------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de marzo del año dos mil doce, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Subrogante Legal Dr. Günther Enrique Flass, por excusación del Dr. Claudio Alejandro Petris y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Jorge Luis Früchtenicht, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"U., J. J. M. c/ T. J. s/ Ordinario"*** (Expte. N ° 223/11 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 110 el sorteo establecido por el Art. 271 de la Ley XIII N ° 5 del Digesto Jurídico provincial, antes Ley 2203, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. FRÜCHTENICHT – FLASS.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 79/83? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo:-------

------1. Que llegan los presentes autos a esta Alzada, a fin de atender sendos recursos de apelación intentados por el demandado a fs. 85 y concedido a fs. 86 y por el actor a fs. 89 y concedido a fs. 90, enderezados ambos contra la sentencia definitiva de la instancia inferior que luce agregada a fs. 79/83, la que en lo sustancial decidió: I.- Hacer lugar parcialmente a la demanda impetrada y en su consecuencia condenó al accionado a abonar al actor la suma que resulte de aplicar las pautas que indica; II.- Imponer las costas del proceso al demandado vencido; y III.- Regular los honorarios de los profesionales que asistieron a las partes.----------

------Los agravios de la parte actora fueron expresados en la pieza procesal de fs. 101/103, y conforme al traslado ordenado a fs. 105, no merecieron la réplica de la contraria (v. constancia de la Actuaria de este Cuerpo de fs. 106).----------

------Que conforme constancia suscripta por la Actuaria de esta Alzada a fs. 104, el demandado apelante no expresó agravios. Por lo tanto, y por imperio de lo dispuesto en el Art. 269 del CPCC, adelanto que propondré al Acuerdo se declare la deserción del recurso intentado a fs. 85.----------

------Que en ocasión de expresar sus agravios el actor apelante (v. fs. 101/103), identificó en su libelo dos quejas: Por la primera de ellas, se

agravia en tanto el judicante sólo hace lugar al 50 % de lo demandado, atendiendo el carácter de mancomunados de los cónyuges acreedores del aquí demandado (v. fs. 101 4to. Párr.); Por la segunda, se agravia por lo que indica como un excesivo avance del sentenciante por sobre la libre determinación de las partes, todo ello al resolver la morigeración del quantum de la cláusula penal acordada oportunamente con el accionado (v. fs. 101vta. 2do. Párr. y ssgts). Cita antecedentes jurisprudenciales y se extiende en argumentar en apoyo de su postura, referencias a las que me remito en homenaje a la brevedad procesal.----------

------2.1. Dispuesto ya a abordar el tratamiento del primer agravio deducido, se impone advertir que por imperio del Art. 690 del Código Civil: "*La obligación que tiene más de un acreedor o más de un deudor y cuyo objeto es una sola prestación, es obligación mancomunada, que puede ser o no solidaria*." A su turno, el Art. 699 del mismo plexo normativo dispone que: "*La obligación mancomunada es solidaria cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores*." ----------

------De su lectura y de los elementos de convicción arrimados a estos autos podemos concluir que en el supuesto de autos nos encontramos frente a una obligación mancomunada simple, no solidaria, pues tal característica que habilita a demandar por cualquiera de los acreedores a cualquiera de los deudores, no surge expresamente del título constitutivo y tal extremo no ha sido acreditado por el actor. En su consecuencia, y siendo la obligación mancomunada una categoría superior de las obligaciones conjuntas, nos hallamos ante el supuesto de una persona (el deudor) que prometió a los coacreedores mancomunados no solidarios una cosa divisible, aceptando los coacreedores aquel compromiso asumido por el deudor común y haciéndolo bajo las condiciones de la simple mancomunación y sin solidarizarse expresamente a los fines de su percepción.----------

------Así las cosas, y siendo un principio básico del derecho de las obligaciones que la solidaridad no se presume y que las normas sobre solidaridad son de interpretación restrictiva (en idéntico sentido, v. Cám. 1ra. Civ. y Com. La Plata, Sala 2°; sent. del 06.08.1992 en autos "*Cura, Juan Carlos c/ Fayole, Efraín*", publ. en Juba sum. B150912; Sala 1°, sent. del

26.06.2003 en autos "*Romano de Monti, Mirta Graciela*"; publ. en Juba sum. B254931), la mentada solidaridad constituye una excepción a los principios del derecho, no pudiendo colegirse solidaridad tácita o inducida por analogía. En su función, para admitir la solidaridad que pretende el apelante se requiere una voluntad explícita, expresa de las partes o una decisión inequívoca de la ley, y cualquier duda a su respecto, implicará necesariamente la ausencia de aquélla solidaridad, tal y como lo resolvió el judicante apelado, por lo que anticipo que el agravio no podrá prosperar, y así lo voto.----------

------2.2. Ponderando ahora su segunda queja, referida al invocado avance que sobre la libre determinación de las partes ha evidenciado el Sr. juez apelado en ocasión de morigerar la multa, me permito referir la plena vigencia del párrafo 2do. del Art. 656 del código sustantivo, cuando al tratar acerca de las obligaciones con cláusula penal, dispone que: "*Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.*" -------

------Si bien se reconoció doctrinariamente la inmutabilidad de la cláusula penal, tal característica es eminentemente relativa y sólo resulta oponible entre las partes de la obligación que se trate. Ello así, por cuanto el párrafo transcripto (que resultó agregado por la Ley Nro. 17.711) habilita al juez a morigerar aquella pena determinada libremente por las partes cuando -a juicio del magistrado - aparezca inmoral, abusiva o desproporcionada con el incumplimiento que pretende castigar, apreciando en el *sub examine* que lo resuelto por el sentenciante aparece como una decisión que pretende otorgar un cierto grado de razonabilidad a la sanción económica pactada, atendiendo las particulares circunstancias del caso, las que fueron suficientemente expuestas por aquél en los *considerandos* de su sentencia.-

------En tal sentido, entiendo que la cláusula penal será abusiva cuando esté en abierta contradicción con las exigencias de justicia y equidad que debe resguardar el juez llamado a decidir.----------

------Permítaseme aclarar a esta altura que la cláusula penal, tal y como fue pactada por las partes aparece legalmente constituida, mas pretender su percepción como lo hace el actor, no resulta ilegal, sino -y más bien -

inmoral y abusivo. En su función, y siendo que la inteligencia que efectúa el judicante apelado del texto legal no excede el marco de posibilidades que brinda la norma en juego ni traduce una apreciación irrazonable del tema propuesto, constituyendo la elección en juego adoptar una solución posible, apoyándose en razones suficientes que han sido –como ya dije– suficientemente desarrolladas en su decisorio, es que el agravio no podrá prosperar en esta sede, y así lo voto también.----------

------3. Atendiendo a como propondré al Pleno se resuelvan las cuestiones propuestas, estimo que las costas deben aplicarse al apelante, por imperio del principio objetivo de la derrota que surge del Art. 69 del rito provincial, no advirtiendo motivos para apartarme de él. Así lo voto.----------

------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

------Habiendo el Dr. Früchtenicht reseñado con suficiente detalle los hechos, planteos y pretensiones expuestos en la causa corresponde analizar ahora los agravios expresados por el recurrente:----------

-----Porcentaje en que prosperó la acción:----------

-----El actor Sr. J. J. M. U., inició, en su propio nombre, cobro de cláusula penal. Sin embargo, del título contractual surge que los acreedores eran no solo el actor, sino también la Sra. G. I. R., quien nunca se apersonó en la causa, ni por sí, ni mediante apoderado. Teniendo en cuenta esta circunstancia con mas el hecho de que del contrato no surgía solidaridad activa, el a quo declaró procedente la acción, pero solo en el 50% que correspondía al actor.----------

------En unos pocos renglones se agravia el recurrente. Entiende que lo decidido implica un excesivo rigorismo formal atentatorio del principio de celeridad y economía procesal. Vaticina que la coacreedora saldrá *“mañana”* a intentar cobrar su crédito.----------

------Voy a comenzar diciendo que el principio de economía procesal no puede interpretarse tan laxamente como para pretender extender los efectos de una sentencia, donde se debaten derechos de incidencia individual, a quien nunca se apersonó en la litis; decidiendo livianamente sobre una pretensión procésales no ejercida.----------

------Adviértase la siguiente hipótesis: podría suceder que el demandado tuviera defensas (pago, quita, espera, etc.) solo oponibles a la coacreedora; podría suceder también que la obligación entre el deudor y la coacreedora

se hubiera extinguido (transacción, compensación, confusión etc.). Si la sentencia extendiera sus efectos a quien no fue actora en la causa, podrá estar desbaratando, absurda e injustificadamente, el derecho del deudor, en aras a una economía procesal que nunca puede dar pabilo a la violación de garantías constitucionales. ----------

------Sostiene el recurrente que la Sra. G. I. R. iniciará “mañana” acción similar. Nada indica en la causa que tal vaticinio fuera a cumplirse. Bien podría suceder que la Sra. R. hubiera perdido el interés en el crédito, por cualquier motivo, y que ella haya sido la causa de su ausencia procesal.------

---

------En supuestos como los mencionados, hacer lugar a la pretensión del recurrente provocaría escándalo jurídico.----------

------En la carta documento el letrado apoderado invoca mandato tanto del Sr. U. como de la Sra. R., mas al presentar la demanda solo lo hace respecto al primero. Es posible que se hubiera tratado de un error pero ya desde Roma se viene diciendo que nadie puede invocar su propia torpeza (*nihil turpitudinem propii alegam potest*). No puede la jurisdicción salvar la negligencia de la parte considerando actor a quien no lo es.----------

------Lo cierto es que las cuestiones jurídicas deben resolverse dentro del marco del derecho y no apelando a meros argumentos pragmáticos o de conveniencia. En tal sentido es dado recordar, como lo hace el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión, que en nuestro sistema jurídico la solidaridad obligacional no se presume sino que debe surgir del título, de la ley (Art. 699 Cod. Civ.), de un testamento, o de una sentencia que haya adquirido anteriormente fuerza de cosa juzgada (Art. 700 Cod. Civ.).----------

------ El recurrente reconoce expresamente la mancomunión simple del crédito (fs. 101 Párr. 4°). Siendo la obligación de tal naturaleza, cada acreedor puede reclamar solo la parte proporcional que le corresponde. El hecho de que entre ambos acreedores exista vínculo matrimonial, no lo legitima para percibir la acreencia del otro sin autorización de este último. En forma análoga la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, analógicamente dijo: *“El reclamo del cónyuge no titular es improcedente pues mientras subsista la comunidad, este no tiene dominio sobre el ganancial adquirido por el otro, sino tan solo derecho al cincuenta por*

ciento de la indivisión cuando aquella se disuelva y el derecho al contralor de los actos de disposición sobre alguno de los bienes (SCJ Mendoza, Sala I, 6-8-91 del voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci LL 1991-E-562).-------

-------Conforme a lo expuesto voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que el agravio bajo análisis debe ser rechazado y así lo voto.----------

------La reducción de la cláusula penal:----------

-----El a quo, considerando que, dado el precio de venta ($90.000), teniendo en cuenta que el demandado estuvo incurso en mora por solo $10.000, y que definitiva pagó dicha deuda, declara excesiva la cláusula penal y decide morigerarla a dos veces y media los intereses que percibe el Banco del Chubut para su operaciones de descuento de documentos a 30 días.----------

------Contra tal decisorio se alza el actor. Sostiene que la cláusula penal fue libremente pactada y que no se da el requisito de aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia del deudor necesario para disminuirla. Aduce que la gravosidad es natural a la cláusula penal pues solo mediante ella se logra constreñir al deudor a pagar. Critica que el a quo solo haya tenido en cuenta la proporción entre el valor de las prestaciones y el resultante de la penalidad.----------

------Entrando al análisis del agravio, debo decir que originariamente el Código Civil consagró la inmutabilidad de la cláusula penal, tanto a favor del acreedor como del deudor. La posición de la doctrina y la jurisprudencia respecto al anterior texto del Art. 656 fue la de acatar lisa y llanamente el principio de inmutabilidad. Con el transcurso del tiempo comenzaron a aparecer situaciones de notoria injusticia que tornaron inaceptable ciertas cláusulas penales abusivas, ya sea por irrisorias o excesivas. A partir de allí se admitió jurisprudencialmente la reducción en sede jurisdiccional. Con la sanción de la Ley 17711 se positiviza aquella facultad tornando indiscutible su existencia y sin que el principio de autonomía de la voluntad ni la fuerza vinculante de los contratos sea óbice para ello. En efecto, el último párrafo del Art. 656 del Cód. Civil, claramente reza que *"Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las*

prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".--------

------Alguna duda puede generar la alusión del artículo a *"un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".* Ello llevó a cierta doctrina a sostener que solo se podía disminuir la cláusula penal en supuestos similares a los de la lesión (Art. 954) y que, en consecuencia, era necesario para su procedencia, demostrar que el acreedor se había aprovechado de la necesidad, ligereza o inexperiencia del deudor. No considero que sea esa la hermenéutica adecuada. En primer lugar, no es correcto presumir que el legislador incurrió en reiteraciones o en creación de normas superfluas. Consagrada ya la teoría de la lesión en el Art. 954 habría bastado una remisión al mismo si la intención era dotar a la revisión de la cláusula penal de idénticos requisitos. En segundo lugar, bien leído el Art. 656 y prescindiendo de la interpelación entre comas que comienza con *"habida cuenta..."* resulta que el juez puede reducir la cláusula penal cuando la desproporción entre sanción y falta, produce aprovechamiento de la situación del deudor. Es claro para mi que, verificada la desproporción surge el abuso sin necesidad de que el deudor hubiera padecido necesidad, ligereza o inexperiencia al pactarla. El *"abusivo aprovechamiento"* al que alude la norma es el que deriva de la desproporción resultante al tiempo en que se liquida la cláusula penal y no la de la ligereza, necesidad o inexperiencia del deudor al momento de contratar. Dice Trigo Represas *"la existencia del abusivo aprovechamiento surge incontestablemente de los hechos, sin posibilidad de razonamiento o de prueba en contrario, cuando la diferencia en mas derivada de la aplicación de la pena es en sí misma y objetivamente exorbitante, o sea, lo decisivo es el elemento objetivo: si hay desproporción notoria, corresponde la reducción" (Trigo Represas, Félix "Código Civil comentado. Obligaciones. Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2005 Pág. 31)* en igual sentido la jurisprudencia entendió que la carencia de efectivo aprovechamiento por parte del acreedor no puede obstar al reajuste de la pena, ya que la desproporción hace presumir el aprovechamiento, y porque, en todo caso, subsiste la inmoralidad o la ilicitud del objeto de la cláusula penal excesiva *(CN Com, sala A 9-3-90 LL 1990-D-353).*----------

------Por último, tampoco es cierto que el a quo únicamente haya tenido en cuenta la desproporción de prestaciones y buena cuanta de ello es el párrafo

2° de fs. 81 vta. donde el sentenciante no solo valora la diferencia entre el precio del inmueble y el resultante de la cláusula penal, sino también el porcentaje de cumplimiento y el hecho de que, aunque tardíamente, todas las obligaciones resultaron saldadas.----------

------En definitiva debo señalar que el contrato, creado como medio de colaboración entre los hombres, no puede convertirse en fuente de inequidad, propiciando el injustificado enriquecimiento de uno en perjuicio del otro.----------

------Conforme a lo expuesto voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión y voy a votar por el rechazo del agravio bajo análisis.----------

------Advirtiendo que el demandado apeló a fs. 85, mas no expresó agravios, voy a coincidir una vez mas con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión y voy a votar por declarar su deserción.----------

------Resta referirme a las costas de la presente instancia y en atención a que conforme voté, el actor recurrente resultó vencido. Es por ello que deberá cargar con las costas conforme al principio objetivo de la derrota. ---

------**A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo**:-----

------Tal y como lo anticipe, propongo al Acuerdo: **I.- DECLARAR DESIERTO** el recurso de apelación intentado por el demandado a fs. 85 (Art. 269 CPCC); **II.- CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia apelada; **III.- IMPONER** las costas de esta Alzada al apelante (Art. 69 CPCC); y **IV.-REGULAR** los honorarios del Dr. L. F. E., por la tarea realizada en esta Instancia, en el 5 % del monto del proceso que se determine, con más el IVA pertinente (arts. 5, 8, 13, 18 y ccdts de la Ley del Arancel)----------

-----A IDÉNTICA CUESTIÓN el Dr. FLASS dijo:----------

-----Conforme a lo expuesto al analizar la primer cuestión, voto por ***1) DECLARAR*** desierto el recurso de la demandada. **2)** ***CONFIRMAR*** la sentencia apelada. ***3) IMPONER*** las costas de la presente instancia al actor recurrente vencido conforme principio objetivo de la derrota. **4)** REGULAR los honorarios profesionales del Dr. L. F. E. en el 5 % del monto del proceso que se determine, con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada (Art. 13 de la Ley del Arancel).----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

------Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------I.- DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación intentado por el demandado a fs. 85 (Art. 269 CPCC).----------

------ **II.- CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia apelada.----------

------ **III.- IMPONER** las costas de esta Alzada al apelante vencido (Art. 69 CPCC).----------

------ **IV.-REGULAR** los honorarios del Dr. L. F. E. en el 5 % del monto del proceso que se determine, con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada. (Art. 13 de la Ley del Arancel)----------

------**V) REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N ° 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y encontrarse excusado de intervenir el Dr. Claudio Alejandro Petris.----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS JORGE LUIS FRÜCHTENICHT

REGISTRADA BAJO EL N ° 21 CANO DEL LIBRO DE SENTENCIA DEFINITIVAS DEL AÑO 2012. CONSTE.