TEXTO COMPLETO

REGISTRO N° 18-S FOLIO N° 82/5

EXPEDIENTE N° 168315 JUZGADO N° 9

En la ciudad de Mar del Plata, a los 13días del mes de febrero de 2020, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: **"CORBALAN, MIGUEL A. C/ SCARPATI, GABRIELA N. S/ EJECUCIÓN HIPOTECARIA"**, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es justa la sentencia dictada el 9-4-2019 a fs. 75/77 ?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. ROBERTO J. LOUSTAUNAU DIJO:

I.- En el fallo cuestionado la jueza mandó llevar adelante la ejecución, hasta tanto el deudor haga al acreedor íntegro pago del capital reclamado más las costas y los intereses.

Para así decidirlo, rechazó la excepción de inhabilidad de título considerando que la copia certificada por escribano acompañada en la demanda reunía los requisitos necesarios y revestía el carácter de título ejecutivo suficiente.

Seguidamente, desestimó la defensa de prescripción aplicando al caso el plazo de 10 años previsto por el art. 4023 del CC (conf. ley 340) en lugar del art. 4027 inc. 3° del mismo cuerpo legal (5 años).

Tampoco admitió lo expuesto por la ejecutada referido a desconocer la deuda y la alegada relación entre ésta y la reclamada en la causa "*Corbalan, Miguel A. c/ Errecaborde, Marcelo y Scarpati, Gabriela s/ cobro ejecutivo* " (exp. n° 5.600 de trámite ante el juz. civ. y com. n° 5 deptal.) toda vez que esta cuenta con sentencia firme y consentida que rechazó la alegada defensa de "novación" interpuesta (fundada en que al haberse suscripto la hipoteca objeto de estas actuaciones, se habría extinguido la relación contractual de mutuo reclamada en aquéllas), además, se trata de dos expedientes distintos basados en dos instrumentos celebrados con fecha, objeto y partes también diferentes.

Por último, dispuso los intereses pactados en la cláusula 6° (1% mensual) con el tope del 4% anual por todo concepto conforme el Acuerdo Plenario de esta Alzada en los autos "*Minassian, Ana c/ Vansevicius, José B. s/ ejecución hipotecaria*" (exp. n° 123.945, RSD 95 del 9-2-2004)

II.- El día 10-6-2019 apeló la parte ejecutada.

En el memorial presentado el 1-7-2019 se agravió, en primer lugar, del rechazo de la excepción de inhabilidad de título sosteniendo que por tratarse de una ejecución hipotecaria, el título que le sirve de base es el primer testimonio regular expedido por el notario autorizante, o el segundo testimonio otorgado con autorización judicial, lo que no sucede en autos.

Mediante el segundo agravio manifestó que el art. 4027 inc. 3º del CC (ley 340) que establece el plazo de 5 años de prescripción, sienta un principio general aplicable al caso.

Por ello, pidió que se revoque la sentencia con costas.

III.- La parte ejecutada contestó los agravios mediante la presentación realizada el día 11-7-2019.

En relación al primer agravio, explicó que el art. 308 del CCyC permite que el escribano otorgue las copias o testimonios de las escrituras que se le requieran y que sería absurdo que en el supuesto de pérdida o extravío del primer testimonio de la escritura hipotecaria, el acreedor deba iniciar un proceso judicial para obtener la copia. Además, en la cláusula 9° del título traído a ejecución, el deudor autoriza al acreedor a reinscribir el gravamen, por lo que quien puede lo más, puede lo menos (expedir un simple testimonio del acto es menos significativo que reinscribir el gravamen).

En cuanto a la prescripción, manifestó que en las obligaciones de dar sumas de dinero el régimen vigente al momento del nacimiento de la deuda con garantía hipotecaria, era el plazo de diez años previsto en los arts. 4023 del CCl y 846 del C.Comercio.

En otro punto, expresó que los intereses moratorios pactados son aceptables porque responden a los aplicables en plaza para las mismas circunstancias

Por ello, solicitó el rechazo de la apelación con costas.

IV. TRATAMIENTO DE LOS AGRAVIOS:

IV.1.- El derecho hipotecario es el más seguro, poderoso e intenso de los derechos reales que reglamenta el Código Civil, concediendo a los titulares de sus respectivos créditos el máximo de ventajas y garantías para el cobro del crédito (C.Nac.Com., sala B, 11-8-1971, Der. 41-267; *ídem*, 7-4-1972, Der. 43-678) (cit. por

Morello- Sosa- Berizonce- Tessone, "Códigos..", 4° ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, T. VII, p. 350)

Por tal motivo, frente a una ejecución hipotecaria debe analizarse, en primer término, si el instrumento en el que está documentado el crédito tiene fuerza ejecutiva, para luego sí determinar si la hipoteca, como garantía real, cumple con los recaudos de especialidad que le son inherentes (arts. 523 inc. 1°, 524 y 531 del C.P.C.).

Para que se pueda proceder ejecutivamente debe presentarse el título en legal forma; de lo contrario, es admisible la excepción de inhabilidad de título. Así, sería procedente la defensa si se pretendiere ejecutar el crédito con base en una copia de la escritura de constitución de hipoteca que no sea el "primer testimonio" o "primer copia de la actuación notarial, expedida en legal forma (Peralta Mariscal, Juicio Hipotecario", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 136.)

IV.2.- En el caso, esta ejecución hipotecaria fue iniciada con una fotocopia certificada el día 5-8-2014 por un escribano, de una copia de la escritura hipotecaria otorgada por otro notario, en la cual consta que el 18-2-2010 se expidió segundo testimonio para el acreedor (v. fs. 8/12).

Cabe exponer que el ejecutante no ofreció adjuntar el original de aquel segundo testimonio (v. escrito de demanda, fs. 13) y sin embargo, corrió traslado de la acción agregando como copias, fotocopia simple del segundo testimonio (v. fs. 32/36).

IV.3.- Siendo que el documento de fs. 8/12 reviste la condición de copia sin valor de primer testimonio, segundo o ulterior que cumpla con los requisitos legales pertinentes (arts. 1006, 1007, 1008, 1009 y 1010 del CC) sólo tiene valor informativo, pues aunque goce de fe originaria (nadie negará que el escribano diligente lo ha sacado del original) y acreditará la existencia de una matriz, no tiene los mismos efectos que aquellos y por lo tanto, no reviste la condición de título hábil que traiga aparejada la ejecución hipotecaria intentada (arts. 593, 529 primer párrafo del C.P.C. y 3128 del CC)

Ello es así , porque si bien es un instrumento extendido por el "funcionario" (escribano) en la forma que las leyes han determinado, es una copia que, aunque certificada, no prueba sobre el contenido del acto ni La validez de las firmas del original, sino sólo sobre la existencia del instrumento copiado.

Reconozco que hay jurisprudencia que sostiene la validez de tales copias como títulos ejecutivos (v. Morello- Sosa- Berizonce- Tessone, obra citada, ps. 325 *in fine* y 350/351); pero no comparto esa tesis sino la opuesta, que precisamente es la citada por la jueza en la sentencia apelada y que -en mi parecer- ha mal interpretado.

En efecto, en el precedente "*Verde, Carlos c/ Daniels Ovidio s/ Ejecución Hipotecaria*" (causa n° 94.314 RSI 396 del 16-5-1995 que cita la colega de la

instancia de origen) se confirmó el rechazo de la excepción de inhabilidad de título porque se trataba de un primer testimonio y no de una fotocopia certificada del testimonio (como en autos).

Por eso allí se advirtió que " *(...) una cosa es testimonio en fotocopia autenticada y otra muy distinta es fotocopia de un testimonio, pues el primero está extraído de su matriz original con directa confrontación del oficial público, en tanto que el segundo no es más que copia de un testimonio o de una primera copia de un original que no se tiene a la vista, perdiéndose así la inmediación de la intervención del oficial público respecto de tal original firmado por los intervinientes en ese acto y la validez misma de tal mediata o indirecta copia -art. 986 del CC, esta Cámara, fallo pub. en ED 11-5-67, 24.558 cit por Highton Elena, "Juicio Hipotecario", Ed. Hammurabi, pág. 106, 1993). Por eso le damos la razón al ejecutado cuando afirma que la "fotocopia certificada del testimonio" es inhábil, pero ese no es el supuesto de autos. Aquí las fotocopias son el testimonio o primera copia de la escritura. El escribano en vez de transcribir el texto, optó por fotocopiarlo y darle la calidad de primera copia, por lo que cumple los recaudos del art. 979 inc. 1° del CC"* . (el subrayado es de origen, Sala II, causa arriba citada)

Me permito la transcripción anterior porque ella describe que el caso en tratamiento es justamente a la inversa: aquí corresponde hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título porque el documento de fs. 8/12 es una fotocopia certificada del testimonio y por lo tanto, inhábil para proceder ejecutivamente (argto. arts. 521 inc. 1°, 542 inc. 4°, 593, 595 del C.P.C. y 979 inc. 2°, 1006, 1007, 1008, 1009, 1010, 3128 y 3131 del CC, conf. ley 340).

En virtud de lo resuelto, el agravio restante (prescripción) no será abordado por cuanto la materia aparece desplazada (argto. S.C.B.A., Ac. 97.842 del 3-11-2010; Rc. 116.768 del 4-7-2012; Rc. 108.141 del 4-5-2011; Rc. 118.201 del 5-3-2014, entre otras)

En consecuencia y si mi voto es compartido, corresponderá hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte ejecutada el día 10-6-2019 y revocar la sentencia dictada el 9-4-2019 a fs. 75/77 en el sentido indicado, con costas al ejecutante vencido atento el principio general en la materia (arts. 68, 242, 245 y 556 del C.P.C.).

ASÍ LO VOTO.

EL SR. JUEZ DR. RICARDO D. MONTERISI VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. ROBERTO J. LOUSTAUNAU DIJO:

En orden a la votación precedente, corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte ejecutada el 10-6-2019, revocar la sentencia apelada e imponer las costas al ejecutante vencido (arts. 68, 242, 245, 274, 556 y cctes. del C.P.C.).

ASÍ LO VOTO.

EL SR. JUEZ DR. RICARDO D. MONTERISI VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

En consecuencia se dicta la siguiente

S E N T E N C I A

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: **I)** Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte ejecutada el día 10-6-2019 y revocar la sentencia apelada, dictada el 9-4-2019 a fs. 75/77 (arts. 242, 245 y cctes. del C.P.C.). **II)** Imponer las costas al ejecutante vencido (arts. 68, 274 y 556 del C.P.C.). **III)**Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967). **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** (art. 135 del C.P.C.). **DEVUÉLVASE.-**

RICARDO D. MONTERISI **ROBERTO J. LOUSTAUNAU**

LUCAS TROBO
AUXILIAR LETRADO