

En Cipolletti, Provincia de Río Negro, a los 2 días del mes de setiembre de 2014, reunidos en acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IVta. Circunscripción Judicial, con asiento de funciones en esta ciudad, integrando a éstos efectos el Tribunal el Dr. Luís F. Méndez, por subrogancia legal para dictar sentencia en autos caratulados: “BATISTA MARTA RAQUEL Y OTRA C/ RODRIGUEZ MAGNANI LUIS Y OTROS S/ ORDINARIO” (Expte. N° 2461-SC-14), y resulta

Previa discusión de la temática del fallo a dictar y formulación de las cuestiones a resolver, con la presencia de los miembros del Tribunal de lo que da fe el actuario, corresponde votar en primer término a la Dra. María Alicia Favot, quien dijo: Que de conformidad con lo acordado corresponde tratar las siguientes cuestiones: ¿es ajustada la sentencia apelada? ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

I.- Vienen los autos a resolver al Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 100 contra la sentencia dictada el 11/12/2013. Siendo otorgado libremente el recurso de apelación a fs. 101.-

A fs. 113/117 la actora manifiesta que se agravia en primer lugar porque la resolución del aquo, si bien reconoce la obligación de pago de las demandadas, lo hace a partir del plazo establecido en el acta librada ante CEJUME, y no desde que fuera cursada la intimación. Expresa que del acta ante el mencionado organismo, surge que se le otorgaba unos días más para que diera cumplimiento a la anotación de litis y poder escriturar, pero no se acordó ni se convalidó la mora incurrida por los demandados. Es más se convino que en caso de incumplimiento se garantizaba con el embargo de un inmueble.-

Alega que incurre en un error el aquo por cuanto interpreta que se le perdonó el plazo que va desde el 18/04/2008 a 30/03/2009, por cuanto nada dice el acta de eso, solo se le otorgó un plazo más que cumpliera, sin renunciar a la mora producida. Agrega que además de incumplir con lo acordado el demandado, no contesto demanda y pese a ello el aquo lo beneficia con la reducción del plazo.-

En segundo lugar se agravia el apelante por cuanto considera que yerra el aquo al reducir el monto de la cláusula penal en forma desproporcionada, violando la voluntad de las partes. Indica los elementos doctrinarios para que opere la revisión judicial: la gravedad de la falta y el valor de las prestaciones. Respecto del primero agrega que el deudor al momento de iniciar la relación contractual no podía desconocer la existencia de una medida cautelar (anotación de litis), la que impediría la escrituración del

inmueble; por ello surge la mala fe del demandado. Con relación al segundo supuesto expresa que el Art. 656 otorga un privilegio excesivo para la categoría de los deudores y que el juez procedió a la reducción del monto sin que estuviera en juego el orden público y/o las buenas costumbres, premiando el incumplimiento, mala fe y abuso de confianza del demandado. Por último, requiere que en caso de hacer lugar a la petición se regulen sus honorarios acorde con el nuevo monto. Hace reserva de caso federal y solicita se haga lugar al recurso incoado.-

No siendo contestado el memorial de agravios, a fs. 119 pasan los autos al acuerdo para dictar sentencia.-

II.- En primer lugar, para comenzar a analizar el recurso, es necesario recordar que la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación (Art. 652 CC). Existen dos tipos de cláusulas, moratoria o compensatoria. La primera es la que se aplica en caso de retardo imputable en el cumplimiento de la obligación y su pago es acumulable a la ejecución de la prestación principal. Es sustitutiva de los daños y perjuicios moratorios (Art. 655). (AMEAL, Oscar J., en “Código Civil Comentado”, Director A. Belluscio, Astrea, Tomo 3, comentario art. 652, p. 202- Idem CAZEAUX Pedro N. y TRIGO REPRESAS Félix A., Derecho de las Obligaciones, 2da. edición, primera reimpresión, p. 390).-

En el caso de autos, existe una cláusula penal pactada por las partes en el contrato de Compraventa (fs. 7/8), que en su parte pertinente específica que “...en todos los casos de incumplimiento para con las obligaciones que a cada una de las partes correspondan, la parte incumplidora se obliga a abonar a la otra una suma diaria de pesos cien (\$100) en concepto de indemnización por los daños y perjuicios que el incumplimiento causare...”. Frente a tal estipulación es que la parte solicita que se le otorgue el monto correspondiente a todo el lapso de tiempo transcurrido desde la fecha en que se intimó a la parte demandada a la realización de la escrituración, hasta el día en que se cumplió con la obligación. Sin embargo adelanto mi voto por la negativa del agravio, por los motivos de hecho y de derecho que mencionaré en lo sucesivo.-

Se observa que en fecha 19/12/2008 las partes acuerdan concederse un plazo hasta el 31/03/2009 para la escrituración del inmueble, conforme surge del acta obrante a fs. 9. De lo que se deriva que hubo un consentimiento tácito de la actora en otorgar un nuevo plazo al demandado para cumplir con su obligación de escriturar. Esta interpretación surge porque de no haber sido de éste modo, entiendo que la actora no habría llegado a

un acuerdo en el CEJUME, sino que directamente hubiera iniciado un proceso judicial tendiente a exigir el cumplimiento forzoso de la obligación y el resarcimiento de los daños correspondientes.-

Respecto del segundo agravio, referido al monto de la cláusula penal, el Art. 655 CC, determina que la pena o multa entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses, y que el acreedor no tiene derecho a otra indemnización aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente. El Art. 656 CC, expresa que al pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno. No obstante, el segundo párrafo (agregado por la ley 17.711) expresa que los jueces pueden reducir las penas cuando su monto sea desproporcionado respecto a la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, si configurarían un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.-

Las pautas que la doctrina (en abstracto) considera que debe aplicar el juzgador al momento de analizar una cláusula penal, según Alterini, Atilio Aníbal en “La cláusula penal flexible” (LA LEY 01/04/2009 , 1 • LA LEY 2009-B , 1119, Cita Online: AR/DOC/1358/2009) son las siguientes:

1. La gravedad de la falta sancionada. El deberá evaluar no solo el interés patrimonial del acreedor, sino también su afección, o sea todo interés legítimo.
2. El valor de las prestaciones y el daño sufrido: La desproporción debe existir al momento de la aplicación de la cláusula. La facultad judicial no es absoluta, por ello, aún reducidos sus efectos, debe cubrir los daños ocasionados.
3. La naturaleza y origen de las prestaciones a las cuales accede. Por lo general, el objeto de la cláusula penal es un porcentaje sobre el monto debido al acreedor. Existe por ello, una cierta analogía con el tema de la relación entre capital e intereses.
4. Abusivo aprovechamiento de la situación del deudor. En este punto, el tema se conecta con el instituto de la lesión (art. 954 C.Civil) La desproporción debe ser en sí misma objetivamente exorbitante. Lo decisivo es el elemento objetivo, que erige la aplicación mecánica en una conclusión inmoral, ilícita.
5. Interés demostrado para escriturar.

En el caso, la parte compradora había recibido en tradición el inmueble. Esto implica que la prestación del vendedor había sido parcialmente cumplida. Este cumplimiento parcial permitió al comprador disponer del uso y goce de la cosa en su dimensión material o física, de lo cual se deduce que no hubo daños respecto de la falta de

posesión del inmueble. Por ello si se redujo el monto que surge de la aplicación de la cláusula, es porque existe una comparación entre la magnitud del daño y su reparación, y la suma que surge de la estipulación resulta excesiva. Le asiste razón al aquo en cuanto realiza la comparación entre el monto del contrato de compraventa y el valor obtenido de aplicar el monto de pesos cien por día a todo el término que dura el incumplimiento, por cuanto de dicho cálculo aritmético, se observa que la suma que arroja la aplicación estricta de la cláusula pactada por las partes deriva en un monto superior al valor del inmueble objeto de litigio.-

Según un criterio jurisprudencial, pese a los términos del Art. 656, basta el exceso manifiesto y notorio, pues él torna la cláusula en contraria a la moral y a las buenas costumbres (Se ha pronunciado en favor de la revisión de oficio la CNCiv., sala A, 27/9/85, "Veccio c. Hernández", LA LEY, 1986-B, 50; sala G, 4/12/80, "La Gaviota Soc. en Com. por Accs. c. Cuccaro", ED, 92-586; 21/3/83, "Soc. Militar Seguro de Vida c. Banco Provincia de Buenos Aires", LA LEY, 1984-A, 492 y ED, 104-397; ídem, 17/6/88, "Soraci c. García", JA, 1990-II-131; CNCom., sala A 14/12/89, "Productos Farmacéuticos Doctor Gray S. A. c. Esterilización Longhi Hnos." (si el defecto aparece manifiesto y su comprobación no requiere una previa investigación del hecho), LA LEY, 1990-C, 365; CNEspecial Civil y Com., sala 5ª, 12/3/87, "Forciniti c. García Pilar", JA, 1988-II-61 (pero en el caso rechazó el reajuste por no considerar que la cláusula fuese abusiva); sala VI, 29/3/85, "Ferreira c. Gordin", ED, 122-667, núm. 921; voto del doctor Tarsia, CApel. CC Mercedes, sala II, 12/7/83, "Heredia N. c. Mazzocchi", ED. 106-372 y siguientes). Afirman 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, en todo caso subsiste la inmoralidad o la ilicitud del objeto de la cláusula penal (CNCiv., sala C, 16/2/88, "Maidana de Pis c. Forlenza", LA LEY, 1989-E, 498/504; ídem, 8/3/88, "Hisi c. Salvati", LA LEY, 1988-D, 522, fallo 38.016-S; sala F, 10/3/88, "Aimasso c. Barmak, LA LEY, 1988-E, 183 y JA, 1989-I-845 (voto de la doctora Conde a quien adhieren los demás integrantes de la sala); 29/3/85, "La Belga S. A. c. Basterrechea, S.A.", LA LEY, 1986-A, 252; CNEspecial Civil y Com., sala I, "Taubauhen Constructora S. A. c. Club Hípico Argentino", LA LEY, 1987-E, 82.).-

Esta Cámara ya ha manifestado respecto de la cláusula penal que: "Al ser un elemento accidental en el contrato bajo análisis, su constitución se realiza mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad, siendo facultad de las partes establecer su existencia,

cuantía y extensión, hallando el límite a la libertad en su determinación, en las disposiciones de orden público, debiendo la misma ser acorde a principios de equidad y razonabilidad, evitando el ejercicio abusivo de los derechos, impedido por nuestro ordenamiento jurídico. Para ver la armonía que reviste la cláusula pactada con lo dispuesto anteriormente, habrá de estarse a la función que las partes le asignaron, de conformidad con las circunstancias del caso, a la luz de los usos del tráfico y las reglas de la buena fe. En tales condiciones, los jueces se encuentran facultados para valorar las conductas de las partes en la ejecución del contrato en su totalidad, pudiendo modificar los valores de la multa, en orden a la equidad y razonabilidad para no convalidar un ejercicio abusivo de los derechos. ("PASCUAL GRACIELA BEATRIZ C/MERCAU MARCOS LUÍS Y OTRO S/ORDINARIO" (Expte. N° 2117-SC-12)).-

En relación al obrar de oficio del Juez de Grado en la reducción del monto de la cláusula, entiendo que atento las funciones de los funcionarios judiciales deben atenerse a la ley aplicable y los principios generales del derecho, y en éste orden de ideas es que estimamos que fue ajustado el razonamiento realizado, en virtud de presentarse en el caso la aplicación de la buena fe contractual (Art. 1198 CC), de la equidad (Art. 907 CC) y del abuso del derecho (Art. 1071 CC), que me permite concluir que mas allá de la ausencia de pedido del demandado, se observa que de la aplicación estricto sensu de la disposición obrante en el contrato particular, resultarían vulnerados los principios mencionados.-

También nuestro Superior Tribunal de Justicia, en referencia al tema ha expresado "Es evidente que la aplicación estricta de la cláusula penal pactada significaría - en la especie -, prescindir de la realidad económica del pleito, en tanto nos conduce - conforme la liquidación - a un resultado totalmente irrazonable e inconciliable con la moral y las buenas costumbres (arts. 953 y 1071, 2do. párrafo del Cód. Civ.). Ante tales circunstancias, los jueces están facultados para corregir cualquier exceso que exista en la convención de la tasa de interés, pues la libertad contractual deja de ser protegida en la medida que afecte el orden público, la moral y las buenas costumbres (CNCiv., Sala E, 111095, "Constantino, Victoria L. c/ Reconquista 1040 y otros", DJ, 1998 - 2 - 222). O dicho con otro giro: la voluntad de las partes fijada contractualmente debe respetarse mientras no atente contra el orden público, la moral y las buenas costumbres. En consecuencia, los jueces, aún sin petición de parte, pueden reducir la tasa de interés convenida, cuando sus importes denotan la existencia de abuso. (CNCiv., Sala K, 02-10-97, DJ 1998 - 2 - 277; conf. Augusto M. Morello, "Liquidaciones Judiciales",

Librería Editora Platense, págs. 143, 144). (Voto del Dr. Soderó Nievas).” (STJRNSC: SE. <40/04> "LEMAN S.A. c/ M., G. y Otros s/ EJEC. ALQUILERES s/ CASACION", (Expte. N° 18368/03 - STJ), (13-05-04). SODERO NIEVAS - BALLADINI - LUTZ).-

Tiene dicho el Máximo Tribunal Nacional que más allá que "la conducta del deudor moroso es la que generó la aplicación de la pena, ello no legitima el progreso de una pretensión resarcitoria que constituya un abuso del derecho prescripto en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 1071 del Cód. Civil, y en especial, por el art. 656, segundo párrafo, de ese cuerpo legal en el que se faculta a los jueces a "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" (S 530 XXXV Recurso De Hecho "Sigma Octantis SRL c. Hansung Ar. SA" CSJN 03/05/2001, eIDial AA915).-

Por otra parte, el hecho que una cláusula penal haya sido libremente convenida, no empece a que los tribunales puedan, con prudencia, poner en juego sus facultades morigeradoras. Esta facultad del órgano jurisdiccional puede ser puesta en práctica de oficio, cuando el desborde aparece manifiesto y su comprobación no requiera una previa investigación (Almada de Belini, Francisca Vilma c. BOTBOL, Alberto s/cobro de sumas de dinero, Sentencia Definitiva CNCiv. sala I Nro. de Recurso: 1087670 Fecha: 14-3-1995 Vocal Preopinante: FERME, eIDial AEAC2.).-

Por toda la jurisprudencia y doctrina aplicable al caso, es que estimo no corresponde hacer lugar al segundo agravio.-

Frente a tal orden de ideas es que determino que la morigeración a la que arribara el a quo resulta equitativa y ajustada a las particularidades de la cuestión, y por ende propicio la confirmatoria de la sentencia, fijándose los honorarios de la letrada de la recurrente en un 25% de lo regulado en la instancia anterior. Lo que así decido.

El doctor Marcelo Gutiérrez dijo:

1.- Al fundar su recurso la parte actora esgrime tres agravios contra la sentencia dictada a fs. 97/99 vlta., y cuestiona lo decidido por el "a quo" en lo concerniente: a) la fecha inicial desde la que se computa la "cláusula penal"; b) la reducción de los montos convenidos para ese instituto; y c) en su caso el reajuste de los honorarios profesionales de la letrada interviniente.-

2.- Con respecto al primer agravio habré de coincidir con los fundamentos y la solución propuesta por el primer voto.-

Si bien pudieron existir vicisitudes e incumplimientos contractuales del deudor durante

el lapso que va desde la celebración del boleto de compraventa de fs. 7/8 vlta. hasta la suscripción del acuerdo de mediación, lo cierto es que éste último significó un nuevo curso para las obligaciones contractuales pendientes, dado que -con toda claridad- se convino una prórroga del plazo para escriturar, el que se extendió hasta el día 31 de marzo de 2009. Esa modificación en el plazo para el cumplimiento de la obligación esencial del vendedor (deudor) implicaba, necesariamente, que este último sólo se encontraría en “mora” luego de fenecido el término final convenido. Conforme reza el art. 654 del Cód. Civil, la cláusula penal recién es operativa cuando “...el deudor que no cumple en el tiempo convenido”; y el art. 655 también presupone que “...el deudor se hubiere constituido en mora”.-

Va de suyo, entonces, que la operatividad de la cláusula penal acompaña la constitución en (y el estado de) “mora”; y -por no mediar previsión convencional expresa al pactarse la prórroga- no puede retrotraerse esa penalidad a tiempos anteriores a la misma; pues esa ampliación del plazo para escriturar ha debido ser un elemento determinante para que el deudor acordara en sede de mediación del modo en que lo hizo, habiendo el acreedor también manifestado su aquiescencia con ello.-

3.- Sin mengua de esa coincidencia con el voto de la señora Jueza ponente, respetuosamente he de permitirme disentir en lo concerniente al restante agravio sustancial de la apelante; esto es: la reducción del monto de la cláusula penal.-

Debe reconocerse que se trata de una materia opinable, como lo demuestra las numerosas opiniones (todas valiosas) jurisprudenciales y doctrinarias, a que ha dado lugar ese aspecto de la implementación práctica de la “cláusula penal”; y más particularmente en lo tocante a su reducción “oficiosa” por los tribunales.-

4.- Recuérdese que en su redacción original el código de Vélez establecía la regla de la inmutabilidad de la cláusula penal que -aun cuando admitía excepciones- jugaba tanto en favor del acreedor como del deudor. Con la reforma de la ley 17.711 se introdujo la llamada “inmutabilidad relativa”, que admite la modificación por los jueces, dentro de los parámetros que allí se mencionan.-

Pero una vez aceptado por la ley que la cuantía de la “cláusula penal” puede ser modificada en un juicio, resta por aclarar -primero- si esa reducción puede disponerse “de oficio” , y luego determinar cual es “la medida” de la misma en cada caso.-

5.- La llamada “cláusula penal” prevista en nuestro ordenamiento sustantivo “...es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación” (art. 652 y s.s. del

Cód. Civil). Su finalidad es asegurar el cumplimiento de la palabra empeñada, y también evaluar en forma convencional y anticipada el eventual “daño” que puede sufrir la parte afectada, ante incumplimientos de la contraria, eximiéndose al beneficiario de demostrar la existencia del daño y obtener de la fijación judicial de su cuantía.-

En lo concerniente a la posibilidad de los tribunales de proceder “de oficio” a una reducción de la “cláusula penal”, la doctrina y jurisprudencia no es unívoca.-

De las opiniones a favor de una declaración oficiosa (he de reconocer que se halla muy difundida) da adecuada cuenta el ilustrado voto que antecede, que incluye la mención de un precedente del STJ. Pero no menores razones asisten a quienes han postulado un criterio distinto. Se trataría, en mi opinión, de un debate sobre una cuestión legal; pero que se inscribe dentro de un marco ideológico que varía según la concepción que se tenga de la autonomía de la voluntad, y del alcance de las facultades estatales para interferir (de oficio) en los contratos entre particulares.-

A guisa ilustrativa puede mencionarse que en su obra “La Cláusula Penal” la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci opinaba que “...el juez no puede declarar de oficio la reducción. Este aserto es consecuencia de que para la determinación de si una cláusula penal es o no excesiva se necesita acreditar una serie de elementos fácticos (objetivos y subjetivos) que deben ser propuestos por las partes al juzgador. La sentencia judicial que reduce la cláusula por excesiva sin petición de parte supone aceptar como notorios hechos que deben ser probados; priva a las partes de la oportunidad de defenderse ofreciendo prueba en contrario; en suma, vulnera el derecho de defensa en juicio al privar al acreedor del derecho de aportar pruebas sobre la no existencia del exceso o del aprovechamiento. En el sentido indicado se ha pronunciado importante doctrina y jurisprudencia.” (op. cit. pág. 127, Ed. Depalma, 1981).-

Son los litigantes quienes deben llevar al juicio los hechos que serán objeto de conocimiento y prueba, quedando los tribunales sometidos (como principio) a esa plataforma casuística. Máxime cuando una de las funciones de la “cláusula penal” es tarifar perjuicios por anticipado, y con ello dispensar a las partes de pruebas referidas a la existencia y cuantía de dichos perjuicios. No se trata de “intereses” o de una compensación por la privación de un capital dinerario, sino que constituye una indemnización tarifada de “daños y perjuicios” contractuales, que puede incluir otros rubros (a más del interés compensatorio), como ser el posible un lucro cesante e inclusive el daño extrapatrimonial o moral (vid. Kemelmajer de Carlucci, op. cit. pág. 167/168, y sus citas jurisprudenciales).-

Si bien nuestro ordenamiento legal no convalida el ejercicio abusivo de los derechos, va de suyo que el uso de posibilidades correctoras requiere el pedido de la parte que se estime perjudicada, pues si el juez dispusiese de libres y amplias facultades para sustituir la inacción de los interesados, los contratos y la propia “cláusula penal” perderían su función compulsoria, y con ello su sentido y razón de ser; ya que siempre terminaría por ser preferible esperar desde un principio la apreciación y fijación judicial de los daños y perjuicios (vid. E. Wayar, *Obligaciones*, Tº 2, pág. 97, A. Kemelmajer de Carlucci, op. cit. pág. 89) .-

El instituto no consagra sólo una “presunción” de daño, sino que constituye una verdadera determinación y tarifación anticipada y convencional del perjuicio, a la vez que dispensa de la prueba del mismo. Esa venia legal se vería suprimida en caso de dejarse la operatividad o no del instituto librada al puro arbitrio judicial, en que el juez sustituye la voluntad de las partes expresada (prima facie) con intención, discernimiento y libertar.-

A mi modo de ver no puede asumirse (sin invocación ni prueba) que hubiera vicios de la voluntad en las partes al convenir la cláusula. La ley establece que los yerros no perjudican cuando ha habido razón para errar, pero “...no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable. Es evidente que quien contrata suponiendo que el incumplimiento no se producirá, actúa negligentemente, no previendo lo previsible” (conf. Kemelmajer de Carlucci, op. cit. pág. 106). Inclusive al pactarse la “cláusula” puede ínsitamente preverse la incidencia de factores extraños a los propios suscribientes, como serían la inflación, la pérdida del poder adquisitivo del dinero y el envilecimiento de la moneda (vid. CNCiv., Sala E, del 22.11.77, in re: "Sicilia c/. Nogueira", LL 1978-B-400, y "Braniff c/ Italfina" en LL 146-320).-

No ha de olvidarse el respeto de la autonomía de la voluntad y de la intención de los contratantes (art. 1197 del Cód. Civil), ni que las partes conocen mejor que nadie la entidad de los perjuicios que un incumplimiento, o el cumplimiento tardío, acarrearán.-

En síntesis, y salvo casos extremos (que no es el de autos) en que la cláusula penal ofende de manera estrepitosa, notoria, manifiesta y confiscatoria el orden público o la regla moral y las buenas costumbres, al punto de constituir una usura solapada, considero que la posibilidad de modificar y/o reducir la “cláusula penal” requiere el inexorable planteo por parte del interesado, dado que la temática -como toda cuestión de esencia patrimonial- queda, en principio, en la esfera de los derechos disponibles y

renunciables. No es razonable que un tribunal se erija en censor oficioso del modo en que ciudadanos particulares disponen de sus propios patrimonios. No hay ningún orden público comprometido en ello. Se ha dicho que la función morigeradora del juez debe limitarse a corregir los abusos y no a establecer equivalencias por puro (o presunto) espíritu de equidad (conf. C.Civ. Sala D, ED, 30-272).-

Desde mi perspectiva, entonces y por esa sola cuestión, corresponde hacer lugar al recurso en el aspecto indicado, dado la incomparencia e incontestación de la demanda y del recurso de apelación por parte de los deudores; que son varios.-

6.- Agrego a mayor “addenda” que -siempre en mi opinión- en el “sub examine” no se verifica ningún exceso notorio, ni manifiesto, ni una confiscación, ni se está ante un supuesto de usura descalificable. La eventual “desproporción” debe existir y subsistir al momento de la aplicación de la cláusula, no bastando que pudiera parecer excesiva a la fecha de su concertación, si no que debe ello subsistir y serlo cuando se la ejecuta, es decir: al momento de exigir la pena (vid. A. Kemelmajer de Carlucci, op. cit. pág. 133 y s.s.), luego de la demanda y la sentencia. Si bien el monto del contrato fue establecido en una divisa extranjera (u\$s 10.000), la “cláusula penal” fue fijada en moneda nacional (\$ 100 diarios), y en términos actuales este monto no representa un porcentaje mensual irrazonable respecto del capital.-

No puede coonestarse que el incumplimiento del deudor durante un prolongado lapso de tiempo, opere y redunde finalmente a su favor, por efecto de las vicisitudes de la depreciación monetaria y la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, generando con ello un enriquecimiento indebido del incumpliente.-

7.- En orden al agravio por los honorarios expresado a fs. 116 vlta., valdrá puntualizar que las actoras recurrentes Marta Batista y Patricia Boero no tienen por sí solas, legitimación, ni interés jurídico, para apelar los estipendios regulados a su letrada, pretendiendo que sean elevados. En su caso ha de ser la misma profesional, ejerciendo su “propio derecho”, quién debía impugnar el pronunciamiento en ese aspecto. No habiéndolo hecho no corresponde modificar lo resuelto en ciertos parámetros regulatorios (vgr. división en etapas, etc.).-

No obstante ello, y aplicando en consecuencia los parámetros de estilo señalados por el “a quo” y la división en etapas (se transitó sólo una), se advierte que inclusive terciando el reajuste previsto por el art. 279 del CPCC para los emolumentos de la primera instancia, la fijación del honorario se adecua a los mínimos para el tipo de proceso, por lo que corresponderá mantener la regulación establecida en la instancia inicial.-

8.- En orden a la segunda cuestión, y conforme lo expresado, propondré al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 100, a tenor de los agravios de fs. 113/117, y revocar en igual medida la sentencia de fs. 97/99 vlta. Consecuentemente modificar el artículo primero de la parte dispositiva del fallo apelado, haciendo lugar a la demanda promovida por Marta Raquel Batista y Patricia Mabel Boero y condenando a Luis Rector Rodríguez Magnani, Marcela Antonia Rodríguez Iborra y Gloria Esther Rodríguez Magnani a abonar a las nombradas en primer término, la suma de setenta y un mil setecientos pesos (\$ 71.700) en concepto de capital, con más los intereses a computar del modo indicado en el fallo de la instancia anterior, y en el plazo y condiciones allí fijadas. Las costas de ambas instancias a los demandados perdidosos.-

Por su actuación en esta instancia los estipendios de la letrada patrocinante, doctora Elba Yolanda Mansilla, se fijan en el 30% de los establecidos en la vía inicial (art. 15 y ccstes. de la L.A.).-

Por todo ello, ASI LO VOTO.-

El Dr. Luis F. Mendez dijo:

Llamado a dirimir la diferencia de opiniones expresadas por los Sres Jueces que me han precedido en orden de votación, adelanto que adhiero al voto de la Dra. María A. Favot. En orden a tal cuestión, y teniendo en consideración que la diferencia de opiniones versa respecto a la posibilidad de los tribunales de proceder "de oficio" a una reducción de la cláusula penal, comparto y hago míos los fundamentos dados en fecha reciente por la Sala "D" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en autos caratulados "Reggio Cristian Hernán c/ Argerich 4880 S.R.L. s/ Ordinario" en pronunciamiento del día 08 de abril de 2014, y en cuyo voto ponente -Dr. Pablo D. Heredia- se dijo: "...corresponde observar que esta Sala -en su actual integración- tiene admitida la posibilidad de una actuación de oficio a fin de analizar la eventual exorbitancia de cláusulas penales y, en su caso, proceder a una reducción a sus justos límites (causa nro. 4805/2008 "Yacoplast S.A. c/ Molinos Río de la Plata S.A. s/ ordinario", sentencia del 21/6/08, voto del suscripto; en igual sentido: CNCom. Sala A, 14/12/89, "Productos Farmacéuticos Dr. Gray S.A. c/ Esterilización Longhi Hnos. SA", LL 1990-d. p. 365; id. Sala A, 22/12/89, "Emar S.A. c/ Seidman y Bonder SCA"), criterio que es el que prevalece en la doctrina y la jurisprudencia como bien lo destaca Kemelmajer de Carlucci, A. en la obra de Bueres, A. y Highton, E., Código Civil y normas complementarias -análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, 2006, t. 2-A, p.

564, y el que, valga observarlo, también ha aceptado implícitamente a su vez la Corte Suprema de la Nación, al rechazar la existencia de exceso en el ejercicio de la jurisdicción por parte de una cámara de apelaciones que trató lo atinente a la desmesura de una cláusula penal invocada en el memorial (conf. CSJN, 18/12/90 "Luchini, Alberto c/ Macrosa Crothers Maquinarias SA", fallos 313:1461, considerando 8 y LL 1991-D, p.97 con nota de Monti, EJ, Perfil de la Corte Suprema y la cláusula penal excesiva).  
ASI VOTO.

En mérito a ello la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,  
RESUELVE:

- I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 113/117, con costas a su cargo (Art. 68 CPCC).-
- II.- Regúlense los honorarios de la Dra. Yolanda Mansilla en el 25 % de lo regulado en Primera Instancia (Art. 15 L.A).-
- III.- Regístrese, notifíquese y vuelvan.-

Con lo que terminó el ACUERDO, firmando los Sres. Jueces, Dres. María Alicia Favot, Marcelo A. Gutiérrez y Luís F. Méndez, por ante mí que certifico.-

Dra. Maria Alicia Favot Dr. Marcelo A. Gutiérrez Dr. Luís F. Méndez  
Jueza de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

Dra. María Marta Gejo  
Secretaria de Cámara Subr.