

REGISTRADA BAJO EL N° 40 (S) F° 250/256**Expte. N°167046 Juzgado N° 3**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 29 días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, se reúne la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario, a efectos de dictar sentencia en autos: "**TRONCOSO MARIANO ANDRES MIGUEL Y OTROS C/ CONTRERAS JOSE MANUEL S/EJECUCION DE SENTENCIA**", en los cuales, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal, resultó que la votación debía ser en el orden siguiente: Dres. Rubén Daniel Gérez y Nélica Isabel Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 104/ 107 ?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ RUBÉN D. GÉREZ DIJO:**I.-Antecedentes.**

a) A fs. 28/ 30 vta. el Dr. Daniel Muni -como apoderado de los Sres. Mariano Andrés y Miguel Ángel Troncoso - promueve demanda de ejecución de sentencia contra el Sr. José Manuel Contreras, con el objeto de *"percibir la suma de pesos dos mil cuatrocientos sesenta (\$2.460) o lo que en más o en menos surja de la determinación del valor en autos, con más los intereses desde la fecha en que debió haberse cumplido la obligación y costas"*(textual).

Afirma que: *"con fecha 26 de junio de 2012 la Excma. Cámara departamental condenó a entregar a los hoy actores "el techo canalón de 8,50mts. de ancho por 17mts. de largo que existía en la propiedad motivo de la obra realizada por éste último. En caso de incumplimiento o de no ser ello posible, la obligación se transformará en la entrega de su equivalente dinerario (arts. 513 y cdtes. del CPC; 781, 1354 y cdtes. del Cód.Civ.)"* (textual).

Comenta que: *"A fs. 583 se constata que dicho sentencia se notificó, por lo que comenzó a correr el plazo para su cumplimiento el día 29 de junio de 2012. Con fecha 7 de octubre de 2013 se requirió a VS las fotocopias certificadas que se acompañan a los fines de la promoción del presente"* (textual).

Destaca que: *"A raíz del impulso procesal de esta parte tendiente a obtener el cumplimiento de la sentencia, el demandado remite en forma extemporánea la carta documento que se acompaña donde indica un lugar donde debían retirarse las chapas, ello con fecha de remisión el día 29/05/2014. Se adjuntan las piezas fotográficas para acreditar el material de descarte ofrecido para la entrega en forma extemporánea"* (textual).

Subraya que: *"La estrategia del condenado ha sido la misma que la llevada a cabo en la demanda originaria, a saber: aparentar u ofrecer el cumplimiento en forma absolutamente fraudulenta"* (textual).

Expresa que: *"Así las cosas, se inicia esta acción tendiente al cobro del monto de condena que , a tenor de los hechos narrados, entiendo que se encuentra acreditado que -en principio- el demandado no ha cumplido con la dación en pago comprometida"* (textual).

Señala que: *"En consecuencia, se habilita la instancia de determinación del monto de condena que, prima facie, fue fijado en el contrato originario por las partes contratantes en la suma de \$2460 que, por lo menos, se reclaman en esta demanda; pero cabe aclarar que la sentencia de la Excma. Cámara expresa : "de no ser ello posible la obligación se transformará en la entrega de su equivalente dinerario". Por tanto, es preciso determinar el monto definitivo de condena en esta acción para lo cual se ofrece la prueba pericial"* (textual).

Ofrece prueba, funda en derecho y solicita que se haga lugar a la demanda de ejecución de sentencia, con costas.

b) A fs. 32 el Sr. Juez de grado dicta el siguiente proveido: *"Vistos los términos de la sentencia dictada en los autos principales, advierto que se ha fijado un plazo de (10) días desde su firmeza a efectos de que el accionado entregue a los accionantes el techo canalón de 8,50mts. de ancho por 17mts. de largo y que en caso de incumplimiento o de no ser ello posible, la obligación se transformará en la entrega de su equivalente en dinero"* (textual).

c) A fs. 43/ vta. el Sr. José Manuel Contreras, por derecho propio y con el patrocinio letrado de la Dra. Mabel Elizabeth Humanez, opone excepción de pago.

Afirma que: *"en junio de 2012 se resolvió, entre otras cuestiones, que mi mandante entregara a los señores Troncoso el techo de canalón de 8.50 por 17 metros, consistente en chapas que hubieren sido removidas de un local. Desde esa fecha han estado a disposición del actor y en varias oportunidades se ha intentado que las retire ya que por las dimensiones de las mismas son un inconveniente. Así las cosas, se tuvo que trasladar las chapas a un terreno, generando gastos porque los Sres. Troncoso no las retiraban"* (textual).

Señala que: *"En el año 2014 se mandó una carta documento ya que la persona que las tiene en su terreno debía disponer del lugar, intimando a que las retiren, apercibiendo su destrucción. Aún así, las chapas no han sido destruidas y se encuentran a la espera de ser retiradas"* (textual).

Alega que: *"El actor pretende en forma unilateral y totalmente arbitraria determinar que las chapas no sirven y convertir la obligación en dineraria cuando la sentencia dice claramente que, en caso de incumplimiento o de no ser ello posible la obligación, se transformará en la entrega del equivalente en dinero, cuestión no se condice con los hechos ya que es totalmente posible su entrega y quien esta en mora por no retirarlas es el actor quien fue intimado por carta documento y aun así no cumplió con su obligación"* (textual).

Concluye requiriendo que se rechace la demanda de ejecución de sentenciante, con costas al actor.

d) A fs. 50/ vta. el ejecutante contesta traslado conferido a fs. 45 respecto de la excepción articulada, solicitando su rechazo con costas.

Expone que: *"no surge que en plazo y forma la demandada haya entregado las chapas conforme los términos de la sentencia y en el plazo indicado, es decir diez días para su cumplimiento. Tampoco lo acredita en el plazo indicado en esta acción, ya que muestra las supuestas chapas pero nada dice en relación a la entrega"* (textual).

Concluye señalando que: *"La excepción de pago es inadmisibles e improcedente la excepción de pago ya que no se dió cabal cumplimiento de la obligación"* (textual).

e) A fs. 57 se abre el presente incidente a prueba en atención a la existencia de hechos controvertidos materia de comprobación. Los medios probatorios fueron proveídos a fs. 59/vta..

f) A fs. 104/ 107 se dicta sentencia conforme los alcances que se detallan en el punto subsiguiente.

II.- La sentencia recurrida.

A fs. 104/ 107 el Sr. Juez de primera instancia resuelve: *"1) Rechazar la presente ejecución de sentencia haciendo lugar a la defensa interpuesta por el demandado (arts. 497, 504 y ccdtes. del CPCC); 2) Imponer las costas a la actora vencida (arts. 68 y 69 del CPCC); 3) Difiérase la regulación de honorarios hasta tanto se halla establecido la base regulatoria de los presentes (art. 41 del decreto ley 8904/77); REGISTRESE.- NOTIFIQUESE personalmente o por cédula (art. 135 inc. 12° C.P.C.C.)"* (textual).

Considera el sentenciante que: *"si bien con la cédula de fs. 483 diligenciada en el domicilio constituido del accionado el día 29/06/2012 obrante en los autos principales, se le ha notificado*

de la condena que le ha sido impuesta, en la misma no se le ha transcripto el plazo que tenía para el cumplimiento de la misma" (textual).

Expresa que: "Así las cosas, a fs. 32 de los presentes autos, se le ha dado un nuevo plazo a la parte demandada para la efectivización de la entrega de la cosa a la cual fue condenada, dentro del cual se ha presentado expresando que las chapas se encuentran a la espera de ser retiradas (ver fs. 43 vta). Asimismo, ha acompañado a su presentación una carta documento de mayo de 2014 (ver fs. 40) donde intimaba a la actora al retiro de las chapas, la cual ha sido expresamente reconocida por la parte accionante a fs. 28 vta. último párrafo (arts. 375, 384 y ccddtes. del CPCC)" (textual).

Sentado lo anterior, subraya que: "De lo expresado surge sin hesitación que la parte demandada no tan solo no se encuentra en mora en el cumplimiento de la obligación sino que ha intimado a la parte actora ha retirar lo debido. En tanto, resultan inatendibles lo manifestado por la actora en su escrito de fs. 50 donde expresa que del planteo de la demanda no surge que en plazo y forma haya entregado las chapas en la forma indicada en la sentencia, plazo que como expusiera no le fuera notificado en el momento procesal oportuno" (textual).

Afirma que. "A mayor abundamiento la CSJN ha establecido que si la actora demostró una llamativa inercia durante el trámite de ejecución de sentencia, a la luz del principio de lealtad procesal que debe regular las relaciones de las partes en el proceso, cabe concluir que no es dable considerar en mora a la accionada por el incumplimiento de la condena a entregar una determinada cantidad de cosas que le fue impuesta en dicha sentencia... y que es improcedente considerar en mora a la demandada con relación al cumplimiento de la condena impuesta en la sentencia, toda vez que en atención a la índole, tipo y tamaño de los elementos que debían ser entregados, el cumplimiento de la prestación requería una positiva actividad de la actora, quien se mantuvo inactiva sobre el punto durante varios años. (Corte Suprema de Justicia de la Nación; Empresa Constructora Provenzani S.R.L. c. Dirección General de Fabricaciones Militares • 01/11/1983, Cita Fallos Corte: 305:1803, Cita Online: AR/JUR/3151/1983)" (textual).

Señala que: "Conforme el precedente expuesto el cual encuentro aplicable al caso de autos, en tanto la actora no ha siquiera expresado y menos probado que luego de dictada la sentencia que en autos se ejecuta haya siquiera intentado retirar las chapas del lugar donde se encontraban y no habiéndose acreditado la mora en el cumplimiento de la obligación por parte de la demanda, con lo cual solo cabe concluir que corresponde en consecuencia desestimar la presente ejecución de sentencia (arts. 375, 497, 504 y ccddtes. del CPCC)" (textual).

Concluye señalando que: "Sin perjuicio de lo anterior y mas allá de lo que surge de fs. 38 de los autos principales donde se expone que el Sr. Troncoso deberá hacerse cargo de desmontar el canalón mencionado con los riesgos que conlleva el desarmado del techo (roturas, rajaduras por el tiempo, etc.), cualquier incumplimiento que verifique el accionante al momento de la entrega de las chapas (léase cantidad, calidad, etc.) deberá hacerlo valer por la vía que estime corresponder" (textual).

III.- El recurso de apelación.

Mediante el escrito electrónico de fecha 25 de octubre de 2018 la parte ejecutante interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 104/ 107 y lo funda a través del escrito electrónico de fecha 26 de octubre de 2008 con argumentos que no merecieron respuesta de la parte contraria a fs. 119/ 121.

IV.- Los agravios del recurrente.

El apelante critica la resolución dictada por el Sr. Juez de grado por cuanto decide hacer lugar a la excepción de pago interpuesta por la parte ejecutada y, en consecuencia, rechazar la demanda de ejecución de sentencia.

Afirma que: *"En su distorsionada deducción de lo quiso decir la demandada, el juez OMITIÓ DELIBERADAMENTE APLICAR UN VIEJO CRITERIO JURISPRUDENCIAL de la Excma Cámara Departamental relacionado a la interpretación del art. 163 inc. 7. Del CPC. Que refiere al supuesto de cuando el Juez no establece un plazo de cumplimiento de sentencia: "La sentencia debe contener el plazo que otorga para su cumplimiento (art. 163 inc. 7) Si fue omitido por el magistrado, el vicio no invalida la sentencia, debiendo interpretarse que el cumplimiento de ella es inmediato (con f. Cámara Mar del Plata, 19/8/1971, LL. 146-145..." (textual).*

Expresa que: *"a contrario de lo que sostiene el Sr. Juez, la supuesta ausencia de constitución en mora por falta de plazo para el cumplimiento de la sentencia, no es tal, ya que además de que la sentencia fijó el plazo de 10 días para su cumplimiento y que dicha sentencia fue notificada oportunamente al demandado y cumplida por el mismo en parte, ya que -por ejemplo- abonó los honorarios a sus letrados, remitió carta documento a mi parte en el año 2014 y fue notificado además de este proceso judicial de ejecución de sentencia, además de todo ello la jurisprudencia de Cámara citada indica que el cumplimiento de la sentencia frente a la falta de estipulación de plazo debió haber sido hecho en forma inmediata" (textual).*

Añade que: *"El Juez claramente advierte la improcedencia del planteo de excepción de pago, ya que frente a un proceso de ejecución de sentencia el pago invocado debe ser debidamente documentado para frenar la ejecución. Sin embargo el Juez realiza un esfuerzo interpretativo y lo exonera de responsabilidad" (textual).*

Resalta que: *"Reiteradas veces esta Cámara dijo al hablar del pago por consignación que NO BASTA EL MERO OFRECIMIENTO A CUMPLIR CON LA OBLIGACION SINO QUE EL MISMO DEBE SER EXTERIORIZADO CON UN ACTO CONCRETO, ES DECIR CON EL EFECTIVO PAGO O DEPOSITO (...) El Juez no advirtió que EL PERDIDOSO PRETENDIÓ CUMPLIR LA SENTENCIA EN CONDICIONES NO PACTADAS POR LAS PARTES Y POR ENDE PRETENDIO IMPONER SUS CONDICIONES QUE NI SIQUIERA SE RELACIONAN CON ALGUNA CIRCUNSTANCIA DEL PROCESO. O SEA: VAYA A BUSCAR LAS CHAPAS A SANTA ROSA DE CALAMUCHITA O CUALQUIERA" (textual).*

Concluye señalando que: *"es una resolución no ajustada a derecho y en el expediente se encuentran todos elementos de juicio, la documental citada, la pericia que determina el valor de las chapas Y LA ACTITUD DE LAS PARTES para resolver conforme derecho haciendo cumplir la sentencia Y A LA VEZ SOSTENER EL RESPETO POR LA JUSTICIA (...) Por todo lo expuesto, solicito que se revoque la sentencia por contrario imperio, mandando llevar adelante el proceso de ejecución de sentencia determinando el monto de condena frente al incumplimiento del demandado en la dación en pago, conforme oportunamente esta Cámara resolvió con imposición en costas" (textual).*

V.- Consideración de los agravios.

Ingresando en el estudio de la cuestión sometida a consideración de este Tribunal, advierto que el recurso debe prosperar.

Expondré, seguidamente, las razones que me conducen hacia dicha conclusión.

Si bien es real que la parte actora demoró injustificadamente la iniciación del trámite de ejecución de sentencia (casi tres años y medio de adquirir firmeza el pronunciamiento de Cámara), no por ello podría liberarse al ejecutado del cumplimiento de la condena (argto. arts. 497, 504 inc. 2, 511 y conds. del CPC; conf. Morello-Sosa-Berizonce, "Códigos...", T.VI-A, Ed. Platense, 1994, pág. 131 y ss.).

No escapa a la apreciación del suscripto que este tribunal de Alzada incurrió en un notorio error en la transcripción del fallo al momento de librarse la cédula de notificación adunada a fs. 483/vta. (de los autos principales) pues se omitió la transcripción del plazo asignado para el cumplimiento de la obligación en especie o en el valor equivalente dinerario.

El juez de grado correctamente, desde mi punto de vista, hizo uso de las facultades que prevé el art. 36 inc 5 apart. "b" del CPC y ordenó el libramiento de una nueva cédula para que se cumpla con la sentencia de alzada, aunque ampliando el plazo previsto en el pronunciamiento de esta Cámara, al plazo de veinte (20) días hábiles (conf. proveido de fs. 32).

Es decir, a partir de ese nuevo libramiento de cédula, hallándose firme el pronunciamiento, y cumplido el nuevo plazo otorgado, el accionante se encontraba en condiciones para pedir la ejecución forzada que contemplada en los arts. 497, 501, 513 y conds. del CPCC.

En este estadio del análisis del caso, corresponde evaluar cuáles eran las opciones con las que contaba el ejecutado: **a)** acatar la sentencia de Cámara y entregar al actor la "cosa" objeto de condena o consignar judicialmente el valor equivalente en plazo asignado por el sentenciante; **b)** oponer alguna de las defensas previstas en el art. 504 del CPC.

Tal como quedó reflejado al momento de relatar los antecedentes del caso, el ejecutado optó por esto último y articuló la excepción de pago (conf. fs. 43/vta.).

Efectivamente, manifestó que la condena estaba cumplida por cuanto había remitido al comprador una carta documento haciéndole saber que ponía a su disposición la "cosa" que fue objeto de la condena (techo canalón de 8,50mts. de ancho por 17mts. de largo que existía en la propiedad motivo de la obra realizada por el accionante).

Sabido es que el pago, para que opere como medio de extinción de las obligaciones y posea así pleno efecto cancelatorio, debe ser exacto, reuniendo los requisitos de identidad e integridad (arts. 740 y 742, C.C.), por consiguiente, el deudor sólo se libera del vínculo obligacional, al entregar al acreedor aquello que se comprometió en la medida, tiempo y lugar correspondiente (argto. arts. 725, 740, 742, 757 y 758, C.C; conf. Ramón Daniel Pizarro, Carlos Gustavo Vallespinos, "Obligaciones", V. 2, Ed. Hammurabi, 2006, pág. 71 y ss.; jurisprud. SCBA, C. 94.533 Sent. de 3-XI-2010).

Frente a dicha concepción, corresponde preguntarse si podría calificarse que la remisión de aquella carta documento queda comprendida en el concepto de pago.

A mi entender, la respuesta negativa al interrogante precedente, se impone.

Efectivamente, la "entrega de la cosa" a la que alude el fallo de Cámara implica un acto de voluntad activa, desde que implica que el deudor debería haber concurrido en legal tiempo y forma al domicilio real del deudor (o en su caso al legal) y proceder a la materialización de la prestación, o en caso de negativa, arbitrar los medios para demostrar que el acreedor se negó a recibirla.

En el caso no hubo "entrega efectiva de la cosa" ni intento de ella. Por el contrario, "poner a disposición el objeto de la condena" traduce una expresión de voluntad "pasiva", que podría identificar con la mera expresión de: *"la tengo en mi poder y usted puede pasar a retirarla"*. No hay equivalencia entre el comportamiento del deudor con la conducta esperada en la sentencia que se ejecuta (argto. arts. 725, 740, 742, 757 y 758, C.C; arts. 497, 501, 513 y conds. del CPC).

Siendo así, a mi criterio, no es correcta la decisión del magistrado de la instancia de origen que acoge la excepción articulada.

Por último, entiendo que ante la no materialización de la entrega de la cosa que fue objeto de condena (techo canalón de 8,50mts. de ancho por 17mts. de largo) la única opción que se encontraba a disposición del ejecutado era la del depósito de su valor "equivalente". Sin embargo, el ejecutado no hizo un depósito del importe en el sentido y con los alcances indicados. Por consiguiente, no puede considerarse que hubo pago si no se verifica una de las dos conductas procesales que se "corresponden" con los alcances de la sentencia (argto. arts. 725, 740, 742, 757 y 758, C.C; arts. 497, 504 inc. 3ero. y conds. del CPC).

Sellada así la suerte favorable del recurso bajo estudio (en el sentido de propiciar que se revoque el pronunciamiento de primera instancia y, por consiguiente, se decida el rechazo de la

excepción de pago) corresponde -por competencia positiva- **proponer que se haga lugar a la demanda de ejecución de sentencia y, en consecuencia, se condene al Sr. José Manuel Contreras a entregar a la parte ejecutante - dentro del plazo de diez días computable desde que quede firme esta sentencia - el equivalente dinerario de aquello que fue objeto de la condena** (art. 497, 504 inc. 3., 513 y conds. del CPC).

En tal sentido, a los fines de la justipreciación del capital por el cual deberá proceder la acción ejecutiva, considero imprescindible valorar el **informe pericial rendido en autos a fs. 80/vta. junto con sus explicaciones de fs. 99/ vta.**.(argto. arts. 384, 474, 513 y conds. del CPC)

Efectivamente, el perito Martillero Público Osvaldo Raúl Grau dictaminó que: **"se trata de chapas usadas, a efectos de contar con la seguridad que no contengan amianto, paso a determinar el valor comercial de chapas usadas de fibrocemento denominadas comercialmente como perfil 7/6 (...) valor por metro cuadrado pesos CIENTO OCHENTA (\$180). Valor total para cubrir la superficie establecida en autos : pesos veintisiete mil (\$27.000)"** (textual).

A mérito de lo dictaminado por el experto - de lo cual no encuentro razones para apartarme en tanto se encuentra debidamente fundado - (arts. 474 y conds. del CPC) considero entonces que corresponde mandar a llevar adelante la ejecución hasta tanto el Sr. José Manuel Contreras haga entrega a los ejecutantes de la suma de pesos veintisiete mil (\$27.000).

A dicha suma deberán adicionarse intereses que se liquidarán desde la fecha de la mora (es decir, desde el día en que operó el vencimiento de los 20 días hábiles fijados por el juez a quo en el proveido de fs. 32) de acuerdo con los parámetros que se detallan seguidamente.

Habiéndose fijado a valores actuales el equivalente dinerario de la "cosa" que fue objeto de la condena (techo canalón de 8,50mts. de ancho por 17mts. de largo) se impone estar a lo dispuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires in re "Vera, Juan Carlos" (C. 120.536, sentencia del 18 de abril de 2018) y "Nidera S.A." (C. 121.134, sentencia del 03 de mayo de 2018).

En dichos precedentes, el Máximo Tribunal Provincial varió la posición que supo sostener en los fallos "Cabrera" (Ac. 119176, del 15/06/2016) y "Padin" (C. 116.930, sent. del 10/08/2016) con relación a los intereses moratorios liquidados sobre créditos calculados a valores actuales, en tanto en estos nuevos pronunciamientos resolvió que en aquellos supuestos en los que sea pertinente el ajuste por índices **o bien cuando se fije un quantum a valor actual, los intereses moratorios sobre el crédito deben liquidarse aplicando una tasa pura del 6% anual que se devenga desde que se hayan producido los perjuicios y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda** (arts. 772 y 1748, Cód. Civ. y Com.), aplicando de allí **en más aplicable la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días.**

Llevando tales premisas al caso particular resulta que los intereses moratorios deberán calcularse al 6% a partir de la fecha de la mora hasta la del dictado de la presente sentencia y, a partir de allí, a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Bs. As. en sus depósitos a treinta días.

En definitiva, y teniendo en consideración los fundamentos precedentemente expuestos, considero que el recurso debe admitirse, lo que así propongo.

ASI LO VOTO.

La Sra. Jueza Nélide I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ RUBÉN D. GÉREZ DIJO:

Corresponde: I) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto mediante el escrito electrónico de fecha 25 de octubre de 2018 y, en consecuencia, revocar la sentencia recurrida con los alcances fijados en el considerando V; II) Imponer las costas -en ambas instancias - a la parte

ejecutada vencida (art. 68, 274 y conds. del C.P.C); III) Diferir la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (arts. 31 y 51 del Dec.Ley 8904).

ASI LO VOTO.

La Sra. Jueza Nélide I. Zampini 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: I) Se hace lugar al recurso de apelación interpuesto mediante el escrito electrónico de fecha 25 de octubre de 2018 y, en consecuencia, se revoca la sentencia recurrida con los alcances fijados en el considerando V; II) Se imponen las costas -en ambas instancias - a la parte ejecutada vencida (art. 68, 274 y conds. del C.P.C); III) Diferir la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (arts. 31 y 51 del Dec.Ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). Devuélvase.-.

NÉLIDA I. ZAMPINI RUBÉN D. GÉREZ.

Pablo D. Antonini Secretario