Trelew, de octubre del año dos mil once.----------

--- **VISTO:** ----------

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 202 contra la sentencia dictada a fs. 199/201, concedido a fs. 203, es fundado a fs. 204/209, corrido traslado a la contraria a fs. 212, no lo contestó.----------

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

--- I.- A fs. 199/201 el juez de grado resuelve rechazar las excepciones de prescripción, inhabilidad de título, pago total y multa procesal interpuesta por el demandado. Asimismo, dispone mandar llevar adelante la ejecución hipotecaria contra J. I. M. hasta que el acreedor, Instituto de Asistencia Social de la Provincia del Chubut se haga íntegro pago del capital reclamado de $ 34.465 con más intereses pactados en la escritura hipotecaria, desde la fecha de la mora 08/01/98 y hasta su efectivo pago.-------

---------- II.- Agravia al apelante la decisión del juez de grado en razón de computar el plazo de prescripción decenal a la deuda que se ejecuta, y desestimando el plazo de cuatro años invocado por el ejecutado en razón de su calidad de comerciante, que fuera negada por la actora y respecto de la cual según el juzgador no produjo prueba alguna la demandada.---------

---------- Sostiene que la calidad de comerciante se adquiere por el ejercicio habitual de actos de comercio por cuenta propia, y que la falta de prueba no impide que el tribunal valorando otros medios probatorios pueda formarse convicción sobre la actividad o profesión que ejerce el actor, convicción que se adquiere con los elementos incorporados por el comerciante y con la falta de prueba por parte de quien niega la calidad de comerciante.----------

---------- Refiere que resulta de aplicación a la actora la doctrina de los actos propios, toda vez que en su demanda llama relación comercial a la mantenida con el Sr. M., y que dicha contratación se materializó mediante la suscripción de un contrato de Comercialización de Rifas, con carácter exclusivo para comercializar la rifa de L. A. Añade que en la resolución Nro. 047-1997 del 26-05-97, la propia ejecutante designa al demandado según la ley 4236 y modificatorias, la cual en su art. 59, inc. c, requiere la capacidad para ejercer el comercio, y lo propio establece la resolución 389-2000 del 27-07-00.----------

---------- Aduce que la cláusula tercera del contrato de comercialización de rifas que pretendió servir de base a la presente ejecución hipotecaria, establece que la rendición de las rifas a la ejecutante se haría en forma mensual, y si así se pactó la prescripción opera a los cuatro años desde que cada obligación es exigible, en razón de lo dispuesto en el art. 847, 2da. parte, del inc. 2do, que abarca a todo lo que debe pagarse por años o por plazos periódicos más cortos.---

---------- Respecto a la excepción de inhabilidad de título alega que el juez de grado equivoca su interpretación pues no está referida a la falta de legitimación pasiva que el juez de grado tiene por acreditada con la

escritura de hipoteca y el certificado de saldo deudor, sino a la bondad del título. Aduce que el otro fundamento dado, que establece que no hubo negativa expresa de la deuda por su parte, ello se dijo en el escrito de oposición de excepciones, al señalar que la deuda no se debía, dice desconocer cuál era la prueba que esperaba el magistrado de agrado, porque la determinación de la habilidad del título, es una cuestión de puro derecho, distinto de la falsedad.---------- Indica que se sostuvo que el título era inhábil para proceder ejecutivamente pues provenía de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas, y que la certificación contable no alcanza a integrarlo. Cita doctrina y jurisprudencia en su apoyo.---------- Alega que el título era inhábil y que habiéndose opuesto a la apertura a prueba, se ordenó la prueba a favor del ejecutante, cuando la prueba es para el que opone la excepción, el que viene con el título es el ejecutante y es hábil o inhábil conforme a la ley, no a la prueba. Añade que el perito no pudo determinar la verdadera causa de la deuda o si la deuda existía en los libros de la ejecutante, porque no se le han exhibido los libros contables que contienen los asientos correspondientes al año 1997, no estuvo en condiciones de aseverar que existan saldos pendientes de depósito por parte del ejecutado, y que en el ejercicio contable 2005, se incluye en el rubro Créditos por ventas la suma de $ 34.465 proveniente de L. A., aunque sin especificar el año de origen de dicho crédito a cobrar.---------- III.- A los fines de tratar los agravios formulados por el apelante es menester determinar la naturaleza jurídica de la relación que vinculó a las partes.---------- A) Ley aplicable. Al respecto, el actor y la demandada celebraron un contrato de comercialización de rifas, bingos y campañas de socios en la Provincia del Chubut (ver fs. 14/15), según el cual se le confirió al demandado la comercialización con carácter exclusivo de la rifa de la A., abonando el actor al agente el 30% sobre el valor de venta de los billetes vendidos, siendo obligación del agente rendir en forma mensual del 1 al 10 de cada mes, el valor de los billetes vendidos. Asimismo el agente como garantía del contrato celebrado constituye hipoteca sobre un inmueble de su propiedad. De la demanda glosada a fs. 25/26 surge que la actora promueve formal demanda de ejecución contra el agente por la suma de $ 34.465, que surge del certificado expedido por la gerencia de Contabilidad y Finanzas del Instituto de Asistencia Social. En el petitorio solicita se libre mandamiento de intimación de pago, citación de remate y embargo, en los términos del art. 597 del CPCC y se dé cumplimiento a lo que dispone el art. 598 del mismo código procediéndose a anotar el embargo y requiriendo los informes indicados en los incs. 1 y 2 del citado artículo ante el Registro de la Propiedad Inmueble. La jueza de grado ordena el mandamiento requerido con fundamento en los arts. 523, 531, 542, 40 y 41 del código de rito y ordena la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad Inmueble.---------- En tal contexto, es de señalar que el Sr. M. se obligó a “comercializar”, esto es realizar la venta de la rifa de L. A., percibiendo como

retribución por su labor el 30% de las ventas, debiendo depositar en una cuenta habilitada al respecto en el B. del C. S.A. las sumas de las ventas realizadas. Es decir, durante el tiempo que duró su vinculación con la actora en razón de este contrato, el demandado realizó actos de comercio “en nombre propio”, en la medida que realizó negociaciones que se traducen en la mediación indirecta entre oferta y demanda, propias del corretaje, encontrándose comprendidos los actos realizados en el art. 8 inc. 3 del C. Comercio. Estos actos son de comercio por disposición de la ley y por lo tanto su realización habitual en nombre propio otorga la calidad de comerciante (Conf. Siburu, Juan B. “Comentario al Código de Comercio Argentino”, Ed. Félix Lajouane y Cía Editores, Buenos Aires, 1906, T. III, p. 2, Etcheverry, Raúl Aníbal, “Manual de Derecho Comercial” Parte General, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 289, Halperín, Isaac – Butty, Enrique M. “Curso de Derecho Comercial”, 4ta. edición, Ed. De Palma, Buenos Aires, 2000, vol. I, p. 204).----------

--- Ha de entenderse por habitual la reiteración más o menos constante y prolongada de actos de la misma especie, de modo que la calidad de comerciante se manifiesta en el ejercicio reiterado y relativamente duradero de actos de comercio con el propósito de obtener un rédito. En tal situación cada acto aparece como el elemento de una serie de operaciones vinculadas entre sí por la voluntad del agente de procurarse un medio de vida. No es necesario que los actos sean homogéneos, basta que aparezcan vinculados. Es uniforme la doctrina en sostener que, no es necesario que sea la actividad principal o exclusiva del agente, es suficiente que pueda ser probado el ejercicio profesional y que constituya una fuente estable de ingresos para el que la realiza.----------

--- Y la habitualidad en las ventas realizadas por el demandado surge sin lugar a dudas del informe de la actora solicitado como medida para mejor proveer (ver fs. 98/118). De las hojas del libro mayor surge que el Sr. M. realizaba depósitos en la cuenta asignada con regularidad (12-08, 19-08, 03-09, 10-10, 20-10-97, y así sucesivamente hasta el mes de enero de 1998), respaldadas por los memorandum de fs. 123/137.---------- De lo expuesto, se colige que la calidad de comerciante del Sr. M. es incuestionable, porque se ha probado que realizaba actos de comercio haciendo de ello su profesión habitual (art. 1ro. C. de Comercio). No modifica tal aserto la falta de pruebas respecto de la inscripción ante la AFIP, e incluso su inscripción como comerciante ante la Inspección de Personas Jurídicas porque la calidad de comerciante se obtiene por el ejercicio de actividades comerciales. ----------Tampoco, afecta la conclusión a la que se arriba el desconocimiento de la actora a la calidad de comerciante del ejecutado, teniendo presente que en la hipoteca constituida con motivo del contrato de comercialización a favor del Instituto de Asistencia Social en su cláusula tercera se dispone: “Esta hipoteca se constituye por todo el tiempo que duren las relaciones comerciales del agente con el Instituto entendiéndose al efecto como fin de la relación comercial, el momento en el cual se hallan saldado todas y cada una de las

deudas contraídas, como consecuencia del desenvolvimiento comercial y el cumplimiento de la ley 4236” (sic).----------

--- Esta circunstancia torna aplicable al caso la doctrina de los actos propios, según la cual, la dualidad de actitudes sobre un mismo asunto importa un “venire contra factum proprium nemo potest” que merece en derecho su repulsa, toda vez que a nadie es dado contradecir su anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. Se trata de la doctrina de los actos propios que, emanada de los términos del art. 16 del Código Civil, constituye un principio general del derecho. Es derivación directa del principio de buena fe con fundamento en los arts. 1071 y 1198 del Código Civil, y su aplicación es deber inexcusable para el órgano jurisdiccional, de acuerdo al art. 34, inciso 5, apartado d) del CPCC (esta Sala, S.D.L. 07/04, SIC 166/07, SIF 067/10).--------

--- La esencia de la conducta contradictoria es el impedimento de hacer valer el derecho que en otro caso se podría ejercitar. Lo obstativo se apoya en la ilicitud de la conducta ulterior confrontada con la que precede. La ilicitud reposa en el hecho de que la conducta incoherente contraría el ordenamiento jurídico considerado éste inescindiblemente, noción aplicable en el ámbito extracontractual o contractual -y también y fundamentalmente, dentro del proceso judicial- y que conlleva como sanción, la declaración de inadmisibilidad de la pretensión de quien intenta ponerse en contradicción con su anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (esta Sala, S.D.L. 07/04, SIC 166/07). El fundamento estará dado en razón que la conducta anterior ha generado confianza en que, quien la ha emitido, permanecerá en ella, pues de lo contrario importaría incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de intereses de quien suponía hallarse protegido pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen (esta Sala, S.D.L. 07/04, S.I.C. 152/09, 197/09 S.I.E.16/11).----------

--- Admitido que el Sr. M. realizó actos de comercio que le otorgaron la calidad de comerciante está sujeto a la jurisdicción, reglamentos y legislación comercial -arg. art. 5 del Código de Comercio-, en concordancia con esta norma el art. 7 del mismo código dispone que si un acto es comercial para una sola de las partes todos los contrayentes quedan por razón de él sujetos a la ley comercial. Ambas normas delimitan la materia comercial y llevan a concluir que la ley aplicable al caso de autos es la ley comercial. Ello es así, toda vez que no interesa la calidad de la persona que realiza el acto de comercio, sino el acto en sí mismo, si éste es mercantil, analizado desde un punto de vista objetivo, todos los contrayentes quedan sujetos a la ley y jurisdicción mercantil.----------

---------- B) Excepción de prescripción: La demanda glosada a fs. 25/26, resulta cuanto menos ambigua en su objeto, toda vez que según su título “Promueve ejecución”, luego refiere a “demanda de ejecución” (ver fs. 25, punto II Objeto), y más adelante indica “*nos obliga a iniciar la*

presente acción…por la suma… que surge del correspondiente certificado de deuda expedido por la Gerencia de Contabilidad y Finanzas", pero luego en el petitorio realiza citas legales refiriendo a los arts. 598 y 597 del código de rito.---------- Ello así, se pretende a través de la vía ejecutiva percibir el saldo que adeudaría el demandado por el contrato de comercialización de rifas, que a tenor del informe del perito contador (ver fs. 83) data del 08/01/998, fecha reconocida por la ejecutante conforme surge de fs. 59. Tratándose de una obligación que debe pagarse por años o períodos más cortos (art. 847, inc. 2do. del Código de Comercio) la prescripción opera a los cuatro años del vencimiento de cada cuota (ver Adolfo N. Rouillón – Daniel F. Alonso, "Código de Comercio", Ed. La Ley, Tomo II, págs. 906/907 y 966, Edgardo López Herrera, "Tratado de la prescripción liberatoria" Ed. Abeledo Perrot, págs. 658/659).----------

--- Siendo que el apelante debía rendir las ventas de la rifa del 1 al 10 de cada mes, la deuda prescribe a partir de cada mes impago. Si bien no se cuenta con dicha información, surge de fs. 83 que el saldo que se reclama data del 08/01/1998, de modo que la deuda prescribió el 08/01/2002, que puede extenderse a un año más en caso de existir algún acto suspensivo por parte de la ejecutante. Ello así, dado que la demanda fue interpuesta el 27 de junio de 2006 (ver cargo de fs. 25) cabe acoger los agravios del apelante dado que la acción se encuentra prescripta, correspondiendo revocar el decisorio de grado.----------

--- En razón de la decisión adoptada deviene abstracto expedirse sobre los restantes agravios. Sin embargo, obiter dictum es de señalar que conforme el art. 528, incs. 1. y 7 del Código de rito son títulos ejecutivos los instrumentos públicos y los títulos así establecidos por la ley. Si bien el certificado de deuda de fs. 161 emana de funcionarios públicos, y como tal puede considerarse instrumento público no resulta suficiente a los fines de un proceso ejecutivo, pues legalmente no es título ejecutivo. Ello así a tenor del art. 979, inc. 2do. del CPCC que establece que son instrumentos públicos "*cualquier otro instrumento que extendieren los …funcionarios públicos en las formas que las leyes hubieren determinado*", determinando su validez como tales siempre que "*el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto*" (art. 980 del C. Civil). Y es de señalar que no surge de las leyes 4160 (art. 15), 4236 y 4261 que el presidente y la titular de la gerencia de Contabilidad y Finanzas estén autorizados a emitir certificados de deuda, o que se haya establecido por ley que el certificado de deuda emitido por los firmantes constituya título ejecutivo.----------

--- Es decir, la sola manifestación en la cláusula quinta de la hipoteca (ver fs. 06/10) "*el hipotecante acepta desde ya que se proceda ejecutivamente sobre el bien hipotecado por la cantidad que determine el certificado el deuda expedido por el instituto y/o denuncia de deuda documentada por el agente*", resulta insuficiente para otorgarle calidad de título ejecutivo al certificado de deuda, pues no está expresamente reconocido por la contraparte la exigibilidad de la obligación dineraria reclamada por el

ejecutante.----------

--- Asimismo si fuera del caso que se pretende ejecutar la hipoteca, carece el ejecutante de deuda líquida y exigible a tal fin, toda vez que la deuda derivada del incumplimiento del contrato de comercialización celebrado que se alega no ha sido reconocida por el agente. Es que, el recaudo de exigibilidad que es esencial para configurar un título ejecutivo, no se da en los documentos que instrumentan contratos sinalagmáticos, si del título no surge el cumplimiento de las prestaciones de quien pretende legitimarse ejecutivamente.----------

--- En consecuencia, por las razones expuestas corresponde revocar el decisorio de grado y declarar la prescripción de la acción.----------

--- IV.- Por último en razón de la decisión adoptada, y en uso de las facultades previstas por el art. 282 del CPCC, corresponde adecuar la imposición de costas y la regulación de honorarios de primera instancia.----------

--- Al respecto, las costas de ambas instancias se imponen a la ejecutante vencida (art. 69 CPCC). Asimismo, se adecuan los honorarios de primera instancia a cuyo fin, teniendo en cuenta la calidad, extensión y resultado obtenido por su actuación, se regulan los honorarios del Dr. M. L. en el 8,5% reducido en un 10%, del monto del proceso toda vez que se opusieron excepciones (Arts. 5, 6, 6bis, 7, 36, 39 y conc. de la ley XIII Nro. 4 modif. por ley XIII, Nro. 15) con más el IVA pertinente.---------- Respecto a los honorarios por la actuación en segunda instancia, en mérito a la labor desplegada y su resultado se regulan los honorarios del Dr. M. L. en el 30% de la suma que le sea regulada por su actuación en primera instancia (Art. 13 Ley XIII Nro.4) con más el IVA pertinente. ---------- No se regulan honorarios a los letrados Dres. G. M. Z., G. R. C., y F. A. L., por aplicación del art. 2 de la Ley XIII, Nro. 4, mod. por ley XIII, Nro. 15.---------- ---------- En su mérito, la sala B de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ---------- ---------- I. Revocar el decisorio de fs. 199/201vta, y en consecuencia declarar prescripta la acción.---------- ---------- II. Imponer las costas en ambas instancias a la ejecutante vencida (Art. 69 CPCC).------ III. Adecuar las costas de primera instancia, regulando los honorarios por su actuación en primera instancia, al Dr. M. L., en el 8,5% reducido en un 10%, del monto del proceso toda vez que se opusieron excepciones (Arts. 5, 6, 6bis, 7, 36, 39 y conc. de la ley XIII Nro. 4 modif. por ley XIII, Nro. 15) con más el IVA pertinente.---------- IV. Regular honorarios al Dr. M. L. en el 30% de la suma que le sea regulada por su actuación en primera instancia, (Art. 13 Ley XIII Nro.4) con más el IVA pertinente. ----------

--- V. No se regulan honorarios a los letrados Dres. G. M. Z., G. R. C., y F. A. L., por aplicación del art. 2 de la Ley XIII, Nro. 4, modif. por Ley XIII Nro. 15.----------

---------- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Raúl Adrián Vergara (art. 7 Ley V, Nro. 17).---------- Regístrese, notifíquese y devuélvase al Juzgado de origen.----------

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CAMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2011 - SIE.- CONSTE.-

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA