000151/2016

Comodoro Rivadavia, de mayo de 2017.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"D. F., E. c/ R., R. E. s/ EJECUCION HIPOTECARIA", Expte. N° 151/2016,** venidos del Juzgado Letrado de Ejecución N° 2, Sec. N° 3 (Expte. N° 783/2015), por haber interpuesto el demandado a fs. 94 recurso de apelación contra la sentencia definitiva N° 90/2016 de fs. 89/90vta.

I.- En su memorial de fs. 99/105vta., el recurrente solicita se revoque la sentencia decretando su nulidad, y subsidiariamente en cuanto es materia de agravios.

Cuestiona de nulidad la resolución por cuanto se omite el tratamiento de cuestiones propuestas. Dice que al momento de oponer excepciones se allanó parcialmente a la pretensión dando en pago una suma de dinero en pesos, solicitando además apertura de cuenta bancaria. Dicha suma surgía de calcular la deuda en dólares, restándole los intereses prescriptos y correspondientes a dos años posteriores a la notificación de la demanda. De la lectura del fallo surge que la cuestión no fue tenida en cuenta en la parte resolutiva, dando lugar a una irregularidad que afecta la validez de la resolución. Asimismo entiende que la falta de atención a la prueba aportada por su parte, consistente en confesional, reconocimientos, documental, testimonial e informativas, tacha de nula la sentencia y afecta seriamente su derecho de defensa en juicio. Asimismo cuestiona el monto de los honorarios regulados.

El quejoso cuestiona que la sentencia

carece de suficiente fundamentación y razonabilidad en función de las pruebas ofrecidas en la causa y pone en evidencia una notoria desidia para resolver una cuestión de por sí compleja, que ameritaba un exhaustivo análisis de la totalidad del plexo probatorio y de las especiales circunstancias de la causa.

Precisa como primer agravio la decisión no abrir a prueba la causa y que ello se encuentra concatenado con la excepción de pago parcial. Entiende que con la ordinarización del proceso solicitada y apertura a prueba, se podrían determinar distintas cuestiones, que lucen poco claras en la ejecución, por ej. el mail del Sr. Sánchez demuestra la existencia de pago y montos de los mismos, efectuados en fechas distintas a las pretendidas por el actor. No hay visos de exactitud del saldo exigido, lo que claramente debe existir un reajuste de la deuda, que claramente excede el marco del juicio ejecutivo.

Como segundo agravio cuestiona lo decidido por el magistrado respecto del pago parcial cuando considera que el actor denuncia el monto percibido en el escrito de la demanda, lo que supone el reconocimiento de que no se pretende reclamar algo que ya está pago y que se descontará en la liquidación respectiva. Considera que el pago parcial efectuado y reconocido por la actora no debe integrar de manera alguna el monto demandado. Si solicitó un crédito de U$S65.000 y se le reconoce el pago por instrumento público de U$S45.500, se pregunta de donde surge entonces que el demandado adeude la suma de U$S105.253,50. Se pregunta cómo y dónde imputaron los pagos y se dictó sentencia por la totalidad del monto

que no se adeuda y se regulan honorarios en base a ello. El progreso de la ejecución debió comprender los pagos efectuados, debiendo proseguirse por lo que resta pagar.

El tercer agravio lo funda en el rechazo por parte del magistrado de la aplicación de fuerza mayor y subsidiariamente teoría de la imprevisión. Menciona lo oportunamente planteado respecto de las restricciones que rigen en la práctica para adquirir dólares para cancelar deudas. Dice que su incumplimiento obedeció nada más que a la situación del país en ese momento. El a quo escuetamente considera que las partes convinieron renunciar a invocar la teoría de la imprevisión, lo que hace inviable el planteo, pero omite considerar que R. no tenía mala voluntad de pago, sino que era imposible comprar dólares y el actor se negaba rotundamente a recibir pesos.

El cuarto agravio refiere al tema intereses que el magistrado consideró que: por no haberse incluido los mismos en cuotas prefijadas de capital e intereses, el plazo era de diez años. Dice que el mutuo con hipoteca de autos se encuadra dentro de lo previsto por el art. 558 del Código de Comercio. La reclamación tardía no solo perjudica y sorprende al deudor, que lógicamente se pudo considerar liberado, sino que perturba las relaciones jurídicas de los contratantes con grave repercusión social y en el tráfico económico. Dice que a través de una actitud pasiva del acreedor se pueden ir sumando intereses hasta constituir un fuerte caudal que coloque al deudor en serias dificultades de afrontar las deudas. Está en condiciones de afirmar que en el caso de autos, no cabe sino aplicar la norma especial contenida en el art. 847

inc. 2° CCom, que establece la prescripción cuatrienal de los intereses del capital otorgado en mutuo.

Como quinto agravio considera errónea la decisión en cuanto difiere el pedido de morigeración de intereses para el momento de practicarse la liquidación, pues se demandó por un monto que no se adeuda. No existe certeza del capital reclamado y mucho menos respecto de los intereses, ya que los períodos indicados se encuentran prescriptos. Solicita la reducción oficiosa de los intereses pactados por usurarios. Cita antecedentes de la jurisdicción. Expresa que la tasa de interés deberá contemplar la realidad económica de nuestro país, a saber, cotización, estabilidad de la moneda, fluctuaciones, tasas de interés en operaciones den pesos argentinos, escasez de crédito, régimen cambiario. Peticiona se reduzca el interés al 9% anual por todo concepto y en moneda de curso legal.

Por último y en sexto lugar se agravia de la imposición en costas pues entiende no se tuvo en cuenta el allanamiento parcial efectuado por su parte, lo que hace caer también la regulación de los honorarios efectuada sobre un monto determinado y sin fundamento alguno. Plantea y hace reserva del Caso Federal. Peticiona se revoque la sentencia.

Corrido traslado de ley, a fs. 108/109 contesta el ejecutante, quien peticiona se declare desierto el recurso interpuesto conforme arts. 268 y 269 del Código Procesal, pues el recurrente no efectúa una crítica concreta y razonada de las partes del pronunciamiento que considera errónea, ni pone a la vista, de manera puntual, clara y precisa, la

equivocación que le imputa al fallo. Solo enuncia simples desacuerdos u opiniones diversas a aquellas que expuso el juzgador y/o repite sobre cuestiones ya dichas y/o introduce dichos nuevos.

II.- Previo ingresar en el tratamiento del recurso traído a conocimiento de esta Sala, se muestra conducente realizar una breve descripción de los antecedentes fácticos del proceso.

Surge de fs. 24/25 que el actor Sr. Claudio E. D. F. el 31/03/2015, mediante apoderado inicia proceso de ejecución hipotecaria contra R. E. R., por la suma de U$S105.253,50, con fundamento en el mutuo con garantía hipotecaria instrumentado mediante Escritura Pública Nº 68 Registro Notarial Nº 15 el 17/03/2008. Peticiona intereses pactados, devengados, compensatorios y/o punitorios e IVA sobre intereses y/o actualización monetaria e intereses. Menciona que el demandado efectuó pagos a cuenta: a)U$S12.520 el 30/03/2011; b)U$S10.000 el 31/01/2012; c)U$S7.500 el 09/04/2013; d)U$S4.500 el 15/05/2014 y e) U$S11.000 el 20/09/2014, los que deberán descontarse al practicarse la correspondiente liquidación, debiéndose imputar en primer término a intereses convenidos, IVA, gastos y capital en ese orden.

A fs. 35 se despacha la ejecución por la suma de $1.191.998,80 en concepto de capital con más la suma de $35.579,96 presupuestado provisoriamente para responder a intereses y costas, haciendo saber que el

importe es resultante del equivalente en pesos respecto de la obligación contraída de U$S105.253,50 según la cotización del banco oficial al día de la deducción de la demanda.

Intimado de pago el ejecutado, comparece a fs. 54/59 y opone excepción de pago parcial, invoca fuerza mayor, prescripción de interés, se allana parcialmente a la pretensión, da en pago suma en pesos, solicita apertura de cuenta bancaria. Expuso que si solicitó un crédito de U$S65.000 y se le reconoce el pago por U$S45.500, cabe preguntarse de donde surge que el demandado adeude la suma de U$S105.253,50. Expresa que resulta imposible el pago de dicha suma en moneda extranjera por normativa del Banco Central, configurándose la fuerza mayor. Pide que la suma a pagar se fije en pesos argentinos y se declaren prescriptos los intereses anteriores a dos años y una reducción oficiosa de los mismos. Peticiona asimismo ordinarización del proceso teniendo en cuenta los intereses prescriptos y los pagos reconocidos que amerita un amplio marco de probanzas. Se allana parcialmente y solo en la suma de U$S24.615,62 equivalente a $230.525,28 que dice resulta de calcular la deuda en dólares restándole los intereses prescriptos a dos años posteriores a la notificación de la demanda. Practica liquidaciones aplicando intereses del 9% y 18%. Ofrece prueba. Peticiona se haga lugar a la excepción de pago parcial y demás solicitado, con costas.

Mediante sentencia definitiva Nº 90/2016 glosada en fs. 89/90, el Sr. Juez de grado resuelve no abrir a prueba la causa, rechazar la excepción de pago parcial, la aplicación de fuerza mayor y

subsidiariamente teoría de la imprevisión, el pedido de prescripción de intereses y de ordinarización del proceso. Difiere la consideración del pedido de morigeración de intereses para el momento de

practicarse la liquidación. Manda llevar adelante la ejecución adelante hasta que el demandado R. R. E. haga al actor D. F. E. íntegro pago de la suma reclamada de U$S105.253,50 con más sus intereses pactados. Impone las costas al demandado y regula honorarios en favor de los letrados de la actora en $110.000 y del letrado del demandado en $95.000.

Como fundamento de su decisión, el magistrado consideró: 1) que las pruebas ofrecidas por el codemandado resultan superfluas e inconducentes para la dilucidación del caso, pudiendo resolverse con las constancias de autos teniendo en cuenta los términos de las excepciones opuestas y el título que se pretende ejecutar; 2) la excepción de pago parcial no procede porque el actor denuncia el monto percibido en el escrito de demanda y ello supone el reconocimiento de que no se pretende reclamar algo que ya está pago; 3)respecto de la fuerza mayor o teoría de la

imprevisión, las partes acordaron la expresa renuncia a invocar la teoría de la imprevisión lo que es inviable

su planteo; 4) considera el plazo de prescripción de diez años a los intereses, por haberse incluido en cuotas prefijadas de capital e intereses, pactándose el pago conjuntamente con el capital y 5) morigeración de intereses considera prematuro emitir en esta etapa un pronunciamiento por lo que lo difiere al momento en que se practique liquidación de la deuda.

III.- Sintetizados así los antecedentes fácticos y conducentes del proceso, y atento el expreso cuestionamiento efectuado por la parte actora se impone dar tratamiento a la suficiencia del recurso y en tal sentido, cabe señalar que este Cuerpo considera que corresponde aplicar un criterio flexible para valorar la suficiencia de la expresión de agravios por ser lo que mejor se aviene con un escrupuloso respeto por el derecho de defensa en juicio y con el mantenimiento de la doble instancia adoptada por el legislador, debiendo actuarse con amplitud (criterio del Superior Tribunal de Justicia en autos: "Palavecino, René Jorge c/Barca Pesquera S.A. M.C.I. y/u otro s/Demanda Laboral", S.I. N° 03/2001), por lo se procederá al examen de los agravios.

Establecido lo anterior, corresponde ingresar en el tratamiento de los agravios de la ejecutada.

Recurso de nulidad.

En cuanto al recurso de nulidad planteado es dable señalar en primer lugar que el recurso de apelación trae subsumido el de nulidad de la sentencia conforme lo dispone expresamente el art. 255 del Código

Procesal, debiendo existir para su tratamiento, una irregularidad manifiesta y grave.

La doctrina procesal ha señalado que el recurso de nulidad apunta a los vicios que puede tener la sentencia que la descalifican como pronunciamiento jurisdiccional válido, violentando el principio de congruencia o incurriendo en errores menores como por ejemplo confundir los nombres o calidades de las partes en el proceso, incurriendo en una descalificación del pronunciamiento (Arazi Rojas: Código Procesal Civil y Comercial comentado Tomo I, p.957).

La omisión de pronunciamiento sobre uno de los capítulos o puntos de la litis no es causal de nulidad de la sentencia dentro del sistema del Código, teniendo en cuenta que el artículo 281 prescribe que "el tribunal podrá decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, aunque no se hubiese pedido aclaratoria, siempre que se solicitare el respectivo pronunciamiento al expresar agravios".

Como el recurso de nulidad busca reparar errores *in procedendo*, y no errores *in iudicando* que corresponden al de apelación, las cuestiones de fondo relativas a la apreciación de los hechos, valoración de la prueba y aplicación del Derecho resultan ajenas al recurso de nulidad y propias del de apelación (conf. De los Santos Mabel: *Una desviación práctica de los recursos ordinarios de apelación y nulidad: el reenvío,* en J.A. 1999-III-1104, ap. II; Colombo y Kiper: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T II p.67).

En mérito de lo expuesto, se advierte que corresponde ser analizado en esta instancia, el allanamiento parcial formulado por el demandado y que fuera omitido por el sentenciante en su resolución, conforme art. 281 del Código Procesal y analizar los agravios de las restantes cuestiones.

Allanamiento.

El allanamiento previsto en nuestro Código Procesal en el art. 310, es definido por la doctrina como una declaración de voluntad que importa el reconocimiento del derecho pretendido por el demandante, y con ello el abandono de la oposición o de la discusión respecto de la pretensión, que no sólo lo releva de la carga de producir prueba, sino que además produce la extinción del proceso (Palacio: Derecho Procesal Civil, t V p. 546 a 548, ed. 1994).

La única condición que debe tener el allanamiento, es que no deje lugar a dudas respecto de que quien lo formula haya querido someterse de manera incondicional a la pretensión de la contraria, y una vez formulado implica la renuncia a todas las defensas opuestas con anterioridad. Por lo tanto debe ser total, en el sentido que no puede limitarse a un aspecto o parte de la pretensión, tal como expone a fs. 57 el ejecutado cuando se allana parcialmente a la pretensión respecto de la suma de U$S24.615,62 sin intereses. Razón ésta por la que no corresponde admitir dicho planteo.

Apertura a prueba.

En lo referente al agravio de la

denegación de la apertura a prueba, debe señalarse que este Tribunal, en repetidas oportunidades se ha expedido, siguiendo precedentes jurisprudenciales en el sentido que la apertura a prueba del juicio ejecutivo es facultativa del juzgador, quien puede prescindir válidamente de esta etapa procesal cuando considere que los elementos obrantes en su poder son suficientes para resolver, sin necesidad de producir otras probanzas.

Y tal decisión, en ninguna forma configura indefensión para las partes, que se encuentran facultadas para recurrir al juicio ordinario, cualquiera sea la solución a que se arribe en el presente (Cfme. CCiv. y Com. de Morón, Sala II, causa 9488 R.I. 284/81, citados por Rodriguez, "Tratado de la Ejecución" T II-B, p. 757).

Tal facultad del juez, queda aún más clara cuando se advierte, como en el sub judice, que las pruebas ofrecidas por el demandado a fs. 58vta./59 no aportan sustrato en relación a la defensa de pago parcial opuesta.

Es que ante la supuesta imposibilidad de acreditar fechas y montos de los pagos parciales que dice haber efectuado, por la falta de apertura a prueba, cabe señalar que las pruebas que ofrece no resultan idóneas para acreditar los pagos que dice haber efectuado, razón por la cual se desestima el agravio. Sabido es que constituye requisito de admisibilidad que el pago se encuentre documentado en instrumento emanado del titular del crédito que se ejecuta –esto es, el acreedor- o de su legítimo representante y en el que conste una clara e inequívoca imputación al crédito que se ejecuta, debiendo referirse de modo claro y concreto

a la deuda que se reclama (Cfme. Donato, J.D., “Juicio Ejecutivo”, 2ª. edición, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1993, pag. 619 y citas jurisprudenciales; Falcón E.M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado, Concordado y Comentado", T. III, pag. 689; Palacio, L.E., "Derecho Procesal Civil", Tomo VII, pag. 441; ésta Cámara, Sent. Int. N° 263/90, Sent. Def. N° 63/94, Sent. Def. N° 75/03 entre otras).

Pago parcial – Monto condenado.

Se agravia el recurrente porque entiende que el pago parcial efectuado y reconocido por el ejecutante no debe integrar el monto de lo demandado.

En este punto debemos considerar que en el contrato de mutuo con garantía hipotecaria del 17/03/2008 (fs. 16/21) el Sr. D. da en préstamo a R. la cantidad de U$S65.000, obligándose el deudor a restituir el capital del crédito en cuatro cuotas anuales con primer vencimiento el 01/04/2009 y así sucesivamente o el siguiente hábil bancario, debiendo abonarse en billete dólares estadounidense, incluyendo cancelación de la parte correspondiente a capital más el interés del 18% anual sobre saldos e IVA, conforme de siguiente detalle: primer vencimiento 1 de abril de 2009 de U$S24.662, segundo vencimiento 1 de abril de 2010 de U$S26.979, tercer vencimiento 1 de abril de 2011 de U$S26.212 y cuarto vencimiento 1 de abril de 2012 de U$S27.400,50. Se acordó asimismo que el deudor podrá cancelar parcialmente o en su totalidad el monto de capital adeudado, previa notificación al acreedor, quien procederá a recalcular intereses e IVA en base a monto de capital cancelado y la fecha en que se efectivice el pago.

La sumatoria de las cuatro cuotas pactadas asciende a la suma ejecutada de U$S105.253,50, por lo que no resulta seria la argumentación del recurrente de que no se sabe de dónde surge el monto que se le reclama. Ahora bien, de los pagos reconocidos por el propio actor en su escrito de inicio, surge que los mismos son parciales respecto del importe pactado en cada cuota y que no se hicieron en la fecha estipulada.

Por ello, los pagos así efectuados por la suma de U$S 45.520 no es total ni purga la mora, de manera que impide el progreso de la excepción.

Claro que los pagos realizados, aceptados por el actor tienen los efectos cancelatorios propios y de ahí que debe ser detraído en la liquidación que se practique como lo decidió el a quo.

Ello resulta del mecanismo legal propio de la excepción que se trata. Inadmisible la misma, no cabe más que el rechazo. No obstante la entrega de dinero no puede desconocerse y debe ser tenida en cuenta en la etapa de liquidación.

Fuerza mayor – Teoría de la imprevisión. Resulta inadmisible el agravio en este punto, pues tal como decidió el Sr. Juez de grado, el ejecutado formuló expresa renuncia a invocar la teoría de la imprevisión. Por otra parte no se explica cómo aduce la imposibilidad de adquirir el billete estadounidense por un lado y por el otro reconoce haber pagado en esa moneda en los pagos parciales denunciados.

En el contrato de mutuo, las partes pactaron la moneda, la forma de devolución del capital y los intereses, por lo que deben cumplir las obligaciones asumidas en la forma convenida. El

recurrente conocía a priori la entidad y magnitud de su débito, obligación que debe cumplir en el tiempo y forma por él pactado.

Prescripción de intereses.

En este punto, no puede menos que compartirse la decisión del Sr. Juez de primera instancia, en el sentido de que por haberse incluido en cuotas prefijadas de capital e intereses el pago del mutuo, el plazo de prescripción aplicable al caso es el previsto en el art. 4023 del Código Civil.

Tratándose de una deuda única que incluye intereses predeterminados, aún cuando su pago se haya fraccionado en cuotas, no son aplicables los plazos de prescripción corta sino que la misma es decenal.

El hecho de que se haya predeterminado el importe de cada cuota con sus respectivos intereses y pactado su forma de pago, hace que no se de en el caso el riesgo que el legislador ha querido evitar al establecer el plazo de breve de prescripción. Así lo viene entendiendo desde hace muchos años la jurisprudencia al resolver que *tratándose de una deuda única, "aún cuando su pago se haya fraccionado en cuotas periódicas, no es aplicable la prescripción del art. 847 inc. 2° del C.Com".*

Morigeración de intereses

Sabido es y así se ha resuelto en forma reiterada que, todo cuestionamiento vinculado con los intereses, el monto, el cómputo o morigeración, no puede ser materia de defensa en esta etapa del proceso, sino que debe plantearse y analizarse en oportunidad de practicarse la correspondiente liquidación, tal como

afirma el magistrado. Por tales motivos la solución dada debe confirmarse.

A mayor abundamiento y siendo que no se rechazó sino que se difirió el tratamiento de la cuestión al momento de que se practique liquidación, cabe recordar que aquellas decisiones que nada deciden, o que postergan la resolución sin denegar definitivamente lo peticionado, en principio no causan agravio y, por ende no resultan apelables, como el caso de autos (CNCiv, Sala D, 17/10/83, LL, 1984-A-431).

Imposición en costas.

Por último y respecto de la imposición en costas, atento lo decidido precedentemente corresponde confirmar la imposición efectuada en la instancia de grado al ejecutado vencido, pues como destaca Reimundín en "La condena en costas en el proceso civil" (Editorial Zavalía 1966 pág. 63), en nuestro derecho positivo en general, la condena en costas al vencido es la regla, y la exoneración constituye la excepción. Así lo dispone el art. 69 del C.P.C.C.Ch.

En nuestro sistema procesal, las costas al vencido, no se imponen como una sanción, sino simplemente para resarcir las erogaciones que ha debido efectuar la parte ganadora para lograr el reconocimiento de su derecho y, el vencimiento, se determina por el resultado del proceso.

IV.- Por cómo se resuelve la cuestión, las costas de esta instancia se imponen al apelante vencido, por el principio objetivo de la derrota (art. 69 y ss CPr). Los honorarios de los abogados

intervinientes se regularán teniendo en cuenta la labor desarrollada, el resultado obtenido naturaleza del proceso, monto del juicio y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles (arts. 6 a 9, 13, 39 y 46 de la ley XIII-4 DJPCH)

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, **R E S U E L V E**:

1°) Desestimar el recurso de nulidad y apelación interpuesto por el demandado a fs. 94 y confirmar la sentencia definitiva N° 90/2016 de fs. 89/90vta.

2°) No hacer lugar al allanamiento parcial formulado en fs.54/59vta conforme considerando respectivo.

3°) Imponer las costas de la Alzada al apelante vencido. Regular los honorarios profesionales del Dr. Héctor José Ferreira de las Casas, apoderado del actor, en el treinta por ciento (30%) y los del Dr. M. P. en el veinticinco por ciento (25%), en ambos casos de los que les fueron regulados a cada uno de ellos en primera instancia, con más la alícuota del IVA si correspondiere.

4°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara por encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza

de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta y existir concordancia en la solución del caso (Ley V N° 17 Digesto Jurídico Chubut).

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO **RICARDO RUBEN ENRIQUE HAYES**
JUEZA DE CAMARA PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL Nro. DEL AÑO 2017
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

MARIA MAGDALENA CONSTANZO

SECRETARIA DE CAMARA