



Causa n°:

122876

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Registro n° :

CFM

REG. SENT. NRO. 322 /17, LIBRO SENTENCIAS LXXIII. Jdo.
18

En la ciudad de La Plata, a los 21 días del mes de Diciembre de 2017, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelación, doctores Jaime Oscar López Muro y Ricardo Daniel Sosa Aubone, para dictar sentencia en los autos caratulados: "CURTELO MIGUEL RAUL Y OTRO/A C/ ROCA MARIO SERGIO Y OTROS S/ COBRO EJECUTIVO DE ALQUILERES " (causa: 122876), se procedió a practicar el sorteo que prescriben los artículos 168 de la Constitución de la Provincia, 263 y 266 del Código Procesal, resultando del mismo que debía votar en primer término el doctor Sosa Aubone.

LA SALA RESOLVIO PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES:

1ra. ¿Resulta ajustada a derecho la apelada sentencia de trance y remate de fs. 82 y vta.?

2da. ¿Resulta procedente el recurso interpuesto a fs. 158?

3ra. ¿Resulta procedente el recurso interpuesto a fs. 164 y vta.?

4ta. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A la primera cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Sosa Aubone dijo:

I. El juez a quo dictó sentencia de trance y remate que –en lo que resulta de relevancia para el recurso traído- sobre el capital adeudado de \$350.000 en concepto de alquileres mandó liquidar intereses pactados en el contrato de locación obrante a fs. 3/5, cláusula 9a., siempre que el cálculo de los mismos no supere el 24% anual, suma ésta comprensiva de los alquileres adeudados por el inquilino desde el 20/01/2016 por la suma de \$175.000 y desde el 20/02/2016 por la suma de \$175.000, según denuncia de fs. 33 vta. 4° párrafo, los que correrán desde el vencimiento de cada uno de los períodos aludidos y hasta su efectivo pago (art. 509 del CPCC).

II. Esa forma de decidir la cuestión convocante motivó el alzamiento de la actora mediante recurso de apelación que funda con los agravios explicitados a fs. 85/86. Reclama que se aplique el interés punitivo libremente pactado, pues el marco legal permite solo morigerar los compensatorios (art. 771 CCC). Agrega que se trata de una obligación netamente comercial, pues se trata un alquiler de un hotel con fines comerciales, no una vivienda.

La crítica llega sin réplica de la contraria.

III. Cabe referir que al presente caso debe aplicarse el Código Civil y Comercial normativa en función de su art. 7 CCC, en consideración que la fecha del contrato locativo ha sido suscripto luego del 1° de agosto de 2015, momento en el que entró en vigencia la nueva normativa fondal. Asimismo, entendemos que a la solución del caso no son de aplicación las leyes de defensa del consumidor.



Causa n°:

122876

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Registro n° :

IncurSIONANDO en el análisis de la protesta, yerra el apelante al sostener que la normativa aplicable permite morigerar los intereses compensatorios, más no los punitivos. El 771 CCC autoriza morigerar cualquier tipo de intereses, y aun la capitalización de los mismos, siempre que excedan, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Respecto de los intereses punitivos -regidos por las normas sobre cláusula penal conforme el art. 769 CCC-, están regulados específicamente en el art. 794, párr. 2 CCC, que también confiere facultad al juez para morigerarlos y establece que la reducción procede cuando "su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

En ese sentido se ha dicho: "*El art. 769 del CCyC determina que los intereses punitivos convencionales se rigen por las normas que regulan la cláusula penal. Por su parte, el art. 771 del CCyC ha venido a introducir una suerte de pauta objetiva que no estaba presente en nuestra legislación civil, que para alguna doctrina puede ser aplicada de oficio. Y el art. 794 segunda parte, del mismo cuerpo legal dispone que "Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta el valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor". Así las cosas, encuentro que el nuevo ordenamiento no ha variado la solución contenida en el anterior, en su art. 656 (conf. agregado ley 17.711): la morigeración de la cláusula penal depende de que su monto sea desproporcionado con la gravedad de la falta, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias, para configurar un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor, dado su inmutabilidad relativa (arg. art. 794 del CCyC).*" (CC0102 MP 161757 206-s S 16/08/2017, "CONSORCIO PROPIETARIOS EDIFICIO CALLE GARAY N° 2845 C/ LUIS FIORENTINI E HIJOS SACIF S/ COBRO EJECUTIVO DE EXPENSAS").

El art. 771 ultimo párrafo CCC señala que los intereses pagados en exceso se imputan al capital, y una vez extinguido este, pueden ser repetidos, pues el pago de los intereses excesivo constituye un pago sin causa. Por lo que los importes pagados indebidamente deben ser imputados a reducir el capital y, cuando este quede extinguido, procede su restitución al deudor.

Atento que el agravio es desestimado y no existe agravio subsidiario, propongo confirmar la decisión recurrida.

En conclusión, voto por la **AFIRMATIVA**.

A la primera cuestión planteada, el Dr. López Muro dijo: que por análogas razones a las meritadas por el colega preopinante adhería a la solución propuesta y en consecuencia también votaba por la **AFIRMATIVA**.

A la segunda cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Sosa Aubone dijo:

IV. El juez *a quo* el 27/6/2017 a fs. 149/151 rechazó la nulidad articulada por la ejecutada a fs. 179/181 de todas las actuaciones por no



Causa n°:

122876

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Registro n° :

haber sido dirigido el mandamiento de intimación al domicilio real de los ejecutados. También rechazó la multa por temeridad y malicia petitionada por la ejecutante considerando que no puede concluirse que el apoderado hubiera litigado con conciencia de su sinrazón o con propósitos meramente dilatorios, toda vez que puede haberse creído con derecho a litigar.

V. El ejecutante a fs. 158 interpone recurso contra esta resolución, el cual es concedido a fs. 159 y fundado a fs. 160/162, y arriba a la alzada sin contestación. Se agravia por la denegatoria a la multa por temeridad y malicia considerando que el apoderado, siendo un abogado con años en el ejercicio de la profesión, no pudo creerse con derecho a realizar un planteo tan claramente improcedente, por resultar uniformes la interpretación de las normas y jurisprudencia sobre el tema de la validez del domicilio constituido en un contrato con firma certificada. Además la interposición de la nulidad sería maliciosa porque el domicilio elegido en el contrato es el de su estudio jurídico de Capital Federal, donde recibió y contestó todas las cartas documento en el intercambio epistolar anterior al proceso. Por lo que entiende que recibió el mandamiento y eligió no contestar para luego pedir la nulidad y lograr así que sus clientes permanezcan en la ocupación del hotel una temporada más. Por lo que el planteo tuvo fines meramente dilatorios. Citando al ejecutante: "si este obrar no recibe la condena que la propia ley prevé, el derecho continuará siendo territorio de los abogados que desprestigian tan honorable profesión".

VI. En cuanto a la declaración de temeridad y malicia, cabe señalar que requiere una cautelosa apreciación, frente a lo que puede constituir una limitación al ejercicio del derecho de defensa en juicio, por lo que cabe descartar un criterio riguroso en la aplicación de la sanción procesal (esta Sala, causas 82.698, reg. sent. 297/96, sent. del 5-11-1996 y 94.980, reg. sent. 104/08). La utilización de los derechos de defensa improcedentes como regla no ha de reputarse temeraria o maliciosa, siendo el pago de las costas la sanción habitual a quien se ha opuesto equivocadamente (art. 18 de la Constitución Nacional).

Tal sanción debe ser aplicada con extrema prudencia por las delicadas implicancias que ella tiene respecto del derecho de defensa. De todo lo cual se deriva el carácter restrictivo de su aplicación, que queda reservada sólo a los casos en que se ha litigado a sabiendas de la propia sinrazón o cuando es palmaria la utilización del proceso en contra de sus fines, sea para dilatar su curso o impedir el cumplimiento de lo decidido (Cám 1º, Sala I, causa n° 214.326, reg.sent.173/93, ídem causa n° 221.575, reg.sent.196/95 y causa n° 229.457, reg. sent. 363/97 entre otras).

La interposición de la nulidad en el presente caso no se revela temeraria y maliciosa puesto que existe alguna doctrina minoritaria que entiende que el domicilio real de los ejecutados es donde debe diligenciarse la cédula de notificación de la demanda, por lo que el demandado pudo creerse con derecho a interponer tal defensa.

En conclusión, voto por la **NEGATIVA.**



Causa n°:

122876

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Registro n° :

A la segunda cuestión planteada, el Dr. López Muro dijo: que por análogas razones a las meritadas por el colega preopinante adhería a la solución propuesta y en consecuencia también votaba por la **NEGATIVA.**

A la tercera cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Sosa Aubone dijo:

VII. A su vez a fs. 164 y vta. apela la decisión de fs. 149/151 también el demandado. El recurso es concedido a fs. 170, fundado a fs. 171/174 y contestado a fs. 177/178.

Se agravia del rechazo de la nulidad cuando la notificación de una demanda ejecutiva debe dirigirse al domicilio real de los ejecutados y no al constituido en el contrato. Agrega que la notificación bajo responsabilidad no es válida y que es nula por entregarse al encargado del edificio y sin dejar aviso. Asimismo señala que de hacer lugar a la nulidad debe tratar la contestación de demanda y en especial el efecto cancelatorio del depósito efectuado en autos.

VIII. Yerra el apelante al sostener que el mandamiento de intimación debió dirigirse al domicilio real de cada uno de los ejecutados y no al especial (art. 75CCC). El contrato de alquiler de un hotel base de la ejecución donde se eligió un domicilio contractual para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan (cláusula 9) posee firmas certificadas por escribano. Por ello las notificaciones e intimaciones efectuadas en él son válidas -salvo prueba en contrario de su modificación - y los firmantes deben soportar la consecuencia de su negligencia al no tomar las precauciones necesarias para que lleguen a su conocimiento dichas actuaciones. La prueba del domicilio real de los ejecutados no enerva la validez de la notificación dirigida al domicilio constituido a los efectos del contrato máxime cuando no se trata de una relación de consumo (arts. 75, 314 y cctes. del CCC).

Respecto del agravio referido a que no es exigible acreditar el momento en que se tomó conocimiento del vicio nulificante, este no es un argumento que sostenga el fallo atacado, sino que por el contrario el *a quo* señala que no lo declarará extemporáneo por ese motivo y trata el planteo.

Acerca de que la notificación bajo responsabilidad no es válida porque no está contemplada en la normativa procesal, la misma es una creación pretoriana que emana del art. 338 última parte del CPCC, es una fórmula corriente en la praxis judicial, y fue reglamentada por la Suprema Corte en el "Reglamento sobre el Régimen de Receptorías de Expedientes, Archivos del Poder Judicial y Mandamientos y Notificaciones" (arts. 177, 180, 189, 190, 191, 202 y 219 Ac. 3397) y la SCJN (Ac. 9/90 y Acordada 19/90, modificadas por Resolución 188/07 de fecha 26 de abril de 2007 del Consejo de la Magistratura). La modalidad de emplazamiento "bajo responsabilidad de parte" presume que se han realizado las diligencias necesarias tendientes a localizar el domicilio del accionado, y que ha logrado establecer que aquél se encuentra en el lugar denunciado, por lo que ante la posibilidad de que este último quiera sustraerse a los efectos del emplazamiento, otorga validez a dicha forma de notificación, partiendo de la base de que aquélla es la primera interesada en extremar las precauciones con el objeto de evitar la



Causa n°:

122876

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Registro n° :

nulidad y el pago de las costas, sin perjuicio, claro está de que la validez de tal notificación queda condicionada en definitiva a la exactitud de la afirmación efectuada, vale decir, al hecho de ser efectivamente dicho domicilio el del demandado (doct. art. 338, últ. parte, Código Procesal; esta Sala LP119929, RSD 85/16, S. 19/04/2016 "NAREAS S.R.L. C/ GARAT ORLANDO OSCAR S/INCIDENTE (EXCEPTO LOS TIPIFICADOS EXPRESAMENTE)". En el caso sub lite se ha notificado en un domicilio válidamente constituido por los ejecutados.

Respecto a la alegada nulidad por falta de aviso, porque fueron entregados a un encargado y no a persona de la casa sin aclarar porque, incumpliendo el art.338, 339 CPCC y Ac. 3397/2008, cabe señalar que son dos impugnaciones diferenciadas.

En el presente caso el mandamiento de intimación se diligenció a través de la Oficina de Mandamientos y Notificaciones de Capital Federal por ser el domicilio al que iba dirigida en la calle Uruguay de CABA, por ende se regirán en cuanto a sus formas por la ley del tribunal de la causa y se diligenciarán de acuerdo a lo que dispongan las normas vigentes en el lugar donde deban practicarse (art. 339 CPCC y art. 6 ley 22.172).

Lo cierto es que -al igual que en nuestra provincia- el aviso previo no es un requisito en el diligenciamiento de un mandamiento de intimación de pago, sea o no diligenciado bajo responsabilidad de la parte, conforme las normas de la CABA. Y se permite entregar la intimación al encargado del edificio (inc. A c) del art. 153 Ac. CSJN 9/90 modif. resol. 188/2007; art. 185 Ac. SCBA 3397, 141 CPCCN y CPCC), como sucedió en el caso (fs. 74).

Conforme el art. 531 inc. 2 CPCCN (similar al art 529 CPCC) no es indispensable la presencia del ejecutado, por lo que puede realizarse válidamente el acto de emplazamiento con algunas de las personas que menciona el artículo 141 del CPCCN y CPCC. Es innecesario el aviso previo a que se refiere el artículo 338 ap. 2do. del Código citado, así como la previa declaración de rebeldía ante la eventual incomparecencia del emplazado, pues tales directivas conforman institutos propios de los procesos de conocimiento y por lo tanto ajenos a los de ejecución (arts. 141, 338, 529 del Código Procesal; causa 109.533, rsd 39/2008; Causa 122.427, S 14/11/17, R. 293/17, LI LXXIII).

La jurisprudencia de esta Sala citada por el apelante se refiere a un proceso de conocimiento y no es aplicable al sub lite.

El "aviso de ley" previsto en el artículo 338 2 parr. del Código Procesal se aplica a los casos de traslados de demandas de juicios de conocimiento, en que no se puede entregar a las personas del 141 CPCC, sin antes cumplir con este aviso.

El Reglamento para la Oficina de Notificaciones (Acordada 19/80, modificada por Res. 188/2007) al señalar que las cédulas que se libran bajo responsabilidad del interesado se diligenciarán con aviso previo con abstracción de que el requerido viva o no en el lugar, siempre que el domicilio sea cierto (154 inc. D Ac. 9/90), se refiere a "cuando se trate de



Causa n°:

122876

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Registro n° :

notificar cédulas en las cuales se deba dejar el previo aviso de ley". No para el caso de mandamientos de intimación.

La solución hubiera sido la misma de aplicar la normativa de la provincia de Buenos Aires, pues la Acordada que reglamenta los mandamientos y notificaciones prevé el mandamiento de intimación (art. 218) en diferente artículo que las cédulas de notificación de la demanda (art. 188 Ac. 3397), y regula en especial aquellas en que hay que dejar aviso (art. 190 Ac. 3397). Y para el caso de mandamiento de intimación bajo responsabilidad de la parte el Artículo 219 Ac 3397 señala que "de ser atendido, aun cuando sea informado que el requerido no vive allí, entregará el mandamiento y si no fuere atendido fijará el mismo en el domicilio". Por lo que es claro que no hay que dejar aviso.

En conclusión, voto por la **NEGATIVA.**

A la tercera cuestión planteada, el Dr. López Muro dijo:

Por idénticos motivos voto en igual sentido que el doctor Sosa Aubone.

A la cuarta cuestión planteada el doctor Sosa Aubone dijo:

Atendiendo al Acuerdo logrado, corresponde y así lo propongo: 1) Rechazar el recurso de apelación deducido contra la resolución de fs.82 y vta, confirmándola en cuanto a que el capital devengará los intereses pactados en el contrato de locación obrante a fs. 3/5, cláusula 9a., siempre que el cálculo de los mismos no supere el 24% anual; con costas de alzada al apelante vencido (art. 68 CPCC); 2) Rechazar la imposición de una multa por temeridad y malicia solicitada por el ejecutante, con costas de la alzada a cargo del vencido (art 68 CPCC); 3) Rechazar el recurso interpuesto a fs. 164 y vta., confirmando la denegatoria de la nulidad del mandamiento de intimación de pago, con costas al apelante vencido.

ASI LO VOTO

A la cuarta cuestión planteada el señor Juez doctor López Muro dijo que por idénticos motivos votaba en igual sentido que el doctor Sosa Aubone.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

POR ELLO, y demás fundamentos expuestos se resuelve: 1) rechazar el recurso de apelación deducido contra la resolución de fs.82 y vta, confirmándola en cuanto a que el capital devengará los intereses pactados en el contrato de locación obrante a fs. 3/5, cláusula 9a., siempre que el cálculo de los mismos no supere el 24% anual; con costas de alzada al apelante vencido (art. 68 CPCC); 2) rechazar la imposición de una multa por temeridad y malicia solicitada por el ejecutante, con costas de la alzada a cargo del vencido (art 68 CPCC); 3) rechazar el recurso interpuesto a fs. 164 y vta., confirmando la denegatoria de la nulidad del mandamiento de intimación de pago, con costas al apelante vencido. Atento lo pedido a fs.



Causa n°:

122876

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Registro n° :

182, depósito en pago de fs. 153/154, se ordena efectuar una transferencia electrónica a favor de la actora por la suma de \$ 300.000 como pago a cuenta de intereses y en parte de capital, reservándose la suma de \$ 50.000 para el cumplimiento del art. 21 de la ley 6716, lo que se deberá realizarse en la instancia de origen sin más trámite ni necesidad de consentimiento alguno (art. 34 inc. 5to. CPCC). **REG. NOT. DEV.**