

NEUQUEN, 23 de agosto de 2023.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**PEREZ ROSA DEL CARMEN C/ SUCESORES DE IBÁÑEZ JULIO EDUARDO S/ COBRO SUMARIO DE PESOS**", (JNQC15 EXP N° 540698/2020), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **José NOACCO dijo:**

I.- Se dictó sentencia el día 29 de junio de 2022, rechazando la demanda y haciendo lugar a la reconvención, decisión que apeló la parte actora.

Mediante la presentación web 6240, obrante a fs. 166/170 expuso en primer lugar que la sentencia interpreta en forma arbitraria y desacertada las normas que invoca para atribuir responsabilidad a su parte.

En esa senda dijo agravarse de la aplicación de lo establecido por el artículo 1203 del Código Civil y Comercial, en consonancia con lo previsto por el 1730 del mismo cuerpo legal, destacando que no controvierte que la cuestión deba interpretarse a la luz de esas normas, sino que el agravio resulta de lo que entiende es la aplicación desacertada de las mismas.

Transcribió párrafos de la sentencia de los que surgiría esa interpretación errónea, destacando el razonamiento que señaló que la imposibilidad de uso y goce fue temporaria y que en su caso la actora debió solicitar la cesación del pago del precio, agregando que el caso fortuito no afectó a la cosa de modo que, levantada la imposibilidad de mudarse, las obligaciones que surgían del contrato se encontraban vigentes.

Expresó que de esas manifestaciones, se concluye que la jueza se desentendió de la situación que atravesaba el país en ese momento y que fue la razón que llevó a su parte a entablar la demanda.

Alegó que la jueza de grado a partir de un “*particular enfoque*”, sostuvo que una vez que cesó la circunstancia que impedía tomar posesión del inmueble, la actora y su grupo familiar podían mudarse, volviendo a tener el contrato eficacia y vigencia.

También señaló que la sentencia consideró que su parte debió haber intimado anteriormente al señor Ibañez para interrumpir el cumplimiento del contrato, cuestión que calificó de elucubración positivista y poco empírica ya que la jueza partió de entender que la imposibilidad de tomar la cosa fue temporaria, de dos meses, y por eso no resultaba atendible la rescisión del contrato articulada por su parte, ya que las normas en juego sólo admitían la suspensión del contrato.

Sostuvo que esa interpretación no contempló, en absoluto, las circunstancias que vivió el país, siendo la señora Pérez y su núcleo familiar unos de los tantos afectados.

Enumeró una serie de aspectos que a su juicio no fueron tenidos en cuenta, y subrayó que el decreto de necesidad y urgencia 297/2020 del 19 de marzo, ordenaba el aislamiento social preventivo y obligatorio, estableciendo la imposibilidad de circulación total y absoluta por tiempo prácticamente indeterminado, circunstancia que se fue prorrogando a través de normas que se dictaban cada 15 días, prolongándose la situación durante meses.

Señaló así que esas normas aparejaron una situación fáctica ignorada por la jueza pues al estar prohibido circular, tampoco era posible mudarse, realizar una consulta con un abogado o remitir una carta documento que aplase o rescinda el contrato.

Expuso que su parte, teniendo en cuenta las circunstancias antes descriptas, no comprende como la jueza pudo afirmar que una vez superada la contingencia, a la cual le otorga



una duración de solo dos meses, la actora y su familia podían hacer uso de la cosa.

Se mostró sorprendida por lo que calificó de una llamativa desvinculación con la realidad, y además sostuvo que de las pruebas surge que el resto de los protagonistas se hicieron eco de la contingencia, y así señaló que la inmobiliaria devolvió la comisión; el consorcio del lugar donde se ubica la casa no permitió mudanzas y el señor Ibañez tampoco exigió nada a la actora, hasta que ésta le envió la carta documento.

Agregó que a partir de ello no corresponde afirmar que "cesada" la restricción la actora podía hacer uso de la vivienda, pues nadie sabía cuándo finalizaría la contingencia de fuerza mayor, preguntándose de qué modo la actora podría haber interrumpido o rescindido el contrato, si estaba prohibido circular, o consultar a un profesional en ese sentido o remitir una carta que haga conocer cualquier tipo de exteriorización de voluntad al respecto, recordando también que el correo estaba cerrado.

Reiteró que la interpretación de la norma fue a rajatabla, sin considerar de ninguna manera el escenario que había quedado desvirtuado por circunstancias extraordinarias.

Señaló que al demandar expuso que en todo momento intentó sortear la eventualidad, y más allá de la preocupación e incertidumbre se esperó que, aun ante la urgencia, el contrato pudiera ser llevado a cabo porque se alquiló para ir a vivir, se pagó lo requerido y lamentablemente no pudo concretarse por razones ajenas a su voluntad, todo lo cual transformó al contrato de cumplimiento imposible.

Dijo que su pretensión en esta Alzada es que se considere que el contrato no se pudo cumplir por circunstancias extraordinarias y ajenas a su voluntad, que le impidieron mudarse y disfrutar de la morada, pero que ello no obedeció a una actitud

intencionada de incumplir, razones todas que la llevan a solicitar que se revoque la sentencia y se haga lugar a la demanda.

En segundo lugar dijo agravarse porque se hace lugar a la reconvención y funda esa decisión en los argumentos que su parte ya cuestionó y que por razones de brevedad procesal expresó que no habría de descalificarlos ya que a su juicio, debía hacerse lugar a lo peticionado legítimamente por su parte.

Señaló que de hacerse lugar al agravio anterior, ello debe conducir a rechazar los reconocimientos que la sentencia efectuó en relación a Ibañez.

Destacó que el extremo celo puesto en relación a su planteo no fue igual para con el planteo de la demandada, pese a que en un primer momento y en forma extrajudicial éste prometió devolverle el dinero y luego reaccionó resolviendo el contrato cuando fue intimado y no efectuó ninguna prueba en estas actuaciones.

Calificó de inaudito que se le haya reconocido casi todo el reclamo y solicitó se deje sin efecto por resultar improcedente.

A su turno la demandada reconviniente contestó los agravios y expuso que en cuanto a las relaciones locativas el DNU 320/2020 estableció condiciones específicas en relación a las mismas entre las que citó la suspensión los desalojos, el congelamiento de alquileres, la prórroga de los contratos, el pago en cuota de aumentos, el pago en cuotas de montos impagos y la mediación obligatoria.

Señaló luego que el caso no se subsume en la mencionada normativa, sino en las propias del Código Civil y Comercial en las cuales, a su juicio, la jueza sustentó correctamente sus conclusiones.



Agregó que además de las normas citadas, resultan de aplicación otras tales como la que refiere la imposibilidad de pago temporaria; la frustración de la finalidad de los contratos; la fuerza mayor y particularmente la frustración del uso o goce de la cosa y la finalidad del contrato, todas normas que llevan a concluir que la contraparte no tenía derecho a rescindir el contrato en forma unilateral.

En esa senda citó el art. 1090 del Código civil y Comercial y señaló que se desprende de la norma que la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, pero en el caso sólo medió un impedimento transitorio.

Asimismo, expuso que la resolución es operativa cuando se comunica la declaración extintiva, y dicha voluntad en el caso se hizo operativa cuando la transitoriedad había desaparecido.

Expresó en esa senda, que al momento de decidir poner fin al contrato la imposibilidad alegada había desaparecido tratándose así de una resolución tardía; la contraparte aun necesitaba de una vivienda para habitar con su familia; y aun ante la situación excepcional de pandemia, no siempre el contrato habrá de extinguirse ni el locatario tendrá esa opción abierta en todo tiempo.

Aludió a la doctrina del esfuerzo compartido, señalando que en el caso ello debió llevar a la contraria a solicitar la adecuación del precio, y en definitiva la pretensión de la contraria trasunta un abuso del derecho y la buena fe, ya que ni la ley ni su espíritu permitían extinguir el contrato en el modo que lo hizo en atención al contexto que se vivía.

Manifestó que tampoco es cierto que el correo no funcionara, pues mantuvo guardias mínimas en atención a que se trataba de una actividad esencial.



Concluyó expresando que se trató de un incumplimiento temporario de la obligación por causas no imputables a las partes y que en el caso de la resolución contractual el incumplimiento debió ser esencial en atención a la finalidad del contrato, reiterando que al momento en que la contraria le puso fin seguía necesitando una casa para habitar con su familia, y se pregunta porque razón no se mudó si ya podía hacerlo.

A modo de hipótesis plantea que probablemente pudo haberse arrepentido por obtener un contrato más ventajoso, sin embargo y por aplicación del principio del esfuerzo compartido, debió pedir la readecuación del contrato y no devolver la casa reclamando la devolución del dinero, cuando ya nada le impedía usar y gozar de la cosa.

II.- Llegados los autos a esta instancia se procuró alcanzar una solución conciliadora cuestión que, luego de distintos encuentros, no pudo concretarse razón por la cual es preciso ingresar en el análisis de los agravios.

En relación a la descripción formulada por la recurrente de la situación imperante al momento inmediatamente posterior a la celebración del contrato, no es posible ignorar el estado de incertidumbre que se planteó en esos primeros dos meses de la denominada "Pandemia COVID 19".

Así, la instalación repentina del aislamiento social preventivo y obligatorio, inicialmente por quince días y sucesivamente prorrogado aparejó durísimos efectos de índole sociales y económicos, fundados principalmente en no conocer justamente el plazo durante el cual el mismo se extendería y las estrictas condiciones de circulación que se imponían.

Ese estado de emergencia afectó el cumplimiento de los contratos de locación y así, en razón de esa pandemia, que se desarrolló a nivel mundial, fue que se sancionaron una serie de normas que impusieron: la emergencia sanitaria, el aislamiento



social preventivo obligatorio y el congelamiento de alquileres, la prórroga de los plazos contractuales y suspensión de desalojos, respecto a ciertas locaciones -art. 9° del dec.320/20- todo lo cual produjo imposibilidades temporarias y definitivas en relación a las locaciones.

El caso fortuito y la fuerza mayor son conceptos referidos en el art. 1730 del CCyC como aquellos hechos que no pudieron preverse o que previstos, no pudieron ser evitados, en un concepto que también es recogido por aquel cuerpo legal en cuanto al contrato de locación en el art 1203: *"Frustración del uso o goce de la cosa. Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes."*

Al momento de decretarse la emergencia, los contratos locativos vigentes, entre los que se encontraba el celebrado por las partes, se vieron afectados por imposibilidades de diverso tipo, pues la prohibición de circular imponía restricciones para hacer uso de los bienes locados, ya fuera porque el inmueble se utilizaba para el desarrollo de actividades comerciales o, como en el caso, porque se encontraba vedada la posibilidad de mudar las pertenencias y comenzar con el uso y goce de la cosa.

Las posibilidades frente a eso, eran petitionar la cesación del pago del alquiler durante el plazo de la imposibilidad, de conformidad al art. 1203; rescindir el contrato no pagando la indemnización contemplada en el art. 1221 CCyC por la rescisión anticipada; plantear la reducción del monto del alquiler o la moratoria en su pago, pues aun cuando la normativa de emergencia no aludía a la rescisión, el Código Civil y Comercial siguió vigente.



En relación a la posibilidad de rescindir el contrato, que en definitiva resultó la voluntad de la actora, la causa alegada desde el inicio fue la imposibilidad de mudarse y ello es una circunstancia que no puede obviarse, pues si la fecha de mudanza era el 25 de marzo, es claro que no pudo llevar adelante esa tarea hasta más allá de la mitad de mayo momento en el cual, si bien se habilitaron las mudanzas tampoco es posible pasar por alto las dificultades concretas que se planteaban alrededor de llevar a cabo esa actividad: personal disponible por tener que considerar dotaciones reducidas por estar conformadas por personal de riesgo; horarios especiales; protocolos; turnos.

En ese sentido, el art. 955 CCyC, dispone: *"La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados"*.

Luego, el art. 956 en relación a la imposibilidad temporaria: *"La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible"*.

En relación al tema de las mudanzas, en la provincia el decreto provincial 554/2020 dispuso que a partir del día 19 de mayo de ese año se autorizaba -con el cumplimiento del protocolo allí indicado- los servicios de mudanza y en igual sentido, la administradora del consorcio de copropietarios del barrio Villa Luisa, a fs.46 informó: *"... desde la entrada en vigencia del DNU 297/2020 de fecha 19/3/2020 que ordenaba el ASPRO en todo el país, no se han realizado mudanzas de ingreso y/o egresos en el barrio Villa Luisa, dicha medida se cumplió hasta la entrada en vigencia el DECTO-2020-554-E-NEU-GPN de fecha 18/05/2020, que autorizó*

nuevamente las mudanzas, los días sábados en el horario de 9:00 a 19:00 hs.”.

Ahora bien, la imposibilidad de mudarse alegada si bien en el momento de dictar sentencia o al momento de efectuar este análisis, luego de transcurrido tanto tiempo y superada la pandemia puede calificarse de temporaria, no es menos cierto que en aquella etapa, donde la reanudación de actividades era paulatina y sometida a numerosas restricciones, es razonable comprender que la actora haya debido buscar otra alternativa para solucionar sus necesidades de vivienda y entender que el contrato celebrado con el señor Ibañez carecía ya de virtualidad por un hecho que bien cae en la definición de fuerza mayor.

Asimismo, de las declaraciones testimoniales -M. y D.- surge que la voluntad de dejar sin efecto el contrato existió antes de la intimación cursada por carta documento, en una circunstancia que por otra parte resulta muy verosímil.

De este modo, entiendo que cabe confirmar la decisión de grado en cuanto rechazara la pretensión de la actora pues lo cierto es que fue recién el 29 de mayo del 2020 que se concretó esa voluntad a partir del envío de la carta documento, por lo que no corresponde ni reintegrar las sumas oportunamente recibidas para concretar la locación, ni tampoco dejar sin efecto el aspecto de la reconvencción que reconociera que adeudaba los meses de abril y mayo, pues fue a esa fecha que manifestó la voluntad de resolver el contrato, de modo tal que hasta allí se adeudaban esas prestaciones.

Sin embargo, y de conformidad a los desarrollos que anteceden, he de proponer que se revoque el aspecto de la sentencia que hiciera lugar a la cláusula penal por rescisión anticipada, pues al respecto entiendo que es posible admitir la existencia de fuerza mayor y que por ello debe eximirse al locatario del pago de ese rubro.

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la señora Rosa del Carmen Pérez y en consecuencia modificar parcialmente la sentencia recurrida, dejando sin efecto la condena al pago de la cláusula penal, disponiendo por ello que la suma de condena alcanza a \$ 120.000 con más los intereses determinados en la sentencia para el rubro "Cánones locativos", confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravio.

Las costas por la actuación en la presente instancia, en atención al éxito obtenido (art. 71, CPCyC), se distribuyen en el orden causado, regulando los honorarios de los profesionales actuantes en el 30% de los establecidos para la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo, expidiéndome del mismo modo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia dictada el día 29 de julio de 2022 (fs. 151/159), dejando sin efecto la condena al pago de la cláusula penal, disponiendo por ello que la suma de condena alcanza a \$ 120.000 con más los intereses determinados en la sentencia para el rubro "Cánones locativos", confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravio.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, en atención al éxito obtenido (art. 71, CPCyC), en el orden causado.

III.- Regular los honorarios de los profesionales actuantes en el 30% de los establecidos para la primera instancia (art. 15 Ley 1.594).



IV. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. PATRICIA CLERICI Jueza- Dr. JOSÉ NOACCO Juez

Dra. MICAELA ROSALES Secretaria