

REGISTRADA BAJO EL N° 4 (S) F° 18/23
Expte.N°168.655 Juzgado Civil y Comercial N°5.-

En la ciudad de Mar del Plata, a los ..6. días del mes de febrero 2020, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **“LOPEZ, MIRTA GRACIELA c/ PELLEGRINI, LIDIA BEATRIZ s/ FIJACION PRECIO ALQUILERES” - EXPTE.N°168.655** habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Rubén D. Gérez y Nélica Isabel Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1°) ¿Es justa la sentencia dictada a fs. 420/37 y contra la cual la parte demandada interpuso recurso de apelación a fs. 457?

2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. RUBEN D. GEREZ DIJO:

I. Antecedentes:

A fs. 12 se presenta la señora Mirta Graciela López, con el patrocinio letrado de la doctora Gabriela Santanna, promoviendo demanda de fijación de monto locativo y cobro por la explotación no autorizada de su propiedad, contra la señora Lidia Beatriz Pellegrini; estimando su reclamo en la suma de \$ 192.000, debiéndose adecuar a lo que en más o en menos resulte de las probanzas de autos.

Relata que fue demandada en una ejecución hipotecaria por Simón Delia Braisiuk; y que el 29/10/1999 presentó su concurso preventivo, donde el acreedor hipotecario verificó su crédito y convirtió en concurso especial su ejecución. Luego, el crédito fue cedido a la aquí demandada quien en vez de continuar con el trámite del concurso especial optó por solicitar la tenencia provisoria del inmueble, fundándose en una cláusula contractual, con el pretexto de conservar el bien que se iba a ejecutar.

Lejos de ello, comenzó a explotar el inmueble alquilándolo inicialmente por temporada y luego por periodo prolongado; sin rendir cuentas de la explotación.

Afirma que luego de seis años de explotación y previa intimación para que impulse el proceso, la demandada compró el inmueble compensando su crédito y el saldo en efectivo, tomando posesión definitiva el 12/10/2011.

Subsidiariamente, plantea la *actio in rem verso*, sosteniendo que nadie puede enriquecerse a costa de otro sin una causa que lo justifique.

Para estimar el monto reclamado, sostuvo que el valor locativo era de \$ 2.000 mensuales, los que multiplicados por el tiempo que duró la tenencia provisoria y explotación no autorizada del bien, desde noviembre de 2003 a octubre de 2011, alcanza a \$ 192.000.

Finalmente, solicita el beneficio de litigar sin gastos, funda en derecho, ofrece prueba y peticiona el oportuno acogimiento de la demanda.

A fs. 32 se ordena sustanciar la acción bajo las normas del proceso sumario.

A fs. 53/8 se presenta la demandada Sra. Lidia Beatriz Pellegrini, con el patrocinio letrado del Dr. Gabriel Norberto, contestando la demanda instaurada en su contra. Opone excepción de

prescripción de la acción como de previo y especial pronunciamiento.

En primer lugar, sostiene que desde la tenencia provisoria del bien hasta la mediación pre-judicial, pasaron exactamente diez (10) años, convalidando todas las actuaciones realizadas y dejando prescribir todas las hipótesis que podrían elaborarse con apoyo en el Código Civil.

En segundo lugar, opone excepción de falta de legitimación activa por encontrarse fallida la actora.

Subsidiariamente, contesta la demanda, negando la totalidad del relato de la actora y la veracidad material e ideológica de toda la prueba documental adunada.

A fs. 65/7 la actora contesta la excepciones opuestas por la demandada.

A fs. 73 se postergó el tratamiento de las excepciones para el dictado de la sentencia definitiva, se ordena la apertura a prueba de las actuaciones, proveyéndose la oportunamente ofrecida a fs. 76/7; certificando el Actuario sobre su producción a fs. 349 y 404.

A fs. 416 se dicta el llamado de autos para sentencia.

II. La sentencia recurrida:

A fs.420/37 dictó sentencia definitiva el Sr. Juez de Primera Instancia, rechazando las excepciones de falta de legitimación y prescripción, e hizo lugar a la demanda, condenando a la demandada a abonar a la actora la suma de \$ 288.000, más los intereses devengados a partir de la notificación de la demanda. Impuso las costas a la demandada vencida y difirió la regulación de honorarios para su oportunidad.

Comenzó señalando que el conflicto planteado en autos debía juzgarse al amparo del antiguo estatuto normativo civil, al haber nacido la cuestión con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva legislación.

Siguió con el análisis de la excepción de falta de legitimación activa, indicando que no existe el fuero de atracción activo en la quiebra, pudiendo ejercer la fallida toda actividad beneficiosa para la masa, siempre que no interfiera en la actividad de la sindicatura.

Pasó luego al estudio de la defensa de prescripción, entendiendo que el plazo aplicable era el genérico previsto en el art. 4023 del Cód.Civ. al reclamarse un crédito personal derivado de la tenencia sobre una cosa, cuyos frutos pertenecen a su dueño hasta tanto haya cambiado la titularidad del bien.

Explicó que la demandada tuvo la tenencia provisoria del inmueble y tiene el cargo de rendir cuentas de lo percibido a su dueña y, en el caso de haberse probado su uso y goce, será a partir de dicho momento en que deba computarse el plazo prescriptivo.

Expuso que del concurso especial que tuvo a la vista, la tenencia provisoria fue otorgada el 09/12/2003 y que la definitiva fue el 12/10/2011; por lo que al haberse incoado la acción el 27/09/2013, la acción de recupero de frutos civiles indebidamente percibidos no se encontraba prescripta.

Tuvo por acreditado que la demandada el 14/05/2004 se convirtió en cesionaria de los derechos y acciones emergentes de la causa "**Simón, Delia Rosa y otro c/ López, Mirta Graciela s/ Ejecución de Laudo Arbitral**", y que durante el lapso que duró su tenencia precaria (09/12/2003 al 12/10/2011) usufructuó el inmueble sin autorización de la titular, conforme surgía del mandamiento de constatación de fs. 273vta. de la causa citada.

Ante las constataciones efectuadas y en virtud de lo normado por los arts. 2460 y ss. del Cód.Civ., señaló que debe tenerse en consideración la fecha efectiva de explotación sin autorización

lo que ocurrió con fecha 09/06/2006 hasta el 11/10/2011; transcurriendo 5 años y 4 meses, debiendo restituirse dichas sumas.

Con pie en la pericia realizada por el martillero designado en autos, que estableció un precio de locación de \$ 4.000 para el primer año y de \$ 5.000 para el segundo, y para la temporada completa de verano de \$ 35.000, y visto que la locación no fue temporaria sino normal con fines de vivienda, consideró que correspondía tomar la media de \$ 4.500, la que multiplicada por 64 meses arrojaba la suma de \$ 288.000, a la que debe adicionarse intereses a la tasa pasiva más alta que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de depósito.

III. Apelación de la demandada:

A fs. 457 interpuso la accionada recurso de apelación contra el referido pronunciamiento, el cual fue concedido libremente a fs. 458, expresando sus agravios mediante la presentación electrónica de fecha 26/09/2019, siendo contestados por la actora a fs. 466/7.

En primer lugar insiste con la prescripción de la acción interpuesta. Sostiene que nunca se supo cuál era la acción ejercida por la actora, si se trata de una restitución de cánon, una rendición de cuentas, daños y perjuicios, enriquecimiento sin causa, o es una mezcla de todo ello; lo que ha generado su indefensión.

Subsidiariamente, entiende que la sentencia dictada afecta gravemente su derecho de propiedad al otorgar un derecho prescripto y que también le otorgó periodos y montos exacerbados de ese derecho.

Explica que la mediación pre-judicial en noviembre de 2013 interrumpe el plazo de prescripción, y desde allí 5 años hacia atrás, por aplicación del art. 4027 del Cód.Civ., nos encontramos en noviembre de 2008, culminando con la venta forzada del inmueble en pública subasta el 07/12/2009 y no con la toma de posesión de la compradora en subasta. De tal forma sería exigible - en la peor de las hipótesis - 13 meses del supuesto canon, y no 64 meses, así es como se peticiona se modifique la sentencia en dicho sentido.

En su tercera queja, advierte que el a-quo otorgó un canon locativo mayor al doble de lo pretendido por la propia actora; monto que, conforme peticiona, debe ser morigerado por este Tribunal.

Agrega que la tasa de intereses pasiva digital que ordenó liquidar el a-quo enriquece sin causa a la actora, solicitando su morigeración.

IV. Tratamiento de los agravios:

1) Vista y analizada la fundamentación de los puntos 3.A) y 3.B) del recurso de apelación, entiendo que aquella incumple con la carga procesal establecida en el art. 260 del CPC.

Es que las alegaciones expuestas resultan insuficientes para satisfacer la carga procesal que impone el art. 260 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia, que exige la "crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas" (art. 260 C.P.C.C).

Sobre el particular, enseña Hitters que la expresión de agravios "*...debe contener un mínimo de técnica recursiva por debajo de la cual las consideraciones o quejas carecen de entidad jurídica como agravios, resultando insuficiente la mera disconformidad con lo decidido por el Juez, sin hacerse cargo de los fundamentos de la resolución apelada...*" (Hitters, Juan Carlos; **Técnica de los recursos ordinarios**. Librería Editorial Platense SRL, La Plata, 1985, p g. 442; conc. Roberto G. Loutayf Ranea; **El recurso ordinario de apelación en el proceso civil**, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 262).

Azpelicueta y Tessone explican que la expresión de agravios debe indicar punto por punto, los errores, omisiones y deficiencias que se atribuyen al pronunciamiento jurisdiccional; tales errores deben ser demostrados y la relevancia para la suerte final de la pretensión u oposición. Y a propósito de la aplicación del derecho, dicen que deberá señalarse si el error se ubica en la selección de la norma, en la aprehensión de su contenido dogmático, o en la valoración determinante de su aceptación para la especie judicial, o de su aplicación extensiva o restrictiva; al propio tiempo deberá citar las normas que considere aplicables, o la hermenéutica correcta de la norma seleccionada por el a-quo, o el juicio determinante de la disvaliosa aceptación o la aplicación extensiva o restrictiva; para finalizar indicando de qué manera ello permite una solución diversa (**La Alzada – Poderes y Deberes**, ed. Librería Editora Platense, La Plata, 1993, pág. 25).

Desde esta perspectiva, ha sostenido esta Alzada que *"... la expresión de agravios debe estar directamente dirigida a la sentencia, debiendo ser una crítica objetiva y razonada de la misma; requiriéndose una articulación seria, fundada, concreta, orientada a demostrar la injusticia del fallo atacado. No pudiendo ser la exposición de una mera disconformidad o historia de lo acontecido hasta entonces o repetición de lo que ya se ha dicho en escritos anteriores..."* (esta Sala, causas N° 88.376, RSD-387-93, del 23/11/93; 95.833, RSI-93795 del 21/11/95; 95.524, RSI-14-96 del 02/02/96; 88.356, RSD-182-97 del 26/06/97; 104.007, RSI-1194-97 del 14/10/97; entre otras).

En el caso de autos, el Sr. Juez de Primera Instancia al brindar los motivos que sustentan su decisión señaló, claramente, que no se trataba de un *actio in rem verso* sino el recupero de frutos civiles indebidamente percibidos; y sobre tal conclusión determinó el plazo de prescripción aplicable (10 años previstos en el art. 4023 del Cód.Civ.), por tratarse de un crédito personal derivado de la relación de tenencia sobre una cosa, cuyos frutos pertenecen a su dueño hasta tanto haya cambiado la titularidad del bien.

Sobre tales premisas, teniendo por acreditada la cesión de los derechos y acciones litigiosas emergentes de la causa *"Simón c/ López s/ Ejecución de Laudo"*, y el usufructo del inmueble sin autorización de la titular, concluyó que la demanda debía progresar por el período comprendido entre junio de 2006 a octubre de 2011.

Por su parte, el recurrente se limitó a insistir con el estado de indefensión sufrido - pese a la claridad de la sentencia -, y ofrecer su particular punto de vista y disentir con la línea argumental desplegada por el a-quo, exponiendo la forma en que debían aplicarse e interpretarse los artículos que considera vinculados a la prescripción de la acción; desentendiéndose, entonces, de los fundamentos que estructuran la decisión jurídica, sin enfrentar las concretas razones que sustentan el decisorio y, principalmente, sin detallar cuales son los errores cometidos por el sentenciante para decidir de la manera en que lo hizo.

De lo expuesto se desprende que la carga procesal dispuesta por el art. 260 del CPC no ha sido cumplida, toda vez que la técnica recursiva utilizada por la accionada para refutar la resolución del Juez de grado se reduce a las insuficientes manifestaciones vertidas en su expresión de agravios. No advierto en ninguna de ellas un planteo idóneo para resaltar los supuestos errores en los que habría incurrido el juzgador.

De conformidad con todo lo expuesto, no habiendo cumplido el apelante con la carga de "crítica concreta y razonada" dispuesta en el art. 260 del C.P.C, mal puede atenderse al agravio bajo análisis.

2) Distinta es la fundamentación vertida en el punto 3.C).

a) En primer lugar, alega el quejoso la violación del principio de congruencia al otorgar más del doble de lo pedido. Sostiene que la actora reclamo \$ 2.000 como canon locativo, monto que ya

era muy elevado para el momento que comprende su petición, y sin embargo el a-quo elevó en un 125% más lo otorgado por tal concepto.

Como puede apreciarse en la demanda a fs.12vta., la accionante cuantificó su pretensión “a/ solo efecto referencial” (sic) en la suma de \$ 192.000; agregando en el punto VI a fs.15vta. que la estimación del monto era provisional, haciendo reserva de adecuarlo a lo que en más o en menos resulte de las probanzas de autos. Afirmó que el valor locativo debía calcularse al momento de dictar la sentencia, conforme las pericias ofrecidas.

A partir de la forma en que se efectuó la petición del monto pretendido en la demanda, puedo concluir que no ha existido violación al principio de congruencia al no otorgar el sentenciador más de lo pedido.

Repárese que el mentado principio, establecido por el art. 163 inc. 6 y reiterado por el art. 272 del Código Procesal Civil y Comercial, significa que, como regla general, debe existir correspondencia entre la acción promovida y la sentencia que se dicta, lo que se desarrolla en una doble dirección: el juez debe pronunciarse sobre todo lo que se pide, o sea sobre todas las pretensiones sometidas a su examen y sólo sobre éstas y debe dictar el fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las formulaciones hechas valer por las partes en sus presentaciones y sólo basándose en tales elementos (SCBA, A 73905 RSD-126-19 S 10/07/2019; A 71672 RSD-139-16 S 29/06/2016; entre tantísimos otros).

Así las cosas, encontrándose la condena dentro de los límites objetivos delineados por la accionante al tiempo de demandar, nada puede reprochársele al a-quo con relación al monto concedido (art. 163, 384 y ccdtes. del CPCC).

b) En segundo lugar, se agravia de la tasa de interés digital que, dice, ordenó liquidar el sentenciador, la que entiendo genera un grave daño en el patrimonio de la demandada.

Conforme puede apreciarse en la parte final de la sentenciante atacada, el sentenciador mandó liquidar los intereses sobre el capital de condena “...a la tasa pasiva más alta que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de depósito.” (sic, ver fs. 436vta.). Puede advertirse que en ningún momento el a-quo definió que la tasa a liquidar sería exclusivamente la digital, aunque seguramente al momento de efectuar la liquidación del crédito reconocido en autos algunos periodos se correspondan con la tasa referida por resultar “la tasa pasiva más alta” (art. 501 del CPCC).

No obstante lo anterior, adelanto que la mentada tasa de interés respeta la doctrina legal vigente de nuestro máximo tribunal de provincia, lo que conlleva al rechazo del agravio.

En efecto, en la causas C. 101.774, “Ponce” y L. 94.446, “Ginoss” (ambas sents. de 21-X-2009) y C. 119.176, “Cabrera” (sent. de 15-VI-2016), se estableció que los intereses deben ser calculados exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los periodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (arts. 622 y 623, Cod. Civ. de Vélez Sarsfield; 7 y 768 inc. “c”, Cód. Civ. y Com. de la Nac.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.).

Finalmente, considero conveniente destacar que resulta inaplicable la doctrina legal que emana de las causas C. 120.536, “Vera” y C. 121.134, “Nidera S.A.” (ambas sents. del 18/04/2018), desde que – como el propio apelante grafica en su agravio – el canon locativo fijado por el a-quo para los periodos reconocidos no se corresponden a valores vigentes al momento del pronunciamiento.

Por todo lo expuesto, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

A la misma cuestión la Dra. Nélide Isabel Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. RUBEN D. GEREZ DIJO:

Corresponde: **1°)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 457 y confirmar, en consecuencia, la sentencia dictada a fs. 420/37; **2°)** Imponer las costas al recurrente vencido (art.68 del CPC); **3°)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión la Dra. Nélide Isabel Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia, se dicta la siguiente

SENTENCIA:

Por los fundamentos brindados en el presente acuerdo: **1°)** Se rechaza el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 457 y se confirma, en consecuencia, la sentencia dictada a fs. 420/37; **2°)** Se imponen las costas al recurrente vencido (art.68 del CPC); **3°)** Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904; 31 de la ley 14.967). **REGISTRESE. NOTIFIQUESE PERSONALMENTE O POR CEDULA (art. 135 inc.12 del CPC).**-

-

-

RUBEN DANIEL GEREZ NELIDA ISABEL ZAMPINI

Pablo D. Antonini Secretario