Puerto Madryn, de Diciembre de 2014.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"F., R. L. c/ C., L. D. y otra s/ Ejecución de Alquileres" Expte. 268 Año 2014** venidos del Juzgado de Ejecución (Expte N° 1349/13), por haber interpuesto a fs. 27, el letrado apoderado del actor recurso de apelación, contra la Sentencia Interlocutoria Registrada bajo el Nº 916 del año 2014, de fs. 24/25.

I. A fs. 08/09 el Ab. L. Á. N. en representación del Sr. R. L. F., inicia juicio ejecutivo por el cobro alquileres impagos y la multa diaria por la falta de restitución del inmueble, con más los intereses moratorios pactados en la cláusula tercera del contrato de locación celebrado.

A fs. 24/25 el Sr. Juez de grado resuelve llevar adelante la presente ejecución hasta que el acreedor se haga efectivo pago de la suma de $42.500 (pesos cuarenta y dos mil quinientos), con más los intereses del considerando cuarto, desde la mora y hasta el momento del cobro.

Dicha resolución es apelada por el letrado apoderado de la actora, interponiendo recurso de apelación a fs. 27, fundando su memorial a fs. 29/32.

Indica que la multa establecida en la cláusula segunda del contrato de locación fue abiertamente dejada de lado en la sentencia ejecutiva, omitiéndose la pretensión de condena respecto de la misma.

Explica que la mencionada cláusula fue pactada para el supuesto en que el demandado no desocupare el inmueble el día estipulado o que el mismo no pudiera ser recibido por el locador, por lo que el derecho a su percepción por parte del actor resulta indiscutible.

Señala que la facultad contenida en el art. 656 del Código Civil es de excepción, y supone la observancia de determinadas pautas establecidas

por dicha norma, por lo que considera poco prudente el ejercicio del mismo en el caso de autos.
Sostiene que la retención del demandado por más de 15 meses es un incumplimiento que justifica aplicar la cláusula penal pactada.

II. Nuestro sistema jurídico, más puntualmente la legislación de derecho privado, reconoce el principio de autonomía de la voluntad, (arts. 1197, y concs. del C. Civil).

El recurrente apunta en sus agravios al principio de inmutabilidad de las penas que puedan fijarse ante el incumplimiento de una de las partes.

Hasta no hace muchos años era conteste el criterio normativo conforme al cual el régimen era el de la inmutabilidad de la pena. Hoy, el criterio es diverso, ya que se han establecido normas concretas que habilitan la mutabilidad de la cláusula penal por entenderse que si la misma es excesiva, debe facultarse al juez a que revea el monto de la misma.

Cabe recordar que la cláusula penal es un instituto polivalente: proporciona un incentivo para la conducta debida del deudor, esto es el cumplimiento específico de su obligación (función compulsiva o estimulativa), y fija de antemano el monto indemnizatorio para el caso de incumplimiento (función indemnizatoria), sea éste definitivo (cláusula penal compensatoria) o temporario (cláusula penal moratoria) (Llambías, Obligaciones, Tº I, nº 316, p. 421, nota; Borda, Obligaciones, Tº I, nº 181, p. 172; Rinessi, A.J., "Cláusula penal", en LL 1994-B-266; Campagnucci de caso, R.H. "Incumplimiento del deudor y cláusula penal", en LL 1994-E-622).-

La cláusula penal tiene entonces, además de la función compulsiva, una función indemnizatoria, que se superpone a la anterior o la desplaza, y rige

aunque no haya perjuicio para el acreedor, conforme así lo dispone el art. 656 del Código Civil.-

Queda claro entonces, que un cometido, es la valuación convencional anticipada de los daños que pueda sufrir el acreedor por la inejecución de la obligación principal. Sirve así a los intereses de este, pues al ser presumida la relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el monto tarifado para la pena, no debe probar la existencia del perjuicio; y es útil también a los intereses del deudor, ya que si incurre solamente en culpa-y no en dolo- en el cumplimiento, la pena pactada limita su deber resarcitorio al monto de la prestación prevista para ella.-

Luego de la reforma introducida por la ley 17.711, el carácter de inmutabilidad absoluta que caracterizaba a la cláusula penal fue atenuado a través del agregado del segundo párrafo del art. 656 del CC, que permite al deudor solicitar la reducción de una pena exorbitante, configurándose una inmutabilidad relativa.-

En virtud de ello, la doctrina legal permuta el criterio de la nulidad total de la cláusula, para inclinarse firmemente hacia la potestad judicial para reducir las penas a sus justas proporciones cuando sean evidentemente desmesuradas.-

Para que sea procedente dicha reducción deben darse, a tenor de lo dispuesto por la norma citada, dos presupuestos, uno objetivo y otro subjetivo.-

En primer lugar, el juez deberá apreciar si el monto de la pena es desproporcionado (presupuesto objetivo), brindando la norma ciertas pautas que permitirán apreciar si el requisito se encuentra cumplido. En tal sentido menciona: la gravedad de la falta cometida, el valor de las prestaciones y las demás circunstancias del caso, lo cuál implica a la noción de equidad.-

De acuerdo al nuevo texto agregado por la ley17.711 al art.656, una pena es abusiva cuando el juez estima prudencialmente, que existe una ausencia de equilibrio moral (desproporción) entre la importancia de la pena establecida y el reproche que merece la conducta del deudor.

En este lineamiento, consideramos que la cláusula segunda del contrato, que prescribe que por cada día de demora en desocupar el inmueble y entregarlo en las condiciones convenidas, sea por vencimiento del plazo contractual o por haberse producido algunas de las circunstancias consideradas extintivas frente al incumplimiento del locatario, este último se hará pasible de una multa diaria equivalente al 60% calculado sobre el monto del alquiler vigente a ese momento y hasta la restitución del inmueble en las mismas condiciones en que le fuera entregado. En virtud de ello se presume iuris tantum la existencia de un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor, sin justificación (art. 954 segunda parte C. Civil).

De tal manera, la decisión del Sr. juez de primera instancia de reducir la multa pactada, aparece razonable y equitativo, si se toma en consideración lo preceptuado por el art. 622 del Código Civil, aplicable a un supuesto de incumplimiento del obligado.

El principio *pacta sunt servanda* que rige en los contratos, no tiene un fin en sí mismo y la Constitución Nacional no garantiza su inmutabilidad, pues la legislación los somete a principios de equidad, moral y orden público, en cuya función los jueces pueden y deben modificar los alcances de sus cláusulas en cuanto se oponen a esos valores superiores. (Conf. C. Nac. Civil Sala M, 31/11/2003, LL2005-A-875).

Las convenciones de las partes no pueden ir en contra de la moral, de las buenas costumbres y del ejercicio funcional de los derechos; los jueces están facultados, aun de oficio, a adecuar a esos parámetros las prestaciones que

no los respeten, labor esta en la que se halla no sólo involucrado el contenido ético de la labor jurisdiccional, sino además el orden público. (Conf. C. Civ. y Com. San Martín, Sala 2º, 10/03/2002, Juba B2002450).

"La misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia no pueden prescindir de la "ratio legis" y del espíritu de la norma, ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común; tanto de la tarea legislativa como de la judicial" (Fallos 249:37 y sus citas La Ley, 104-29; Bidart campos, germán J., "La Corte Suprema", p. 59).

De lo hasta aquí expuesto se desprende que no cabe hacer lugar al presente agravio, por lo que deberá confirmarse la sentencia de la instancia anterior en todo cuanto ha sido materia de agravios.

III. Las costas de esta instancia se imponen al apelante vencido (art. 69 CPCC); regulándose los honorarios correspondientes al Dr. L. Á. N. en un 25%, de los correspondientes a la primera instancia (arts. 5, 6, 13, y ss. de la ley arancelaria).

Por lo expuesto, la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn,

R E S U E L V E:

1) CONFIRMAR la Sentencia Interlocutoria registrada bajo el Nº 916 del año 2014 de fs. 24/25, en todo lo que ha sido materia de agravios.

2) IMPONER las costas de la Alzada al apelante vencido (art. 69 CPCC).

3) REGULAR los honorarios del Dr. L. Á. N. en un 25% de los correspondientes a la primera instancia (arts. 5, 6, 13, y ss. de la ley arancelaria).

4) REGISTRESE. NOTIFIQUESE, Y DEVUÉLVASE.

La presente sentencia es firmada por dos Jueces de Cámara en virtud de encontrarse el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi en uso de licencia compensatoria y concordar en la solución del caso (Art. 8 y 9 Ley V N° 17).

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SIC.