000545/2009

---- Trelew, de septiembre de 2.009.-

---- VISTO:----------

---- El recurso de apelación interpuesto a fs. 87, contra la sentencia de fs. 84/86, concedido que fuera el mismo a fs. 88, fundado mediante el memorial de agravios de fs. 93/94, corrido traslado a la contraria a fs. 96, contestado el traslado conferido mediante las presentaciones de fs. 98/101 y 102/105.----------

---- Y CONSIDERANDO:----------

---- I.- A fs. 84/86 el Sentenciante de grado resuelve no hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta por el demandado J. L. G. y mandar llevar adelante la ejecución promovida por los Sres. J. A. D. F. y J. D. F. contra los Sres. M. M. M. y J. L. G., hasta que la parte actora se haga íntegro pago del capital reclamado de $ 14.600, con más intereses computables en la forma establecida en el considerando respectivo y más la multa establecida en la cláusula décima segunda del contrato de locación. Impone las costas a los demandados vencidos y regula honorarios.----------

---- II.- A fs. 87 el Sr. J. L. G., por su propio derecho, con el patrocinio del Dr. A. Y., apela lo resuelto. Concedido a fs. 88 el recurso interpuesto, expresa agravios mediante el memorial de fs. 93/94.----------

---- Se agravia la parte recurrente del rechazo de la excepción de inhabilidad de título planteada. Invoca que su parte negó la deuda y que el fundamento de la excepción opuesta es la falta de legitimación pasiva por imperio del art. 1582 bis del C.C. y la negligencia y el abuso del derecho de la actora en el cobro. Argumenta que la modificación introducida en la norma produjo una gran innovación respecto del fiador, ya que, cualquiera sea el alcance de su obligación, la misma concluye con el plazo estipulado en el contrato original y no se prorroga sin su expreso consentimiento. Afirma que ello también resulta válido cuando por aplicación del art. 1622, C.C., el locatario continúa en el uso y goce de lo alquilado con el consentimiento del locador que sigue percibiendo alquileres. Señala que la continuidad prevista por la norma citada debe entenderse entre locador y locatario y no respecto del fiador y que la solución no varía porque el fiador se obligue como principal pagador, ya que su obligación está referida siempre al contrato cuyo término de duración está fijado en el mismo instrumento, siendo que más allá de ese término cesa el carácter de principal pagador. Sostiene que su parte carece de legitimación pasiva para ser demandada por deudas posteriores al vencimiento del contrato, esto es el 24/03/03. Puntualiza que no está en discusión la firma del contrato ni que fue garante de M. M.. Considera que no debería estar en discusión que a partir del vencimiento del contrato, por imperio de una norma del Código Civil, no debe pagar alquileres ni aún con la existencia de cláusulas como la Nº 17 a la que el Sentenciante de grado le otorga pleno valor. Es que, analiza, la norma del art. 1582 bis del Código Civil exige el consentimiento expreso del fiador para obligarse

en la renovación o prórroga expresa o tácita del contrato de locación una vez concluido éste. Señala que resulta claro que si entre locador y locatario se suscribe un nuevo contrato al finalizar el anterior se necesitará la firma del garante a fin de obligarlos nuevamente por otro período, pero si simplemente continúan sin suscribir ni documentar la prórroga no puede caer en cabeza del garante el hacerse cargo hasta el último día en que el locatario entregue el inmueble. Destaca que en el caso que nos ocupa ha quedado debidamente acreditada la negligencia y el abuso del derecho de la actora, la que inexplicablemente dejó pasar el tiempo para iniciar la ejecución de alquileres como así también el desalojo del inmueble, en un claro perjuicio hacia su parte. Argumenta que ello surge del expediente de desalojo nro. 788/2005, el que fuera ofrecido como prueba y que posee sentencia del 14/11/06. Puntualiza circunstancias relativas al vínculo que los uniera. Señala que recién el 24/05/07 se inicia esta acción para cobrar una deuda que arranca desde inicios del contrato, esto es del 24/03/01. Relata otras circunstancias en virtud de las cuales afirma que claramente surge la actitud negligente y abusiva del derecho de parte del locador, que, afirma, con su obrar no hizo otra cosa mas que pretender agravar su situación, máxime cuando en el caso de autos el locatario resulta ser un insolvente. Invoca lo dispuesto por el art. 2018 del C.C. Cita jurisprudencia. Peticiona se revoque la sentencia dictada en primera instancia, con costas. En otro si digo puntualiza que hasta la fecha de ingreso del memorial de agravios no se hizo efectivo el desalojo del inmueble.----------

---- III.- A fs. 98/101 el Sr. J. D. F., por su propio derecho, con el patrocinio del Dr. S. P., contesta el traslado que le fuera conferido a fs. 96. Puntualiza que la idoneidad jurídica del título ejecutivo no fue materia de apelación, por lo que en este aspecto el fallo de primera instancia ha quedado firme y consentido. Ingresando en la tarea de contestar los agravios vertidos solicita se declare desierto el recurso interpuesto (art. 265, CPCC). Para el caso de que no se considere de tal modo explicita las razones por las que entiende que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada. Cita jurisprudencia. Hace hincapié en la inaplicabilidad de lo dispuesto por el art. 1582 bis del C.C. Puntualiza que el apelante no tiene en cuenta la excepción a la regla –"... salvo la que derive de la no restitución a su debido tiempo del inmueble locado ..."-. Analiza que no se está ante el típico caso de la renovación o prórroga del contrato de locación, en el cual ante la falta de expreso consentimiento del garante, libera el mismo de toda responsabilidad por aquéllos meses devengados con posterioridad a la prórroga, sino que se está frente al caso receptado por el codificador como excepción a la regla de la liberación del garante, ya que ante la no restitución del inmueble locado, éste último sigue siendo legítimamente responsable y en consecuencia parte del presente proceso. Sin perjuicio de ello advierte que la aplicación al caso de marras del artículo en cuestión es violatoria del principio de irretroactividad consagrado por el art. 2 del C.C., toda vez que la relación contractual comenzó con anterioridad a la entrada en vigencia del mentado artículo, desde el día 24/03/01, mientras que la publicación de la ley fue

realizada el día 23/08/02, esto es 17 meses después de celebrado el contrato que rigió como ley para las partes. Afirma que los efectos jurídicos de la innovación introducida por la ley 25.628 no son aplicables a la relación jurídica consumada el día 24/03/01, ya que esos efectos son “ex nunc”. Sostiene que es por ello que la cláusula nro. 17 de dicho contrato de alquiler es plenamente válida, ya que las partes se sometieron a ella previo a la entrada en vigencia del art. 1582 bis del C.C., debiendo imperar lo convenido por ley para las partes y no una norma posterior que no existía al momento de consumarse la relación jurídica contractual. En lo que respecta al agravio relativo a la alegada negligencia y abuso del derecho, pone de manifiesto que en reiteradas oportunidades se presentó reclamando el pago de los alquileres en forma verbal al Sr. G., conforme lo pactado en el art. 17 del contrato de alquiler celebrado. Critica la exigencia sostenida por la contraria. Cita jurisprudencia que afirma que no puede constituir tema de la materia propia del juicio ejecutivo la defensa del abuso del derecho. Afirma que tampoco es procedente el agravio manifestado respecto de la aplicación del art. 2018 del C.C. Señala que su parte no fue omisa o negligente en la excusión del locatario, que el apelante renunció expresamente al beneficio de excusión y división y que la supuesta insolvencia no fue probada. Concluye que lo planteado por la ejecutada apelante no es materia de inhabilidad. Se opone a la prueba documental acompañada con el recurso de apelación. Reserva caso federal. Peticiona se desestime la apelación planteada y se confirme en todas sus partes el fallo apelado, con expresa imposición de costas a la parte apelante.----------

---- A fs. 102/105 el Sr. J. D. F., por su propio derecho, con el patrocinio del Dr. S. E. P., contesta el traslado que le fuera conferido a fs. 96 en idénticos términos a la respuesta dada a fs. 98/101 por el Sr. J. D. F..----------

---- IV.- Corresponde ingresar al tratamiento de los agravios vertidos, en cuanto el memorial de fs. 93/94 contiene una crítica concreta y razonada de la sentencia de fs. 84/86, cumpliendo con la exigencia establecida por el art. 265 del código adjetivo.--------

---- Ello así, ha de ingresarse en el análisis de los agravios vertidos y de la respuesta dada a los mismos, comenzándose por la oposición de la parte actora a la introducción de prueba documental por ante esta Alzada (ver fs. 101 y 105 ap. III), para luego dar respuesta a las críticas relativas a la denunciada inhabilidad de título fundada en la falta de legitimación pasiva y finalmente a la denunciada inhabilidad de título fundada en la negligencia y el abuso del derecho.----------

---- Incorporación de prueba por ante la Alzada:----------

---- A fs. 92 el co-demandado apelante incorpora junto con su memorial de agravios una impresión correspondiente al sistema Serconex, referida al Expte. Nº 788, Año 2005, del Juzgado en lo Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería con asiento en la ciudad de Rawson.----------

---- Más allá de la irrelevancia de la impresión acompañada, atento a que el juicio a que se refiere se encuentra agregado por cuerda, resulta necesario precisar que el recurso incoado a fs. 87 fue concedido en relación a fs. 88. Y, en tal marco, el artículo 275 del rito establece taxativamente que si el recurso se hubiese concedido en relación “no se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos”.----------

---- En la apelación en relación el procedimiento ante la cámara de apelaciones es meramente decisorio y no instructorio en virtud de que al estar vedada la producción de pruebas y la alegación de hechos nuevos, las actuaciones se reciben en la Alzada para ser resueltas (esta Sala, SIC 131/02, 30/07, entre otras).----------

---- Ello así, ha de ordenarse el desglose de la impresión incorporada a fs. 92 y su reserva en Secretaría para su posterior devolución al presentante.----------

---- Inhabilidad de título fundada en la falta de legitimación pasiva:----------

---- En la defensa de inhabilidad de título queda subsumida la falta de legitimación, que se configura cuando se cuestiona la calidad de quien ejecuta o el hecho de dirigirse la acción contra quien no resulta del título ser deudor de la obligación. Y si bien se ha dicho que la falta de legitimación se refiere a las calidades que surgen del título y no a la relación sustancial subyacente, pues en este caso sería entrar a discutir la causa (Luis A. Rodríguez, “Tratado de la Ejecución”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, t. II-B, pág. 669 y ssgts.), este Tribunal ha señalado que la regla que limita el examen del título a sus formas extrínsecas no puede llevarse al extremo de admitir una condena fundada en una deuda inexistente, cuanto tal circunstancia resulta manifiesta de los obrados, pues de lo contrario importaría privilegiar un excesivo rigor formal con grave menoscabo de las garantías constitucionales (SIC 223/05, Sala B).----------

---- En tal sentido, la discusión referida a la aplicación o no al caso de lo dispuesto por el art. 1582 bis del C.C., atento los términos en que quedara planteada la misma, los que se restringen a interpretar la norma y su operatividad sin que dependa dicho análisis de circunstancias de hecho que deban ser probadas, es una cuestión pasible de ser dirimida en el marco del presente juicio ejecutivo.----------

---- Ello así, cabe comenzar dicho análisis estableciendo si el art. 1582 bis resulta de aplicación al contrato base de la presente ejecución o si, por ser éste último anterior a la publicación en el Boletín Oficial de la norma individualizada, se encuentra vedada su aplicación retroactiva.----------

---- Nuestro Superior Tribunal de Justicia Provincial, con cita de autorizada doctrina, ha tenido oportunidad de señalar que la doctrina de Corte Nacional es que claramente se aplica el art. 1582 bis del Código Civil a un juicio iniciado con anterioridad a su sanción en el que se reclaman alquileres impagos originados en prórrogas tácitas de contratos de locación en la cual no intervino el fiador (STJCh., S.R.E. 72/07).----------

---- Es que, se ha señalado que la nueva ley 25.628, cuya eficacia es inmediata abarca a las consecuencias o efectos, de hecho y de derecho, de las situaciones jurídicas ya existentes que a la fecha de entrada en vigencia de la nueva ley no se encuentren

extinguidas (doct. art. 3, C.C.). La existencia misma de una demanda judicial –aún no definitivamente resuelta- es demostrativa de su no extinción (Luis F. P. Leiva Fernández, “La fianza en la locación ante la Corte Suprema”, L.L.-2004-D-87).----------

---- Con más razón entonces ese criterio se aplica a un juicio promovido casi cinco años después de la publicación en el Boletín Oficial de la ley 25.628 (B.O. 23/08/02) cuando en el juicio la norma fue invocada en su defensa por el fiador.----------

---- En autos el plazo de duración del contrato de locación que obra glosado a fs. 03/04, por el que el Sr. J. L. G. se constituyera en fiador, se fijó en dos años contados a partir del 24 de marzo de 2.001 y venciendo el 24 de marzo del 2.003. Vencido dicho término la locación se prolongó, promoviendo la actora demanda por desalojo el 09/09/05 (ver fs. 11/12, expte. Nro. 788/2005 agregado por cuerda) y demanda por cobro de alquileres recién el día 24/05/07, mas de cuatro años después de la expiración del término del contrato, reclamando los alquileres desde mayo del año 2.001 hasta la fecha de la interposición de la acción.----------

---- Cabe puntualizar que aún con anterioridad a la reforma del Código Civil introducida por la ley 25.628 y sin hacer aplicación de lo dispuesto por el art. 1582 bis del C.C., aparecieron en la jurisprudencia nuevos aires que entendían que la responsabilidad de los fiadores abarca el plazo acordado entre los locadores y la locataria, con más aquel en que esta última -obligada a restituir- se resistiera a cumplir con su deber de entregar el inmueble libre de ocupantes, pero no podía extenderse *sine die* la fianza por el solo hecho de tolerar pacíficamente la parte arrendadora la continuidad en el uso y goce de la cosa por parte de los inquilinos (SIC 139/03 y sus citas).----------

---- Es significativa la diversificación de jurisprudencia existente previo a la reforma del ordenamiento civil de fondo, ganando con el correr del tiempo cada vez mayor aceptación el criterio que establecía que no cabe extender la garantía del fiador por los alquileres devengados una vez vencida la locación hasta la efectiva desocupación del inmueble alquilado, si el locador incurrió en una prolongada inactividad procesal, pues lo contrario importaría colocar a aquél en una situación desventajosa y librada a la voluntad unilateral de este último (CNCiv., Sala F, 06/06/01, L.L., 2001-D-675).----------

---- En tal sentido se sostuvo que, aunque en el contrato de locación se haya estipulado que el fiador, liso y llano pagador de todas las obligaciones del locatario lo es por el plazo del contrato y por todo el término que éste permanezca en el inmueble, lo convenido sólo es aplicable al caso de que el locatario resista la entrega una vez vencido el contrato, pero no implica extender la garantía durante el tiempo que convengan el locador y locatario. La solución no varía ni aun cuando el fiador se obligue como principal pagador (C1aCivyComSanIsidro, Sala I, 16/10/86, DJ, 987-I-39).----------

---- Ahora bien, zanjada la discusión referida a la aplicación al caso de marras de lo dispuesto por el art. 1582 bis del C.C., lo que determina la nulidad de la cláusula Nº 17 del contrato agregado a fs. 3/4 (conf. Art. 1582 bis, tercer párrafo, C.C.), atento la expresa invocación de la aplicación de dicha normativa que se hiciera al oponer el

apelante la excepción de inhabilidad de título (ver fs. 64/vta., ap. IV-A), corresponde establecer si la presente ejecución encuentra o no su fundamento en la excepción consagrada por la norma individualizada. Nótese que de conformidad con lo dispuesto por el art. 1582 bis, primer párrafo, C.C., la obligación del fiador cesa automáticamente por el vencimiento del término de la locación *salvo la que derive de la no restitución a su debido tiempo del inmueble locado*.----------

---- Y, en tal análisis, cabe puntualizar que de la demanda surge, claramente, que lo peticionado fue el pago de alquileres y que no reclamaron los actores por los perjuicios generados por la falta de entrega del bien en tiempo oportuno, salvo en lo que respecta a la aplicación de la cláusula 12ª del contrato de fs. 3/4. Es que, a fs. 6, ap. I.- OBJETO, la parte actora expresamente afirmó: "... Que venimos por la presente a promover formal demanda por COBRO DE ALQUILERES contra M. M. M. ... y J. L. G. ... , en su calidad de fiadora, pagadora principal conforme surge de la cláusula 17ª del contrato ... con más el importe que surge de la aplicación de la cláusula penal de la cláusula 12ª del contrato, intereses y costas del juicio".---------- ---- Ello así, autorizada doctrina ha sostenido que la caducidad de la fianza no libera al deudor de su responsabilidad por la falta de restitución en debido tiempo del inmueble locado. Expresamente se refiere a ello la ley 25.628. El fiador seguirá respondiendo por la falta de restitución a su debido tiempo del inmueble locado. Es el deber inherente al locatario de restituir la cosa al concluir la locación previsto en los arts. 1556 in fine, 1615/17 y 1609 del Cód. Civil, que incumplido genera la obligación de resarcir. Es decir, que el fiador seguirá obligado no ya al pago del alquiler luego de la prórroga, expresa o tácita pero sí al pago de los daños y perjuicios originados al locador por la falta de restitución del inmueble locado luego que se formulara el requerimiento al locatario. También por la cláusula penal que pueda haberse pactado para tal caso (Luis F. P, Leiva Fernández, "La fianza en la locación (el nuevo artículo 1582 bis del Código Civil", L.L., 2002-E, pág. 1031 y ssgts.).----------

---- Ello así, desde esta porción del análisis aún parcial de las defensas planteadas por la parte apelante, la responsabilidad del fiador apelante reclamada en el presente y por la que corresponde llevar adelante la presente ejecución se limita a los alquileres impagos por el período comprendido entre los meses de mayo del año 2001 y marzo del año 2003 y a la cláusula penal pactada por la falta de restitución de la cosa locada, la que conforme lo dispuesto por la cláusula 12ª del contrato suscripto corresponde que sea liquidada desde el 09/09/05 –fecha de promoción del juicio de desalojo conforme cargo de fs. 12, expte. Nro. 788/2005- hasta la fecha de promoción de la presente demanda (24/05/07), sin perjuicio de que una vez liquidada la cláusula comprometida de surgir de dicha liquidación que su monto es desproporcionado, pueda peticionarse o aún resolverse de oficio su reducción.----------

---- <u>Inhabilidad de título fundada en la negligencia y el abuso del derecho</u>:----------

---- Resta analizar el cuestionamiento introducido respecto del título cuya ejecución se persigue, el que se funda en la alegada negligencia y abuso del derecho por parte de los locadores y en virtud del cual la parte apelante pretende se rechace también la ejecución promovida por los períodos correspondientes a la vigencia del contrato de locación respecto del cual se constituyó en garante.----------

---- A diferencia del análisis efectuado en los párrafos precedentes ésta última cuestión propuesta depende de circunstancias de hecho que deben ser probadas y que exceden el marco del presente juicio ejecutivo.----------

---- Basta señalar que al contestar la contraria el memorial de agravio puntualizó "... que en reiteradas oportunidades me he presentado y reclamado el pago de los alquileres en forma verbal y simple al Sr. J. L. G. ..." (ver fs. 100vta. y 104vta., tercer párrafo).----------

---

---- Se ha entendido que la discusión sobre lo sustancial, sobre la legitimidad de la causa, la buena o mala fe del ejecutante, o cualquier otra articulación de la misma naturaleza habrá de quedar reservada para el juicio ordinario posterior (art. 553, CPCC) en el cual se posibilita un amplio debate y en el que podrá hacerse valer todas las defensas vedadas en el presente (Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, Procesos de ejecución – II, pág. 430).----------

---- Atento el sentido en que se resuelve ha de modificarse el modo en que las costas fueran impuestas en la instancia antecedente exclusivamente en lo que refiere al modo en que la ejecución prospera respecto del co-demandado apelante, para imponerse las costas a su respecto en el orden causado (arts. 279 y 558, CPCC).----------

---- Cabe señalar que sin perjuicio de la modificación resuelta, a criterio de este Tribunal los honorarios regulados al Dr. A. Y. por su intervención en la instancia antecedente reflejan el éxito parcial obtenido y se ajustan a las restantes normas del ordenamiento arancelario, por lo que no ha de modificarse la regulación a su favor establecida.----------

---

---- Atento que el éxito obtenido por ante esta Alzada también resulta parcial, las costas por la intervención por ante este Tribunal también han de imponerse en el orden causado (art. 558, CPCC).----------

---- En su mérito, la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew RESUELVE:----------

---- I.- ORDENAR el desglose de la impresión incorporada a fs. 92 y su reserva en Secretaría para su posterior devolución al presentante.----------

---- II.- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fs. 84/86 respecto del codemandado apelante, para mandar llevar adelante la ejecución promovida por los Sres. J. A. D. F. y J. D. F., contra el Sr. J. L. G., hasta que a la parte actora se haga íntegro pago de los alquileres impagos por el período comprendido entre los meses de mayo del año 2001 y marzo del año 2003 (24/03/03), con más los intereses establecidos en la sentencia apelada, y de la cláusula penal pactada por la falta de

restitución de la cosa locada, la que conforme lo dispuesto por la cláusula 12ª del contrato suscripto corresponde que sea liquidada desde el 09/09/05 hasta la fecha de promoción de la presente demanda (24/05/07), sin perjuicio de que una vez liquidada la cláusula comprometida de surgir de dicha liquidación que su monto es desproporcionado, pueda peticionarse o aún resolverse de oficio su reducción.----------
---

---- III.- IMPONER las costas de primera instancia, por readecuación, en lo que respecta a la porción de la demanda ejecutiva que se acoge respecto del Sr. J. L. G., en el orden causado (arts. 279 y 558, CPCC).----------

---- IV.- IMPONER las costas de Alzada en el orden causado (art. 558, CPCC), regulando los honorarios correspondientes al Dr. A. Y., en mérito a la extensión, calidad, eficacia de la labor profesional cumplida por ante esta Alzada y al resultado obtenido, en un 30 % de los que ha su favor han sido establecidos por su intervención en la instancia antecedente, y los correspondientes al Dr. S. P., en un 25 % de los que a favor de la representación letrada de la parte actora fuera fijado por su intervención en primera instancia (art. 13, Ley XIII, Nº 4).----------

---- V.- Tener presente la reserva de caso federal.----------

---- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Raúl Adrián Vergara (art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550).----------

---- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

---- REGISTRADA BAJO EL Nº 207 DE 2009 – SIC.- CONSTE.----------
---

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA