

NEUQUEN, 7 de febrero de 2023.

Y VISTOS:

En Acuerdo estos autos caratulados: "**BRAGIL DIEGO C/ CLUB DE PLANTA INDUSTRIAL DE AGUA PESADA S/D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES**", (JNQCI4 EXP N° **542935/2021**), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Valeria **JEZIOR** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el juez José NOACCO dijo:**

I.- Se dictó sentencia el día 6 de marzo del presente rechazando la demanda y haciendo lugar a la reconvenición, decisión que fue apelada por la parte actora.

Señaló en primer lugar que la decisión incurrió en el error de indicar como fecha de contratación el día 29 de febrero del año 2012 en lugar de 04 de marzo de 2013, aspecto que además no fue controvertido por la accionada.

Expuso que su parte hizo saber al club, mediante notificación fehaciente en fecha 20 de febrero del año 2020, su intención de hacer uso de la opción que le confería el artículo séptimo del denominado "Anexo I" y que la demandada no contestó oportunamente esa comunicación, sin embargo con fecha 9 de marzo pretendió rechazar el ejercicio de la opción aludida que su parte ya había ejercido en orden a continuar con la concesión del natatorio.

Expuso que el denominado "Anexo" fue suscripto por las partes y no está controvertido que lo que allí se expresó fue la previsión que tuvieron al firmarlo libremente, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En ese orden de ideas, señaló que le causaba agravio la interpretación que hizo la sentencia del término "AGREGAR" empleado en el Anexo I y que a partir de la formulación propuesta por la magistrada, arrogándose facultades

que no le competen al suplir de ese modo el consentimiento de los contratantes, culminó afirmando que el contrato previó cuestiones que en realidad no hizo.

Manifestó que la literalidad del texto no requería de mayores interpretaciones, y relacionó esa afirmación con el art. 1066 del CCyC que consagra el principio de conservación, estableciendo que si hay dudas sobre la eficacia del contrato, debe interpretarse en el sentido de darle efecto.

Insistió en la literalidad de los términos utilizados como la regla principal en cuanto a la interpretación y transcribió allí la cláusula de la adenda: *“Agregar a la cláusula tercera la opción para el concesionario de ampliar la concesión a cinco años a partir de la finalización del presente, es decir desde marzo de 2020 hasta marzo del 2025, definiendo en ese momento los nuevos valores de alquiler.”*

Recordó que al contestar la demanda, el club hizo mención a que se trataba de un contrato bilateral en el que ambas partes acordaron las obligaciones recíprocas, reprochando que su parte pretendía arrogarse fraudulentamente el derecho de prorrogarlo unilateralmente, a lo cual el recurrente argumentó que conceder a una de las partes esa opción no desnaturaliza en absoluto la bilateralidad del contrato.

Insistió que su parte hizo uso, en tiempo y forma, de un derecho pactado libre y voluntariamente y propuso otro agregado, del cual concluyó que al haberse previsto que la concesión era por 7 años a partir de la finalización de las obras y la obtención de las licencias legales y municipales para el ejercicio de la actividad, el contrato culminaría el último día de los 84 meses de explotación, por lo que teniendo en cuenta la cuestión de las obras y las habilitaciones, el contrato no venció de puro derecho en marzo de 2020, como decidió la sentencia atacada, sino que debía vencer el último

día hábil del mes 84 de explotación, esto es, el 31 de agosto de 2020.

Afirmó que de ello cabe concluir que la extinción del vínculo contractual no se puede atribuir a su parte, sino que la imposibilidad de explotar comercialmente el natatorio fue responsabilidad única y exclusiva del Club.

Continuó brindando lo que, expuso, es una interpretación válida del término "agregar", que propone que el 1 de septiembre del año 2020, por común acuerdo el concesionario tendría la posibilidad de explotar el natatorio por otro período igual, es decir, por otros ochenta y cuatro meses: hasta septiembre del año 2027, a la luz de lo dispuesto en el segundo párrafo de la cláusula tercera.

Argumentó que el agregado no sustituye, ni suprime, ni anula la cláusula del contrato original, sino que establecería un nuevo supuesto, agregado al ya previsto, y era la opción para el concesionario de ampliar la concesión a partir de marzo de 2020 a marzo de 2025, definiendo en ese momento los nuevos valores de alquiler.

Señaló que esa interpretación también es válida, además de ser más respetuosa de la autonomía de la voluntad, de la buena fe contractual (1061 CCyC), del principio de conservación (art. 1066 CCyC), de la seguridad jurídica y además de ese modo no atribuye efectos jurídicos no previstos por las partes.

Invocó en su apoyo los arts. 1063; 1061 y 1065 del CCyC que también disponen pautas interpretativas y lo hizo en el marco de afirmar que el "Anexo I" fue tal en miras casi exclusivamente a favorecer la posición del Club cuestión que se refleja en el monto mensual que se detalla en la tabla de la cláusula primera; la incorporación de rubros para la percepción de porcentajes de ingresos antes no previstos y las eximentes de

responsabilidad de cualquier tipo, que eran asumidas por el concesionario.

Aseveró que al haber hecho esas concesiones, su parte tuvo en miras la facultad de prorrogar el contrato luego de marzo del año 2020 por cinco años, lo que se pactó libre y voluntariamente.

Señaló también que la afirmación de la sentencia acerca de que bastaría con que el concesionario comunicara su decisión de prorrogar el contrato vencido para generar a su favor el derecho de continuarlo, aún sin mediar acuerdo en el precio del alquiler, contradice la prueba pues el pago y la fijación del monto mensual no fueron materia de controversia.

Expuso que el "agregado" al contrato original, importaba que mantenían plena vigencia en las cláusulas no modificadas e invocó allí que el Anexo (cláusula novena) establece en el segundo párrafo de la cláusula cuarta y las "notas" finales a la misma, obligaciones relativas a la formación del canon mensual, extralimitándose la sentencia al suponer circunstancias que no acaecieron, pues allí se pactó que para el caso de discrepancias en ese aspecto sería prerrogativa de la accionada denunciar por las vías que estimara correspondientes tal cuestión y eventualmente iniciar acciones para fijarlo, lo que ni sucedió ni fue invocado por el club, quien se limitó a dar por concluida la relación en manifiesta violación al derecho de opción de su parte.

También expresó agravarse porque no se contempló el derecho de opción o prioridad con el que contaba en orden a la continuidad de la explotación del natatorio establecido en la cláusula tercera del contrato original, imputando mala fe de la Comisión Directiva, lo que debe hacer concluir que su parte contaba -en ese sentido- con un privilegio por sobre otros potenciales concesionarios.



Continuó expresando que se trataba de una opción que podía ejercer su parte en forma incondicionada, sujeta simplemente a su intención de continuar.

Formuló como hipótesis que, aun considerando válida la decisión de grado, el Club debía garantizar al concesionario mediante notificación fehaciente la existencia o inexistencia de propuestas económicas o técnicas para eventualmente igualarlas, y fue allí que imputó mala fe en el modo de culminar la contratación por parte del club que es quien actualmente explota el natatorio.

Enfatizó que la prioridad para contratar de la cláusula original y luego la opción que reclamó, se pactaron teniendo la enorme inversión realizada por su parte, sin que la sentencia considerara esa prioridad de ninguna manera, vulnerando el derecho de propiedad de su parte al negarle cualquier consideración al respecto.

Relató que sabiendo lo que las partes habían tenido en miras al contratar y su intención de continuar con la explotación, habiéndolo comunicado en forma fehaciente, a sabiendas de las obras que había llevado a cabo y el cobro de matrículas a los alumnos sobre fines del año anterior, el Club le comunicó a cuatro días hábiles del inicio de las actividades su decisión de dar por culminado el contrato sin esgrimir causas, o darle a conocer la existencia de ofertas de posibles interesados o haciendo alguna referencia a la cuestión del canon mensual.

Recordó que al anunciarle que rechazaba el pedido de continuar con la explotación, el club invocó la cláusula tercera del contrato original y no la séptima del anexo.

Mencionó que también le causaba agravio la afirmación de que *"No puede haber rescisión anticipada si el plazo del contrato está vencido, y ese vencimiento fue*

expresamente pactado para marzo de 2020”, pues de conformidad al modo que establece el art. 6° del CCyC para el cómputo de plazos no podría sostenerse que en marzo fue el vencimiento, ya que el mismo operaría el 31 de marzo de 2020, subrayando aquí de todos modos que el club comunicó su voluntad rupturista mediante nota con fecha 09 de marzo de 2020.

Concluyó así que el contrato estaba vigente y por ello es que sí puede corresponder referirse a rescisión anticipada por la expresa manifestación de la demandada, en plena vigencia de lo convenido, agregando que en el Anexo obra una tabla de los cánones mensuales que preveía el valor para marzo de ese año.

A continuación puntualizó los agravios que le causó la decisión de acoger la reconvenición.

Expuso en primer lugar que hubo una vulneración de su derecho de defensa al tener por incontestada la reconvenición, pues surge de las constancias de autos que su parte contestó el traslado de la reconvenición y documental notificado el día 18 de agosto de 2021, invocando sus letrados carácter de gestor procesal, según presentación del 9 de septiembre a las 9:10, conforme surge del cargo N°188061 y la ratificación de Diego Bragil, del 13 de ese mes.

Fue así que el 16 de septiembre el juzgado tuvo por ratificada las gestiones realizadas por el profesional Funes Gazari en el carácter invocado, se abrió la causa a prueba y se proveyó la ofrecida por su parte, de modo tal que es preciso revocar la sentencia en ese aspecto.

Afirmó que en razón de ello, la sentencia omitió referirse a la impugnación de la documental, las negativas realizadas, su versión de los hechos y la prueba ofrecida y se fundó en un presupuesto acompañado por el club que dice no haber sido desconocido por su parte, cuando lo cierto es que al

momento de contestar el traslado, esa documental fue expresamente desconocida y el club no produjo prueba para acreditar su autenticidad.

Igual temperamento se siguió en relación a las cartas documento de fechas 17/03/2020; 18/03/2020; 15/04/2020; 08/06/2020; 11/06/2020 y 09/03/2021 que su parte no recibió y cuyo informe del correo tampoco se impulsó.

A más de no haber considerado esas negativas, continuó, la prueba producida tampoco logró acreditar mínimamente que existiera un daño ocasionado por su parte a las instalaciones del club, debiendo tenerse en cuenta también el tiempo que pasó entre la rescisión del contrato, las medidas de restricción por la pandemia y el momento en que se realizó el informe pericial en ingeniería civil, casi dos años después, en ocasión de que el natatorio ya estaba bajo la explotación del club.

De otro lado, afirmó, su parte sí acreditó las obras de infraestructura y mantenimiento destinadas al mejoramiento y puesta en marcha del natatorio para la temporada 2020 cuestión refrendada por los testigos que concurrían al natatorio como clientes suyos, que siguieron concurriendo estando a cargo del club, y dieron cuenta que las instalaciones se encontraban en el mismo estado que cuando esta él lo explotaba.

Agregó que la prueba confesional del representante del club reconoció que las obras fueron realizadas por su parte y que de no haberse llevado a cabo no se hubiera podido obtener la habilitación y autorización municipal, cuestiones no controvertidas y que además surgen tanto de la documentación acompañada como de la prueba informativa dirigida al municipio.

Expuso que los testimonios acreditaron el cuidado de las instalaciones circunstancia subrayada por el hecho de que

el natatorio estuvo habilitado ininterrumpidamente desde el 31 de agosto del año 2013, fecha que se obtiene la habilitación municipal, hasta marzo de 2020, confiando en el servicio casi 600 personas, destacando los dichos del señor Lima quien no solo se refirió a las tareas y elementos necesarios aportados por su parte para la puesta en marcha del natatorio, sino a las relacionadas con el funcionamiento de las calderas, calefactores para mantener el agua en temperatura, las bombas y los filtros.

Detalló las tareas realizadas en torno a la caldera, según los dichos del señor Seco López, quien afirmó que el ultimo mantenimiento lo hizo en febrero del 2020 antes de la pandemia, señalando que todo funcionaba correctamente, expresándose en similares términos Lezcano quien se ocupó del arenado y pintado de la pileta para la apertura en ese año.

Mencionó otros testigos que también refirieron a un correcto funcionamiento, al buen estado de las instalaciones, y agregó los testigos del club no sustentaron la versión que éste dio del estado del natatorio.

Manifestó que por todo ello no puede tenerse por acreditado que su parte hubiera faltado a sus obligaciones en relación al mantenimiento sino que justamente se probó lo contrario, y fue eso lo que permitió su correcto funcionamiento a lo largo de siete años, habiendo tenido lugar la última inspección municipal para su habilitación en diciembre del año 2019.

Indicó que el club tampoco acompañó constancias de arreglos o reparaciones que se hubieran requerido para poner en marcha la pileta y en ese orden de cosas la testigo Azcona declaró que el estado actual es similar a cuando él estaba a cargo, sin observarse modificaciones o mejoras.

Manifestó que no pudo ingresar al club para retirar sus pertenencias, cuestión que recién pudo materializar

el 26 de junio del 2020, de modo que no se le puede imputar a él el estado de las instalaciones cuando pasaron casi cuatro meses sin que ingresara, dejando constancia que cuando él se retiró contaba con habilitación municipal y estaban en curso los preparativos para la temporada 2020.

Señaló que la pericia en ingeniería civil acreditó lo manifestado por su parte y recordó su impugnación al informe, en cuanto a que el experto omitió notificar la fecha de la inspección, privando a su parte de controlar la diligencia y tampoco acompañó los presupuestos requeridos, razón por la cual -según afirmó- los montos informados carecen de sustento.

Asimismo, sostuvo, el perito informó cuestiones que no fueron requeridas e incorporó un punto que la jueza expresamente había dispuesto que no constituía punto de pericia.

Sintetizó que está acreditado que el natatorio Limay contaba con la habilitación municipal correspondiente desde su inicio hasta marzo de 2020; que estaban en curso tareas para habilitar la temporada 2020; que el club no acreditó ningún gasto en relación al mantenimiento de las instalaciones; que su parte no pudo ingresar y que al momento de realizarse la pericia ya hacía dos años que el mantenimiento estaba a cargo del club, razones todas por las que solicitó se revoque la sentencia y se rechace la reconvención con costas al Club reconviniendo.

Apeló la imposición de las costas en relación a como fue resuelta la reconvención pues solo se hizo lugar a un rubro del reclamo, rechazándose el lucro cesante.

Dijo hacer reserva del caso federal.

II. Conferido el traslado, se presentó el Club de Planta Industrial de Agua Pesada y en primer término solicitó se declare desierto el recurso afirmando que no resultaban del escrito los aspectos de la sentencia que configuran el agravio.

Subsidiariamente destacó que la fecha de inicio no reviste ninguna trascendencia pues lo relevante es la fecha de finalización.

En cuanto a lo que el recurrente denominara "*invitación*", afirmó que su parte efectivamente la contestó y expuso que en atención a que operaba el vencimiento del contrato en marzo del 2020 se daba por terminado el mismo.

En tercer lugar apoyó la interpretación que le dio la sentencia a la adenda en relación a la duración del contrato y a la decisión de que no se pactó la posibilidad de que el actor prorrogara el contrato por su sola voluntad, rechazando la acusación de que su parte actuó de mala fe.

Alegó que no se trata de una sentencia arbitraria pues el actor sabía que debía invertir en las instalaciones y agregó que, en caso que hubiera habido convocatoria a otro concesionario, el actor hubiera tenido prioridad, pero el club se reservó la posibilidad de optar por otro o por ninguno.

Sostuvo que el recurrente se equivocó al entender que el rechazo del club en relación al pedido de prórroga expresado el 9 de marzo de 2020 indicaría la fecha de vencimiento del contrato, pues la cláusula claramente refiere a marzo de 2020, notificando en ese sentido el club que no aceptaba la prórroga y que el contrato vencía en ese mes, todo lo cual importó anunciar de manera oportuna al actor.

También solicitó el rechazo del agravio relacionado con la supuesta vulneración del derecho de defensa, pues la prueba fue proveída en común para ambas pretensiones y el actor tuvo ocasión de controlar todos los actos relacionados con la misma.

Expresó, por último, que no hay motivos para considerar la imposición de costas de otro modo, pues claramente el actor asumió condición de vencido en estas actuaciones.

III.- En primer lugar y dado que el club al contestar los agravios solicita se declare desierto el recurso del actor-reconvenido, es preciso señalar que al respecto debe primar un criterio amplio para examinar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 del CPCyC, pues ello es lo que más adecuadamente armoniza con el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la norma citada y la garantía de defensa en juicio.

Desde allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que los agravios no requieren formulaciones sacramentales, requiriendo sí una crítica concreta, objetiva y razonada que evidencie el error en que el apelante entiende se ha incurrido o se atribuye a la sentencia, refutándose las consideraciones o fundamentos en los que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto.

En el caso, se advierten las críticas concretas que plantea el recurrente y ello resulta suficiente para que sea admisible el examen de los agravios.

Ahora bien, del examen de los agravios y su cotejo con las constancias del expediente, encuentro imprescindible atender en primer término la queja del recurrente referida a que la sentencia afirmó que su parte no contestó la reconvenición, y a partir de esa aseveración llegó a conclusiones en torno a la prueba que resultan violatorias de su derecho de defensa.

Veamos. Mediante la presentación 166475 del 27 de julio de 2021, obrante a fs. 42/66, el demandado contestó la pretensión y planteó reconvenición.

El día 17 de agosto -fs. 68/69- se dio traslado de la reconvenición y se rechazó la medida cautelar solicitada por la demandada, cuestión esta última que fue apelada por la peticionante -fs. 70/72- presentación web 180027 del 24 de

agosto, agravios cuyo traslado a la contraria se dispuso con fecha 30 de agosto de 2021.

A continuación obra agregada en el expediente -fs. 75/77- la presentación 187387 del 8 de septiembre por la cual los letrados del actor, invocando el carácter de gestor procesal Julián Funes Gazzari contestaron los agravios en relación a la medida cautelar y a fs. 78 figura la presentación web 189656 - del 13 de septiembre- en la que el actor Diego Bragil expresó: *"Que vengo por el presente en tiempo y forma a ratificar la gestión procesal efectuada por mis letrados patrocinantes **mediante la que se contestó el traslado de reconvención y documental del club PIAP, solicitando se tenga presente. II. SOLICITA APERTURA A PRUEBA. Atento el estado de autos, solicito se abra la causa a prueba por el termino de ley."***

El 16 de septiembre el juzgado provee: *"Toda vez que las presentaciones **WEB N° 187.387, 187.390, 188.061, 188.062** resultan de idéntico tenor, **se agrega solo una** y se provee a continuación:*

Por presentado el letrado Julián E. Funes Gazari, en carácter de gestor procesal de la parte actora. Ratifique la gestión en el plazo de 60 días, en los términos del art. 48 del CPCyC.

Por contestado por la actora reconvendida, traslado de expresión de agravios en tiempo y forma.

*Toda vez que las presentaciones **WEB N° 189.656 y 189.659** resultan de idéntico tenor, se agrega solo una y se provee a continuación:*

Por ratificado por la parte actora las gestiones realizadas por el letrado Funes Gazari en carácter de gestor procesal.

En igual fecha, forme incidente de apelación caratulado BRAGIL DIEGO C/ CLUB DE PLANTA INDUSTRIAL DE AGUA

PESADA S/ INCIDENTE DE RECURSO DE APELACION (E/A 542935/2021)
(INC N° 44129/2021). Conste.”

Ahora bien, al confrontar las presentaciones detalladas con el sistema Dextra se advierte que hubo una duplicidad de presentaciones: la 187387 con fecha de cargo del 8/9/2021 08:54 es idéntica a la 187390 de igual fecha pero a las 08:56, referidas ambas a la contestación del traslado de los agravios de la medida cautelar.

Posteriormente las presentaciones 188061 y 188062, ambas de fecha 9 de septiembre de 2021, la primera de las 9:10 y la segunda de las 9:14 se refieren a la contestación de la reconvencción y de la documental oportunamente presentadas por el reconviniente.

Luego y en cuanto a las presentaciones 189656 y 189659, si bien la providencia señala que son idénticas y que por ello se agrega solo una, lo cierto es que la 189656 -la que finalmente se agregó materialmente- se refería a la ratificación de la contestación de la reconvencción y la 189659 a la ratificación de la contestación de agravios.

De la descripción que antecede, cabe concluir que cuando la sentencia expresa: *“El señor Bragil no contestó la reconvencción, aunque refirió tardíamente al respecto en oportunidad de alegar”* y *“Tengo presente además el efecto procesal de no haber dado respuesta a la reconvencción (artículo 356 y 358 de la ley procesal neuquina)* ha incurrido en un error.

En ese sentido, al agregarse la presentación web 189656 que ratificaba la gestión procesal referida a la contestación de la reconvencción y de la documental del club, la conclusión que se impone es que esa presentación fue la que se tuvo en cuenta, de modo que al encontrarnos en aquel momento en situación de emergencia por la pandemia de Covid 19, con las limitaciones que acarrea para presentarse a compulsar el

expediente en tribunales, tampoco los letrados tenían modo de saber que la presentación agregada materialmente al expediente había sido la de contestación de agravios.

Luego, al examinar el expediente en el momento de dictar sentencia, fue esa circunstancia probablemente llevó a error a la sentenciante, pues el escrito de la reconvención se confundió con el de la contestación de agravios y no fue agregado físicamente.

No paso por alto el llamado de autos para sentencia tiene efectos saneatorios, así: *"Otro efecto singular del llamamiento de autos lo constituye el saneamiento de todos los vicios anteriores, una vez consentida aquella providencia que hace así de compuerta tras la cual todos aquellos defectos pierden virtualidad. Sanatoria o convalidación general que reposa en dos de los principios básicos que campean en esa materia: el carácter relativo de las nulidades procesales y la necesidad de que éstas sean argüidas indefectiblemente en la misma instancia en que se hubieran producido"*. (Código Procesal Civil y Comercial comentado Morello-Sosa-Berizonce Tomo V-B pág. 558-Librería Editora Platense-Ed.1992)." ("Romero Carlos c/ Hidroeléctrica Cerros Colorados s/Daños y Perjuicios" 283416/2-3/4/08 de esta Sala II)

No obstante ello, las especiales circunstancias que rodean el trámite de esa fase del proceso me llevan a preguntarme si aquí, puede predicarse esa conclusión.

Se trata de un hecho de público y notorio la restricción de circulación que importó la pandemia del Covid 19, de lo cual la propia providencia de apertura a prueba da cuenta atento a las especificaciones relacionadas con las testimoniales y la implementación, por parte del Poder Judicial de la Provincia, de herramientas que pudieran permitir continuar con el trámite de los procesos.

Se inscriben allí los distintos protocolos elaborados, como así también el desarrollo de herramientas informáticas que permitieran el denominado trabajo remoto de funcionarios, magistrados y letrados de las partes.

En relación a esto último es que advierto que no es posible imponer al actor la sanción que implica tener por incontestada la reconvención, pues como se detallara precedentemente, de la consulta virtual surge que la ratificación que se tuvo en cuenta es la referida a la contestación de la reconvención y -por las restricciones aludidas- no era posible que controlara cuál de las presentaciones se había agregado materialmente.

Asimismo, de la lectura de la providencia del 16 de septiembre del año 2021 se advierte que medió confusión al proveer las presentaciones, pues como quedara dicho, se agregó la de la contestación de agravios y la que ratificaba la contestación de la reconvención.

De este modo, entiendo que tanto la contestación a la reconvención como el desconocimiento de la documental acompañada, deberán considerarse para el examen de los agravios.

Sentado lo que antecede y en relación al rechazo de la pretensión, el actor se agravió por la interpretación que otorgó la sentencia en relación a la cláusula que según él le otorgaba la facultad de prorrogar el plazo del contrato por su sola manifestación en tal sentido.

En primer término, advierto que el modo en que se redactaron las cláusulas del denominado "Anexo I", celebrado el 27 de enero de 2016 generó una concreta dificultad de interpretación, que fue justamente lo que ocasionó el conflicto zanjado en primera instancia a favor de la postura del club.

A modo de ejemplo acerca de la ausencia de claridad en esa redacción, se lee en el Anexo que las partes pactaron

cláusulas de exención de responsabilidad de las cuales difícilmente podría predicarse su validez, a las que el actor le otorga la virtualidad de ser una de las justificaciones de la posibilidad de prorrogar el contrato sin consentimiento del club ya que, al resultar ello tan gravoso, su parte debía tener alguna prerrogativa como modo de equilibrar aquella circunstancia.

Ahora bien, el actor reclamó para sí el derecho de prorrogar el contrato por un plazo de 5 años y el club su derecho a darlo por finalizado de pleno derecho, sin encontrarse obligado a ninguna indemnización.

La cláusula del contrato celebrado en el 2013 señala -fs. 475-: *"TERCERA: Plazos: esta concesión se establece por un período de siete (7) años, contados a partir de la finalización de las obras antes descriptas y de la obtención de las habilitaciones legales y municipales correspondientes para el ejercicio de la actividad; lo que será comunicado por el CONCESIONARIO. Operando su vencimiento de pleno derecho el último día hábil del mes ochenta y cuatro (84) de explotación, según lo establecido en el párrafo precedente (Plazos)*

Producido el vencimiento podrá prorrogarse de común acuerdo de las partes por un nuevo período, debiendo EL CONCESIONARIO comunicar fehacientemente al club si hace uso de la opción con TREINTA (30) días hábiles de antelación al vencimiento del contrato.

En caso de existir otros interesados en el desarrollo de dicha actividad, ante igualdad de ofertas técnico económicas, se dará prioridad de nueva explotación al CONCESIONARIO firmante de este contrato."

Luego, el 27 de enero del 2016 pactaron: **"Artículo 7°:** *Agregar a la Cláusula Tercera la opción para el CONCESIONARIO de ampliar la concesión a cinco años a partir de*

*la finalización del presente, es decir desde marzo de 2020 hasta marzo del 2025, definiendo en ese momento los valores de alquiler”; **Artículo 8:** Que la totalidad de las Cláusulas del Contrato de fecha 04/03/2013 mantienen plena vigencia, excepto aquellas modificadas por la presente”.*

De la lectura de ambas cláusulas, se advierte que si bien en la primera el inicio del plazo se encontraba vinculado a la realización de las obras y la obtención de las autorizaciones, luego en la segunda, esa circunstancia se precisó señalando con indudable exactitud, que el contrato vencía en marzo del 2020, de modo tal que por lo acordado en el art. 8° del segundo acuerdo, ese aspecto de la cláusula sufrió una modificación, pese a que en el texto no figure la expresión “modificar”.

Con esto se da respuesta al agravio del actor en cuanto manifiesta que la finalización del contrato operaba en septiembre del año 2020 pues es allí que se cumplían los 84 meses originalmente pactados. Esto no es así, pues la precisión efectuada en el 2016 es clara en cuanto a establecer una fecha específica de finalización, sin que el actor pueda ignorar esa circunstancia ya que *“a partir de la finalización del presente, es decir desde marzo de 2020”* no admite otra interpretación.

En su caso, y de haber querido expresar una voluntad distinta, vinculándola a las fechas en que expresara haber dado cumplimiento a las obras y obtenido los permisos, no se hubiera precisado una fecha exacta.

La sentencia señaló que al haber sido pactado el contrato en fecha anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, le resultan aplicables las normas del Código de Vélez.

Concuerdo parcialmente con esa conclusión pues en el ámbito de los contratos, el nuevo código en su Libro III°,

Titulo II, (arts. 957/1122) adopta una teoría general del contrato, receptando normativamente principios y reglas que, en mayor o menor medida, jurisprudencia y autores venían explicitando de distintas maneras.

Por ello, es posible afirmar que las normas relativas a la interpretación de los contratos consagraron legislativamente cuestiones consolidadas en numerosos precedentes jurisprudenciales y doctrina autorral, de modo que aun cuando es cierto que el contrato se celebró estando vigente el Código Civil, ello no obsta a que los conceptos así receptados por esas normas arrojen luz sobre la cuestión.

En ese marco general es que entiendo que es útil referir al artículo 1011 del nuevo código en cuanto establece: *"Contratos de larga duración. En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar."*

Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total.

La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos."

Se trata de una norma que describe uno de los elementos principales del vínculo que relacionó a las partes, el cual por otra parte, puede caracterizarse como un contrato de concesión privada.

Al respecto: *"Juan María Gastaldi lo define como el "contrato por el cual una parte se obliga a otorgar autorización a otra para la explotación de un servicio que le compete y desea prestar a terceros, obligándose esta otra parte a realizar tal*

explotación en su propio nombre, por su cuenta y a su riesgo, por tiempo limitado y bajo el control de aquella”, y para ello es “necesario que la tal explotación se separe, se independice, de la persona que la autoriza, que la otorga en concesión. Es decir, que sea asumida en primer grado, directamente, por el concesionario. Resultará entonces que este deberá realizar la explotación por su cuenta y a su nombre. Ello implica también soportar las eventualidades de la explotación del servicio, ya que la concedente se limita simplemente a delegar esta. Quiere decir entonces que el concesionario debe actuar a su riesgo” (El contrato de concesión privada. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974, pág. 98/99). (“SZECHENYI ALEJANDRO GABRIEL C/ CLUB BANCO PROVINCIA NEUQUEN S/ COBRO DE HABERES”, (Expte. N° 381647/2008), Sala III-1/11/2016)

Retomando ahora la caracterización relacionada con el elemento temporal, se trató de un acuerdo en que ambas partes reconocieron que la actividad a desarrollar requería de un plazo considerable, por lo que a tenor de las obras llevadas a cabo y que permitieron la puesta en funcionamiento del natatorio, resultó sensato haber pactado un plazo inicial de 7 años como modo de recuperar las inversiones y permitir un margen de ganancias razonables.

Vale señalar que en este tipo de contratos el transcurso del tiempo impacta en las previsiones del contrato originario de forma tal que puede provocar la afectación de los términos de equidad originariamente tenidos en cuenta y es por ello que el artículo pone énfasis en el deber de renegociar antes de plantear una conclusión del vínculo.

El presente contrato, reitero, si bien inicialmente celebrado a la luz de las normas del Código Civil su adenda fue celebrada ya vigente el nuevo código unificado, y cuenta con notas que se subsumen en la figura del contrato de concesión

(arts. 1502 a 1511), que descripto como atípico por Gastaldi ahora encuentra recepción legislativa.

Al respecto y enfocado en el tema de la culminación del vínculo, el contrato inicial estableció facultades rescisorias de un modo igualitario, teniendo en miras un plazo razonable para el cumplimiento del objeto, lo que permitiría alcanzar la causa tenida en cuenta para celebrar el contrato.

El artículo 1011 ya citado, traduce la exigencia de un deber de colaboración entre quienes celebran contratos de estas características, en cuyo marco la facultad rescisoria debe ser ejercida con razonabilidad.

En este punto, no es posible pasar por alto que aun cuando es cierto que allí se establece que quien decide dar por terminado el contrato debe otorgar a la otra parte la posibilidad de renegociar, no es menos cierto que pactar una cláusula que impida a una de ellas un ejercicio razonable de la facultad de rescisión, cuando como en el caso es el club quien asumió nuevamente por sí el manejo de la actividad deportiva, implica una exorbitancia que no encuentra correlato con lo establecido por la norma y tampoco con la existencia del sinalagma contractual.

Esto último es un elemento que no puede pasarse por alto pues el principio de conservación de los efectos del contrato que invocó el actor, debe conjugarse en este caso con el hecho de que habiendo ya transcurrido un plazo en el cual la finalidad tenida en cuenta para establecer un plazo extenso - previendo inversiones y sus recuperos- interpretar que lo que se pactó fue una nueva vinculación sólo sujeta a la voluntad de uno de los contratantes, implicaría una interpretación extensiva que choca con un aspecto de la caracterización de estos contratos.

Así, Gastaldi, en la obra citada señalaba: *"El elemento tiempo debe a nuestro juicio, figura como esencial y propio del contrato de concesión privada.*

El contrato es de ejecución continuada, lo que hemos visto que implica que ambos contratantes tienen interés en que la prestación se prolongue en el tiempo, porque ella se vincula a una necesidad de carácter estable.

Además tratándose de una delegación por parte del concedente, no parece que la misma pueda atribuirse sin límite en el tiempo, porque ello implicaría comprometer el patrimonio de quien la otorga en forma permanente y obligarlo sin término a autorizar la prestación por terceros de un servicio que le compete, lo cual no condice con el sistema que surge de nuestro Código civil. Téngase en cuenta que generalmente el concedente entrega elementos para la realización del servicio, incluso inmuebles, y le sería muy gravoso soportar sin término el contrato. Por otra parte, el concesionario vería comprometida su actividad personal, su fuerza de trabajo, lo que se hace más notorio en caso de ser una persona individual. Tampoco ello guarda congruencia con los principios de nuestra legislación...Pero la circunstancia de que el tiempo limitado sea elemento esencial no impide que el contrato pueda llegar a tener una duración indefinida. Para que se de aquel elemento, lo importante es que exista la posibilidad de limitarlo, aunque ella no se realice en la práctica." (ob.cit. pág. 136)

De este modo entiendo que la cláusula del año 2016 no debe interpretarse como el otorgamiento de una prerrogativa cuyo ejercicio fuera potestad exclusiva a favor del actor y en relación a lo cual el club no tuviera posibilidad de ejercer por su parte el derecho de rescindir, sino que al igual que sucedió con el tema de la fecha ya señalado, la intención fue precisar que de prorrogarse el contrato, y solo en caso de que ello sucediera, el nuevo plazo sería de 5 años.



En ese sentido y retomando la caracterización del contrato en el marco del art. 1011 del Código Civil y Comercial: *"... el elemento tiempo, en cuanto duración, o mejor dicho el distribuirse de la ejecución en el tiempo constituye aquel carácter peculiar del contrato: el tiempo no sirve tanto para determinar el momento de la iniciación de la ejecución (y, por consiguiente, no es un término o no solo es un término, sino más bien un elemento esencial -no accesorio-) y fundamental para ambas partes, por el que se determina la cantidad de la prestación, el dilatarse o reiterarse de la ejecución (la duración es el elemento causal) y también el momento en el que el contrato termina "* ("Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético-Jorge Alterini Director General-Tomo V-pág. 367-Thomson Reuters La Ley")

Al comentar las características de estos contratos: *"...Existe una reciprocidad dinámica: los contratos se reformulan en su contenido en la medida del cambio de tecnologías, precios, servicios. Hay un objeto temporalmente extenso que requiere de una comprensión dinámica. Hay una adaptación constante y para obtener esa característica el objeto debe desmaterializarse: no se trata de una cosa o un bien, sino de reglas procedimentales para determinarlo. El juzgamiento se centra en la licitud de las reglas de determinación del contenido del contrato: se analiza la validez de la cláusula de determinación del precio, de la fijación del contenido por tercero. En síntesis, todas las prestaciones se moldean sobre el tiempo".* (ob. cit. pág. 369).

Bajo esas pautas, en las que se destaca el carácter dinámico de estos contratos, es que considero que la cuestión del anexo no modificó la estructura de la cláusula del primero en cuanto a la exigencia del común acuerdo en prorrogar, sino que precisó que para el caso que ello sucediera el nuevo plazo sería de 5 años.

Por las razones expuestas, y coincidiendo con el análisis efectuado en la instancia de grado, propongo rechazar el agravio, confirmar el rechazo de la pretensión y la imposición de costas por ello al actor.

Ahora bien, analizando ahora la queja en relación al progreso de la reconvenición resuelto es imperioso analizar esa cuestión a la luz de lo decidido en cuanto a una cuestión central que fundó la decisión apelada y que fue considerar que el actor no había dado respuesta a la reconvenición y de allí era preciso concluir el reconocimiento de, entre otras cuestiones, un presupuesto acompañado por el club de fecha 5 de mayo del año 2021.

Al momento de plantear la reconvenición, luego de efectuar una abundante cita de doctrina relacionada con la obligación de reparar el daño y el concepto de daño material, el Club expresaba: *"La antijuridicidad de su conducta viene dada por la omisión de cumplimiento de las obligaciones asumidas en las cláusulas SEGUNDA Y QUINTA, entre otras, todas ellas referidas a la conservación de las mejoras y su entrega al finalizar el contrato.*

El daño se encuentra debidamente acreditado por esta parte atento los elementos de prueba incorporados que dan cuenta del estado en el que se encuentra el natatorio.

Asimismo, el detrimento es consecuencia directa del accionar del reconvenido quien no solo omite conservar en buen estado las instalaciones, sino que también, al hacer entrega de la posesión de las mismas retira elementos de utilidad para su funcionamiento, en clara violación de las cláusulas convenidas."
-fs. 61 vta.-

A continuación expresó un capítulo titulado "Daño emergente" que fue el que finalmente prosperó, pues el lucro cesante fue rechazado y ese rechazo llegó firme a esta

instancia: *"El incumplimiento de las clausulas convenidas genera en el reconviniente la necesidad ineludible de hacer frente a las erogaciones suficientes para reparar el natatorio a fin de otorgarlo nuevamente en concesión.*

En este sentido, entiende esta parte que es procedente el daño emergente reclamado ya que el único modo de restituir el estado del patrimonio anterior a la existencia del daño es la reparación integral, y en este caso, el daño se encuentra constituido por los valores de los arreglos de las roturas y la reposición de aquello que debe sustituirse.-

Surge claramente del informe acompañado, fotografías, actas notariales y demás documentación adjuntada, así como también, del resultado de las diligencias que se practiquen en el futuro, el deplorable estado en el que fue entregado el espacio concedido, todo ello en violación a las clausulas SEGUNDA y QUINTA del acuerdo las cuales responsabilizan al concesionario al MANTENIMIENTO de las instalaciones y su entrega en buen estado de conservación una vez finalizado el contrato.

El monto que aquí se reclama coincide con los presupuestos de reparación solicitados, y que se adjuntan como prueba documental. En efecto se reclama la suma de PESOS UN MILLON OCHOSCIENTOS MIL (\$3.300.000) -textual- y lo que en mas o en menos surja de la prueba a producirse en autos con más su actualización desde la puesta en mora (vencimiento del contrato) hasta el efectivo pago de la reparación solicitada, conforme tasa activa Banco Provincia de Neuquén." -fs. 62-.

De la lectura del escrito que da lugar a la pretensión en el aspecto que progresara, se advierte una enunciación genérica de los daños reclamados, remitiéndolos al informe, las actas notariales y demás documentación como así también futuras diligencias a practicarse.

Luego, y al sentenciar, la jueza aludió a los términos del presupuesto acompañado y que **estimó no había sido desconocido** el cual, recuerdo, presenta fecha mayo de 2021 y al igual que el escrito de reconvenición, agrego, presenta una serie de generalidades que difícilmente puedan fundar una decisión.

Es cierto que aun cuando consideráramos que podría servir de indicio, debería existir una correlación más exacta con otra prueba de la cual pudiera predicarse mayor certeza.

Por otra parte, es preciso acotar el reclamo a las cláusulas concretas del contrato las que encuentro imprescindible detallar para fundar mi decisión.

Así la cláusula primera: *"El Club otorga en concesión las instalaciones del natatorio, vestuarios de damas y de caballeros y sus inmediaciones, ubicados dentro del perímetro de la institución, sito en calle Tromen s/número del barrio C.N.E.A, ciudad de Plottier al CONCESIONARIO para su explotación comercial; teniendo por objeto el desarrollo de diferentes actividades acuáticas, durante todo el año."*

La segunda: *"El CONCESIONARIO se compromete a realizar, previo al inicio de las actividades de explotación, las siguientes modificaciones; las que serán a su exclusivo cargo incluyendo materiales, mano de obra, dirección de obra y montaje: a) Refacción y adecuación de los vestuarios de damas y caballeros b) Reparación y adecuación de dos (2) termotanques industriales c) Instalación de 2 (dos calderas) nuevas de 60000 Kcal/h de calentamiento directo, que permitirán la climatización del agua de la pileta y los vestuarios d) Provisión e instalación de boba de circulación para agua caliente e) Construcción de una estructura metálica (superficie de 17m x 30 m x 5 m de alto, en caños tubing, montada sobre base de hormigón, con tratamiento fondo epoxi anticorrosivo f) Instalación de una globa sobre estructura mencionada en el inciso anterior, con las siguientes características: Comprende*



dos paños para frente y 3 paños para techo, 12 cortinas con ventanas de PVC cristal N° 5 y solapas inferiores, ojales de bronce, cable de acero para tenado enfundados en dobladillos, herrajes necesarios para tensado, sogas trenzada de polipropileno, fajas para cierre de techo y frentes, cobertura PVC g) Instalación de 2 (dos) caloventores para el calefaccionamiento de la globa h) Construcción de una manga desde el vestuario hasta el natatorio i) instalación de reflectores para dotar al natatorio de la iluminación adecuada. Será responsabilidad del CONCESIONARIO el mantenimiento tanto de la calidad del agua del natatorio como del resto de las instalaciones descriptas anteriormente."

La quinta: "Indemnizaciones: Producida la finalización del contrato de pleno derecho, se dará por concluido el objeto de esta concesión sin que medie ningún tipo de indemnización por ninguna de las partes. Todas las instalaciones y mejoras enunciadas en la cláusula primera, quedan en poder de EL CLUB, sin que por ello deba otorgar indemnización y/o compensación alguna a EL CONCESIONARIO. Aquellas instalaciones no detalladas en el presente contrato, serán retiradas por el concesionario al finalizar la relación"

Ahora bien, es preciso también destacar -al igual que lo hiciera la sentencia y reclamara el actor en los agravios- que la pericia del ingeniero Piazza Castagna se realizó dos años después de que el señor Bragil hubiera dejado la gestión del natatorio y que durante todo ese período el uso de las instalaciones se vio afectado, entre otras cuestiones, por las medidas de restricción impuestas a raíz de la pandemia, por ello es ineludible atravesar por ese tamiz las conclusiones a las que arribara el perito.

Asimismo, es necesario agregar otro tamiz y es el referido a la efectiva constatación de deterioros que pudieran reprocharse al reconvenido. En ese aspecto debo señalar que la

única prueba concreta que se refiere a ello son las fotografías acompañadas a la constatación actuarial efectuada por el escribano Kohon en junio del año 2020.

Señalaba el notario: *"Constato que el estado de todo el sector pileta (vestuarios, oficina, calderas y pileta propiamente dicha) es regular, algunos sectores presentan falta de aseo y falta de mantenimiento, pinturas y recubrimientos en malas condiciones, faltan algunas griferías. A pedido del requirente tomo fotografías con la cámara de mi teléfono Samsung Galaxy S10 e informo a los presentes que tomo a mi cargo la impresión de las mismas, las que intervenidas por mi forman parte de la presente acta"*

Al observar las fotos, agregadas a fs. 804/814, es posible acreditar que falta una flor en una de las duchas y alrededor de 15 azulejos -fs. 808- hay dos vidrios rotos -fs. 809- falta un juego completo de grifería y dos pares de canillas -fs. 810- un asiento y tapa de inodoro, y otros 10/15 azulejos - fs. 811 repetida a fs. 813- y por último a fs. 812, sobre una pared de un baño, faltan unos 15 azulejos más.

Asimismo cabe destacar que tampoco se detalló si se trataba de vestuarios de damas o caballeros, al modo que luego sí lo hiciera el perito para brindar su informe.

El resto de las fotografías se refieren a deterioros que la sentencia de grado rechazó por encontrarlos referidos a tareas y gastos que obedecían al paso del tiempo y no a tareas a cargo del señor Bragil, decisión que al igual que el rechazo del lucro cesante llegaron firmes a esta instancia.

Ahora bien, en este punto me interesa destacar que encuentro que le asiste razón al señor Bragil en cuanto a las conclusiones que formula en relación a los testimonios que acreditaron la posibilidad del uso del natatorio de un modo continuo durante todo el período que duró su gestión, como así

también la existencia de la autorización municipal para que funcionara de ese modo.

Por consiguiente encuentro forzoso rechazar la reconvención pues a los daños de los que dan cuenta las fotografías les resulta extensiva la caracterización de que se trata de desperfectos ocasionados por el uso, cuestión que además si bien se mira se ve refrendada con la pericia realizada por el ingeniero ya que lo que él propuso en su dictamen implica una renovación total de los vestuarios, los que 2 años después de que se fuera Bragil se vieron afectados por un uso caracterizado por su habitualidad, frecuencia y alta circulación de usuarios .

IV. De manera tal que propongo al Acuerdo, hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto y en consecuencia: 1) confirmar la sentencia dictada el día 6 de marzo de 2023 en cuanto rechazara la pretensión incoada por el señor Diego Bragil contra el **CLUB DE PLANTA INDUSTRIAL DE AGUA PESADA** y 2) revocarla rechazando la reconvención deducida por éste último contra el señor Bragil y por aplicación de lo dispuesto por el art. 279 del Código, modificar la imposición de costas, las que por ese rechazo serán impuestas al reconviniente (conf. art. 68 del Código Procesal), dejándose sin efecto los honorarios regulados, debiendo procederse en la instancia de grado a una nueva regulación, conforme la liquidación que a tal fin se practique. 3) Atento al modo que se resolviera, las costas de Alzada se imponen en el orden causado.

La jueza Patricia CLERICI dijo:

Adhiero al voto que antecede, expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:



I.- **Confirmar** la sentencia dictada el día 6 de marzo de 2023 en cuanto rechazara la pretensión incoada por el señor Diego Bragil contra el **CLUB DE PLANTA INDUSTRIAL DE AGUA PESADA**.

II.- **Revocar** la sentencia en cuanto hiciera lugar a la reconvención, rechazándola, imponiendo las costas por el rechazo al reconviniente vencido (art. 68 CPCyC) y dejar sin efecto los honorarios regulados, debiendo procederse en la instancia de grado a una nueva regulación.

III.- Imponer las costas de esta Alzada en el orden causado, regulándose los honorarios de los letrados en el 30 % de lo que hubiera correspondido por igual tarea en la instancia de grado.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI Jueza

Dr. JOSÉ NOACCO Juez

**Dra. VALERIA JEZIOR
Secretaria**