En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de octubre del año dos mil catorce, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y del señor Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"O., M. C. c/A. O. S. C. R. (ADOS) s/EJECUCION HIPOTECARIA", expte. nro. 157 año 2014**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución nro. 1 (expte. nro. 2960/2011), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 176), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 149/153 vta.? y **SEGUNDA**:

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Fernando Nahuelanca, dijo:

La sentencia se dicta a fs.149/153vta. En el punto 1 de la parte resolutiva rechaza las excepciones opuestas por la A. d. O. S. d. C. R., contra el progreso de la acción ejecutiva. Por el punto 2), manda a llevar adelante la ejecución hasta que la demandada A. d. O. S. d. C. R., pague en forma íntegra a la parte actora M. C. O., la suma de $ 106.674,30, con mas los intereses del considerando respectivo. Impone las

costas a la demandada y regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

Apela la demandada a fs.154 y el recurso se concede a fs.155. Apela asimismo la actora por los intereses fijados y el recurso se concede a fs.157.

Los agravios de la A. d. O. S. d. C. R. obran a fs.158/161, bajo apoderamiento letrado. Inicia señalando que al resolver la caducidad no se considera la situación de abuso del derecho invocada por su parte y con la definición y cita del art.1071 C.C., fundamente al respecto a partir de haber pactado la constitución hipotecaria; que después, constituída la misma y en tanto se encontraban en negociaciones, sorpresivamente, transcurrido un plazo notorio, en pleno estado de desarrollo y cumplimiento de pagos, la accionante pretende hacer valer una multa acordada originariamente, desconociendo tales antecedentes de negociaciones. Cita jurisprudencia conceptual comprensiva del instituto y en lo que resulta conclusión, sostiene que la sentencia soslaya la defensa esgrimida por su parte. Explica entonces cualos son los componentes jurídicos del instituto del abuso (fs.159vta./159vta.). Que la pretensión de hacer valer la multa acordada inicialmente `para el cumplimiento de la obligación principal, en un momento en que se encontraba dicha obligación prácticamente saldada – restaban dos cuotas –teniendo en cuenta que todas las cuotas fueron cumplimentadas en tiempo y forma, fue una actitud contraria a la buena fe que debe regir los acuerdos convencionales, con lo que se lesionó los intereses patrimoniales de su parte y constituyó un abuso del derecho. Cita jurisprudencia. Se agravia que

no se haya hecho lugar a la apertura a prueba de la causa y con lo que el sentenciante se ajusta estrictamente a lo pactado y convalida la mala fe desplegada por la accionante. Afirma que la prueba documental acompañada, el intercambio epistolar – correos electrónicos – así como la testimonial ofrecida, dan cuenta y acreditan legalmente la posición esgrimida. Refiere el texto del fallo: "...Siendo que la parte obligada no dio cumplimiento en el tiempo y forma convenida le cabe cumplir con lo que autónomamente acordaron..." y critica, que no tiene en cuenta que ambas partes también negociaron en sentido contrario a la constitución de la hipoteca, siendo dicha situación consentida por la accionante en aquel tiempo, que se patentiza en el intercambio epistolar que como prueba documental se agrega al contestar la demanda y sobre la que no efectuó la sentencia consideración alguna. Formula conclusiones, entre las que motivan su recurso, que el a quo fundamenta su decisión en el incumplimiento de la constitución de la garantía hipotecaria real en el tiempo pactado, sin embargo deja de lado que convencionalmente, mas allá que no fuese plasmado en la escritura pública, las partes negociaron durante el plazo de cumplimiento de dicha obligación, con pleno consentimiento del accionante, entiende que dejar de lado dicha circunstancia, significa valorar positivamente la mala fe contractual y permitir el ejercicio de una acción con abuso del derecho. Pide revocatoria de la sentencia, con costas.

La parte actora formula los agravios a fs.163/165. Impugna la tasa de interés condenada por la sentencia, a cuyo fin trascribe que dispuso por entender que es la que mas se ajusta a derecho y realidad de la situación en la cual en definitiva se aplicará, y en concordancia con la que estableciera esta Cámara en la causa "M. C. c/J. M. R.", "B. c/E. M. S.A. s/ejecución hipotecaria", la tasa activa para las operaciones de descuento comerciales a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Controvierte dicha tasa y sostiene que no se ajusta al caso de autos, donde las partes actuaron en situación de igualdad, donde se presume su profesionalidad por el reconocimiento de deuda, por el contrato hipotecario mismo. Que conforme a ello, se aplican a las estipulaciones convencionales de intereses por mora y punitorios por falta de pago en término; fundamentalmente los arts. 621 y 1197 CC., aplicado a partir de "L. B. c/B." (Sent.Def.41/94, de esta Cámara). Considera que se ha dejado inexplicablemente de lado dicho criterio para la presente ejecución hipotecaria. Sostiene que se deja de lado la voluntad negocial de las partes, que es unánime la jurisprudencia que debe estarse a lo acordado por las partes. Formula el petitorio respectivo y reserva el caso federal.

A fs.167/167vta., la parte actora contesta los agravios de la contraparte.

Tratamiento de los agravios por su orden, los de la parte demandada.

Ya se han examinado las razones de oponer la demandada la defensa del instituto de abuso del derecho del art.1071 C.C., explicando en principio que las

partes pactaron una fecha de constitución de hipoteca, pero sin embargo al mismo tiempo, desplegaban una actitud colaborativa, plasmada en el intercambio epistolar agregado a los autos como prueba documental; que constituída la hipoteca, sin formularse reserva alguna por la actora ni intimar a constituirla, en tanto su mandante se encontraba cumplimiento en tiempo y forma la obligación dineraria, transcurrido un plazo notorio, en pleno desarrollo y cumplimiento de cuotas pautadas, la accionante pretende hacer valer una multa acordada originariamente, desconociendo las actividades de negociación desplegadas por ambas.

Se agravia la recurrente por falta de tratamiento de las cuestiones precedentes por la sentencia, pero paralelamente advierto que la oponente no trata los textos que si destina la sentencia a la interposición del abuso y del enriquecimiento sin causa.

Refiere la sentencia, abocándose respecto de lo planteado por el demandado en relación a los principio de abuso del derecho y enriquecimiento sin causa; dice entonces que la doctrina de la Corte Suprema, que pregona la utilización de la defensa ante hechos notorios como las variaciones de la política económica pasibles de su interposición en un juicio ejecutivo, cita jurisprudencia. Luego acota, que en el instrumento objeto del proceso no se verifican tales circunstancias y donde las partes pactaron libremente el reconocimiento de deuda y la forma de extinción de la misma. Es entonces cuando concluye: “Siendo que la parte obligada no dio cumplimiento en el tiempo y forma convenida le cabe cumplir con lo que autónomamente acordaron”.

Son los términos de la conclusión entrecomillada precedentemente, los únicos expuestos por la apelante a fs.160 y no precisamente la razón por la que la expone la sentencia a fs.151 últ.párr./152, como conclusión al tratar la defensa de abuso del derecho y enriquecimiento sin causa.

La apelante no alude ni controvierte a la razón del fallo al pronunciarse en los cauces de la jurisprudencia de la CSJN citado y cuando señala el sentenciante que no son los de autos hechos notorios por los que pueda admitirse la solución particular (art.268 Ley XIII Nº 5). Es claro, porque el principio, oportunamente contrapuesto por la actora al contestar la defensa, se traduce en lo que señala la jurisprudencia: "Como en la ejecución hipotecaria es inadmisible plantear defensas ajenas a las contempladas por el art.597 CPr., ya que únicamente pueden oponerse al progreso de la ejecución las deficiencias formales del título, el tratamiento de las denunciadas por los ejecutados – por presunto abuso del derecho – quedan reservadas para un eventual juicio de conocimiento, en el cual se posibilite un amplio debate" (C.Nac.Civ., Sala C, 26/12/95 – Martino, Guillermo D. v. Martín, Juan). Por lo expuesto se rechaza la defensa intentada.

En tanto objeta la ausencia de la apertura a prueba, con lo que dice queda tergiversada la realidad de los hechos, la oportunidad procesal de alegar respecto al punto ocurrió durante el trámite del juicio, cuando a fs.85 se corrió vista a su parte de la oposición a la prueba formalizada por la parte actora, contestando el traslado sin expedirse respecto a tal

incidencia específica, abogando sobre otros puntos (fs.88/89). Finalmente, la cuestión quedó preclusa con el llamamiento de autos, sin observaciones de la parte demandada. La queja resulta extemporánea.

La apelante expone sus defensas y posturas, desprendida de la naturaleza ejecutoria de la ejecución hipotecaria, como al insistir en su defensa de "Inaplicabilidad de la multa solicitada objeto de la presente ejecución hipotecaria". Así dice en el punto 4. de fs.160: "Respecto al acápite V. relativo a la "Inaplicabilidad de la multa solicitada objeto de la presente ejecución hipotecaria", el aquo efectúa una consideración minimalista de la misma...En efecto, el a quo establece textualmente que, "Siendo que la parte obligada no dio cumplimiento en el tiempo y forma convenida la cabe cumplir con lo que autónomamente acordaron..".

La frase que se cita que es de fs.151vta., 1er. párr. del fallo, es conclusión de fundamentos inmediamente anteriores a tal conclusión - ya se ha observado – y respondía al punto 3 de fs.151, que trata la excepción de inhabilidad de título, que el fallo rechaza sin controversia específica de la recurrente. Asimismo resulta sin controversia de la demandada dentro del punto aludido, el tratamiento de la sentencia de la defensa de abuso del derecho y enriquecimiento sin causa refiriendo fallo de la CSJN. Todo lo que en definitiva da lugar a las conclusiones ya señaladas, que los instrumentos objeto del proceso no verifican circunstancias que autoricen las defensas intentadas y "Siendo que la parte obligada no dio

cumplimiento en el tiempo y forma convenidos le cabe cumplir lo que autónomamente acordaron".

La referida expresión que se dice minimalista, es solo conclusión de fundamentos que la apelante no ha controvertido con las exigencias del art.268 del Código Procesal. Ahora adviértase, la referencia es errónea, porque tal punto V.relativo a la "Inaplicabilidad de la multa...", se encuentra comprendido en otro sector de la sentencia. Este cuestionamiento, que entresaca la oponente de su propio punto V. de fs.74vta. - como si fuera posible debatir en el presente las tratativas, conductas y causas que llevan a las partes a la instrumentación de la escritura hipotecaria - quedan comprendidas en el tratamiento del punto 4. del fallo (fs.151vta.), respecto a la nulidad del titulo en relación a la cláusula sexta del acuerdo protocolizado, como dice el Juez. Es la cláusula "Sexta" la que prevé la situación de incumplimiento de la obligación asumida por ADOS y la imposición de la multa, independiente de los intereses moratorios y punitorios que se devenguen sobre el capital consolidado, como lo expresa tal cláusula. Es por lo que trata la sentencia la nulidad de la cláusula Sexta y por lo que resuelve: "...solo cabe decir que es improcedente la articulación de la nulidad sustancial en el juicio ejecutivo, por lo tanto en este proceso, no solo porque no se encuentra entre las defensas enumeradas en el art.603 de la Ley XIII Nº 5, también porque "tampoco resulta procedente la nulidad procesal, deducida sobre la base de la consideración de hechos relacionados con la causa de la obligación... (Cám.Nac.Civ. Sala C, L.L.135-1102,sum.20836)".

Por una parte el error de enfoque en que basa la recurrente la crítica al fallo sobre este punto y la ninguna controversia respecto al aludido punto 4., comportan el incumplimiento del art.268 cit., y las consecuencias del art.269 del mismo Código Procesal.

Por todo lo expuesto respecto a las cuestiones planteadas, se rechaza el memorial de agravios de fs.158/161.-

Agravios de la parte actora respecto al interés de condena (fs.163/165).

La crítica se centra – luego de la transcripción de la parte del fallo donde decide el tema intereses – en que el sentenciante decide la tasa de interes activa para las operaciones de descuento de documentos comerciales a treinta días, prescindiendo de los intereses pactados contractualmente por las partes.

Por una parte, el Juzgador determina el fundamento de la tasa de interés que resuelve citando cuatro fallo de jurisprudencia, a lo que agrega que es la que mas se ajusta a derecho y a la realidad de la situación en la cual en definitiva se aplicará.

La recurrente se limita respecto a tales elementos fundantes del fallo que ninguno de tales precedentes judiciales son aplicables al caso, sin dar razón alguna a tal afirmación.

Entretanto el antecedente jurisprudencial invocado "L. B. c/B.", , solo responde a algunas de las circunstancias de los presentes autos, donde solo se resolvía respecto a intereses moratorios, con remarcada acotación que se disponían sin oposición de los ejecutados y la tasa autorizada era el promedio

mensual de la activa del Banco de la Provincia del Chubut.

El caso de autos, además de haber contado con la oposición de la demandada, tiene connotaciones que la hora de resolver lo que ahora sostiene se tratan de intereses moratorios y punitorios y hasta con la salvedad que en oportunidad de practicarse la liquidación de resulta desproporcionada de punitorios o multas, que no puede presumir en el estado actual del trámite.

Con el cuadro planteado en esta Alzada, es evidente que a la hora de demandar la actora no cumplió sobre el punto con el art.333 incs.3 y 6 Ley XIII Nº 3 y 6 5, porque al expresarse sobre el rubro, en todos los casos se limitó a peticionar solo los intereses (fs.46 y fs.47vta.).

El Juez no se vió precisado a resolver en consecuencia con connotaciones mas gravosas para la demandada que la mera petición de intereses, por lo tanto las cuestiones ampliatorias en el que se incluyen los intereses punitorios y una eventual limitación de las liquidaciones resultantes sostenidas en esta Alzada resultan improponibles (art.337 Ley XIII cit.).

Se rechaza en consecuencia el recurso interpuesto. Se tendrá presente la reserva del caso federal.

Costas: Atento el resultado de los recursos, las costas de la Alzada se imponen por su orden (art.69 2da.parte Ley XIII Nº 5 del Digesto Jurídico). Para regular honorarios, rige la Ley XIII Nº4 del Digesto cit., arts-5. 6. 8. 9 y concords., el el merito de los trabajos profesionales y su resultado, propongo los honorarios del Dr. E. N. en el 28%y los del Dr. D. N.

C., en el 28%, de los honorarios que les correspondan en cada caso en primera instancia.

A la segunda cuestión el Dr. Fernando Nahuelanca, dijo:

1) Rechazar los recursos interpuestos por la parte demandada A. d. O. S. d. C. R., fundado a fs.158/161 y por la parte actora M. C. O., fundado a fs.163/165, contra la sentencia de fs.149/153vta., la que se confirma en todas sus partes.

2) Costas de la Alzada por su orden, a cuyo fin propongo la regulación de honorarios de conformidad con el considerando respectivo.

3) Tener presente la reserva del caso federal interpuesta por la parte actora.

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre, dijo:

Que la resolución de fs. 149/153vta, por las que se rechazan las excepciones opuestas por la ejecutada y manda llevar a delante la ejecución por la suma reclamada en el inicio (fs. 46/47vta.) con expresa condena en costas, es apelada por las partes; la actora ase queja por la tasa de interés decidida en el fallo y fundamenta su queja a fs. 163/165 y la ejecutada formula su critica a fs. 158/161 la cual es respondida por su oponente a fs. 167/167vta. y en razón de obrara en el voto de mi colega preopinante un breve y ajustado resumen del contenido de todas estas argumentaciones evitan su mera reiteración y me autorizan a entrar a considerar las revisiones propuestas.

Tras analizar tales argumentaciones, señalo que existe consenso en la materia en cuanto a que criticar y disentir no es lo mismo ya que el primer verbo

implica atacar en forma directa, concreta un objetivo en este caso la sentencia y disentir es plantear la disconformidad con la misma. En el caso de la ejecutada su discurso es claramente demostrativo de insatisfacción con lo resuelto pero frágil en cuanto a las razones dadas en la alzada para enervar la desestimación del planteo del presunto enriquecimiento indebido por abuso de derecho.

Y es que, dentro de las limitaciones propias a la naturaleza de la vía elegida y flexibilizando el rigor normativo, bien ha señalado el iudex a quo a fs. 151 in fine, hasta donde llega la posibilidad del amparo por circunstancias excepcionales priorizando principios de equidad y no es el caso.(ver v. gr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II • Lecuona, Hugo D. c. Liste, Julio P. • 15/12/2005 • LLBA 2006 (julio) , 784 • AR/JUR/7601/2005).

Objetivamente considerada la relación conforme las modalidades libremente convenidas por las partes de ningún modo se pueden confundir las circunstancias atendidas en el fallo antecedente con las de autos, pero es más, tampoco se advierte en el memorial un intento por superar tales pautas, solo insinuar de modo genérico un accionar reprochable por parte del ejecutante, cuando quien incumple alega como defensa su propia torpeza, nada novedoso en consideración a sus planteos iniciales (ver fs. 76vta./77, ps. 4 y 6) todo sin perjuicio de considerar que parte de sus alegaciones actuales resultan extemporáneas y su consideración violatorias al derecho de defensa de la contraparte. Al margen de resultar inaudibles por las limitaciones propias de esta vía. Por lo dicho,

concuerdo con la opinión del primer votante en cuanto a esta cuestión.

Algunas de las consideraciones anteriores alcanzan a la queja de la ejecutante ya que su actual pretensión excede los límites de su reclamo original formulado a fs. 46 p. II, in fine y fs. 46 vta. últ. párr. No se encuentra habilitado en el fuero, el juez actuante para resolver al modo del art. 68 de la ley XIV-N°1. Por lo dicho, también el el caso concuerdo con el primer votante y las costas, en consecuencia se deberán imponer por su orden, difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se respetarán las pautas de la ley de aranceles profesionales, se tienen, además en cuenta, la reserva del llamado “caso federal”.

A la segunda cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre, dijo:

Habiendo concordado con el voto del Dr. Nahuelanca, reitero su formula decisoria.

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. Silvia Noemí Alonso, no emite su voto.

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

SENTENCIA:

1) Rechazar los recursos interpuestos por la parte demandada A. d. O. S. d. C. R., fundado a fs.158/161 y por la parte actora M. C. O., fundado a fs.163/165, contra la sentencia de fs.149/153vta., la que se confirma en todas sus partes.

2) Costas de la Alzada por su orden, a cuyo fin se regulan los honorarios del Dr. E. N. en el VEINTIOCHO POR CIENTO (28%) y los del Dr. D. N. C., en el VEINTIOCHO POR CIENTO (28%), de los honorarios que les correspondan en cada caso en primera instancia.

3) Tener presente la reserva del caso federal interpuesta por la parte actora.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2014

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS “CyC”