NEUQUEN, 12 de Febrero del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"BURD JUAN SEBASTIAN OSCAR C/ FORTALEZA DEL VALLE CONSTRUCCIONES S.R.L. S/ RESOLUCION/RESCISION DE CONTRATO" (JNQCI6 EXP 515511/2016)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI,** con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- El recurso ha sido deducido por el actor, que se queja de lo resuelto en cuanto no hace lugar al pago de los alquileres pactados en la cláusula cuarta del contrato, y fija los intereses, respecto de la restitución del precio abonado, desde la intimación por carta documento.

En punto a la primer cuestión, cita doctrina que señala que la estipulación de una cláusula penal no priva el derecho a resolver y que dicha cláusula tiene varias funciones, entre ellas, constituir un medio de fijar por anticipado los daños y perjuicios que deberán pagarse al acreedor en caso de incumplimiento.

En cuanto a los intereses, esgrime que se configura un enriquecimiento sin causa que beneficia al contratante incumplidor, en tanto la resolución contractual le impone la restitución de tan solo una parte de la deuda de valor generada; ello en virtud de la pérdida del valor real por efecto de la inflación.

Aquí cita doctrina que sostiene que independientemente del origen contractual o extracontractual, la obligación de reparar el daño causado es exigible desde que se produce el menoscabo, sin necesidad de interpelación.

Corrido el traslado pertinente, la contraria guarda silencio.

2.- Dos son entonces los agravios que plantea el actor recurrente.

El primer aspecto que cuestiona, relativo a la operatividad de la cláusula cuarta del contrato, a mi criterio, ha sido correctamente resuelto en la anterior instancia. Veamos:

El contrato es un acto jurídico y constituye un instrumento de autodeterminación mediante el cual las partes regulan sus relaciones recíprocas y se dan a sí mismas pautas que constituyen un precepto de la autonomía privada.

La Corte Suprema ha dicho que si las expresiones utilizadas en una cláusula contractual son claras y terminantes, sólo cabe limitarse a su aplicación sin que resulte necesaria una labor hermenéutica adicional (Corte Sup., "Alberto Martino S.A. v. Distribuidora Rades S.A. y otro").

Así, tratándose de un contrato por escrito debe estarse, en primer término, a la literalidad de los términos utilizados y de lo específicamente pactado.

En la cláusula cuarta del contrato, las partes previeron una cláusula penal. Ahora bien, esa cláusula, tal como está redactada, conduce a preguntarnos cuál es la naturaleza de la penalidad que allí se estableció.

Es sabido que, conforme surge del art. 652 del Cód. Civil, la cláusula penal se clasifica en compensatoria y moratoria. La primera es fijada para prever las consecuencias del incumplimiento absoluto y definitivo de la prestación.

Ingresa en sustitución del contravalor económico de la prestación incumplida y de todo otro daño y perjuicio derivado del incumplimiento (daños compensatorios).

La segunda es la que predetermina las consecuencias del incumplimiento relativo de la prestación, comprensivo de los supuestos de simple retardo, mora, incumplimiento defectuoso o cumplimiento parcial. Como todo supuesto de incumplimiento relativo, supone la posibilidad material y jurídica de cumplimiento tardío de la prestación. La cláusula penal actúa como pena por el retraso en la ejecución debida o por el cumplimiento defectuoso o irregular, y se acumula a la prestación principal. De este modo, la cláusula penal sustituye a la indemnización por daños y perjuicios moratorios, sin que el acreedor deba probar la existencia y cuantía de los daños (arts. 655 y 656 del Cód. Civil) (Pizarro-Vallespinos, ob. cit., p. 69; Wayar, ob. cit., ps. 738/739; Kemelmajer de Carlucci, “La cláusula penal”, p. 161 y sig.; esta Sala, causa N° 53.797, “Álvarez”, del 29/03/2010).

Una de las trascendentes consecuencias prácticas de esta clasificación es que la pena estipulada para el caso de incumplimiento absoluto no es trasladable a los casos de mora, y viceversa. Ello es consecuencia del principio general conforme al cual toda pena debe ser interpretada restrictivamente (Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 163; Pizarro-Vallespinos, ob. cit., ps. 69 y 70).

Ello parece de toda lógica, ya que las consecuencias derivadas de una y otra situación —incumplimiento absoluto o relativo— pueden ser absolutamente disímiles, a lo que se suma que en el caso de la resolución no sólo se verifican efectos indemnizatorios sino también restitutorios. Ante este abanico de posibilidades, no parece razonable aplicar sin más una solución que las partes previeron para un escenario distinto

(cfr. Cám. Nac. Ap. Civil, Sala J, “Souto, Ruben Jose c. Fernandez, Carlos Matias s/ Resolución contrato compra/venta inmuebles”, 28/08/2018, AR/JUR/47866/2018).

En este caso, entiendo que surge de los términos utilizados, que la cláusula penal convenida es simplemente moratoria.

Y así, coincido con la magistrada en punto a que la multa prevista en la cláusula cuarta del boleto, se había pactado para el supuesto en que la relación continuara su curso, y se evidenciara un supuesto de cumplimiento tardío (mora en la entrega de la posesión). Por eso, también se dejó estipulado que el importe de la multa devengada sería descontado del saldo de precio adeudado por el comprador.

Nótese que las citas doctrinarias que invoca el apelante, refieren al régimen de cláusulas penales compensatorias.

Pero aquí, las partes previeron la cláusula únicamente para el supuesto en que mantuvieran el vínculo contractual y la vendedora demorara en entregar la posesión y no para el caso de incumplimiento definitivo.

Entonces, la cláusula penal que la actora intenta hacer valer es de carácter moratorio y por ende inaplicable al supuesto de resolución contractual. En tal sentido, explica Ibañez (“Resolución...”, cit., p. 350) que en las V Jornadas Sanrafaelinas se concluyó que la cláusula penal moratoria no es aplicable en los supuestos de resolución contractual, salvo que ella acceda a obligaciones que no se extinguieron con la resolución, supuesto que en la especie no se verifica ya que la obligación de entregar las unidades funcionales quedó extinguida por ser un efecto propio de la resolución (cfr. Cám. Nac. Ap. Civil, Sala J, “Souto”, ya citado).

Y también: *“En nuestro criterio debe distinguirse entre cláusulas penales compensatorias y moratorias. En este último caso no tenemos dudas en cuanto a que el acreedor no podrá invocar la cláusula moratoria para reclamar los daños producidos hasta el momento en que opta por la resolución, porque precisamente su elección supone volver las cosas al mismo estado en que se encontraban antes de la concertación”* (AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, “La cláusula penal y la resolución de los contratos).

Consecuentemente, el primer agravio será desestimado.

3.- No ocurre lo mismo, con el segundo cuestionamiento traído a resolución.

Ha adquirido firmeza la parte del pronunciamiento de la anterior instancia, que ha declarado resuelto el contrato oportunamente formalizado entre los litigantes. Es así que de la resolución operada se desprende un efecto específico, que consiste en la obligación que tienen las partes de devolverse lo recibido en virtud del contrato frustrado.

Se está, pues, dentro de lo que se ha denominado efecto recuperatorio de la resolución, ya que "las partes deben restituirse mutuamente lo que cada una de ellas hubiera recibido de la otra" (Ibáñez, Carlos Miguel, *Resolución por incumplimiento*, Ed. Astrea, p. 291).

Cuando la obligación de restituir recae sobre sumas de dinero, como acontece en el caso con relación al demandado, se ha entendido —en la doctrina más reciente— que la restitución comprende también los intereses, que deben computarse desde el día en que fueron recibidas las mencionadas sumas (conf. Ibáñez, ob. cit. p. 319). Parece ser ésta la solución más justa, porque el obligado a restituir la suma dineraria ha tenido la misma a su disposición desde el

momento en que la recibió, habiendo aprovechado de ella desde ese instante. Resulta equitativo, en consecuencia, que deba pagar los intereses que corren a partir de esa oportunidad y hasta la fecha en que se concrete la devolución del dinero.

Se ha dicho al respecto: *"…debe desestimarse el agravio que se opone al cómputo de intereses desde que se pagó cada cuota, porque "acreditado el nexo contractual, su resolución por parte del actor y la legitimidad de ese proceder (arts. 499, 505, 1190, 1191, 1192, 1193, 1137, 1138, 1204 Cód. Civ.), la obligación de restituir fluye como consecuencia de esa resolución... La parte que se benefició con la percepción de prestaciones no correspondidas, debe restituir lo cobrado (arts. 1052 y 1054 Cód. Civ.) ya que lo contrario importaría un enriquecimiento sin causa de la accionada con el consiguiente abuso de derecho (arts. 1052, 1054 y 1071 Cód. Civ.)"* (Cám. Ap. Civ. Com. de Azul, Sala II, "Hernández, Roberto A. c. Ronconi, Francisco H.", 15/12/2005, Cita Online: AR/JUR/8271/2005 y causas 40306, 3/6/99, "Pérez Sergio Fernando c. Tarraubela Emprendimientos Urbanos S.A. s/Resolución de contrato-Daños y Perjuicios", causa 45955, del 25/9/03, "Hernáez Jorge Alberto c. Tarraubela Emprendimientos Urbanos S.A. s/Resolución de contrato").

Desde este vértice, habrá de revocarse el resolutorio en lo que respecta al momento en que comienzan a correr los intereses y disponer que habrán de ser calculados desde fueron recibidas las sumas que deben restituirse. Costas de Alzada a la demandada vencida. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

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

Por lo expuesto, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Modificar parcialmente la sentencia apelada, disponiendo que los intereses corren desde el momento en que fueron recibidas las sumas que deben restituirse, confirmándola en lo demás y que ha sido materia de agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68 CPCC).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA