Puerto Madryn, de Marzo de 2013

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**B. H. S.A. c/ D., A. N. s/ Ejecución hipotecaria (Expte. N° 306 - Año 2012)**, venidos del Juzgado de Ejecución (Expte. N° 873/12), por haber interpuesto la parte demandada a fs. 84, recurso de apelación contra la resolución de fs. 81/83.

I. A fs. 81/83 el Sr. Juez de grado rechaza la excepción de prescripción e inhabilidad de título planteada por la ejecutada. Con relación a la primera de ellas manifiesta que al ser capitalizados los intereses, conforme la cláusula quinta del mutuo hipotecario, el plazo de prescripción es decenal y la fecha de mora data desde el día 18/10/2012, conforme la liquidación de fs. 29, las cláusulas décima y décimo primera del precitado contrato.

Con relación a la excepción de inhabilidad de titulo consideró que la ejecutada no acreditó con prueba fehaciente ser beneficiaria del fondo previsto en el art. 13 de la Ley 24.143 ni decisión del Banco ejecutante al respecto. Manifiesta que este último lo negó en su escrito titulado contesta traslado de excepciones obrante a fs. 74/79 y además acompañó en copia a fs. 73, resolución que dispone la capitalización de la mora existente que registra la operación de la ejecutada.

II. A fs. 84 la parte ejecutada apela dicha resolución. En su libelo recursivo de fs. 86/88 sostiene, con relación al rechazo de la excepción de inhabilidad de titulo, que el magistrado de grado ha sobrevalorado la prueba aportada por la actora. Manifiesta que el actor no ha aplicado los beneficios de la Ley 24.143, que fija un subsidio de los servicios de reembolso de prestatarios que se encuentran afectados por serias situaciones de emergencia.

Expone que la mencionada norma es de carácter imperativo y no deja margen de dudas en torno a que el banco debe subsidiar y no cargar sobre el deudor las consecuencias de su mora, cuando se encuentra acreditado, que las circunstancias eran por entonces y lo siguen siendo ahora, de una gravedad tal que impiden afrontar cualquier pago.

Con relación al rechazo de la excepción de prescripción se agravia en que el *a quo* ha tomado como fecha de mora la denunciada por la parte actora en su escrito de contesta traslado obrante a fs. 73/79. Expone que el último servicio impago data del 01/2000 por lo que, no habiendo aportado la ejecutante a los obrados de primera instancia prueba alguna que hubiese constituido en mora a la deudora mediante algún acto interruptivo idóneo, la mora operó automáticamente desde entonces, conforme la manda judicial del art. 509 del Cód. Civil para las obligaciones a plazo. Agrega que el plazo decenal se encontraba cumplido al momento de iniciarse la pretendida ejecución.

A fs. 90 y vta. la parte actora contesta la expresión de agravios.

III. a).- Así delimitada la cuestión traída a decisión debe analizarse preliminarmente si en las actuaciones caratuladas "B. H. S.A. c/ D., A. N. s/ Ejecución Hipotecaria" que se tienen a la vista, ha existido una interrupción del cómputo del plazo prescriptivo. Al respecto, se advierte que a fs. 27/29 y vta. de las mencionadas actuaciones se ha incoado una acción con fecha 21 de diciembre de 1998, la cual fue desistida a fs. 56 por la misma parte actora, por lo tanto el plazo de prescripción no ha sido interrumpido en los términos del art. 3986 del Código Civil pues, el término "demanda" contenido en dicho precepto debe ser entendido *"...como toda presentación judicial que traduzca la intención de mantener vivo el derecho de que se trate..."* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala II, Marquez, Marcelo Daniel y otros c. Estado Nacional – Ministerio de

Defensa -Dto. 628/92, 07/08/2007, La Ley Online, AR/JUR/9298/2007). Desde esta perspectiva, los supuestos de desistimiento de la acción quedan excluidos de los alcances del art. 3986 del Cód. Civil, de conformidad a lo dispuesto por el art. 3987 de ese cuerpo normativo.

III. b).- Adentrándonos en la cuestión a resolver, vale precisar que la prescripción es una institución de orden público. Ha sido creada por la necesidad de dar estabilidad y firmeza a los negocios, de disipar las incertidumbres del pasado y de poner fin a la indecisión de los derechos, la que, si no tuviera término, sería causa de constante intranquilidad en la vida civil.

Sin ella, no habrían derechos bien definidos y firmes, desde que estarían sujetos a una constante revisión desde sus orígenes. La prescripción tiene la virtud de aclarar y bonificar los derechos, así como de extinguir las obligaciones, liquidando el pasado.

Bajo estos lineamientos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que *"...la prescripción liberatoria, tiene un fundamento de interés público, que es la necesidad social de no mantener pendientes las relaciones de derecho sin que sean definidas en un plazo prudencial y respetar las situaciones que deben considerarse consolidadas por el transcurso del tiempo. Y esto, por las mismas razones, ha de aplicarse tanto al patrimonio de los particulares como al de entidades de carácter público..."* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Banco Francés e Italiano de la América del Sud c. Caja de bancarios, 24/12/1941, LA LEY 25, 370, AR/JUR/14/1941, y Rev. LA LEY, Tomo 176. Pág. 70, y Rev. LA LEY. Tomo 4. Pág. 115, fallo núm. 1392).

III. c).- Analizando la aplicabilidad del instituto al caso es preciso advertir conforme criterio de este Cuerpo jurisdiccional que una vez rescindido el

acuerdo por parte del Banco la totalidad de la deuda se transforma en expedita y exigible, -judicial o extrajudicialmente-, desde ese mismo instante, produciéndose la caducidad de los plazos correspondiente a las cuotas posteriores a la extinción contractual (Ver CAPM en autos: B. H. S.A. c/ M., M. B. s/ Ejecución hipotecaria, Sentencia del 28/02/13, Reg. N° 12/13 SIC), teniendo en consideración en esos casos que el momento en el cual se produce la rescisión constituye el hito a partir del cual comienza a correr el plazo de prescripción para las cuotas que venzan en fecha posterior a dicho acto.

No obstante lo expuesto se advierte que en los presentes actuados la actora no ha probado fehacientemente el momento en el cual el acuerdo contractual ha sido resuelto, de hecho ni siquiera esa circunstancia ha sido alegada en el escrito de ejecución hipotecaria que luce a fs. 30/31 por lo cual ese acto no puede constituir la base para el cómputo inicial del plazo prescriptivo.

A respecto, vale añadir que no existen elementos que acrediten que el acreedor puso en conocimiento a la parte demandada del uso de la facultad resolutoria ante el incumplimiento, aspecto, éste, imprescindible para dar por extinguido el acuerdo convencional. Al respecto, ha señalado la Sala D de la CNCom. que *"...la resolución extrajudicial sólo requiere la manifestación del ejercicio de la facultad resolutoria y la comunicación de tal decisión en forma fehaciente..."* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, Stefanides, Demóstenes c. Sistemas Bejerman S.A., 23/04/2008, La Ley Online, AR/JUR/7956/2008), pues, *"...todo lo relacionado con la facultad resolutoria en materia contractual debe apreciarse con criterio restrictivo..."* (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Formosa, Somacal, Stella Maris c. González González, Margarita, 06/02/2006, LLLitoral 2006 (setiembre), 1076, AR/JUR/1533/2006. NICOLAU, Noemí L., "La ejecución del contrato (Pacto comisorio, extinción de la obligación y modificación del

contenido contractual)", Nota a Fallo, LA LEY 1996-A, 473), ya que en caso contrario se podría *"...desnaturalizar el acuerdo de partes y la esencia del negocio..."* (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala II, Guzmán Arias, Gabriel Eugenio c. Citibank N.A., 19/03/2008, La Ley Online, AR/JUR/3282/2008).

Desde esta arista, la comunicación de la resolución del contrato es imprescindible para que la conozca el otro contratante, porque no es concebible una declaración de resolución sin destinatario. Se trata de declaración recepticia, que sólo alcanza validez cuando toma conocimiento el destinatario. No es suficiente el acto de emisión producido por el solo hecho del declarante, sino que es necesario que el contratante destinatario tenga conocimiento de la voluntad resolutoria que deberá acreditarse idóneamente en juicio (Ver: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contenciosoadministrativo de Villa María, Barra, Américo c. Vasallo, Luis N., 21/04/1993, LLC 1994, 50, AR/JUR/1148/1993).

III. d).- Desde esta perspectiva, y teniendo a la vista el mutuo hipotecario acordado por las partes que luce a fs. 12/28, se advierte que este constituye una deuda única que debió ser restituida en cuotas con vencimiento escalonado. El principio general en este tipo de deudas es que la prescripción corre para cada cuota desde el momento en que sea exigible, pero, cuando se estipula, -tal como lo hace la cláusula UNDÉCIMA del precitado contrato-, que el atraso en una de ellas determina la caducidad del plazo vigente para todas las no vencidas, la prescripción opera desde el momento en que se verifica tal contingencia, pues el acreedor se encuentra en condiciones de exigir el pago íntegro de la deuda, ya sea por vía extrajudicial u ocurriendo ante el Órgano Jurisdiccional correspondiente.

Así lo enseña el Maestro LLAMBIAS quien expone que *"...en los casos de deuda única, de vencimiento escalonado, la prescripción corre para cada cuota desde*

que ellas son exigibles. Pero si el atraso de dos o más cuotas determinase la caducidad automática del plazo vigente para todas las no vencidas, la prescripción de ésta correría desde ese momento..." (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil- Obligaciones" Tomo III. Ed. Pág. 398). Siendo éste el criterio sostenido por la jurisprudencia nacional. Al respecto se ha considerado reiteradamente que *"...tratándose de una obligación única, —en el caso un mutuo con garantía hipotecaria—, fraccionada a los fines de su pago, y en donde se estipuló la caducidad de los plazos frente al incumplimiento del pago de una cuota, el plazo de prescripción debe computarse desde el vencimiento de la primera cuota no abonada..."* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, Banco Austral, 18/12/2007, DJ 04/06/2008, 348, DJ 2008-II, 348, AR/JUR/10889/2007. Ver similar criterio en: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, Banco de la Nación Argentina c. Bombal, Rosa Y. y otro., 26/04/2000, LA LEY 2000-D, 895, AR/JUR/2056/2000. Y Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas Nro. 1 de San Luis, Banco Francés S.A. c. Berardo, Miguel A., 09/03/2006, LLGran Cuyo 2006 (setiembre), 1084, AR/JUR/2734/2006. Y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, Nocefaro, Jorge Enrique c. Chimeri Sorrentino, Roque Rodolfo, 05/12/2007, DJ 25/06/2008, 569, DJ 2008-II, 569, AR/JUR/11350/2007. Asimismo: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, Atuel Fideicomisos S.A. c. Guillén, J.L. y otro, 29/12/2009, LLGran Cuyo 2010 (abril) , 224 con nota de María Laura Negroni, DJ 30/06/2010, 1782, AR/JUR/50665/2009).

III. e).- Ahora bien, para que el plazo de la prescripción liberatoria del art. 4023 del Código Civil comience a correr el acreedor debe mantener una inactividad en el reclamo de su derecho que supone, de modo inequívoco, que la obligación esté expedita, lo que no sucede cuando está sometida a un plazo u otra contingencia que traba el ejercicio de la acción e impide el

curso de la prescripción (Ver: CSJN según la doctrina sentada por ese Tribunal en la causa "Blanco", del 30/04/96, a la cual remite, en Corte Suprema de Justicia de la Nación, D'Urso de Richetto, Rosa E. c. Administración Nacional de la Seguridad Social, 09/05/2006, La Ley Online, AR/JUR/5363/2006. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Lupis de Blanco, Leonor G. c. Instituto Municipal de Previsión Social, 30/04/1996, La Ley Online, AR/JUR/5708/1996). Es que, si el deudor no se encuentra en mora, su incumplimiento no es imputable jurídicamente y no está en curso de prescripción, simplemente porque la acción aún no ha nacido. Es el principio romanista "*actio non nata non praescribitur*".

Es decir, el punto de partida de la prescripción en materia contractual debe ubicarse, tal como lo ha dicho la CSJN, en *"...el momento en que la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer..."* (Ver: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Pardo, Horacio R. c. Provincia de Buenos Aires, 12/04/2005, La Ley Online, AR/JUR/2451/2005. Y asimismo: Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala civil y penal, Molina, Francisco J. c. La Meridional Cía Argentina de Seguros SA, 26/03/2004, JA 2004-III , 686 , AR/JUR/6895/2004), y en materia contractual esa responsabilidad existe cuando el deudor ha sido constituido en mora, o esta última ha operado *ipso iure* en los casos a los que se refiere el art. 509 del Cód. Civil.

Tal como se ha señalado en las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil celebradas en Mercedes (Prov. de Bs As.), *"...la mora es una situación específica de incumplimiento relativo en donde se afecta el término de cumplimiento, con responsabilidad en el deudor y caracterizado por el interés que aún guarda el acreedor en el cumplimiento..."* (TRIGO REPRESAS, Félix A. "Los requisitos de la mora del deudor en las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes", LL, Tomo 1993-D, Pág. 112), y cuando se trata de obligaciones a plazo expreso, -como en el caso de análisis-, la mora

se produce automáticamente (Conf. art. 509 del Cód. Civil), pues, tal como explica BORDA *"...la ley es clarísima cuando dice que en las obligaciones a plazo la mora se produce por su solo vencimiento. Solo vencimiento: esto es sin ningún requisito. De lo contrario ¿qué significado tendría la palabra solo?..."* (BORDA, Guillermo "Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones" Tomo I. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1966. Pág. 56. Ver asimismo: REZZÓNICO, Luis María "Estudios de las Obligaciones", Ed. Depalma. Buenos Aires. 1961. Pág. 133. Como así también: IVAL ROCA, "La mora y sus efectos" en LA LEY, t. 108, p. 619).

Aplicando tales parámetros al caso en estudio, y conforme surge de la documentación aportada por la propia ejecutante a fs. 72, se advierte que el deudor incurrió en mora ante el incumplimiento de la cuota 93 que venció en enero del 2000, por lo que la acción prescribió en enero del 2010.

Explican BUERES y HIGHTON que *"...la prescripción importa la pérdida del derecho que pertenece al acreedor..."* (BUERES, Alberto, HIGHTON, Elena "Código Civil Comentado y Anotado" Tomo 6 B. Ed. Hammurabi, Pág. 705), por la inacción de éste durante el plazo previsto por la ley, -en este caso 10 años (Conf. art. 4023 del Código Civil)-, por ello, cabe concluir que la acción incoada se encuentra prescripta, teniendo en cuenta que a la fecha en que se inició la misma, 10 de agosto de 2012 (Conf. surge del cargo impreso a fs. 31 vta.), ya había transcurrido el plazo previsto por la norma legal, por lo que los agravios vertidos sobre el punto por la ejecutada deben ser admitidos.

Por todo lo expuesto, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn.

RESUELVE:

1. **REVOCAR** la sentencia obrante fs. 81/83 de las presentes actuaciones, **DECLARANDO PRESCRIPTA** la acción incoada a fs. 30/31 (Conf. arts. 509 y 4023 del Cód. Civil).
2. **READECUAR** las costas en la instancia que antecede, imponiéndolas a la ejecutante perdidosa.
3. **REGULAR** los honorarios por la actuación en Primera Instancia de los abogs. E. C. T. y P. C. M. y M. W. en el 2,7% a cada uno de ellos, y del abog. E. J. U. en un 2,3%, de lo que en definitiva resulte del monto del proceso (Conf. STJCH en autos: L., E. G. c/S., R. s/ Sumario (Daños y Perjuicios). Expte N° 21.836-L-2009), con más el IVA si correspondiere. (Conf. arts. 6, 8, 9, 39 y 46 de la ley XIII N° 5), y siempre que el importe resultante supere el mínimo dispuesto en el art. 7 de la Ley XIII N° 5.
4. **IMPONER** las costas de esta instancia a la ejecutante perdidosa (Conf. arts. 69, 70 del CPCC).
5. **REGULAR** los honorarios por su actuación ante esta Alzada, de los abogs. E. C. T. y P. C. M. en el 0,93% a cada uno, y los del abog. E. J. U. en un 0,83% de los que a se fijen por la actuación en primera instancia, con más el IVA si correspondiere (Conf. arts. 9, 13, 32 de la Ley XIII N° 5). Ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley XIII N° 5.
6. **REGISTRESE**, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de concordar en la solución del caso y encontrarse el Dr. Mario Luís Vivas en uso de licencia (Art. 8 y 9 Ley V N° 17).

Registrada bajo Nº /13 SIC.