NEUQUEN, 21 de Marzo del año 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MONTERO SUSANA ADELA C/ BONAVITA ALCIDES MARCOS Y OTROS S/ COBRO DE ALQUILERES" (JNQCI3 EXP 512177/2016)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Marcelo MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Celina BARTHES**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- La sentencia de grado es apelada por la actora, y los codemandados.

1.a).- Alcides M. Bonavitta, al expresar agravios, cuestiona que no se tuviera por acreditado el pago documentado que alegara.

En tal sentido, refiere a las afirmaciones de la actora al rescindir el contrato, y al contestar la demanda en el juicio por consignación. También alude a los recibos emitidos por la inmobiliaria que administraba el inmueble y a la falta de reserva con relación a los intereses.

Con respecto a los períodos posteriores, sostiene que no pudo hacer uso del inmueble por las obras realizadas por la actora en los inmuebles aledaños. Indica otros expedientes relacionados con el reclamo de autos, de los que entiende surge palmario que el inmueble no podía utilizarse y que había sido clausurado por la Municipalidad.

Por ello, lo agravia que el Sr. Juez entienda no acreditado la imposibilidad de uso del inmueble, pide que se analice concretamente la causa "Bonavitta c/ Montero s/ interdicto" y que se revoque la sentencia recurrida.

Seguidamente, se agravia de que el sentenciante haya sostenido que no se discutió la cláusula por la que la actora

pretende cobrar una cifra exorbitante por intereses. Esgrime que sea que se calcule como interés o cláusula penal, la suma reclamada resulta manifiestamente usuraria y desproporcionada.

Concluye que los meses que reclama la actora, en que se pudo utilizar el inmueble, fueron pagados y que la actora nunca manifestó expresamente que el pago recibido por el administrador, era rechazado.

1.b).- La parte actora, se queja de que la sentencia de trance y remate no incluya, como monto a pagar, la suma que resulte de la multa establecida entre las partes. Arguye que en el escrito de demanda había hecho la reserva pertinente.

1.c).- Julio A. Cubitto, plantea como primer agravio, que debió acogerse la excepción de falta de legitimación activa y pasiva oportunamente interpuesta, toda vez que no se le comunicó la cesión del contrato de locación.

Esgrime que la fianza suscripta en el contrato de locación se extinguió por novación, al haberse modificado el contrato de locación originario con el cambio de locador. Agrega que la cesión es inoponible por falta de notificación.

Alega que es equivocado el razonamiento del juez al rechazar la falta de legitimación por haber el fiador interpuesto excepción de pago, dado que su parte puede oponer excepciones propias y las que corresponderían al deudor principal. Ello, atento la naturaleza jurídica de la fianza y porque lo habilita la ley (arts. 2021 y 2022 Código Civil).

Continúa señalando que debió hacerse lugar a la excepción de pago documentado, porque obran recibos de pago sin reserva alguna, otorgado por el administrador habilitado para el cobro, lo cual se ve reforzado por las misivas que

individualiza, en las que no se invocan los meses de octubre a diciembre, ni se reclama intereses ni cláusula penal.

Señala que el Juez, so pretexto del limitado marco cognitivo del proceso, intenta escapar de la verdad que aflora de la prueba rendida en autos y de la causa por consignación: que la actora adquirió el inmueble para demolerlo, así como los inmuebles contiguos, lo que provocó la imposibilidad de continuar con la explotación comercial, provocando hasta el derrumbe del techo.

En tercer lugar, sostiene que los jueces poseen facultades para morigerar de oficio intereses y cláusulas penales cuando sean calificados como excesivos o usurarios. Afirma que lo agravia el inusual apartamiento que hace el magistrado de una práctica uniforme en la justicia, más aún cuando la demandada reforzó el pedido atacando de usureros y excesivos los montos de interés y cláusula penal.

2.- Resumidos de este modo los agravios planteados, comenzaré por el cuestionamiento que realizan los codemandados con respecto al rechazo de la excepción de pago documentado.

En este punto, es preciso tener presente que entre la actora y el locatario existió un juicio previo de consignación ("BONAVITTA ALCIDES c/ MONTERO SUSANA s/ CONSIGNACIÓN" JNQCI3 EXP 474151/13). Atento la conexidad entre ambos pleitos, en esta causa por cobro de alquileres se hizo lugar a la excepción de litispendencia planteada y se remitió la causa al juez que previno (la resolución obra en hojas 350/357).

Ahora bien, en ese juicio por consignación se hizo mérito de los recibos acompañados por el locatario, así como de las sumas consignadas, y se concluyó que no cumplían con

los requisitos de identidad e integridad del pago, por no incluir el monto correspondiente a la cláusula penal.

Esa decisión, que conforme certificación de hojas 418, se halla firme y consentida, sella la suerte del planteo del locatario: nótese que el magistrado se remite a lo ya resuelto en el juicio por consignación, y el recurrente no esboza ninguna crítica seria y concreta que intente controvertir los alcances o proyecciones que esa sentencia tiene en estas actuaciones. Se limita, en cambio, a reiterar los argumentos esgrimidos al oponer la excepción de pago.

Hemos sostenido que "la parte debe seleccionar del discurso aquel argumento que constituya la idea dirimente y que forma la base lógica de la decisión. Efectuada la labor de comprensión, le cabe demostrar cual es el punto del desarrollo argumental que muestra un error en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica –dando las bases del distinto punto de vista- que lleva al desacierto ulterior concretado en el veredicto. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la decisión que recurre. No basta, para que prospere una apelación, con acudir a citas jurisprudenciales y/o doctrinales, huérfanas de todo sustento fáctico, como pretende el demandado, dado que no explica de que forma se relacionan con el caso debatido (CNCont. Adm. Sala 2°, 7-9-04)" ("ARCE", EXP N° 402534/9, entre otros).

Tampoco encuentro correcta la afirmación en punto a que al contestar la demanda por consignación la Sra. Montero dijo que se le adeudaban los períodos de diciembre/12 y enero/13, puesto que allí afirmó que se le adeudaban los alquileres desde el mes de octubre/12 en adelante (ver hoja 65 y siguiente).

2.1.- Sin embargo, la situación del fiador tiene una particularidad, y es que éste no fue parte en el pleito sobre consignación. Esto implica que no puede serle oponible una sentencia dictada en un juicio en el que no ha sido oportunamente citado para intervenir, so pena de afectar gravemente su derecho de defensa (la limitación antedicha se apoya en principios elementales del debido proceso, que han sido posteriormente recogidos por el legislador en el art. 1588 del nuevo Código Civil y Comercial).

Acoto aquí que, justamente, para evitar esta situación, hubiese correspondido dictar una única sentencia, donde se sopesaran los planteos de todas las partes involucradas, máxime cuando no existió una litispendencia en sentido propio, sino por conexidad, lo que daba pie a la acumulación de procesos. Nótese que el principio general según el cual el juicio ejecutivo no puede ser paralizado por el juicio de conocimiento, no se encontraba en riesgo, desde que la causa por consignación estuvo en condiciones de obtener sentencia antes que este juicio ejecutivo.

No obstante, atento la secuencia seguida por el Juez interviniente, entiendo que el dictado de aquella sentencia en el juicio por consignación, no puede traducirse en un impedimento para que el fiador pueda oponer al acreedor todas las defensas y excepciones propias y las que podría haberle opuesto el deudor principal (cfr. art. 2020 CCiv.)

Esta circunstancia va a tener incidencia en el planteo referente a la exorbitancia de la cláusula penal, como veremos más adelante.

En lo que hace a las restantes defensas alegadas, y aun cuando no nos remitamos a la sentencia aludida, tampoco pueden tener favorable acogida.

Es que, la excepción de pago documentado involucra aspectos que hacen a una indagación causal, referente fundamentalmente a la identidad, representación o facultades de las personas que suscribieron los recibos invocados.

La excepción de pago documentado prevista por el código procesal en su art. 544, inc. 6°, es procedente cuando los instrumentos en los que se sustenta contienen una referencia clara y precisa al título que se ejecuta, y no se hace necesario realizar ningún otro tipo de indagaciones al respecto (v. CNac.Ap.Com, Sala C, 29/09/2015, en "Bagnariol, Claudio Renzo c. De la Torre Urizar, Ignacio Manuel s/ejecutivo"; 17/06/2005, en "Banco de Valores c. Caeiro, Rodrigo s/ejecutivo").

3.- Con respecto a los períodos durante el cual los recurrentes alegan que el locatario no pudo hacer uso del inmueble por obras de demolición, tampoco los apelantes atacan concretamente el argumento de decisión contenido en el fallo recurrido, limitándose a reeditar idénticos planteos a los efectuados al contestar demanda.

Es que, el magistrado consideró que "el acotado marco cognoscitivo del juicio ejecutivo que aquí se ventila impide adentrarnos en cuestiones tales como las que pretenden introducir los codemandados, sin perjuicio de las acciones que eventualmente podrían corresponder".

El locatario reitera cuestiones fácticas que surgirían de los expedientes que menciona (un interdicto y un amparo), sin destinar un solo comentario al fundamento por el cual se rechazó la posibilidad de analizar en este pleito los extremos que alega.

Tampoco cuestionó en su momento, el limitado alcance con que se abrió a prueba la causa (no se proveyó la mayoría

de la prueba ofrecida, entre ellas, la remisión del interdicto y el amparo antes mencionados), consintiendo el llamado de autos en esas condiciones.

Similar defecto presenta el recurso del Sr. Cubitto, quien señala que no se analizó en forma concienzuda las pruebas rendidas, pero omite atacar en forma idónea, el razonamiento del sentenciante, en punto a que ello implicaría desbordar el ámbito restringido de conocimiento que permite el juicio ejecutivo.

Es que, conforme sostuviera el Tribunal Superior de Justicia in re "Provincia de Neuquén c/Chevron San Jorge S.R.L. s/Apremio", Ac. N° 6/10, "[...] *el juicio ejecutivo es un proceso especial, cuya pretensión consiste en el cumplimiento de una obligación documentada en un título extrajudicial que autoriza a presumir la certeza del derecho del acreedor. Por lo que se presenta como un procedimiento más reducido y con mayor celeridad que uno ordinario. La finalidad de este proceso no es una sentencia que declare la existencia de un derecho, sino la satisfacción de una obligación que se presume existente. Y de ello deriva que el conocimiento judicial se encuentra circunscripto a un número determinado de defensas. Por tanto, la sentencia, en principio, sólo tiene efectos de cosa juzgada formal.*"

Por ello, y sin perjuicio de la delimitación que efectuaré más adelante acerca del marco ejecutivo y sus alcances, tales planteos no pueden prosperar.

4.- El agravio del Sr. Cubitto relativo a la falta de notificación de la cesión, tampoco tendrá cabida.

En forma coincidente al modo en que se resolvió esta cuestión en la primer instancia, se ha dicho: "Es idónea la notificación de la cesión resultante del traslado de la

demanda que el cesionario del crédito le promueve al deudor' (Llambías, "Código", III-B, p. 55; art. 1454 Cód. Civil. Y es así porque en la notificación al deudor cedido, no cabe la exigencia de formalidades excesivas debiendo las dudas en la interpretación del art. 1467 ser resueltas en el más favorable a la validez del acto (conf. "Stratta" en ED, 126-947 y Borda, "Contratos", I, p. 399)" (CCivyComAzul, Sala II, in re "Promotora Fiduciaria S.A. c. Ronicevi", 30/04/2002, LLBA 2002, 1102, LA LEY online).

Así, lo ha entendido esta Alzada al señalar: "…el apelante no cumple con la carga de efectuar la crítica de los fundamentos de la decisión, la que se apoya en lo normado en el art. 1434 del C.Civ. y en que no constituye requisito para la cesión el consentimiento del deudor cedido, conforme doctrina y jurisprudencia que tampoco es controvertida por el apelante, amen de que, tal como lo menciona el A-quo el accionado no se ha visto impedido de ejercer las defensas que le hubieran correspondido, sean frente al cedente como al cesionario. Además, respecto del tema se ha resuelto: "Es suficiente notificación de la cesión, la efectuada al deudor en el acto de notificársele la demanda iniciada por el cesionario." (Denegri, Carlos c/ Prov. de Bs. Aires. 01/01/39 T. 184, p. 517., LDT). Y también: "La falta de notificación al deudor queda subsanada mediante la agregación del respectivo instrumento a los autos y la notificación de la demanda iniciada por el cesionario." (López Mansilla, Salvador c/ Prov. de San Juan. 01/01/40 T. 186, p. 521.LDT). Además: "Con la intimación de pago y citación de remate, el deudor cedido no adquiere un conocimiento indirecto de la cesión, sino "directo" de la transferencia, por lo que no puede sostenerse que se ha omitido la exigencia dispuesta por el art. 1461, Código Civil. (Autos: TREGER, Bernardo y otro c/MEDINA, María Luisa Nélida y otros s/Ejecución hipotecaria - N° Sent.:87635

- Civil - Sala J - 19/02/1991. LDT)" (Sala II, "FERRI c/ROMERO s/COBRO EJECUTIVO", Expte. EXP N° 316595/4).

5.- Ahora bien, resta analizar, como anticipara, una cuestión que el fiador ha planteado en este juicio, relativo a la usura y exorbitancia de la cláusula penal pactada en la cláusula cuarta del contrato de locación.

Si bien el locador, al iniciar el juicio por consignación explicó que, en reemplazo de las condiciones previstas en la cláusula cuarta que tildó de usurarias, consignaba un monto que incluía la aplicación de intereses conforme la jurisprudencia local, lo cierto es que ninguna pretensión concreta formuló, al punto que el juez entendió que el interesado "jamás planteó la nulidad de dicha estipulación, ni incluyó en su demanda la pretensión de revisar el contrato".

En cambio, en este proceso, el fiador claramente sostuvo, desde su primer presentación, que se había pactado un interés usurario, que excede lo lícito, cuya nulidad parcial por ilicitud en el objeto surge de la aplicación del art. 953 del Código Civil; reiterando en esta instancia tal postura.

Entiendo que esa defensa, debe ser analizada en este juicio, sin que quepa la mera remisión a lo decidido en una causa anterior, en donde se resolvió que "no había mediado planteo ni pretensión", máxime cuando, como vengo sosteniendo, en esa contienda el fiador no fue parte (ver considerando 2.1).

Se halla habilitada, entonces, esta Alzada para revisar la proporción y razonabilidad de la cláusula penal prevista en la cláusula cuarta. Pero también, para analizar de oficio la habilidad del título que se ejecuta, delimitando el marco de procedencia de la ejecución.

En estos dos aspectos me detendré, en tanto serán materia de revisión.

6.- En efecto, es obligación de los jueces verificar, siempre y en todo caso, la concurrencia de los presupuestos que le confieren ejecutividad al título en que se basa la acción promovida (cfr. art. 520 y ss. del CPCC).

Así hemos dicho, con cita de Enrique M. Falcón, que "en el proceso ejecutivo (el apremio es una especie del proceso ejecutivo), el título es sometido a tres controles: cuando se inicia el juicio (art. 531, CPCyC), cuando el demandado opone excepciones (art. 544, CPCyC) y, finalmente, en el momento de dictar sentencia (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. V, pág. 706).

Es por ello que el examen inicial título, no reviste carácter de definitivo y no genera en consecuencia preclusión alguna, pues puede volver a efectuarse, aunque el ejecutado no haya opuesto excepciones, en oportunidad de dictar sentencia.

En tal línea de análisis, hemos afirmado que "lo decidido por la a quo respecto de la inhabilidad de título no es una decisión extra petita, conforme lo postula la apelante, sino el cumplimento del deber del juez de toda ejecución de analizar la ejecutoriedad del instrumento con que se la promueve" (Sala II, "MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ PORMA RAMON SEGUNDO S/ APREMIO", Expte. N° 492944/2013 y esta Sala en "SINDICATO C/ NABORS S/APREMIO", JNQJE1 EXP 526255/2014)).

Es que, el Tribunal tiene la posibilidad de determinar la verdadera y real existencia de los títulos objeto de ejecución, sin que ello signifique indagar en la causa de la obligación, sino juzgar si realmente existe título ejecutivo legítimo y hábil a los efectos de despachar la

ejecución que se solicita (Cám.Ap. Civ.Com. Mar del Plata, Sala III, "Carlos Giudice S.A. c. Ferreyra, Marcos de la Cruz s/cobro ejecutivo", AR/JUR/56308/2012; argto. doct. Roberto Alfredo Muguillo, "Revista de Derecho Privado y Comunitario" 2005-3, Ed. Rubinzal Culzoni, Cdad. de Sta. Fe, 2005, pág. 176/177; argto. jurisp. esta Sala, causa N° 145995 RSD 180/10 del 6/7/2010).

Y, desde allí, que sea también deber de los magistrados examinar cuidadosamente la bondad ejecutiva y certidumbre del título que se trae como base de la ejecución, pues corresponde al beneficiario acreditar que es merecedor de ese trato privilegiado que le concede la ley (jurisp. ut supra cit.).

6.1.- Dicho control, insisto, debe efectuarse en el marco del juicio ejecutivo al momento de iniciarse el proceso, cuando el demandado opone excepciones y, finalmente, al momento del dictado de la sentencia de trance y remate. El tribunal de alzada, por su parte, "tiene la misma potestad y asume el mismo deber cuando conoce de esa sentencia por vía de apelación" (CFed. Rosario, abril 28-941; Rep. LA LEY, t. III, p. 1391, sum. 48).

Justamente, Lino Enrique Palacio recuerda que el juez, de acuerdo a los términos del art. 531, puede denegar la ejecución si comprueba que el título acompañado no es de los que el Código u otras leyes consideren como tales o que es inhábil en razón de no documentar la existencia de una obligación en dinero, líquida y exigible o que alguna de las partes carece de legitimación procesal, agregando: "Tal examen, por otra parte, no es definitivo, pues puede volver a efectuarse antes de dictar la sentencia de remate e incluso cabe la posibilidad de que la inhabilidad del título sea declarada de oficio por el tribunal de alzada con motivo de un

recurso deducido contra dicha sentencia" (aut. cit. "Manual de Derecho Procesal Civil", t. II, p. 249, 2ª ed., Ed. Abeledo Perrot).

Santiago Fassi también sostiene que fuera de la oportunidad que marca la ley, es decir el auto de solvendo, el juez volverá a apreciar la eficacia del título, al dictar la sentencia de remate, aun en el supuesto de no mediar excepciones y añade que la excepción de inhabilidad de título puede ser declarada de oficio por la Alzada (aut. cit. "Código Procesal Civil y Comercial", t. II, p. 262, Ed. Astrea, 1972. Ver también RAVELLI, CARLOS H., "Juicio Ejecutivo. La segunda oportunidad para examinar la eficacia del título ejecutivo", LA LEY 1982-C, 346, AR/DOC/454/2001).

Porque, en definitiva y en cierre de afirmación, "debe destacarse que el tribunal de alzada tiene la misma potestad e igual deber, cuando conoce el fallo por vía de apelación, sin que corresponda limitar sus atribuciones a los supuestos de haberse opuesto excepciones. Entiendo improcedente exceptuar los casos en que el ejecutado se abstuvo de oponer excepciones, porque es indiferente que la falta de idoneidad la dicte el juez de primera instancia o el Tribunal de apelación, dado que la obligación no es exclusiva de aquél sino extensiva a todas las instancias. La inhabilidad del título puede ser declarada de oficio por el tribunal de alzada atenta la obligación de examinarlo cuidadosamente que impone el Cód. de Procedimientos" (CNCom., sala B, abril 23-983, Rev. LA LEY, t. 111, p. 455.

6.2.- Sentadas las facultades decisorias de esta Alzada, habrá de analizarse la ejecutividad del título en primer término.

En esa senda, se observa que la actora inició ejecución de alquileres por los períodos de octubre/12 a junio/13, haciendo reserva de ampliar la demanda en la medida que opere el vencimiento de los períodos locativos y hasta la efectiva entrega del bien.

Además del contrato de locación en cuestión, acompaña carta documentos enviadas al locatario y fiadores, mediante las que comunica que, atento la falta de pago de los alquileres, rescinde el contrato e intima a que se restituya el inmueble (ver hojas 563/566, recepcionadas el 7 de febrero de 2013).

Tenemos entonces que a partir de esa fecha el contrato se encontraba disuelto y, por ende, el cobro de las sumas que pudieran haberse devengado con posterioridad, al no ser técnicamente "alquileres", no pueden ser cobradas por la vía ejecutiva: exceden el marco habilitado legalmente.

Así lo explicaba con claridad el Dr. Gigena Basombrío:

"…cabe recordar que el reclamo de los alquileres por el período posterior a la carta documento en la que se reclamaba la restitución del inmueble, se basó en que el actor alegó que la demandada continuó ocupando el mismo, luego de la intimación y hasta el mes de agosto de 2.015.

..Así el crédito por los meses indicados no resulta un "alquiler" sino que tienen otra fuente, otra causa cual es la ocupación del inmueble por parte de la demandada luego de que el actor diera por finalizado el contrato.

De este modo lo discutido en autos no es la procedencia del crédito sino la improcedencia de la vía para su reclamo.

En ese sentido, tratándose el juicio ejecutivo de un proceso que se limita a la ejecución de créditos instrumentados en ciertos y determinados documentos, específicamente establecidos por ley, y fundamentalmente un proceso en el que está vedado el examen de la causa del crédito, no es posible por esta vía dar curso a la ejecución de los importes que, imputados a alquiler, pretende la actora más allá de la fecha de envío de la carta documento que obra agregada a fs. 8.

Cabe recordar que: "El proceso ejecutivo, a diferencia de los de conocimiento, no tiene por objeto la declaración de derechos dudosos o controvertidos, sino simplemente la realización de los que están establecidos por resoluciones judiciales o por títulos que el legislador prevé, presuponiendo existente un crédito en virtud de la peculiar modalidad que reviste el documento que lo comprueba."

"La eventual materia litigiosa no se halla representada por "el derecho" y sus connotaciones del "ser", "validez" o "eficacia", sino y nada más que por la validez y eficacia del "título" (documento) en cuya virtud se ha promovido.

"Es, por lo tanto, un procedimiento para hacer efectivo un crédito que viene ya establecido o determinado en el documento, con el que se procede ejecutivamente, es decir, a ejecutar, no a discutir ni a declarar."

"Su objetivo fundamental consiste en facilitar una vía específica los acreedores para lograr la rápida satisfacción de su crédito, en atención a las peculiares características que la ley le reconoce a ciertos papeles comerciales en virtud de las propias exigencias del tráfico

mercantil" ("Juicio ejecutivo" Jorge Donato -Editorial Universidad- pág. 49).

Lo dicho no obsta a que a partir de la fecha en que el actor da por extinguido el contrato puedan generarse créditos a su favor, sin embargo a partir de ese momento, cuando el locador exige la devolución del inmueble, ya no rige el concepto de "alquiler" de modo que las sumas por la retención indebida ya no resultan adeudadas en tal concepto sino como indemnización por la pérdida que le puede generar la falta de disponibilidad del inmueble, cuestión que excede este proceso ya que demanda un debate más extenso que el que aquí cabe admitir.

Así: "Terminado el contrato de locación el locador es acreedor del canon locativo hasta el momento en que el locatario se encuentre obligado a la restitución del bien, a partir de cuyo vencimiento existe retención indebida de la cosa, por lo que el deudor genera daños y perjuicios derivados de su morosidad que, como tales, deben ser indemnizados pero a título de pérdidas e intereses y no como arrendamiento (arts. 505, 508, 1604 y 1609 del C.Civil). CCI Art. 505 ; CCI Art. 508 ; CCI Art. 1604 ; CCI Art. 1609 CC0101 MP 111120 RSD-24-00 S 17-2-2000, Juez FONT (SD) CARATULA: Vila Jesús c/ Ribas Massano Luis s/ Cobro y daños y perjuicios)" ("FLORES GIMENEZ DIEGO MANUEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/PREPARA VIA EJECUTIVA", Expte. N° 539239/2015).

Como se advierte, tales consideraciones son directamente trasladables a este caso y determinan que, acotada la vía ejecutiva al cobro de alquileres, proceda solo por los períodos adeudados hasta el 7/02/13.

En consecuencia, propongo disminuir el monto de la condena en el sentido indicado, descontando los períodos posteriores a febrero de 2013.

7.- Circunscripto a este período el reclamo ejecutivo, tal como lo adelantara, corresponde abordar el planteo de exorbitancia de la cláusula penal fijada para el supuesto de mora en el pago del alquiler.

7.1.- Ahora bien, en nuestro ordenamiento legal, la convención accesoria por la cual se asume el compromiso de satisfacer cierta prestación, si no se cumple lo debido o se hace tardía o irregularmente, constituye una modificación del derecho común. Tiende a reforzar las consecuencias que se derivan del incumplimiento, en la doble función conminatoria (compulsar a los deudores a cumplir con lo acordado ante la amenaza de satisfacer una amenaza más gravosa) e indemnizatoria (constituye un medio de fijar por anticipado los daños y perjuicios que deben pagarse en caso de incumplimiento). Este es el alcance que, conforme al criterio dominante, corresponde otorgar a la cláusula penal.

Pero lo cierto es que, frente a lo pactado, el legislador ha facultado al juez a morigerar los efectos de una cláusula penal cuando su monto fuera desproporcionado con el valor de la pretensión principal (art. 656, Cód.Civil).

Reiteradamente se ha sostenido que esa facultad morigeradora debe ser utilizada en forma restrictiva y excepcional, resultando procedente sólo cuando se vulneren los principios vitales que informan los artículos 953, 954, 1069, 1071 y concordantes del Cód. Civil (Cám. Nac. Ap. Civil, sala M, "Carrió, Sergio Hernán c. Fideicomiso Recuperación Crediticia Ley 12726", 29/04/2009, DJ 11/11/2009, 3174, Cita online: AR/JUR/9900/2009).

Y, en esta línea, para verificar si se ha producido o no la desproporción a que alude este artículo se debe apreciar si existe correspondencia con el verdadero menoscabo patrimonial padecido por el acreedor y si se guarda un equilibrio justo entre la importancia de la pena estipulada y el reproche que suscita la conducta del deudor. Esta circunstancia, habrá de ser analizada prudentemente por el magistrado en cada caso en particular, siendo procedente la reducción cuando la situación derivada de su mantenimiento resulte incompatible con la directiva del art. 1071 del Cód. Civil: debe recordarse que la ley 17.711 agregó este párrafo al art. 656 del Cód. Civil: "Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando (por) su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

Por ello es que "el art. 656 del Cód. Civil (ley 17.711) autoriza a los jueces a reducir las penas aun de oficio, cuando su monto, desproporcionado con la gravedad de la falta, traduzca un aprovechamiento abusivo de parte del acreedor; ello es así en tanto la cláusula penal lesione la regla moral y el sentimiento de justicia, afectando principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico como son los que informan los arts. 953, 954, 1069, 1071 y concs. del Cód. Civil (esta Sala, 25/08/2004, "Sigal, Laura y otro c. Santacruz Arévalo Faustino N. y otro", DJ 2004-3, 971). Hoy en el Código Civil y Comercial se consagra idéntica solución bajo el art. 794 (ver concordantes arts. 790, 792, 793)". (Cám. Ap. Civ., Sala H, "Partes: O. G. M. y otro c/ Nuevo Concepto Construcciones S.R.L. s/ escrituración", Cita: MJ-JU-M-112281-AR | MJJ112281 | MJJ112281).

Comparto lo señalado por la doctrina y jurisprudencia citadas anteriormente respecto de que puede ser reducida la cláusula penal, cuando de la gravedad del incumplimiento, el monto de la misma y las circunstancias del caso, resulte con claridad que ha existido un aprovechamiento o ejercicio abusivo del derecho.

7.2.- En el supuesto de autos, la suma liquidada en concepto de cláusula penal, para el mes de octubre, por ejemplo, representa ocho veces el importe correspondiente al canon locativo mensual. Para el mes de noviembre/12, siete veces; diciembre, seis veces, etc.

A mi criterio, la penalidad pactada no guarda proporción con el monto de la deuda e importa un beneficio patrimonial desmedido, conforme a las pautas interpretativas aludidas precedentemente.

Conforme lo expuesto entonces, propongo la reducción de la cláusula penal a un tercio de lo pactado, esto es, $76,11.- diarios para el año 2012 y $91,66.- para el 2013.

De suerte tal que el monto por el cual se manda a llevar adelante la ejecución contra los accionados, se reduce a la suma de $110.371,93.-, con más los intereses fijados en la sentencia, que no han sido apelados.

7.3.- Llegados a este punto, resulta menester dejar sentados los alcances de este pronunciamiento, a fin de evitar ulteriores planteos sobre este asunto.

En el contrato de locación que sustentó la presente acción, el Sr. Cubitto y la Sra. Gruici se constituyeron en fiadores solidarios, con expresa renuncia de excusión y división, con relación a todas las obligaciones asumidas por el locatario, y emergentes de dicho contrato.

Al haber asumido el fiador el carácter de principal pagador, se le aplican las disposiciones relativas a los codeudores solidarios (conf art. 2005 C.C.), siendo relevante recordar que el art. 705 del mencionado cuerpo legal prescribe que el acreedor puede exigir el total de la deuda a todos los deudores solidarios, conjuntamente o a cualquiera de ellos.

Se trata en el caso, de un litisconsorcio pasivo facultativo: el acreedor demandante puede elegir si acciona en contra de todos sus deudores, de algunos o sólo de uno.

Cierto que, frente al litisconsorcio facultativo, se dice que existen tantos procesos como litisconsortes, en tanto la conexidad justificante de la modalidad, no lleva a privar de autonomía a las diversas relaciones o vínculos materiales, hechos valer a través de las distintas pretensiones.

Sin embargo "por necesidad, algunos efectos son comunes a todos; por ejemplo, la alegación y la estimación de la excepción de falta de capacidad procesal del actor, formulada por uno de los demandados litisconsortes, aprovecha a los demás y otro tanto cabe decir del resultado favorable de las pruebas… (cfr. Morello, Sosa, Berozonce, Códigos Procesales, Tomo II-B, pág. 309)" (esta Sala, en "AMBROSIO NOEMI S/PRUEBA ANTICIPADA", Expte. N° 500544-2013).

En este caso, lo expuesto en cuanto a la ejecutividad del título, y la defensa relativa a la usura de la cláusula penal, debe extenderse al resto de los coobligados solidarios, pues se trata de una defensa común que concierne a la obligación en si misma.

Así, "tratándose de obligaciones solidarias o indivisibles, la actividad de las partes ha de juzgarse no en la calidad de simple litisconsorte sino como sujeto activo o pasivo de la obligación, y en tal caso especial, los actos

realizados por el litisconsorte respecto a la obligación sustancial han de beneficiar al otro, no por efecto propio de la relación procesal sino de la de derecho sustancial" (Morello - Sosa - Berizonce, "Código Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados", Editora Platense, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1985, tomo II-B, pág. 332), debiendo agregarse la opinión de Jorge J. Llambías ("Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones", Abeledo-Perrot, Bs.As., 1975, tomo II-A, pág. 551) en el sentido de que son defensas comunes las que conciernen a la obligación en sí misma, y que por ello afectan a todos los vínculos que las constituyen como solidarias, y consiguientemente a todo el frente común de cointeresados (son llamadas "objetivas"), y entre ellas se computan "...la nulidad, la condición resolutoria, el pago, la novación, la compensación, la remisión total de la deuda, la imposibilidad de pago y la prescripción...".

Pues, como destaca Llambías, con respecto a este tipo de obligaciones solidarias, los distintos vínculos personales que la integran, no subsisten separados o aislados, ni son independientes entre sí, pues están concentrados o coligados, en cuanto convergen en un haz que infunde a la obligación una estructura unitaria: lo que acontece a uno de los vínculos se propaga, en principio, a los demás vínculos paralelos que resultan teñidos del mismo color que tenía el primero (Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, ed. 1970, v.II, p. 485/486).

En esta misma línea, ha dicho la jurisprudencia: “Tratándose de un litisconsorcio pasivo facultativo y no obstante no haber sido partícipe de la impugnación el restante coaccionado encuentro que la solución que aquí se propicia debe alcanzarlo, atento la naturaleza in solidum de la obligación, pues la pretensa aceptación de la responsabilidad

que le endilgara la Cámara de Apelación por parte de éste lo fue sobre la base de hechos comunes, por lo que juzgo debe comunicársele el beneficio personal obtenido por los restantes litisconsortes en cuanto fueron exonerados de responsabilidad en esta instancia extraordinaria conforme la doctrina legal de esta Suprema Corte de Justicia (Ac. 62.638, "Retondini", sent. del 31-III-1998; Ac. 63.968, "Gómez", sent. del 15-VI-1998; entre otras).

Y en el caso, la extensión del presente pronunciamiento a los restantes co-obligados solidarios, se justifica, tanto más si se tienen en cuenta que en la morigeración de la cláusula penal desmedida se encuentra involucrado el respeto al orden público, la moral y las buenas costumbres.

8.- Resta analizar el recurso deducido por la actora.

Cuestiona que no se haya hecho lugar a su pedido de que se amplíe la condena a la multa expresamente pactada por las partes.

Alega que, al demandar, había hecho reserva de incluir, al momento de practicar liquidación, las multas y pacto comisorio previsto en la cláusula decimosegunda del contrato de locación. Y que no se incluía dicho monto, ya que la sumatoria definitiva surgiría al momento de concretarse la efectiva entrega del inmueble.

No habiendo mediado suficiente bilateralización del planteo previo al dictado de la sentencia, máxime cuando llevaba ínsito una cuestión fáctica, como es “el momento en que se hiciera entrega del inmueble”, respecto de la cual debe garantizarse el derecho de defensa, circunstancia que a su vez impide considerar la existencia de una deuda líquida y exigible, el pedido para “suplir la omisión” en esta instancia

resulta improcedente. Pero, además y fundamentalmente, son aplicables aquí los desarrollos efectuados en relación al ámbito ejecutivo (ver considerando. 6/6.3.-).

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso deducido por la actora, y acoger parcialmente los incoados por los codeudores, reduciendo el monto por el cual se manda llevar adelante la ejecución contra los accionados, a la suma de $110.371,93.-, con más los intereses establecidos en el pronunciamiento de grado. Las costas se imponen en el orden causado, atento el resultado obtenido (558 CPCC). **ASÍ VOTO.**

El Dr. **Marcelo MEDORI** dijo:

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

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso deducido por la actora, y hacer parcialmente lugar a los recursos deducidos por los codeudores. En consecuencia, revocar parcialmente la sentencia de grado, reduciendo el monto por el cual se manda a llevar adelante la ejecución contra los accionados, a la suma de $110.371,93, con más los intereses allí fijados.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado.

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. Marcelo MEDORI

Dra. Celina BARTHES - SECRETARIA