización convenida a la compañía de seguros contratada por los demandados para garantizar

las sumas adelantadas por éste. Afirmó que recién en la instancia de mediación obtuvo de la aseguradora de caución un resarcimiento parcial de \$ 155.000, mientras que los aquí demandados ni siquiera comparecieron. Reclamó entonces el pago del importe acordado como cláusula penal (\$ 1.026.080,90) con menos lo pagado por la empresa de seguros (\$ 155.000), lo cual arroja un saldo de \$ 871.081,32 al que postuló adicionar intereses. Rechazó toda calificación de excesiva. Por el contrario, dijo que podía ser insuficiente, si se tiene en cuenta que como consecuencia del incumplimiento del contratista demandado debió abonar: \$ 334.853,01 a la nueva empresa contratada para culminar la tarea; \$ 36.051 más IVA a una tercera firma de aberturas para finiquitar algunos trabajos en forma más rápida; \$ 58.275 para arreglar los revestimientos en poliuretano de los balcones; y \$ 39.000 más IVA para reparar los pisos de madera dañados por las filtraciones de agua. Todo ello amén de haber pagado al señor Sliwa un total de \$ 439.718,36. Por lo demás señaló la existencia de lucro cesante pues el retraso de la obra le impidió alquilar las unidades como era su intención y/o eventualmente la venta de las mismas. Hizo reserva entonces de ampliar el monto reclamado al entender que en tal altura del proceso no era posible precisar con exactitud el quantum de los perjuicios padecidos. II. En fs. 223/225 S.L.W. S.R.L. compareció a la causa. Posteriormente, en escrito separado, opuso excepción de defecto legal y contestó demanda (fs. 237/246). Aquella defensa previa fue desechada en la instancia anterior (fs. 372/373), decisión hoy firme, lo cual vuelve innecesaria cualquier consideración actual. Luego de la consabida negativa de hechos, la codemandada brindó su versión de lo sucedido. Admitió que mediante su representante, el señor Andrés Sliwa se constituyó en fiador, codeudor solidario liso y llano de las obligaciones asumidas en el acuerdo del 17.3.2014 por su hermano Víctor Sliwa aquí demandado. Alegó que tal acuerdo fue impuesto por la actora como condición para permitir al contratista concluir la obra y percibir el precio restante. Negó que su garantizado hubiera incurrido en incumplimiento, pues como resulta de la constatación que acercaron, al tiempo de la resolución había cumplido en un 95% pues las 24 carpinterías completas se encontraban entregadas e instaladas antes del 16 de mayo como se estipuló en el acuerdo. Afirmó que el 5% de la obra faltante se debió a causas ajenas al contratista dadas las constantes evasivas del comitente a cumplir con la puesta a disposición del personal necesario, cumplir con las normativas correspondientes a condiciones y medidas de seguridad tanto del personal como de la construcción. A tal efecto dijo contradictorio que el actor continuara realizando pagos cuando sostenía que su garantizado había abandonado la obra. Frente a ello dijo que la única explicación plausible es que el demandado efectivamente estaba cumpliendo con su prestación. Calificó de abusiva a la cláusula penal en la que funda el actor su pretensión y postuló su nulidad. Agregó que la multa convenida incluía y excluía cualquier otro reclamo. III. El codemandado Víctor Daniel Sliwa no compareció oportunamente al proceso, lo cual generó que fuera declarado rebelde en fs. 253. En fs. 295/310 se presentó, cesando su rebeldía, y solicitó la nulidad de la notificación del traslado de demanda, petición fue rechazada en fs. 319, decisión que hoy se encuentra firme. IV. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a Víctor Daniel Sliwa y a S.L.W. S.R.L. a pagarle a Be Jorge Newbery S.A. \$ 871.080,90 con más los intereses y costas del proceso. Para así decidir la magistrada de grado concluyó que no existía controversia en que: (i) el actor y Víctor Daniel Sliwa celebraron un contrato el 22.7.2013, mediante el cual este último se obligó a proveer e instalar aberturas de aluminio anodizado natural en un edificio en construcción; (ii) el 17.3.2014 suscribieron un nuevo convenio en el que acordaron nuevos plazos de cumplimiento, un anticipo financiero y nuevas garantías; (iii) S.L.W. S.R.L. se constituyó en fiador, codeudor solidario liso y llano de todas las obligaciones asumidas por Víctor Daniel Sliwa; (iv) que este último contrató un seguro de caución con Testimonio Compañía de Seguro S.A. en el que se designó al actor como el beneficiario. Con causa en tal convenio la actora percibió, en instancia de mediación, la suma de \$ 155.000 al reconocer la aseguradora la existencia del siniestro objeto de cobertura. A su vez, con sustento en el informe contable, tuvo por acreditado que el actor abonó al contratista en total \$ 465.882,96 a través de pagos parciales. Ponderó que la constatación realizada por la escribana Silvia S. Bai el 11.11.2014 demostró que el demandado Víctor Daniel Sliwa no cumplió con las obligaciones a su cargo en los plazos pactados, pues en dicho instrumento se relevaron todos los faltantes de carpintería de aluminio y vidrios que se encontraban estipulados en el contrato de obra. Además que había ingresado agua en varios sectores del edificio por la falta de vidrios en las aberturas o de cerramientos herméticos, observando manchas de humedad en las puertas de madera. Reparó en los presupuestos e informes producidos en marras para tener por probado que luego de que la actora resolvió el contrato, ésta contrató (i) a BK Aberturas la culminación de los trabajos pendientes y que esta empresa hizo su primera provisión de materiales e inició los trabajos de reparación y terminación de obra con fecha 5.1.2015; (ii) a cierta mano de obra para que removiera la parte del piso afectado por las filtraciones de agua y la colocación de uno nuevo y pulido de la superficie; y (iii) la impermeabilización de todas las superficies de medianería y estructurales propias de pisos de balcones que habían sufrido roturas por los vidrios y los marcos de aluminio que fueron allí apoyados. Restó valor probatorio a la constatación efectuada por la escribana María Belén Romero a pedido del demandado pues entendió que el último trabajo debía efectuarse el día 19.5.2014 y que la fedataria confirmó que aun existían faltantes al momento de la inspección (6.1.2015), destacando además que en ese momento la relación con el actor había finalizado y la nueva empresa proveedora había efectuado el día anterior su primera

entrega de materiales e iniciado los trabajos de reparación y terminación. Agregó que si bien de dicho instrumento surgía que el demandado le manifestó a la escribana en varias oportunidades que los trabajos inconclusos visibles no habían podido ser realizados por motivos que no le eran imputables, no arrió ninguna prueba que acredite tales extremos y explicó que la notaria sólo se limitó a volcar las manifestaciones al instrumento público lo cual hizo plena fe de que fueron formuladas ante ésta, pero que en modo alguno acreditaron su veracidad. Sumó que el demandado no probó haber realizado intimación alguna a su contraparte para que finalice supuestos trabajos que, en la versión de Sliwa, le impedían cumplir con su prestación. Al analizar la cláusula penal concluyó no acreditado que la misma hubiera constituido un aprovechamiento por parte de Be Jorge Newbery S.A. de la situación de Víctor Daniel Sliwa, o una sanción excesiva al referir que: (i) del precio pactado inicialmente por las partes (\$ 513.045,47), la actora había saldado \$ 439.718,36; (ii) luego del abandono del codemandado, debió contratar otros proveedores para terminar la obra y que ello le erogó \$ 429.912,07; y (iii) el precio de la construcción aumentó un 60,74% entre diciembre de 2013 y agosto de 2015, los materiales un 60,52% y la mano de obra un 60,17%. No soslayó que en la ampliación de la demanda el actor solicitó el pago de \$ 871.081,32 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse con más los intereses y que en oportunidad de alegar pidió ser resarcido con la suma de \$ 3.708.898,68 más intereses por los perjuicios que le causó el incumplimiento del demandado. Pero concluyó no probado el mayor daño alegado, lo cual justificó el rechazo de esta pretensión. Hizo extensiva la condena a S.L.W. S.R.L. en su carácter de fiador, codeudor solidario liso y llano de todas las obligaciones previstas en el acuerdo. IV. Todas las partes apelaron la sentencia y mantuvieron su recurso oportunamente. Los agravios de la actora se circunscribieron a (a) que la sentencia no admitió resarcir los mayores daños que produjo el incumplimiento del codemandado Víctor Sliwa por sobre la cuantía de la cláusula penal, al no encontrar probados los mismos. El quejoso predicó en su memorial que al estar acreditada la falta de disponibilidad de los departamentos, el detrimento económico debe presumirse; y (b) cuestionar la fecha fijada como dies a quo del cálculo de intereses, en tanto postuló que debía ser determinada al tiempo del primer incumplimiento del demandado (1.12.2013) al haberse pactado en el contrato la mora automática, en lugar de la fecha en que fue notificada la resolución del contrato como lo hizo la sentencia. Los agravios de los ambos demandados fueron conceptualmente similares, lo cual permite su descripción conjunta. Así, ambos se agravieron del fallo en punto a que: (a) asignó responsabilidad al señor Víctor Sliwa por el incumplimiento de la obra encomendada cuando, según su posición, la detención de los trabajos fue causada por la omisión del actor a poner a disposición personal suficiente, y a cumplir con las condiciones de salubridad y seguridad laboral que requería el trabajo encomendado. A su vez sostuvieron que tampoco se encontraban finalizadas las obras estructurales que permitían instalar las aberturas contratadas. Por último excusó su omisión de intimar al actor por temor a ver disuelta su relación negocial; (b) entender injusta la evaluación que efectuó la señora Juez a quo al entender configurado el hecho dañoso con el acuerdo celebrado en mediación entre el actor y la aseguradora, al no reconocer esta última hechos ni derechos. Además los quejosos no intervinieron en ese acuerdo; (c) la sentencia valoró indebidamente la prueba colectada; y (d) por haber impuesto un excesivo monto de condena, al haber cumplido su parte el 95% de la obra encomendada. El tenor de los argumentos recursivos vuelve necesario analizar en primer término los agravios de los demandados, pues su eventual progreso podría tornar abstracto el tratamiento del recurso de la actora. Analizaré los agravios de los accionados en conjunto y simultáneamente pues tienen como objetivo la revocación de condena. V. Recurso de los demandados: a. En sendas expresiones de agravios, los accionados negaron ser responsables de las demoras en la obra y su ulterior resolución, en tanto sostuvieron que ello fue generado por la actora, quien no proveyó a su parte del personal necesario ni puso la edificación en las condiciones de salubridad y seguridad laboral requeridas para el trabajo acordado. Tampoco finalizó las obras estructurales que permitieran instalar las aberturas contratadas. Todo ello fue señalado como las razones que impidieron a Sliwa concluir su trabajo. Al contestar demanda, la codemandada S.L.W. S.R.L., sostuvo en una breve argumentación, que su garantizado no pudo concluir la obra pues su contraria no habría puesto a su disposición personal suficiente para ?cumplimentar las mismas? (fs. 241). En tal presentación nada dijo respecto de no haber puesto la obra en condiciones para colocar la carpintería metálica, cuestión que introdujo luego. De su lado el restante codemandado fue declarado rebelde por no haberse presentado tempestivamente a contestar demanda, con lo cual tampoco propuso argumentos defensivos. Sin embargo, amén que en los respectivos memoriales no refieren a prueba concreta que acreditaría tales dichos, lo cual confirma el fundamento del fallo en ese punto en cuanto a la orfandad probatoria, las estipulaciones contractuales destruyen tal argumento. Según surge de la cláusula segunda del contrato del 22.7.2013, la prestación a la que se comprometió Sliwa y que por ello estaba prevista en el precio estipulado incluía ?todas los materiales, mano de obra, prestaciones, gastos, así como todos los equipos o herramientas que sin estar expresamente indicados, sean imprescindibles para proveer y ejecutar lo encomendado en este contrato? (fs. 289). Además, la cláusula séptima (?obligaciones del contratista?) ratificó tal alcance al precisar que ?El contratista deberá:...? (proveer) ?...la prestación de toda la mano de obra especializada y no especializada necesaria para su instalación y en general el cumplimiento de la encomienda; la prestación de todos los equipos, herramientas y demás elementos necesarios para igual fin...? (fs. 289v). Estas

claras estipulaciones revelan que Víctor Sliwa se comprometió no solo a proveer la carpintería en aluminio, sino también a proceder a su instalación con personal propio y sus herramientas. Ello destruye la argumentación en análisis. Es que con sólo aplicar el método literal de interpretación, que es el primero que debe ser utilizado al evaluar el contenido de un contrato, queda claro que el codemandado se comprometió a realizar la instalación de las aberturas con sus operarios, lo cual desvanece la excusa que esgrimió.

Pero si la conclusión anterior fuera soslayada, sólo como hipótesis de trabajo, la defensa sería igualmente desechada. Es que el codemandado no demostró haber realizado actividad alguna para reclamar a la actora el predicado aporte de personal; conducta que hubiera sido congruente con la defensa propuesta. Por lo demás, como ya señalé, el señor Sliwa no contestó demanda, con lo cual no introdujo esta argumentación en tiempo oportuno. Recién al presentar su expresión de agravios el demandado reconoció, a contrario sensu de lo dicho a la escribana en la constatación notarial, no haber realizado intimación alguna a la actora para que esta última completara los hipotéticos trabajos que posibilitaran que Sliwa concluyera los suyos. Ello resulta evidente, a mi juicio, cuando afirmó que "...si hubiera intimado al actor a cumplir dichas pautas, la relación no hubiere llegado a buen puerto, y, por lo tanto, se habría visto disuelta su posibilidad de trabajo? (fs. 751). Lo señalado revela con total claridad el reconocimiento de Sliwa de no haber concretado intimación alguna, lo cual destruye el argumento defensivo en estudio. Demás está decir que tal descargo hubiera sido rechazado también por otros fundamentos. La introducción del mismo fue tardía, lo cual obstaría a su consideración por la Sala (artículo 277 código procesal); y el accionado no acercó a la causa elemento probatorio alguno que permita presumir, cuanto menos, que BE Jorge Newbery S.A. se hubiera comprometido a realizar alguna obra preparatoria como condición necesaria para que Sliwa pudiera instalar las aberturas. Esto último es tácitamente ratificado por ambos demandados al constatar que en su memorial no mencionaron prueba alguna que avale la necesidad de tales trabajos previos. Lo dicho también comprende un reconocimiento por parte de Sliwa de haber incumplido, cuanto menos parcialmente, la prestación a la que se comprometió, pues de otro modo no hubiera intentado una excusa para justificarse. Se habría limitado a sostener su total cumplimiento, lo cual no hizo en momento alguno. En el mejor de los casos, afirmó dogmáticamente haber cumplido un 95% de los trabajos encomendados, sin dar razones ni cálculos que lo justifiquen. A todo evento reconoció, cuanto menos una desatención parcial. No está de más recordar que el codemandado ya había desatendido los términos del acuerdo inicial. Véase que cumplido el plazo acordado al principio de la relación, las partes debieron readecuar los tiempos de entrega e instalación y establecieron nuevas formas y condiciones de pago. Pero frente a la conducta morosa de Sliwa, la actora requirió que un tercero afianzara el cumplimiento de aquel, y que el contratista tomara un seguro de caución para asegurar que el incumplimiento no se reiterara. A su vez fue parcialmente modificada la cláusula penal concertada en el contrato de julio de 2013, que preveía en caso de resolución por culpa del contratista que éste abonara al comitente el doble de lo hasta allí pagado, para agravarla en el acuerdo de marzo de 2014 pues se pactó que el contratista incumplidor abonaría el doble del precio acordado, con precisa mención de la suma que importaba la pena (\$ 1.026.080,90). Pero a pesar de todas estas prevenciones, el codemandado Sliwa volvió a incurrir en incumplimiento como resulta del reconocimiento antes descripto, como de la presunción tácita que deriva del artículo 356 inciso 1 del código de rito. Lo único que intentó fue sostener dogmáticamente que había cumplido el 95% del encargo. Sin embargo nada hizo para demostrar sus dichos.

No ofreció un peritaje técnico ni acompañó los certificados de obra o documentación similar que acreditara el grado de avance del aquí accionado. Debo destacar aquí que tal aserto (cumplimiento del 95% de su prestación), junto con la ya desechada mora del acreedor, fue el argumento central de su defensa. Y tal calidad exigía del demandado producir la prueba que justificara su posición en tanto, como lo enseña Rosenberg, ello constituía la norma impeditiva, destructiva o excluyente de la pretensión de su contrario (Rosenberg L., La carga de la prueba, página 130/131). Sin embargo sólo acompañó un acta notarial, labrada el 6.1.2015, que constató la existencia de numerosos faltantes en la obra encomendada a Sliwa (fs. 227 renglón 34/37, 41, 47; fs. 228 renglón 20/24, 29, 36) que este último intentó justificar con diversas manifestaciones que dirigió a la notaria y que ésta plasmó en el acta.

Empero no propuso siquiera defensas al ser convocado a la causa y menos prueba que avalara tales dichos, reduciéndose así a meras afirmaciones dogmáticas que como tal, son irrelevantes para el litigio. A su vez, como lo señalaron los recurrentes en sus memoriales (fs. 746 primer párrafo y fs. 752vta. cuarto párrafo) tal acta de constatación no constituyó ni sustituyó la omitida pericia técnica, la cual hubiera dado una pauta precisa sobre el avance real de la obra. Lo expuesto sin olvidar que al tiempo que la escribana Romero constatará las obras en el inmueble referidas a la carpintería de aluminio y vidrios existentes en el lugar, otra empresa había sido contratada por la actora y, según los dichos de BE Jorge Newbery S.R.L., el día anterior había realizado su primer aprovisionamiento de materiales. Debo señalar aquí que al igual que los demandados, la actora tampoco ofreció prueba pericial de arquitectura que hubiera posibilitado conocer cuál fue el avance de la tarea encomendada a Sliwa, cuando éste dice haber completado el 95% de su tarea, mientras que BE Jorge Newbery S.R.L. dijo que el cumplimiento de su contrario apenas alcanzó al 43%. A pesar de esta omisión relevante, entiendo que las demás pruebas colectadas avalan en mayor medida la posición de la accionante. Es que las labores encomendadas a terceras empresas luego de la resolución del contrato con Sliwa son consistentes en

su volumen, con la obra pendiente que detalló la actora. Magnitud que resulta de los presupuestos acompañados por la pretensora, cuyos consiguientes pagos lucen parcialmente registrados en su contabilidad (peritaje fs. 506v, punto 5). En cuanto a aquellos que el perito no los pudo identificar en los libros de la actora, constató luego que han sido anejados recibos presuntamente emitidos por algunos de los nuevos proveedores (fs. 617/619 y 626/627), cuya autenticidad fue reconocida por los emisores mediante prueba informativa (fs. 418, 420 y 457).

b. Ambas partes se agravan en punto a que la sentencia habría considerado que el acuerdo que en mediación habrían concretado la aseguradora Testimonio con la actora importaría una prueba del ?hecho dañoso? que constituye la base de este reclamo. La lectura de la sentencia refleja con claridad que la señora Jueza sólo refirió el indicado acuerdo que a modo de descripción dijo que el mismo estuvo sustentado en lo concluido por la empresa aseguradora en punto a que ?... consideró configurado el siniestro, conforme lo previsto en las Condiciones Generales...? Concluida esta precisión, la sentencia expresamente aclaró que de seguido analizaría si Jorge Sliwa incumplió con las obligaciones a su cargo (fs. 661). La reseña anterior no deja dudas en punto a que el decisorio sólo refirió una decisión de la aseguradora que la llevó a acordar con la aquí actora. Podría sostenerse que el detalle no fue totalmente preciso pues en la decisión la aseguradora habría aclarado que tal acuerdo lo concretó sin reconocer hechos ni derechos, con lo cual descartó todo pronunciamiento en punto a la realidad del siniestro. Pero lo cierto es que tal inexactitud no provocó ningún agravio a los aquí demandados, pues sólo se refirió el parecer de la aseguradora, pero de manera alguna lo que se expresó fue el pensamiento de la sentenciante. De hecho, como también lo aclaré, en el párrafo siguiente el decisorio anuncia que a partir del siguiente capítulo analizará si Jorge Sliwa incumplió con su prestación y si ello deriva de una conducta a él imputable. De todos modos, en el punto anterior de este voto me he expresado sobre la realidad del hecho dañoso y la responsabilidad que sobre ello le cabe a Sliwa (y por vía de garantía a S.L.W. S.R.L.), por lo que la consideración de este agravio resulta abstracto.

c. Resta analizar el agravio relativo al quantum de la condena, pues el titulado como ?valoración de la prueba?, ya fue objeto de análisis en el punto a precedente. La lectura de este capítulo, que se reitera en sendas expresiones de agravios, convence al suscripto de que no existe crítica concreta y razonada que habilite a evaluar su procedencia (artículo 265 código procesal). Sólo califica de excesiva la condena pues no se consideró que su parte cumplió su prestación de forma parcial, reiterando en un primer párrafo que lo habría hecho en un 95%, guarismo ya desechado. Entiendo prístino que los demandados cuestionaron el monto sin fundamentos concretos en tanto sólo lo calificaron de excesivo, sin hacer un desarrollo argumental que lo justificara. Pero esencialmente, ignoraron aquí que se trató de una cláusula penal que traduce una indemnización tasada por las mismas partes que hoy la cuestionan (los demandados por elevada y la actora por exigua), y que respecto de los aquí quejosos, no han mantenido en esta instancia la tibia impugnación que intentaron en la etapa anterior al calificarla de abusiva. No se trata, entonces de una evaluación concreta de los daños generados por el incumplimiento del codemandado Sliwa, sino la aplicación directa del resarcimiento que las mismas partes valoraron para el caso de resolución del contrato por culpa del contratista. Lo expuesto permite, sin más, desestimar este agravio en los términos del ya referido artículo 265 del código de rito.

VI. Recurso de la parte actora:

a. La parte actora se agravió del rechazo de resarcimiento por los presuntos daños que habría padecido cuya magnitud económica supera, en la visión de la recurrente, el quantum de la cláusula penal concertada. En definitiva pretendió que se le concediera una indemnización superior a la concertada por las partes (el doble del precio pactado por la prestación a la que se obligó Sliwa). Conforme reza el artículo 652 del código civil (aplicable en el caso en atención a la época en que sucedieron los hechos), ?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?. Así se ha dicho que la cláusula penal tiene una función ambivalente, aunque otros la califican como polivalente. Es que la misma tiene una doble finalidad, pues importa una liquidación convencional por anticipado de los daños y perjuicios que el incumplimiento cause al acreedor y también procura compeler al deudor a satisfacer la prestación principal para eludir la aplicación de la pena (Bueres, A. y Highton, E., Código Civil y normas complementarias, T. 2 A, página 542; Llambías, J. J., Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, T. I, página 367/368; Boffi Boggero, L., Tratado de las Obligaciones, T. 2, página 395/396; Ramella, A., La Resolución por Incumplimiento, página 252; entre otros). En punto a su función resarcitoria ha sido dicho que la misma persigue, bien que como efecto que podría calificarse de accesorio o utilitario, evitar los riesgos probatorios del perjuicio que genera el incumplimiento, volviendo innecesaria la fijación judicial de la indemnización, que en ocasiones presenta una profunda dificultad (en tal sentido Boffi Boggero, L. obra, tomo y página citada). Dicha cláusula, que tiene por fuente el contrato, deriva por tanto del acuerdo de partes. Y en este escenario, el código civil le concede el carácter de inmutable, por lo cual el acreedor no podrá requerir otra indemnización al predicar que su cuantía es insuficiente, ni el deudor podrá eximirse de su pago, probando que su contrario no ha sufrido perjuicio alguno (arts. 655 y 656 código civil). De todos modos este principio tiene algunas excepciones al punto que alguna doctrina califica al principio como de ?inmutabilidad relativa? (Bueres, A. y Highton, E., obra y tomo citados, T. 2 A, página 559). En punto a su reducción, el código civil entonces vigente preveía dos situaciones: la existencia de una cláusula abusiva que el juez podía morigerar en los términos del artículo 656 segundo párrafo y el

cumplimiento parcial de la obligación que permitía reducir proporcionalmente, en igual medida, la cláusula penal prevista para el caso de incumplimiento (artículo 660). Sin embargo, ninguna de estas opciones ha sido esgrimida por los demandados para procurar la reducción de la sanción convencional. Es cierto que tangencialmente la garante calificó a la cláusula penal como abusiva. Pero en momento alguno brindó argumentos suficientes y prueba consecuente que permitiera llegar a tal convencimiento. De todos modos, como ha sido ya expresado, los demandados en su memorial no mantuvieron aquel tibio cuestionamiento, utilizando en Alzada sólo manifestaciones que no superaron el dogmatismo (?condena... gravosa?). En punto a la facultad que el código otorgaba a los jueces para morigerar la cláusula penal excesiva (art. 656, segundo párrafo), aún cuando se ha admitido que tal prebenda pueda aplicarse de oficio, no es posible en el caso hacerlo cuando la desproporción no resulta evidente y quienes la han pactado son comerciantes cuya debilidad o inferioridad no se presume. Además no ha sido alegado en ninguna de las instancias que se hubiere configurado un supuesto de lesión subjetiva que hubiera afectado la voluntad de los demandados y nulificara el pacto.

Ni siquiera tal vicio fue invocado por vía recursiva, momento que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó excepcionalmente idóneo para incorporar tal argumento defensivo (CSJN 18.12.1990, ?Alberto Luis Lucchini S.A. c/ Macrosa Crothers Maquinarias S.A. s/ cobro de pesos?, Fallos 313:1461). Tampoco puede ser invocado el supuesto previsto en el artículo 660 del código civil. Como dije, tal hipótesis no fue invocada por los demandados en ninguna de ambas instancias, y su aplicación oficiosa es por demás dudosa cuando no se trata de una norma de orden público (Boffi Boggero, L. obra, tomo y citados, página 416). Por último, y ya en el marco de la pretensión perseguida por la actora en el agravio en estudio, la regla prevista en el artículo 655 en punto a limitar el derecho del acreedor al quantum de la cláusula pactada, sólo puede ser vulnerada en caso que el deudor hubiere incurrido en incumplimiento doloso. Como lo ha expresado con su habitual profundidad mi estimado colega el Dr. Heredia al votar en la causa ?Yacoplast S.A.?, ?Una tendencia claramente mayoritaria en la doctrina nacional y extranjera considera que si el incumplimiento del deudor es doloso, la cláusula penal no opera como límite tope a la indemnización debida, sino que el deudor deberá reparar todo el daño producido al acreedor aun cuando éste sobrepase al numéricamente prefijado (conf. Kemelmajer de Carlucci, A., ob. cit., ps. 140/144, n° 104; Busso, E., Código Civil Anotado, Buenos Aires, 1951, t. IV, p. 487, n° 27 y 28; Borda, G., Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 213, n° 205 bis; Llambías, J., Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 421, n° 342; Cazeaux, P. y Trigo Represas, F., Derecho de las Obligaciones, La Plata, 1979, t. I, p. 401; Bustamante Alsina, J, Teoría general de la responsabilidad civil, Buenos Aires, 1983, p. 179, n° 465; Belluscio, A. y Zanoni, E., Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, 1981, t. 3, ps. 223/224; Alterini, A., La cláusula penal flexible, LL 2009-B, p. 1119, cap. 12; Trigo Represas, F. y López Mesa, M., Tratado de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, 2004, t. IV, p. 874; Rezzónico, L., La inmutabilidad de la cláusula penal y la inejecución dolosa de la obligación, LL 126-201; Bianca, M., Diritto Civile, Giuffrè, Milano, 1994, t. V, p. 235, n° 91; Roca Sastre, R., Estudios de Derecho Privado, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 282; Planiol, M. y Ripert, G., Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Cultural S.A., Habana, 1945, t. 7, p. 183, n° 869; Jossierand, L., Derecho Civil, Buenos Aires, 1950, t. II, vol. 1, p. 521, n° 643; De Barros Monteiro, W., Curso de Direito Civil, Edição Saraiva, Sao Paulo, 1973, t. 1 [Direito das obrigações], p. 217, n° 10).? ?Este último criterio, valga señalarlo, ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta alzada mercantil (conf. CNCom. Sala B, 11/3/1996, ?Ply S.A. c/Conelmec S.R.L. s/ ordinario?; íd. Sala B, 7/12/1999, ?Siemens S.A. c/ Clínica del Buen Pastor S.A. s/ ordinario?), y recibe aplicación incluso en los casos de resolución contractual, cuando la inejecución que la provoca ha sido maliciosa (conf. Ramella, La resolución por incumplimiento, Buenos Aires, 1975, p. 253, n° 93).? ?Ahora bien, el dolo requerido para llegar al referido plus indemnizatorio es, en el caso, el dolo contractual o convencional, no definido por el Código Civil, pero conceptuado como la deliberada intención del contratante de no cumplir pudiendo hacerlo (conf. Bustamante Alsina, J., ob. cit., p. 282, n° 775; Trigo Represas, F. y Lopez Mesa, M., ob. cit., t. I, p. 669); y puesto que la apuntada ?intención? constituye un fenómeno de la conciencia, no es posible su prueba directa (conf. Bustamante Alsina, J., ob. cit., p. 284, n° 785), pudiendo el dolo, por tanto, ser acreditado por cualquier medio probatorio, incluso por presunciones (conf. CNCiv. Sala G, 27/7/84, ?Montes, Alberto?, JA 1985-I, p. 295; Aguiar, H., Hechos y actos jurídicos, Buenos Aires, 1924, t. I, p. 203, n° 70), valiendo también recurrir a indicios, conjeturas, argumentos indirectos o confrontaciones (conf. Busso, E., Código Civil Anotado, Buenos Aires, 1949, t. III, p. 243, n° 45; Trigo Represas, F. y López Mesa, M., ob. cit., t. I, p. 677; CNCom. Sala D, 1/12/2011, ?Cho Byun Chu s/ quiebra c/ Bang Seung Ok y otro s/ ordinario?, voto del suscripto)? (esta Sala, 21.6.2012, ?Yacoplast S.A. c/Molinos Río de la Plata S.A. s/ ordinario?; voto Dr. Heredia). Pero, en el caso, la actora ni siquiera ha manifestado que la actuación de su contrario pueda calificarse de dolosa. Menos aún ha ofrecido prueba que así lo acredite. En tales condiciones resulta improcedente evaluar si han existido daños cuyo resarcimiento superen el monto de la cláusula penal pues, para su estudio debe contarse con el presupuesto que, en el sub judice, ha sido ignorado. b. El restante agravio de la actora finca en la determinación del dies a quo del cómputo de intereses. En el punto, BE Jorge Newbery S.R.L. impugnó la fecha de mora fijada por la sentencia

(notificación de la resolución contractual) pues sostuvo que ello ocurrió al tiempo del primer incumplimiento del codemandado Sliwa (1.12.2013), pues en el contrato fue concertada la mora automática. En subsidio, solicitó que se computen los réditos desde el nuevo plazo pactado en la prórroga del contrato, el cual también fue incumplido por el demandado. Según resulta del contrato inicial (22.7.2013) las partes establecieron con total precisión que ¿la provisión e instalación completa objeto del presente contrato, deberá encontrarse finalizada de modo definitivo a más tardar el día 1.12.2013? (cláusula quinta). Amén de haberse fijado un plazo concreto para el cumplimiento integral, también establecieron a mayor abundamiento que operaría ¿...la mora automática, por el mero vencimiento de los plazos fijados y sin necesidad de interpelación alguna, para el caso de incumplimiento de cualquiera de las previsiones de este contrato? (cláusula novena). A pesar que el demandado incumplió tales plazos, las partes concertaron una prórroga de los tiempos previamente fijados (17.3.2014), bien que con varios resguardos para la actora (seguro de caución, tercero garante y agravamiento de la cláusula penal), en la cual fueron fijados nuevamente tiempos específicos según las tareas a completar.

Así dispusieron que ¿1) las aberturas de aluminio anodizado natural correspondientes... serán entregadas e instaladas en obra en dos etapas: antes del 08/04/2014 deberán encontrarse instaladas 24 (veinticuatro) carpinterías completas; el resto de las carpinterías deberán encontrarse instaladas y probadas en obra antes del día 25/04/2014; 2) los sistemas de Frente Integral del hall de entrada y el gimnasio del entre piso...deberán ser entregados e instalados en obra antes del día 19/05/2014? (cláusula segunda). En tal oportunidad los litigantes ratificaron que la desatención de tales plazos haría incurrir al demandado en mora automática. A su vez, como ya dije, se fijó para tal anómala situación ¿una penalidad a su cargo... (el demandado) ...y a favor del comitente equivalente al doble del precio del contrato, o sea de la suma de \$ 1.026.080,90? (cláusula sexta). Es claro que, conforme lo pactado, el mero incumplimiento del demandado en los plazos fijados lo hizo incurrir automáticamente en mora. Presupuesto que justifica que sobre lo debido deban ser aplicados intereses moratorios. Es que en las obligaciones a plazo, máxime cuando en el caso es ratificada por las partes tal consecuencia, el deudor queda constituido en mora por el solo vencimiento del término fijado para el cumplimiento, sin que sea necesario que el acreedor efectúe reclamación alguna (Wayar, Ernesto, Tratado de la mora, Buenos Aires, 2007, pág. 192). Y, como dije, este estado de mora del deudor lo obliga a responder por el perjuicio que la tardanza en el pago convenido le ha irrogado al acreedor, esto es, el daño moratorio contemplado en el art. 508 del código civil, cuya reparación se traduce en la percepción de intereses a favor del acreedor (Llambías, J.J, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, t. I, Buenos Aires, 1978, pág. 162). Teniendo en consideración pues que, en ambos acuerdos las partes convinieron en la mora automática por el mero vencimiento de los plazos fijados ¿sin necesidad de interpelación alguna? (fs. 290 cláusula novena y fs. 272 cláusula sexta), cabe atender a los tiempos pactados a fin de autorizar el devengamiento de los réditos. En este punto es de advertir que luego que el demandado incumplió los plazos inicialmente convenidos, las partes (diría principalmente la actora), consintieron prorrogar los plazos contractuales, bien que con los resguardos ya descriptos. Así, la concesión de este beneficio importó la renuncia de BE Jorge Newbery S.A. a ejercer los derechos que resultaban de la situación de mora de su contrario. Dicho con otras palabras, si por aplicación de lo estipulado en el contrato inicial el demandado ya había incurrido en mora, los derechos resultantes de tal estado fueron renunciados por el actor al otorgar un nuevo plazo para el cumplimiento del acuerdo (CNCom. Sala B, 19.8.1986, ¿Antártida Cía. Argentina de Seguros S.A. c/ Construcciones Metalúrgicas Franceschini S.A.I.C.?; CNCom. Sala B, 11.3.1996, ¿Ply S.A. c/ Conelmec?, LL 1997-D, p. 857, sum. 39.720; Stiglitz, R., Derecho de Seguros, Buenos Aires, 2004, t. III, p. 174, n° 1067, ap. ¿b?, citado por esta Sala, 16.10.2009, ¿Discalmet S.R.L. c/HSBC La Buenos Aires Seguros y otros s/ ordinario?). Conforme los principios esbozados, cabe determinar la fecha de mora (y por consiguiente el dies a quo de los intereses), a la luz de las estipulaciones del contrato. La cláusula segunda del acuerdo de prórroga fijó los ¿plazos de entrega? de la obra encomendada a Sliwa. A tal efecto desdobló las tareas, desglosando ello en punto a las aberturas de aluminio anodizado por un lado, y por el otro los ¿sistemas de Frente Integral del hall de entrada y el gimnasio...?. Para el primer caso fijó a su vez la entrega en dos etapas: la primera para el 8.4.2014 (instalación de 24 carpinterías completas) y el 25.4.2014 para el resto de las mismas. En punto a los ¿sistemas de frente integral?, fijó como límite para su entrega e instalación, el 19.5.2014. Frente a estas escalonadas etapas de cumplimiento, entiendo adecuado fijar como fecha de mora la del vencimiento del último plazo acordado (19.5.2014) y autorizar a partir de allí que se devenguen intereses moratorios sobre la multa concertada. Por ello propondré hacer lugar a este agravio, bien que con los límites indicados. VII. Por todo lo expuesto, si mi criterio es compartido, propongo al Acuerdo que estamos celebrando confirmar en lo sustancial la sentencia en estudio, modificándola sólo en lo referido al cálculo de los intereses que devengará la condena, los cuales deberán computarse a partir del 19.5.2014 a la tasa y hasta la fecha indicada en el fallo dictado en la instancia anterior. En atención a que sendos recursos han sido rechazados (en el caso de la actora, en la parte sustancial), entiendo pertinente distribuir las costas de Alzada en el orden causado (artículo 71 código procesal). Así voto. Los señores Jueces de Cámara, Doctores Juan R. Garibotto y Pablo D. Heredia adhieren al voto que antecede. VIII. Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan: (a) Confirmar en lo sustancial la sentencia en estudio, modificándola sólo en lo referido

al cálculo de los intereses que devengará la condena, los cuales deberán computarse a partir del 19.5.2014 a la tasa y hasta la fecha indicada en el fallo dictado en la instancia anterior. (b) Distribuir las costas de Alzada en el orden causado (artículo 71 código procesal). (c) Declarar desierto el recurso introducido en fs. 312 contra las costas impuestas en fs. 264, concedido con efecto diferido en fs. 313 (art. 69 código procesal) toda vez que no ha sido fundado, conforme el art. 266 código procesal. (d) Sentado lo anterior, en los términos del art. 279 del código procesal, se procederá a fijar estipendios de los profesionales intervinientes precisando inicialmente que, conforme los argumentos expuestos en un caso análogo (esta Sala, 13.3.18, ?Skillmedia S.R.L. c/ Estudio ML S.A. s/ Ordinario?, expte. n° 36208/2015), la presente regulación habrá de efectuarse con el arancel vigente al momento en que las tareas profesionales objeto de retribución fueron cumplidas. Asimismo, debe recordarse que este Tribunal tuvo ocasión de señalar que, como los honorarios integran la condena en costas (que, en el caso, no incluye los estipendios que corresponden a los letrados de la parte demandada vencida), su justipreciación debe considerar el límite del 25% establecido en esta materia por la normativa sustancial (arts. 505 del Código Civil y 730 del Código Civil y Comercial), pues, como la remuneración debe efectuarse considerando el ordenamiento jurídico en conjunto, es indudable que la retribución debe calcularse aplicando el arancel específico de cada profesional pero sin superar aquél tope legal (esta Sala, 11.5.17, ?Corporación Médica de General San Martín c/ Vansal S.A. s/ ordinario? y 18.4.17, ?Statuto Horacio Ricardo c/ Volkswagen Argentina S.A. s/ ordinario?). Con tales pautas, fíjense los honorarios de los profesionales intervinientes en \$ 68.000 (pesos sesenta y ocho mil) y en 12 UMA equivalentes a la fecha a \$ 28.776 (pesos veintiocho mil setecientos setenta y seis), para el apoderado de la parte actora, Pablo Suárez; en \$ 170.000 (pesos ciento setenta mil) y en 29,48 UMA equivalentes a la fecha a \$ 70.693,04 (setenta mil seiscientos noventa y tres pesos con cuatro centavos), para su letrado patrocinante, Sergio Pablo Suárez; en \$ 1.000 (pesos mil) para la letrada apoderada de la misma parte, Romina Valeria Mayol; en \$ 119.000 (pesos ciento diecinueve mil) y en 20 UMA equivalentes a la fecha a \$ 47.960 (pesos cuarenta y siete mil novecientos sesenta), para el letrado patrocinante de la parte demandada, Gonzalo Vidal Devoto; en \$ 66.000 (pesos sesenta y seis mil) para la perito contadora, Silvia Andrea Di Croce; en \$ 52.000 (pesos cincuenta y dos mil) para la perito calígrafo, Jéscica Florencia Na rdone; y en \$ 20.000 (pesos veinte mil) para el consultor técnico de la parte actora, Christian J. Balaña (arts. 6, 7, 9, 10, 19, 37 y 38 de la ley 21.839; arts. 14, 16, 21, 22, 24, 26, 29 y 51 de la ley 27.423 y Acordada CSJN 20/19). Finalmente, en lo que concierne a la retribución de la mediadora, como la derogación del art. 63 de la ley 21.839 justifica -constatando en el sub lite que el arancel que regía en ocasión de la audiencia mandaba considerar la remuneración vigente al momento de dictar sentencia (art. 28, Decreto n° 1467/2011)- que los honorarios de que se trata sean estimados con las pautas vigentes a la fecha de este pronunciamiento (con el límite supra señalado), corresponde establecer en \$ 26.370 (pesos veintiséis mil trescientos setenta) el emolumento de la auxiliar, María Verónica Ramírez. Asimismo, por las incidencias resueltas en fs. 319 y 372/373, confírmense los estipendios establecidos en fs. 393 en \$ 5.600 (pesos cinco mil seiscientos) para el apoderado de la parte actora, Pablo Suárez; y en \$ 14.000 (pesos catorce mil) para su letrado patrocinante, Sergio Pablo Suárez. (e) Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13). Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen. Pablo D. Heredia Juan R. Garibotto Gerardo G. Vassallo Horacio Piatti Secretario de Cámara Correlaciones: Samudio, Ruth Diana c/Fugazza, Gustavo Mario y otro s/resolución de contrato - Cám. Civ. y Com. Lomas de Zamora - Sala III - 12/11/2013 - Cita digital IUSJU215690D 043178E