Comodoro Rivadavia, de marzo de 2010.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **“S., B. M. y Otro c/ B., J. C. y otra s/ EJECUTIVO”**, **Expte. Nro. 34/2010**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución Nro. 1, Secretaría Nro. 2 (Expte. Nro. 641/2003).

I.- Que vienen las presentes actuaciones a conocimiento de esta Alzada, por haber interpuesto la actora a fs. 297 y la demandada, a fs. 298 recursos de apelación contra la resolución de fs. 281/285.

A fs. 305/307 expresa agravios la demandada. Se alza contra la designación de martillero pese haber impugnado su designación porque el propuesto, actuó con anterioridad bajo las ordenes y en beneficio de la actora al diligenciar el mandamiento de secuestro. En segundo término, le causa agravio el cálculo efectuado por secretaría por alquileres e intereses. Indica que no debe alquileres, tampoco le son reclamados por la actora porque fueron abonados con cuatro cheques en la causa 1092/01, correspondiendo imputar el saldo de $600 correspondientes al último cheque a intereses. En la tercera queja denuncia error material y violación al principio de congruencia en el fallo del 7 de febrero de 2005 de esta Alzada, respecto de la cláusula penal, pues se admite que la multa pactada en la cláusula cuarta del contrato del 0,5% diario resulta excesiva y desproporcionada y que la fijada por el a quo premia a la demandada y castiga a la actora en una cuantiosa merma correspondiendo buscar una solución intermedia; no obstante fija una cláusula pena del 1,5% diario, triplicando la convenida por las partes. Indica que tal error debe subsanarse.

A fs. 317/318 contesta los agravios la actora. Efectúa reserva del caso federal.

A fs. 309/312 expresa agravios la actora. Objeta que el a quo considere que no fueron deducidos los importes percibidos cuando los mismos fueron correctamente descontados a la fecha de su percepción de acuerdo a los parámetros fijados en la sentencia que se ejecuta. Asimismo se queja porque en la resolución impugnada se decide que no corresponde aplicar otros intereses distintos a los determinados en el punto 2 de la sentencia porque implicaría duplicidad del concepto que ha sido reclamado en el proceso ejecutivo por cheques

rechazados. Indica que al punto 5 de la sentencia de fs. 135 se determinó una tasa de interés a aplicar a todo el monto de condena, por lo que no puede entenderse que el concepto de intereses sobre alquileres no devengue intereses ya que los mismos fueron fijados en la sentencia en ejecución. Rechaza el cálculo efectuado por secretaría por no haberse incluido tal rubro. Asimismo la detracción de $600 que fuera correctamente deducido en la liquidación de fs. 167/168vta. Señala que los intereses sobre los servicios impagos también fueron correctamente aplicados en tal liquidación. En relación a la cláusula penal se alza contra el entendimiento del a quo en el sentido que la Alzada deba volver sobre el decisorio del 7 de febrero de 2005, pues tal resolución fue consentida por los deudores, considerando un exceso jurisdiccional determinar que existe un error aritmético que no fue invocado por la contraria. Insiste en que la liquidación que practicara se ajusta a lo dispuesto en la sentencia, resultando computables los intereses sobre la cláusula penal. Le causa agravio el rechazo del rubro gasto por la diligencia del mandamiento de secuestro basado en que al martillero debe limitarse a realizar el remate para el que ha sido designado, pues en el caso, el Sr. Z., no efectuó tal diligencia como martillero, pues todavía no había sido designado. Justifica en el incumplimiento de la demandada, el gasto efectuado para secuestrar el vehiculo resultando comprensivo de las costas del proceso. Solicita se considere la actitud procesal de codemandado aceptando y convalidando lo actuado por esa parte. Efectúa reserva del caso federal.

A fs. 326 y vta. contesta agravios la demandada.

II.- A fin de dar tratamiento a los recursos interpuestos, corresponde señalar que la resolución apelada resuelve la impugnación a la liquidación presentada en autos por la actora a fs.229.

Tal liquidación –y la anterior practicada a fs. 167/168 tienen su basamento en la sentencia de fs. 129/136vta. por la que se condenó al pago de: intereses por los meses de alquiler correspondientes a julio, agosto y septiembre de 2000; la cláusula penal, $1500 de indemnización por perdida de la línea telefónica y la suma de $ 997,97 correspondientes a servicios impagos con más sus intereses desde la fecha de vencimiento de cada uno de ellos y hasta que sean efectivamente pagados.

El cuestionamiento de la codemandada recurrente giró en torno a la designación de martillero propuesto por la actora; la inclusión del gasto de diligenciamiento del secuestro del vehículo embargado de su propiedad; la capitalización de intereses, gastos de justicia, y honorarios profesionales; la omisión de pasos al calcular varios periodos en forma conjunta; el doble cobro de intereses por el mismo capital adeudado y el error en la sentencia de esta Cámara del 7 de febrero de 2005 al fijar la cláusula penal.

A fs 281/285 el a quo rechazó la oposición de la designación del martillero propuesto por la actora; hizo lugar al planteo de la demandada en torno a la aplicación de intereses sobre los intereses condenados por implicar duplicidad del mismo concepto ya reclamado en el proceso ejecutivo; estableció la deuda por alquileres e intereses en $1356,90; estableció que a los servicios impagos debía aplicársele el interés fijado en el punto 5 de la sentencia; rechazó la solicitud de corregir el error material contenido en la sentencia de Cámara respecto de la cláusula penal efectuando cálculos y concluyendo que el rubro asciende a $4.995 a los que no corresponde adicionarle intereses, y determinó que a la indemnización de $1500 corresponde aplicar intereses desde la fecha de baja de la línea telefónica (16 de noviembre de 2000).

III.- A tenor de los agravios expresados, no existe discrepancia en torno a los rubros servicios impagos ($997,97) e indemnización ($1500) las respectivas fechas de mora para el cálculo de intereses que corresponde efectuar sobre tales rubros.

Atento ello, el presente pronunciamiento abordará el primer agravio de la actora, luego y en forma conjunta por la estrecha vinculación que exhiben, los agravios de ambas partes relativos al rubro alquileres e intereses, cláusula penal y gastos de diligenciamiento del mandamiento de secuestro para en último término dar respuesta al relativo a la designación del martillero.

a.- El primer agravio de la actora se funda en que el juez consideró que la liquidación aprobada a fs. 174, no es óbice para que frente a pagos y cuestionamientos la actora deba hacer una correcta imputación. Señala que no es cierto que la imputación practicada por su parte no es correcta sino que

fueron deducidos los importes percibidos y correctamente descontados de los intereses devengados.

El agravio en tales términos no puede prosperar, por cuanto las cuestiones atinentes a las liquidaciones, no revisten carácter de decisiones con autoridad de cosa juzgada, desde que su aprobación lo es en cuanto hubiere lugar por derecho, existiendo la posibilidad de corrección en cualquier tiempo conforme lo admite la jurisprudencia reiteradamente.

Pero además, el impugnante sólo expresa consideraciones generales que evidencian una mera discrepancia con el fallo pero no la impugna concretamente, no explica por qué el devengamiento de los intereses fue correctamente calculado y descontados los importes recibidos oportunamente dejando sin refutación concreta los argumentos brindados por el a quo.

No se advierte de la liquidación de fs. 229 la correcta detracción de los montos percibidos, pues no se detalla cada uno de los rubros que componen la liquidación, sino que sobre el monto que arrojó la liquidación de fs. 167/168 de $16.326,39 -comprensivo de capital e intereses de la condena, honorarios y gastos- aplica intereses hasta la fecha de percepción de los montos, incumpliendo los recaudos de claridad, concreción, debido detalle e inteligibilidad que son exigibles de toda liquidación, omitiendo explicitar las operaciones aritméticas cumplidas para lograr el resultado que pretende y obstando por ello la procedencia del agravio pretendido.

b.- Alquileres e intereses:

Partiendo de la premisa que el contenido de la liquidación debe respetar las bases establecidas en la sentencia, pues la liquidación está unida a ella y es un paso hacia la realización práctica y efectiva de la misma; corresponde señalar que a fs. 282 y vta. el a quo determinó la existencia de deuda por alquileres impagos e intereses en la suma de $ 1356,90 causando agravio a ambas partes. A la actora, por considerar que en tal monto no se incluyen los intereses sobre esos intereses y a la demandada, por entender que tal monto ($1.356,90) está integrado con los conceptos de alquileres adeudados que no fueron objeto de la condena.

Es cierto y de hecho el actor a fs. 310 lo señala, que en autos no se condenó al pago de las sumas adeudadas por alquileres impagos, pues tales sumas fueron reclamadas y percibidas conforme surge del Expte. 1092/01, razón por la cual a fs. 131 al punto 2 in fine se señaló que sólo se deban “calcular los intereses desde la fecha de mora de cada uno de los cánones locativos adeudados y hasta la fecha de presentación al cobro de cada uno de los cartulares” –recuérdese que por los tres meses de alquileres debidos la demandada entregó 4 cheques de $600 para imputar al pago de tales sumas los 3 primeros y el ultimo a intereses-. Se especificó expresamente el periodo de intereses a calcular para cada periodo de alquiler debido. Ello por cuanto los intereses del capital –en el caso de los alquileres- fueron debidamente calculados y ejecutados en el mentado expediente 1092/01 desde que los cheques fueron presentados al cobro, provocándose un corte en el devengamiento de intereses de los alquileres en atención al cumplimiento de la obligación (arts. 509 y 622 del C.C.).

En tal sentido es procedente el agravio de la demandada, debiendo reducir la condena por este rubro –intereses- a las sumas que arroja la liquidación por intereses por esos periodos determinados en el punto 2.1. de fs. 131 y que conforme al cálculo efectuado por secretaria de la instancia anterior a fs. 280 y que no fue cuestionado, es de $156,90.

Cabe advertir que la observación señalada por la actora a tal planilla del sistema oficial Libra-Liquidaciones, en el sentido que resulta incompleta por no haberse excluido al rubro intereses sobre alquileres a mas de no resultar comprensible, no desconoce el extremo señalado –el cálculo de los intereses condenados-.

Es que el rubro intereses sobre alquileres esta determinado por tales sumas, equivalentes al periodo de mora entre el vencimiento de cada alquiler y la presentación al cobro de los cheques que tuvieron por fin cancelar el respectivo mes de alquiler.

Distinta es la cuestión si a tales sumas, comprensivas del monto de condena le corresponde aplicar intereses, ya que la actora entiende que al determinar una tasa de interés al punto 5 de la sentencia en ejecución (fs. 135 in fine y vta.) la misma cabe aplicarse al rubro aquí tratado.

Vale aclarar que en el punto 5 expresamente se consignó: “a fin de practicar la liquidación conforme a las pautas establecidas en el considerando 2.2. se aplique la tasa activa que para sus operaciones de descuento comerciales a treinta días publique el Banco de la Nación Argentina”.

No obstante, claro está que integra el monto de condena y que por aplicación del art. 509 del C.C. correspondería aplicar intereses moratorios hasta la fecha en que se cumpla con la obligación, pero el caso presenta aristas particulares que impiden la aplicación de nuevos intereses. Es que habrá de tenerse en cuenta a tal fin, que el cuarto cheque por $600 debia imputarse a intereses; que el mismo fue ejecutado en el Expte. Nro. 1092/01 con sus respectivos intereses –tasa activa del Banco Chubut (ver sentencia de fs. 38 del juicio ejecutivo)- hasta la fecha de cancelación. Ello desbarata la pretensión de la aquí actora apelante, pues los únicos intereses debidos corresponden a los periodos determinados y ascienden a $156,90, y al resultar cancelados conjuntamente con la ejecución del cheque referido, no resulta procedente estimar que devengaron intereses hasta la fecha de las liquidaciones que pretende, pues resultaron percibidos con anterioridad a la sentencia que se ejecuta (ver fs. 46, 47 y 59 expte. Nro. 1092/01).

Entiéndase bien, de acuerdo a la imputación que correspondía hacer de ese cuarto cheque, la circunstancia que el mismo también devengó sus intereses hasta la fecha de su efectivo pago, obsta el reclamo de nuevos intereses en el presente. No resulta holgado reiterar que el curso de los intereses cesa por el cumplimiento de la obligación y la obligación que aquí se reclama fue cumplida con el pago de los referidos cheques.

Tales razonamientos demuestran la improcedencia de los argumentos de la actora sobre el punto y resultan idóneos para admitir el agravio de la demandada apelante en cuanto a la suma de $1356, que el a quo condenó como debidas por alquileres e intereses.

En consecuencia y sobre el punto, en la liquidación a practicarse no deberán ser incluídos tales intereses de $156,90 y deberá partirse de un saldo a favor de la demandada de $ 443,10 resultante de restar los intereses del cheque ($600 - $156.90 = $443,10).

c.- Cláusula Penal:

Señala la demandada que existe error material y violación al principio de congruencia en la determinación de la cláusula penal por esta alzada en la sentencia del 7 de febrero de 2005 (ver fs. 155/160). Pretende la actora, que la revisión es extemporánea pues la decisión en ejecución está firme y consentida, invoca el principio de preclusión.

Es del caso poner de relieve que la apelante señaló la existencia de error material manifiesto y violación del principio de congruencia al establecer el porcentaje de la cláusula penal que no fue solicitado por las partes. Señaló la inmoralidad abusiva de la cláusula penal aplicada que representa un 45% mensual y 540% anual colisionado con lo normado por el art. 656 2do. párr. del C.C.

Cabe reseñar que por la cláusula cuarta del contrato de alquiler base de los presentes actuados las partes acordaron una multa diaria a favor del locador equivalente al 0,5% diario sobre el valor del importe del alquiler. Los codemandados solicitaron la nulidad de la misma argumentando un ejercicio abusivo del derecho. El a quo en ejercicio de la facultad conferida por el art. 656 C.C. morigeró la misma teniendo como referencia la tasa activa anual del Banco de la Nación Argentina y determinó que fuera dividida por 365 para obtener el calculo diario, motivando la interposición de apelación por parte de la actora y la resolución de esta Alzada obrante a fs. 155/160.

Efectivamente, de la mentada resolución se advierte que este Cuerpo estimó desproporcionada o excesiva la multa diaria pactada por las partes, pero consideró poco significativo el interés adoptado por el a quo y si bien admitió la necesidad de equiparar los efectos de tal decisión, en la búsqueda de una solución intermedia consideró ecuánime establecer un 1,5% diario como índice de calculo para la multa en examen.

Resulta por tanto evidente la contradicción y error que achaca el apelante, sin que pueda mantenerse la decisión con el argumento de un supuesto respeto al principio de cosa juzgada, máxime cuando la fijada en el 1,5 % diario resulta ser mayor a la pactada efectivamente por las partes y que conduce a un resultado que excede notablemente la razonable expectativa de conservación

patrimonial del demandante, violentando los principios de los arts. 952 y 1071 del Código Civil (v. doctrina de Fallos: 316:3054; 317:53).

Frente a tal evidencia, se trata de un error a toda luces involuntario, que no se compadece con las consideraciones efectuadas en la sentencia afectando su lógica interior, poniendo sobre el tapete la obligación de los tribunales de corregir vicios con el fin último de preservar los derechos constitucionales de propiedad y defensa en juicio, así como el objetivo constitucional de realizar la justicia.

Es que, como señala la doctrina, si los jueces descubren error y no lo modifican “estarían tolerando la consagración de una gravísima lesión a los derechos del justiciable, cuya única fuente de derecho obraría sobre el error” (Cfr. Osvaldo A. Gozaíni “Respuestas procesales”, ed. Ediar, Bs.As. 1991, p. 103). O bien, como ya ha sostenido este Tribunal adhiriendo a este criterio, de no ser así se daría lugar al enriquecimiento sin causa del acreedor (S.D. Nro. 40/2007 del 13/8/07; 4/2008 del 21/4/08; S.I. 141/2008 del 24/9/08; 123/2008 del 20/8/08 entre muchas otras).

El error, en el caso, parte de haber triplicado la cláusula penal acordada por las partes, habiendo estimado que el 0,5% acordado resultaba abusivo y excesivo. No repararlo es supeditar el valor justicia a un rigorismo aparente del Derecho que es deber de esta Alzada atemperar (Conf. arg. “Colallillo” Fallos: 238:550).

En consecuencia, corresponde subsanar tal error y fijar la cláusula penal que corresponde aplicar en el caso en el 0,25% diario sobre el valor del importe del alquiler o $1,50 diario.

Atento lo resuelto en el apartado anterior, y existiendo saldo a favor de la demandada del calculo que corresponde efectuar por la multa establecida deberá detraerse la suma de $ 443,10.

c.- Gastos de diligenciamiento del secuestro:

El juez de primera instancia excluyó de los gastos a cargo de la demandada el correspondiente al diligenciamiento del secuestro del vehículo. Se alza la actora entendiendo que es errónea la línea argumental del a quo pues el

Sr. Z. no diligenció el mandamiento como martillero, pues a ese momento no había sido designado como tal.

Equivoca el razonamiento la actora. No se trata que quien diligencie el mandamiento de secuestro lo haga en calidad de martillero, sino del gasto que por tal diligenciamiento se pretende incluir como a cargo de la demandada.

La diligencia corresponde sea realizada por el ejecutante, se trata de una diligencia necesaria para que los bienes a subastar le sean entregadas al martillero" para su exhibición y venta"(art. 579 inc. 3 del CPr. –antes art. 573-). Es una carga que incumbe a las partes, si no lo hicieren se librara mandamiento de secuestro (ver Falcon "Tratado de Derecho Procesal Civil Comercial" Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2006, T V p. 960). Y si bien en la práctica puede admitirse que la medida sea realizada por el martillero, por razones de evidente economía procesal no es un deber de éste sino una carga de las partes, precisamente del ejecutante (en tal sentido ver Arean Beatriz, en glosa al art. 573 en "Cod. Proc. Civ y Com.." dir. Por Highton-Arean, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2008, T. 11 p. 218).

En el sub judice, el propio actor solicitó el mandamiento autorizando a diligenciarlo, a los letrados apoderado y patrocinante y a quien propuso como martillero. La circunstancia que lo haya realizado este último no modifica la situación, se trata de uno de los actos preparatorios para la realización de la subasta en cabeza de las partes e interés del ejecutante siendo privativo o mejor dicho facultativo del profesional el empleo de un gestor para el diligenciamiento.

Piénsese por caso, si el diligenciamiento hubiera sido efectuado por los letrados autorizados en el mentado mandamiento, tal supuesto gasto, no corresponde sea discriminado de los honorarios que se le regulen por su actuación en el proceso.

A mayor argumento cabe señalar que en la especie, resulta de aplicación el criterio relativo a que los gastos por diligenciamiento de oficios o mandamientos que deban realizarse en la misma jurisdicción donde tramita el juicio, no integran las costas por tratarse de tarea comprendida dentro de la

retribución establecida al abogado (ver Fenochietto-Arazi, Cod. Proc. Civ. y Com. T. I p. 325 cit. Loutayf Ranea, Roberto “Condena en Costas en el proceso civil”, Bs. As. 1998, Ed. Astrea, p. 253).

Por tales argumentos el agravio debe ser rechazado.

d.- Designación del martillero:

La oposición de la demandada a la designación del martillero se fundó en que el propuesto habría actuado con anterioridad a la designación bajo las órdenes y en beneficio de la actora al diligenciar el mandamiento de secuestro. Entendió que tal extremo afectaba la imparcialidad en su actuación.

El a quo no consideró a tales argumentos de suficiente envergadura y seriedad teniendo en cuanta la disposición del art. 563 que refiere a circunstancias graves y desechó la oposición.

Y resulta acertado y debe confirmarse el criterio adoptado en la instancia anterior, pues de la actuación en la diligencia de secuestro no cabe inferir falta de impartialidad e imparcialidad que esgrime. Es que el martillero designado por el juez, es simplemente un auxiliar externo del juez y se halla sometido a su autoridad, su actividad es puramente objetiva y es el juez quien dirige la manera en que se realizan los bienes indicándole al auxiliar la forma en que realizará la subasta, de manera tal que no cabe colegir circunstancias de gravedad que por aplicación analógica y supletoria de las reglas de los arts. 17 y sgtes. del CPr, permita apartar al martillero propuesto y designado. Tal sujeción del martillero a la autoridad del juez, se refuerza, si se tienen en cuenta las sanciones establecidas en el art. 569 ter. parr y 570 y 571 CPr. (antes art. 563, 564 y 565).

Todo esto, claro está sin perjuicio que en atención a la devolución del vehículo secuestrado ordenada a fs. 285, hecha efectiva conforme constancias de fs. 320/321 y el libramiento de cheque solicitado por la actora a fs. 326 y efectivizado a fs. 327 la subasta ha sido virtualmente dejada sin efecto con lo que el agravio pretendido resulta actualmente abstracto.

IV.- Párrafo aparte merece la pretendida aceptación y convalidación del codemandado B. que postula la actora, frente a los silencios producidos en otros estadios procesales.

Habrá de tenerse en cuenta que tratándose de un litisconsorcio pasivo relativo a una única relación contractual, las defensas opuestas por uno de los litisconsortes sea que se funden en hechos comunes o individuales, favorecen a los demás. En el caso, las impugnaciones efectuadas no resultan ser defensas de carácter personal por lo que es improcedente la pretensión de la actora, pues implicaría una suerte de ejecución diversa de una misma sentencia. Los efectos de la sentencia se extienden a todos, pues el contenido de esta no puede diferir con relación a los distintos litisconsortes.

Se advierte aun más la improcedencia del planteo si se piensa que los jueces están facultados para observar los errores que contienen las liquidaciones aun cuando no se hubiesen formulado objeciones (conf. Cnciv, Sala E, 30/3/01, ED 193-33; CNFed. Civ uy Com, Sala I 2/7/96 ED 71-535 entre muchos otros).

V.- En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por la parte actora y admitir parcialmente el recurso interpuesto por la demandada respecto de los agravios referidos a la cláusula penal e intereses.

VI.- Atento cómo se resuelve, de acuerdo al éxito obtenido habiendo prosperado parcialmente las pretensiones de las partes corresponde distribuir las costas de esta instancia en el diez por ciento (10%) a cargo de la demandada y el noventa por ciento (90%) a cargo de la actora. Para la regulación de honorarios por los trabajos realizados se tendrá en cuenta el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada, de conformidad a lo previsto en los arts. 5 a 8, 32 y 13 de la ley III –4 antes ley 4335).

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1) Rechazar el recurso interpuesto por la actora a fs. 297.

2) Admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 298. En consecuencia confirmar los puntos 1 y 3 de la Resolución de fs. 284 vta.

3) Revocar el punto 2 de la Resolución de fs. 284 vta. y ordenar a la parte actora practique nueva liquidación en el plazo de diez (10) días de recibidos los autos en la instancia de grado, de acuerdo a las pautas establecidas en la presente, respecto de los rubros apelados en los puntos b y c del considerando III y las señaladas en la resolución de fs. 281/285 respecto de los rubros tratados en los puntos b y d del considerando 2 y 2.1. Todo bajo apercibimiento de ser confeccionada por la demandada.

4) Las costas de esta instancia se imponen en un diez por ciento (10%) a los demandados y noventa por ciento (90%) al actor conforme el considerando respectivo. Por los trabajos realizados en la instancia de grado, regúlense los honorarios del Dr. N. J. M. en el treinta por ciento (30%) y a los Dres. R. R. C. y A. E. G.en el veinticinco por ciento (25%) en ambos casos de los que les fueron regulados en la instancia de grado.

5) Regístrese, notifíquese, devuélvase.