Comodoro Rivadavia, de agosto de 2013.

VISTOS Y CONSIDERNDO:

Estos autos caratulados: **"T. I. P. S.A. c/ L. S.R.L. s/ PREPARA VIA EJECUTIVA" Expte N°376/2013**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución Nº 2, Secretaría Nº3 (Expte. N°1005/2009), por haber interpuesto la actora a fs. 499 recurso de apelación contra la resolución de fs. 490/491vta., que dispone la reducción del recargo en concepto de penalidad por mora fijándolos en el 24% anual.-

I.- En su memorial (fs. 505/511vta.) se agravia el recurrente porque considera que el magistrado hace lugar al planteo de la demandada en oportunidad de contestar la cuarta ampliación de liquidación, entrando en colisión, con la teoría de los actos propios. Ello toda vez que no cuestionó oportunamente la validez de la multa pactada.- Asimismo sostiene que se vulnera el principio de preclusión procesal y se avanzó sobre la cosa juzgada y el derecho de propiedad.- Sostiene que desde el inicio estuvieron detalladas las multas pactadas y su cuantificación por los períodos primigeniamente liquidados, que se corrió traslado a la contraria y ésta nada cuestionó. Asevera que la validez y cuantía de las multas pactadas quedó firme por cuanto ello fue motivo de agravio por parte de la demandada en oportunidad de apelar la sentencia de primera instancia y fue confirmada por la Alzada. Finalmente señala que ambas partes son sociedades comerciales a las cuales mas allá de la normativa en cuestión se le aplica los estándares del Código de

Comercio a los fines de la justa ponderación de sus conductas. Agrega que la ley presume onerosos sus contratos, como así también la profesionalidad con que actúan y la plena libertad para vincularse, debiendo la demanda pagar la multa en cuestión dado su flagrante incumplimiento y su conducta obstaculizadora y litigiosa. Hace reserva del caso federal.

Corrido traslado a fs. 512, los mismos no son contestados.-

II.- El día 22 de abril de 2009 inició prepara vía ejecutiva y se peticiona se condene al pago de $311.490,39 con más los acrecentamiento de la deuda que se continue generando en virtud del contrato de locación (julio/2007 a octubre/2008), sus respectivos intereses punitorios y multas diarias contractuales pactadas y los moratorios de uso judicial (fs. 25/27).- A fs. 64 se traba embargo por dichas sumas, mas ($62.200) que corresponde por intereses y costas del juicio.-

A fs. 160/161vta. el juez manda a llevar adelante la ejecución hasta que la demandada pague a la actora la suma de $311.490,39 con más los intereses. Al capital de condena, desde la mora del deudor y hasta su efectivo pago, se le aplicaran los intereses a la tasa activa que para sus operaciones de descuento comerciales a treinta días publique el banco de la Nación Argentina con más los intereses punitorios y multas diarias pactadas en el contrato de locación.- Dicha sentencia fue apelada y confirmada por éste Cuerpo.-

A fs. 206 (28 de junio de 2010) la actora amplia demanda por los importes devengados entre el

01/11/2008 y el 28/02/2010 por similar origen y conceptos expuestos en la demanda en la suma de $922.110,75 y a fs. 911 traban embargo.-

A fs. 212 obra constancia que el día 15 de septiembre de 2010 se confeccionó el cheque Nº****** por la suma de $311.490,39 en la causa 1004/09 que corre por cuerda.

A fs. 235/236 (14/12/2010) el juez manda a llevar adelante la ejecución hasta que la demandada pague a la actora la suma de $922.110,75 con más los intereses.

El 22/12/2010 se libra orden de pago a favor del Dr. Nieto por la suma de $922.110,75 el cual corresponde a cuenta de liquidación (fs. 254).-

El 30 de diciembre de 2010 el B. C. S.A. informa que se transfirieron los fondos de la cuenta Nº*********-* por $1.168.711,01 a la cuenta Nº*********-*.-

A fs. 285, 17/05/2011, la actora amplia demanda por los importes devengados entre el 01/03/2010 y el 30/04/2011 por similar origen y conceptos expuestos en la demanda en la suma de $306.644,25.-

A fs. 320/323vta. de fecha 12 de mayo de 2011 obra sentencia definitiva Nº 852/2011 del Juzgado de Ejecución Nº 1 donde se hace lugar a la demanda de desalojo ordenando poner en posesión del inmueble al actor. Surge de los considerandos que de fs. 259 del desalojo surge que el apoderado de la demandada hizo entrega de las llaves del inmueble.

A fs. 331/332 obra mandamiento diligenciado por el cual ponen a la actora en posesión del inmueble de fecha 15 de agosto de 2011.-

El 11 de noviembre de 2011 el juez hace extensiva la sentencia a los nuevos plazos y cuotas vencidos por la suma reclamada de $306.644,25 con más sus intereses (fs. 347/348vta.); apelada la sentencia la misma es confirmada por la Alzada.-

El 29 de junio de 2012 se libra orden de pago a favor del Dr. Nieto por la suma de $306.644,25 correspondiendo a cuenta de liquidación (fs. 414 y vta.)

El 30 de julio de 2012 la actora amplia demanda por los importes devengados entre el 01/05/2011 y el 15/08/2011 por similar origen y conceptos expuestos en la demanda en la suma de $26.100,87 (fs. 419 y vta.).- A fs. 421 se ordena el libramiento del mandamiento de intimación de pago y embargo por dichas sumas.-

El 06 de noviembre de 2012 el juez hace extensiva la sentencia a los nuevos plazos y cuotas vencidos por la suma reclamada de $26.100,87 con mas sus intereses (fs. 441/442vta.).-

A fs. 455, 23/11/2012, se libra orden de pago a favor del Dr. Nieto por la suma de $26.100,87 el cual corresponde a cuenta de liquidación.-

El día 01 de febrero de 2013 la actora practica liquidación de los créditos pendientes a su favor, por capital, multas e intereses y gastos causídicos, con los acrecentamientos acaecidos tanto en referencia a las multas contractuales devengadas por la mora mantenida por la demandada, cuanto por intereses, cuya suma asciende a $3.161.647,65 (fs. 458/468).-

A fs. 474/480 la demandada impugna liquidación y denuncia conflicto de orden público;

cláusula penal excesiva e inaplicabilidad de la misma, como así también se queja de la inclusión del impuesto al valor agregado. Practica su propia liquidación.- Cita jurisprudencia. Solicita se morigere la cláusula penal.-

Corrido traslado, la actora contesta a fs. 484/486, solicita el rechazo del escrito y la consecuente aprobación de la liquidación con costas.

El día 07 de mayo de 2013 se dicta sentencia haciendo lugar parcialmente a la impugnación del por el demandado y se dispone la reducción del recargo en concepto de penalidad por mora fijándola en el 24% anual, debiendo practicarse nueva liquidación; la cual viene apelada.-

III.- En forma liminar es dable señalar que cuando el Tribunal de Alzada asume plena competencia sobre todo el material litigioso, puede examinar todos los aspectos de lo que ha sido materia de apelación.

De la liquidación practicada por la actora a fs. 458/468 se observa que se dividió la liquidación en 4 etapas más un detalles de gastos. En cada etapa se discriminaron las siguientes columnas: el capital más IVA; los días de mora; multa diaria; total de la multa; capital más multa; período en que se calcula el interés; días acumulados de intereses y el monto de los intereses conforme la tasa activa del Banco Nación.-

Advertimos que las sentencias ordenaban: al capital de condena, intereses a la tasa activa que para sus operaciones de descuento

comerciales a treinta días publique el banco de la Nación Argentina, desde la mora del deudor y hasta su efectivo pago, con más los intereses punitorios y multas diarias pactadas en el contrato de locación.-

Por lo expuesto las liquidaciones efectuadas adolecen de un error esencial que no puede ser convalidado, ello en tanto se han incluido intereses moratorios sobre la multa que no estaban ni pactados ni ordenados.-

La metodología adoptada conduce a un resultado desproporcionado y basado en la exclusiva voluntad del ejecutante.

Otra cuestión relevante es que en la liquidación practicada por la actora tampoco se descontaron las sumas percibidas y que fueron reseñadas al efectuar la síntesis del caso juzgado.-

Huelga señalar que es primordial la imputación de estas sumas ya que sin duda impactan en la extensión de la multa.-

Entendemos que las deficiencias señaladas obligan a revocar la decisión apelada. Ello, teniendo en cuenta que el exceso de la cláusula penal pactada en el contrato de locación solo podrá ser valorada en el marco de la liquidación que debe ser realizada conforme a los parámetros reseñados.- En este contexto la decisión del juez es prematura,.

Insistimos la antifuncionalidad de lo pactado no puede ser juzgada en abstracto en tanto no estamos ante un contrato de mutuo; las prestaciones reciprocas pactadas tienen su fuente en un contrato de alquiler.- Además la cláusula penal no sólo importa una

liquidación por anticipado de los daños y prejuicios que el incumplimiento de la obligación cause al acreedor sino que también tienen una función eminentemente compulsiva, pues agrega un estímulo que mueve psicológicamente al deudor al cumplir la prestación principal para eludir así la pena, lo cual no constituye óbice a la posibilidad de su reducción cuando su monto resulte desproporcionado con "la gravedad de la falta que sancionan" (Cfme. Llambías J.J. "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones" T I, p. 387, Nro. 316).

Por los vicios señalados se revoca la sentencia de fs. 490/491vta.-

En la instancia de origen, deberá practicarse nueva liquidación conforme las pautas indicadas.-

IV- En atención a cómo se resuelve las costas se imponen por su orden. Los honorarios se regularán de conformidad con lo normado por los artículos 5 a 8, 13, 32 y 46 y concordantes del régimen arancelario vigente ponderando para su determinación el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión.

Por ello la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1º) Revocar la sentencia de fs. 490/491vta. por los fundamentos dados en los considerandos.-

2º) Ordenar que en la instancia de origen, se practique nueva liquidación conforme las pautas indicadas.-

3º) Costas de la Alzada por su orden.-

Regular los honorarios profesionales de los Dres. E. N. y R. C. W., conjuntamente, en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los honorarios regulados en la instancia de origen.-

4º) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 511.-

5º) Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

La presente se firma por dos vocales de Cámara en razón de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando NAHUELANCA y concordar en la solución del caso (Ley V Nº 17).-

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS