000083/2017

Comodoro Rivadavia, de noviembre de 2017.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"D., C. M. c/ F., F. M. y C., F. G. s/ EJECUTIVO", Expte. N° 83/2017,** venidos del Juzgado Letrado de Ejecución N° 1, Secretaría N° 2 (Expte. N° 1767/2015).

I.- Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Sala, por haber interpuesto la codemandada F. a fs. 149/150 recurso de reposición con apelación en subsidio contra la providencia de fs. 145 y a fs. 167 recurso de apelación contra la sentencia definitiva N° 3060/2016 de fs. 162/165vta.

La decisión impugnada en segundo término –sentencia definitiva- rechaza las excepciones de falta de personería y abuso de derecho opuestas por la codemandada F. M. F. contra el progreso de la acción ejecutiva y manda llevar la ejecución adelante hasta que los codemandados hagan a la actora íntegro pago de las sumas reclamadas de $74.387, con más sus intereses conforme al considerando respectivo. Impone las costas a los demandados vencidos y regula honorarios profesionales.

Considera que la prueba ofrecida es manifiestamente inadmisible, dilatoria o carente de utilidad para sostener las excepciones deducidas, pues su admisibilidad puede ser resuelta directamente con la agregada en autos. Respecto de la excepción de falta de personería tiene en cuenta que cuando la excepcionante firmó el contrato estaba a la vista de las partes y del Escribano el poder otorgado por el Sr. J. E. C. a favor de la Sra. C. M. D., por lo que por la doctrina de los

actos propios la misma debe ser desestimada. En cuanto a la excepción de abuso del derecho entiende que con la misma se introducen aspectos ajenos a la ejecución que exceden el limitado marco cognoscitivo, la que por otra parte no se encuentra contemplada como excepción admisible en el proceso de ejecución, por lo que rechaza la misma. Morigera el interés pactado fijando por todo concepto el doble de la tasa activa anual que publica el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuentos a treinta días, la que deberá ser dividida y aplicada a los días de mora que correspondan.

En su memorial de fs. 172/180, se agravia la recurrente por cuanto la sentencia rechaza en forma dogmática la posibilidad de apertura a aprueba del proceso ejecutivo. Tacha de arbitraria la decisión pues no dice en concreto por qué la misma no aportará elementos que brinden equilibro y justicia y expone dos posturas irreductibles, que el proceso ejecutivo no se abre a prueba y que en él solo se plantean las excepciones previstas por la ley. Expone que su parte planteo excepciones que tienden acreditar que utilizó la ley abusivamente, fundada en la infracción a la buena fe y ello surge de las cartas documento dirigidas y recibidas por la locadora. La prueba ofrecida es esencial para acreditar su derecho y evitar un perjuicio inevitable. Notificó la rescisión contractual mediante carta documento y presumió la buena fe de que la actora aceptaba la misma. Afirma que su parte ofreció todos los medios fehacientes para que, finalizado el contrato, pudiera hacerse de la indemnización, llaves y entrega del bien libre de ocupante. Debe la indemnización que el ejecutante no percibió, pero no los alquileres desde

esa fecha a la actualidad. Se agravia asimismo de la decisión del a quo de desechar las excepciones planteadas por la misma concepción extremista y ritual, por no encontrarse previstas como admisibles en el proceso de ejecución, considerando inapropiado tratar estos temas en el proceso ejecutivo, dado que en última instancia el ejecutado podrá acceder al juicio ordinario a recuperar lo que hubiera abonado en exceso. Peticiona se revoque la sentencia con costas.

Corrido traslado de ley es contestado por la parte actora a fs. 182/183, quien por las consideraciones que expone peticiona se rechacen los agravios con costas.

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.

La actora C. M. D. promueve prepara vía ejecutiva contra F. M. F. y F. G. Cáceres por el cobro de la suma de $74.387 más el interés punitorio diario pactado en la cláusula tercera del contrato, intereses compensatorios y costas. Funda la petición en el contrato de locación suscripto entre las partes, manifestando que la demandada abonó el alquiler hasta el mes de junio/2014, notificando luego que entregaría el inmueble pero ello jamás ocurrió, adeudando los meses de julio/2014 hasta julio/2015 inclusive.

A fs. 69 se ordena librar mandamiento de intimación de pago y embargo contra los ejecutados y a fs. 73/132vta. la codemandada F. M. F. opone al progreso de la ejecución excepciones de falta de personería,

abuso de derecho motivada en la violación de la buena fe y enriquecimiento sin causa. Desconoce deuda. Relata hechos y expone que puso a disposición de la locadora la entrega de llaves del inmueble y que no concurrió a recibirlas. Dice que la consignación judicial no es el principio general y único que rige la materia, dado que los jueces poseen las facultades para limitar el ejercicio abusivo de los derechos. A la época de desocupación del bien, 25 de junio de 2014 se hallaba cursando un complicado embarazo y carecía de trabajo fijo y de dinero para embarcarse en una aventura judicial con letrado particular. Ofrece prueba. Peticiona se haga lugar a la defensa incoada y se rechace la ejecución por el importe reclamado con costas.

A fs. 140/144 contesta el traslado de las excepciones y documental acompañada la parte actora.

A fs. 149/150 el 20/09/2016 la codemandada plantea reposición con apelación en subsidio contra la providencia de fs. 145 que tiene por contestado el traslado conferido a fs. 133, por considerar al mismo extemporáneo. A fs. 153 contesta el traslado la actora y mediante sentencia interlocutoria N° 156/157 se resuelve rechazar por extemporáneo el recurso de reposición y se concede en relación y con efecto diferido el de apelación interpuesto. Impone costas y regula honorarios.

A fs. 162 se dicta la sentencia definitiva la que es recurrida por la codemandada, conforme los argumentos expuestos en el punto I) precedente.

III.- Así sintetizados los antecedentes

del proceso, corresponde ingresar en el tratamiento de los recursos interpuestos.

Recurso de apelación en subsidio de fs. 149/150.

Se advierte que la resolución de fs. 145 del 19/08/2016, que tiene por contestado el traslado conferido a fs. 133, fue notificada ministerio ley el 23/08/2016.

En consecuencia en virtud de lo dispuesto por el art. 135 del Código Procesal, el plazo para presentar el recurso de apelación contra la resolución, vencía el 30 de agosto de 2016 y como término máximo debió ser acompañado en las dos primeras horas del siguiente día hábil, 31 de agosto de 2016, conforme plazo de gracia art. 124 CPCCCh.

No obstante tratarse de una apelación subsidiaria y por haber sido declarada extemporánea la reposición corresponde verificar el plazo de la apelación. Del cargo puesto por el Juzgado a fs. 150, surge que el escrito fue presentado el 20/09/2016 a las 10:10hs, es decir una vez vencido en forma amplia el término de ley.

Toda vez que los plazos son de orden público y en razón que el Tribunal de apelación, como juez del recurso, está facultado para examinar tanto su procedencia cuanto su admisibilidad, pues sobre dicha cuestión no se encuentra ligado ni por la conformidad de las partes, ni por la resolución del Sr. Juez de primer grado, aun cuando esté consentida (art. 276 C.P.C.C.; CNCIV., Sala F, L.L. 1985-C n° 36.902-S; CNCiv., Sala B, E.D., 16-762), corresponde declarar mal

concedido por extemporáneo el recurso de apelación de fs. 149/150.

Por último, corresponde precisar que en casos como el analizado, no es pertinente que el juez a quo se expida sobre la imposición en costas en la sentencia interlocutoria dictada, constituyendo una excepción al art. 163 inc. 3° del CPr., pues queda diferida tal consideración para la oportunidad en que recaiga pronunciamiento respecto de la apelación interpuesta en subsidio (E. Highton – B. Areán: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T 4 p. 747 ap. *f* en comentario al art. 241, Hammurabi 2005). Razón por la cual corresponde revocar la imposición en costas y regulación de honorarios efectuada en la sentencia interlocutoria N° 31/2016 de fs. 156/157.

Las costas de la incidencia, atento el principio objetivo de la derrota, existiendo contradictorio, se impondrán a la codemandada vencida (arts. 69 y 70 CPr.). Los honorarios se regularán de conformidad con las pautas generales contenida en el art. 5 a 9, 13 y 32 in fine de la ley arancelaria.

Recurso de apelación de fs. 167: Entrando al análisis del memorial contra la sentencia definitiva y 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 (*cfr.* CCiv. y Com. de Morón, Sala II, causa 9488 R.I. 284/81, citados por Rodríguez, "Tratado de la Ejecución" T II-B, p. 757).

En el caso bajo análisis, se advierten razones suficientes que justifican de manera excepcional la apertura a prueba solicitada.

La actora demanda cobro de alquileres adeudados desde el mes de julio/2014 a julio/2015 manifestando que la locataria le notificó que entregaría el inmueble locado en el mes de junio de 2014 pero que ello jamás ocurrió. A su vez, la codemandada afirma en su responde que puso a disposición de la locadora la entrega de llaves y que no concurrió a recibirlas, por lo que existe abuso de derecho motivada en la violación de la buena fe y enriquecimiento sin causa. Ofreció prueba documental consistente –entre otras- en cartas documentos remitidas a la locadora, las que no fueron recepcionadas, y prueba informativa, confesional y testimonial.

La sentencia rechazó la apertura a prueba por considerar que la ofrecida para sostener las excepciones es manifiestamente inadmisible, dilatoria o carente de utilidad y además exceden el ámbito de conocimiento de la ejecución, introduciendo indagaciones respecto de cuestiones ajenas a la discusión en la presente ejecución. Recuerda que la

ejecutada podrá controvertir y producir prueba con mayor amplitud en un eventual proceso de conocimiento posterior.

Si bien ello es atendible desde el punto de vista formal, existen particulares circunstancias que merecen puntualizarse.

Es que no puede adoptarse un criterio cerrado ni ciego frente a la realidad, si ello conduce al menoscabo de la admisión de la verdad jurídica objetiva, concluyendo en el desconocimiento de derechos de fondo y en soluciones notoriamente disvaliosas (CNCom, Sala A, 12/12/01 DJ 2002-I-893 cit. por Arean en glosa al art. 547 en "Cod. Proc. Civ. y Com." Dir. Por Highton y Arean, Ed. Hammurabi Bs. As. 2008 T. 10 p.591).

Entendemos que la prueba ofrecida no resulta manifiestamente inadmisible, dilatoria o carente de utilidad tal como afirma el a quo, pues precisamente se está cuestionando la procedencia de valores locativos con fundamento en la rescisión contractual, donde precisamente las partes no coinciden, pues mientras la actora manifiesta que la locataria le notificó su decisión de rescindir el contrato de locación pero que ello no ocurrió y tampoco consignó las llaves judicialmente, la demandada le imputa negligencia por falta de retiro de las misivas donde le notificaba día y hora de entrega de las llaves.

La consignación judicial de llaves, es una facultad del inquilino y si éste no acude a la vía judicial, le incumbe la carga de la prueba de haber puesto las llaves a disposición del locador y haber

desocupado el inmueble por ser un hecho impeditivo por él alegado (Suprema Corte Justicia Mendoza, Fallo: 8499461, Circ 1 Sala 1 2008/02/15).

Teniendo en cuenta todo ello aparece razonable la apertura a prueba solicitada que ofrece la ejecutada y esclarecer los hechos invocados evitando un daño irreparable a sus intereses.

Resulta procedente transitar la etapa probatoria que permita alcanzar un pronunciamiento priorizando la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, pues de lo contrario, en el caso y apreciando con rigurosidad los elementos traídos, se estaría privilegiando un excesivo rigor formal con grave afectación de derechos sustanciales y menoscabo a garantías constitucionales (arts. 17 y 18 C.N. 725 C.C., 552 del CPr.; Cam. Apel Civ y Com. San Nicolas, 6/11/01 Lexis n 14/84151; Cam. 1 Apel. Civ y Com. Mar del Plata, Sala I, 1/7/04 DJ 2005-1-409).

En consecuencia, se hace lugar al recurso interpuesto, revocándose en todas sus partes la sentencia definitiva de fs. 162/165vta., disponiendo que en la instancia de grado se proceda a la apertura a prueba.

Lo aquí resuelto en modo alguno implica exceder el marco cognoscitivo de la ejecución, sino una respuesta justa de adaptación a las particulares circunstancias de la presente causa (arg. art. 34 ap. 5 inc. d) del CPr).

IV.- En atención a como se resuelve la cuestión y por el principio objetivo de la derrota, las costas de esta instancia se impondrán a la actora vencida

(art. 69 CPr.). Los honorarios de los abogados intervinientes se regularán teniendo en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido, el mérito de la labor profesional y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles (arts. 6 a 9, 13,39 y 46 de la ley XIII Nº 4 y 15 Digesto Jurídico).

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) Declarar mal concedido a fs. 157 el recurso de apelación en subsidio interpuesto a fs. 149/150.

2) Revocar la imposición en costas y regulación de honorarios efectuada en la sentencia interlocutoria N° 31/2016 de fs. 156/157.

3) Imponer las costas de la incidencia a la codemandada vencida, conforme considerando respectivo. Regular los honorarios de la Dra. L. D. J. M. en el CINCO POR CIENTO (5%) y del Dr. C. A. R. en el TRES POR CIENTO (3%), en ambos casos de los que les correspondan como definitivos en el proceso principal, con más la alícuota del IVA si correspondiere.

4) Admitir el recurso de apelación interpuesto por la codemandada a fs. 167, y revocar en todas sus partes la sentencia definitiva N° 3060/2016 de fs. 162/165.

5) Disponer que en la instancia de grado se abra a prueba la causa.

6) Imponer las costas de esta instancia a la parte actora vencida conforme considerando respectivo. Regular los honorarios de esta instancia a favor del Dr. C. A. R. en el TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) y los de la Dra. L. D. J. M. en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%), en ambos casos a calcular sobre los que se regulen por su actuación en la sentencia definitiva a dictarse en primera instancia, con más la alícuota del IVA si correspondiere.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARIA FERNANDA ZANATTA HAYES
JUEZA DE CAMARA

RICARDO RUBEN ENRIQUE
PRESIDENTE

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO
JUEZA DE CAMARA

REGISTRADA BAJO EL Nro. DEL AÑO 2017
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS