En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de abril del año dos mil doce, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"V., E. c/ S., M. s/ DESALOJO", expte. nro. 548/11**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución nro. 1 (expte. nro. 1767/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 144), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 117/122vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

I) El Sr. juez de la instancia de grado admitió la demanda y ordenó a M. D. J. S. su grupo familiar o quienes resulten ocupantes a desalojar en el término de diez días el inmueble sito en la calle E. N° **** de la ciudad de Comodoro Rivadavia, bajo apercibimiento de lanzamiento. Impuso las costas al demandado y reguló los honorarios.

II) a. Apela el demandado la decisión. Concedido el recurso y elevados los autos a la alzada, cumple el quejoso con la carga procesal, arts. 262 y 263 del CPCCCh.

Sostiene en el memorial de fs. 147/150 que el actor, sin cumplir el procedimiento especial del art. 5 de la Ley 23091 de locaciones urbanas promueve la acción de desalojo, y es ante dicha anomalía que

interpuso excepción que fue diferida para el momento del dictado de la sentencia, no obstante entender el Sr. Juez tal omisión, admite la demanda.

Agrega que la sentencia es nula por carecer de motivación debida, lo que impide un regular ejercicio del derecho de defensa, ya que desconoce los fundamentos que tuvo el juez para rechazar el planteo de falta de legitimación, ya que reemplaza la fundamentación del fallo por la mera repetición de doctrina y jurisprudencia.

Entiende que es un error porque tal afirmación deja en claro una manifiesta confusión del magistrado entre la acción de cobro de alquileres donde la mora es automática, con la acción de desalojo que exige y depende de la previa resolución del contrato, resultando descabellado concebir una acción de desalojo cuando el contrato se encuentra vigente.

Destaca que la ley de locaciones no es facultativa y la no aplicación por considerarla ritualista, mediante la sola cita de fallos torna la decisión en una violación flagrante del inc. 4 del art. 35 del CPCCCh.

Considera que la sentencia no se encuentra fundada, por lo que incurre en arbitrariedad, y agrega que el art. 5 de la ley de locaciones urbanas no solo es derecho positivo sino que se trata de una norma de orden público.

Añade que denunció que antes de la promoción de la acción de desalojo el actor no rescindió el contrato de locación, no recibiendo requerimiento alguno, y tal omisión no puede ser saneada directamente con la acción judicial porque sería un contrasentido reconocer como acción expedita una acción fundada en una obligación

antes de que esta naciera.

Alega que la jurisprudencia que cita el sentenciante no es de aplicación.

Dice que yerra el Juez cuando manifiesta que frente a las intimaciones realizadas por el actor en sede policial, mediante carta documento y con la notificación de la demanda de desalojo, existía la obligación de restituir el inmueble, ya que no obra en el expediente constancia alguna de recepción de la carta documento, y no obra en autos la supuesta intimación en sede judicial.

b. A fs. 140/141 se agrega la contestación de los agravios, entendiendo que los mismos son insuficientes.

En principio no encuentro motivo para omitir tratar los agravios, ya que los mismos cumplen con el requerimiento del art. 268 del CPCCCh.

Las partes concuerdan que en el mes de agosto o septiembre de 2009 existió entre ellas un contrato de locación sobre el inmueble del Sr. V., departamento del fondo, ubicado en E. ****, aunque difieren en las razones, ya que el demandado alega que fue verbal y por dos años y que se produjo en compensación por el precio de la obra que realizaría y el actor que se debió a que venía recomendado por una vecina.

Entendiendo el demandado que los dos años no transcurrieron y que no existió intimación previa al desalojo, más allá de manifestar que la Sra. de V. le pidió la entrega del inmueble y que en varias oportunidades quisieron desalojarlo por la fuerza, resistiendo y denunciando.

Opuso subsidiariamente el derecho de retención ante la falta de cumplimiento del actor de lo debido.

La demanda tuvo por objeto el desalojo del

inmueble de propiedad del actor por falta de pago.

El demandado opuso excepción de falta de acción por considerar que no se cumplió con lo que manda el art. 5 de la Ley 23091, que representa una condición de admisibilidad formal en toda demanda de desalojo.

Desconoció la carta documento, y aludió a que no se respetó el plazo legal, ni invocó el apercibimiento de rescisión contractual.

Por su parte, al contestar la excepción, el actor sostuvo que el desconocimiento de la carta documento es a fin de dilatar el proceso, que transcurrió en exceso el plazo otorgado desde la intimación y que la rescisión es una consecuencia del incumplimiento.

El Sr. juez, producida la prueba resolvió rechazar la excepción.

Obra a fs. 85/86 informe del Correo Argentino de la CD-********* AR, la que fue entregada al día 5 de mayo de 2010, siendo recibida por C., de allí que el desconocimiento deviene ineficaz, ya que surge de la misma que el destinatario fue el Sr. M. S. y enviada al domicilio de E. N° ****.

Asimismo, surge del texto de la misma que reclaman al remitente hoy demandado los alquileres, de $2500 debidos desde el comienzo de la locación, intimándolo al pago de los mismos en el término de 72 h, bajo apercibimiento de proceder al cobro por vía judicial, con más la promoción de demanda de desalojo.

Alega el excepcionante que la CD no cumple con los recaudos de la Ley 23091, lo que más allá de compartir la jurisprudencia acercada por el sentenciante, ya que el defecto en la intimación previa dispuesta por el art. 5 de la Ley 23091, no ha de traducirse en obstáculo de progreso de la demanda de desalojo por la

falta de pago; “Por otra parte, y en cuanto el pretendido rechazo de la demanda por haberse cumplimentado en forma defectuosa la intimación que prevé el art. 5° de la Ley 23091, cabe destacar que la misma constituye un recaudo de carácter predominantemente formal, que el legislador ha empleado a fin de evitar abusos del locador que no prestada la debida colaboración, hiciere incurrir en mora al locatario, por lo cual no corresponde desestimar una demanda de desalojo por falta de pago por la sola ausencia de la referida intimación” - “Grimaldi Ana s/ sucesión c/Inquilinos y/o subinq. y/o ocupantes de Ugarte 2507 y otro s/ desalojo-otras causales-Sumario. CNCIV - SALA F - 08/02/2002 Elena I. Highton de Nolasco – Ricardo L. Burnichon- Fernando Posse Saguier; se observa que la Ley 23091 en el art. 5 establece: “Previamente a la demanda de desalojo por falta de pago de alquileres, el locador deberá intimar fehacientemente el pago de la cantidad debida, otorgando para ello un plazo que nunca será inferior a diez días corridos contados a partir de la recepción de la intimación, consignado el lugar de pago” y no advierto incumplimiento por parte del actor en la remisión de la documental.

El art. 5° de la Ley 21345 ordena que el locador intime fehacientemente el pago, de modo que ese acto constituya una prueba irrefutable en el proceso, de que la intimación existió, considerándose intimación fehaciente, por ejemplo, la remisión de una carta documento (”Proceso de Desalojo”, Héctor Eduardo Kennny, págs. 207 y sgtes.).

De la documental referenciada se habría omitido la falta de lugar de pago, lo que entiendo no invalida la

misma, en principio por la proximidad de los inmuebles, el mismo terreno, y porque como señal el autor que sigo y ya lo adelantara, la intimación extrajudicial de pago, en lo que a sus requisitos se refiere debe ser interpretado de conformidad con las reglas de la buena fe. Adoptar una posición contraria llevaría al absurdo de hacer prevalecer un simple recaudo formal sobre la verdad jurídica objetiva, con el desmedro consiguiente de la justicia, fin e ideal del derecho.

En relación al plazo acordado, resulta acertada la apreciación del quejoso, ya que la norma impone un plazo de diez días, pero no es menos cierto que entre la recepción de la carta documento 5 de mayo de 2010, hasta la interposición de la demanda, 5 de agosto del mismo año, transcurrió holgadamente el plazo que prevé la norma.

Son razones todas por las que corresponde confirmar el rechazo de la excepción que fuera motivo de agravio.

A mayor abundamiento surge de fs. 89/93 la autenticidad de la exposición policial, la notificación del demandado y su descargo, el que como bien lo advierte el Sr. Juez difiere de los argumentos dados en la contestación de demanda del modo en que comenzó la relación con el actor.

Las costas de la alzada al apelante vencido (art. 69 CPCCCh).

A fin de regular los honorarios que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 5 y 13 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta

Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Desestimar los agravios y confirmar la sentencia de fs. 117/122vta.

2) Imponer las costas al apelante vencido y regular los honorarios de acuerdo al considerando respectivo.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A.) A fs. 133/136 expresa agravios la parte demandada por derecho propio con patrocinio letrado, por entender que la sent. def. del 17/08/11, registrada bajo el nro. 1236 (fs. 117/122vta). El a-quo confirió traslado a fs. 137, habiendo sido contestados por la actora a fs. 140/141.

Por advertencia de la colega preopinante en primer término (fs. 145) a fs. 146 se suspende el término para dictar sentencia a los efectos que la parte demandada apelante en el término de dos (2) días acompañe el escrito de “Presenta memorial de agravios” en debida forma bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado (art. 36 y 119 del CPr. y Acuerdo 1377 del STJCh). Decisión que fuera notificada a la parte apelante demandada (fs. 152/vta.) y a la parte a actora a fs. 153vta.

A fs. 151 se agrega el escrito presentado por el

demandado a fs. 147/150, teniéndose con el mismo por cumplida la manda de fs. 146 y reanudándose el término para dictar sentencia, lo que fuera notificada a las partes a fs. 152/vta. y fs. 153/vta., demandada y actora, respectivamente.

I.B) A fs. 147/150 centra su agravio la parte apelante demandada en cuanto el a-quo, pese a que corrobora la inexistencia de un requerimiento o intimación previa, quedando así de manifiesto el incumplimiento del procedimiento previo impuesto por la ley rechaza la falta de legitimación del actor interpuesta por esta, y hace lugar a la demanda y la condena a restituir el inmueble.

Han llegado firme a esta instancia las decisiones tomadas por el a-quo en los pto. 2do (fs. 119/120) donde rechaza tanto el planteo de derecho de retención formulado por el demandado como pto. 3ero. (fs. 121/vta.), tiene por celebrado entre las partes un contrato de locación verbal por el inmueble de la Calle E. nro. **** de esta ciudad en el mes de septiembre del 2009.

En cuanto a los argumentos que expone el apelante demandado sobre el rechazo de le excepción de falta de acción planteada, después de un exhaustivo y pormenorizado estudio del análisis y criterios efectuados y aplicados por el a-quo (pto. 1ero. –fs. 118/119-), considero que los mismos son acertados, siendo insuficientes e inaplicables las razones e interpretaciones efectuadas a fs. 135/136 por el recurrente demandado.

A dicha meritación arribo, ya que es entendimiento de la suscripta que la intimación previa a la demanda de desalojo, que exige el art. 5° de la Ley 23091,

constituye un recaudo de carácter predominantemente formal, que no tiene un fin en sí mismo, sino que es un medio del que se vale el legislador para evitar abusos del locador que no ha prestado la debida colaboración e hiciera incurrir en mora al locatario, y de dar certeza sobre las sumas adeudadas, posibilitando una fácil liberación y evitando el desahucio (…) Por ello, si se la omite, siempre queda al locatario la posibilidad de consignar lo adeudado al contestar la demanda y, en su caso, cuestionar el cargo de las costas.

La finalidad del artículo 5 de la Ley 23091 no es la de constituir en mora, pues esta se produce en forma automática por el mero vencimiento del término (artículo 509, Código Civil). La finalidad de dicha norma es la de anoticiar al deudor la voluntad del acreedor de acudir a la vía jurisdiccional para satisfacer su pretensión. Por ende, es mayoritaria la jurisprudencia que asigna a la notificación de la demanda en el juicio de desalojo los efectos del citado artículo 5 de la Ley 23091.

Admitido ello, resulta evidente que el requisito formal impuesto por esta norma es prescindible. En el mismo sentido, se ha juzgado que las omisiones o defectos de la intimación prevista en el artículo 5 de la Ley 23091 no obstan al progreso de la acción de desalojo por falta de pago si el locatario no prueba haber abonado los alquileres ni ofrece pagarlos en el proceso, en el cual la notificación de la demanda suple con holgura esa intimación fehaciente. Máxime si aquel había incurrido en mora por el mero vencimiento del plazo establecido en el contrato de locación (cf. crit. R. 272171 - "Góngora, Héctor Julián Pascual c/ Deutsch Oscar s/ Desalojo por falta de pago" - CNCiv - Ssls H -

17/09/1999: elDial.com - AA318).

He de coincidir con la colega preopinante en cuanto a que el plazo acordado si bien legamente la norma de aplicación impone un plazo de diez (10) días, ello carece de entidad jurídica en el presente proceso ya que de la confrontación de: a) la CD********* AR de fecha de entrega el día 05/05/10 recibido a las 12:05 h (conforme informativa prestada por el Correo Argentino - fs. 85/86); b) la de la exposición policial nro. 181 del mes de junio del 2010 y c) la interposición de la demandada (fs. 29vta. día 05/08/10, cf. cargo Auxiliar letrada de Cámara), dicho plazo había sido superado holgadamente de haber querido cumplir el demandado aunque sea consignando judicialmente los alquileres que correspondían.

Por las razones expuestas, arribo a la convicción de que deben desestimarse los agravios planteados por el apelante demandado a fs. 133/136 y confirmar la sentencia en este sentido.

I.C) En virtud de lo decidido en el presente voto, las costas de esta instancia son impuestas al demandado (art. 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" – Digesto Jurídico -). Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento del acuerdo, donde serán regulados los mismos teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4 –Digesto Jurídico-.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y considerar que

esta parte del voto no está comprendida en la manda constitucional del art. 169 CP, a la misma me adhiero.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. García Blanco no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Desestimar los agravios y confirmar la sentencia de fs. 117/122vta.

2) Imponer las costas al apelante vencido, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los Dres. M. A. M. y N. G. A., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) y al Dr. I. A. V. en el veinticinco POR CIENTO (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2012
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"