

IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5

Secretaría única, Iván Sosa Lukman, Secretario

Resolución:

San Carlos de Bariloche, 17 de octubre de 2018.-

VISTOS: Los autos "COPELLO, MARTIN HERNAN C/ CRIADO, JUAN MANUEL WILSON S/ EJECUCION HIPOTECARIA" (expte. 16984-17).-

Y CONSIDERANDO:-

1º) Que a fs. 1/27 iniciaba el acreedor la presente acción en los términos de la ley 24.441. Acompañaba a tales fines el certificado de dominio actualizado (fs. 29/31).-

A fs. 34 y 37 denunciaba pagos parciales reduciendo la deuda a u\$s 44.230, y a fs. 35 se ordenaba el traslado de la demanda ejecutiva (arts. 54 y 64 de la citada ley).-

2º) Que a fs. 40/48 comparecía el ejecutado negando la deuda liquidada y la procedencia de la vía ejecutiva. En el acto, contestaba el traslado pese a sostener la irregular notificación de la demanda y negaba los hechos alegados por el actor.-

Interponía la nulidad de las notificaciones e intimaciones previas (art. 53 ley 24441) fundada en el hecho de no haber sido efectuadas al domicilio real de la parte, ubicado en Los Muerdagos 1489 de esta ciudad; y no en calle San Martín 298.-

Ofrece pruebas en este sentido y alega que ello ha vulnerado su derecho de defensa al incumplir las previsiones de la ley 24.441 y 339 del CPCC.-

Agrega que con fecha 11/03/2011 las partes suscribieron un acuerdo (que luce a fs. 86) pese a lo cual, el acreedor ha seguido esta vía en lugar de cumplir debidamente con las referidas intimaciones. Concluye que esta situación obsta la prosecución de esta acción de acuerdo a lo normado por los arts. 53 y 54 de la citada ley.-

Acusa la perención de la instancia en virtud de la inactividad del actor durante los plazos procesales correspondientes.-

Finalmente, con relación al fondo de la cuestión; impugna la liquidación del acreedor

oponiendo excepción de pago.-

En tal sentido, explica que ha efectuado pagos parciales reconocidos en el expediente de lo que resulta una deuda de u\$s 44.230.- omitiendo otros u\$s 11.000.- cancelados que reducen ese saldo a un total de 33.230 dólares.-

Y requiere que se cite en garantía a Bariloche del Este SRL en su calidad de propietario y beneficiario de la gestión realizada por el demandado; siendo que las intimaciones previas también debieron curarse a aquella (arts. 64 ley 24.441 y 902 del CC).-

Que no habiéndose cumplido la mediación prejudicial solicita o bien se cumpla la misma; o en su defecto se celebre una audiencia conciliatoria en el Juzgado.-

A fs. 50/79 cumplía el accionado en acompañar la documentación requerida y acreditaba la personería invocada.-

3º) A fs. 80 se sustanciaban los planteos de nulidad, la caducidad de la instancia y la documental acompañada.-

Contestaba el acreedor a fs. 85/92 que desconocía la documentación acompañada, que los pagos denunciados ya habían sido contemplados por su parte sin perjuicio de reconocer en ese acto el pago de u\$s 1.000.- y que no puede receptarse la excepción de pago por cuanto esos importes ya habían sido incluidos en el reajuste de la pretensión; y a todo evento, cancelados después de iniciada la ejecución. En virtud de ello, aclara que la deuda asciende en su totalidad a u\$s 43.230 mas intereses, y que la mora operó en forma automática.-

Respecto del domicilio, que el mismo convenio invocado de fecha 11/03 en su punto c, aclara que el domicilio del deudor se ubica en calle San Martín 298, que ello se verifica de la documentación acompañada por el accionado; y que además en el mutuo había un domicilio constituido (Mitre al 700) al que no se notificó por haber constatado un escribano que la inmobiliaria ya no funcionaba en ese lugar. Que la notificación surtió sus efectos porque el demandado se presentó a contestar demanda y que incluso antes, había pedido la suspensión de los plazos.-

Con relación a la caducidad, que no existió intimación previa, que no hubo inacción ya que todo el tiempo el expediente estuvo en movimiento, y que incluso las partes habían pedido en conjunto una prórroga.-

Que no corresponde citar en garantía a BDE porque no es una aseguradora; y que no corresponde en este proceso abreviado citar a nadie mas que al deudor que firmó el contrato en ejecución. Que no se verifican las excepciones que determina el art. 64 de la ley 24.441 y que no acepta la fijación de una audiencia; entendiendo que corresponde el lanzamiento.-

4°) A fs. 93 se agrega una comunicación de Bariloche del Este, ratificando la operación inmobiliaria efectuada en gestión de negocios por el ejecutado; reiterándose el pedido de citación.-

A fs. 108/109 se agregaba el mandamiento de constatación oportunamente librado, del que resultaba que en el inmueble objeto de autos se encontraría dividido en lotes y con viviendas en construcción, y que en el lugar se encontrarían trabajando dos albañiles - que no firmaron el acta- quienes habían manifestado que trabajaban para Cullin Hue. Que el capataz de la obra era Nelson Vega y que los carteles de venta referían a que la comercialización estaba a cargo de Cullín Hue negocios inmobiliarios, con domicilio en calle Mitre 737.-

5°) A fs. 99 renunciaba el apoderado del demandado, y a fs. 112 el letrado de la actora expresaba que había perdido contacto con su poderdante.-

6°) Así las cosas, a fs. 113/122 comparecía por apoderado el Sr. Norberto Hugo Cabrera, cesionario del crédito que Martín Hernan Copello ejecuta en esta causa. Solicita por ello, traslado a la contraria en los términos del art. 44 del CPCC.-

La cédula de notificación era devuelta por el letrado que intervino anteriormente como apoderado y que hubiera renunciado; y a fs. 138 se hacía efectivo el apercibimiento dispuesto por el art. 41 ante la falta de constitución de domicilio; teniéndoselo por notificado ministerio ley.-

7°) Que como primera cuestión, y siendo que el crédito original fue cedido a una persona cuyo domicilio (fs. 132/135) se encuentra fuera del límite de territorial (70 kms.) que dispone la ley de medicación prejudicial obligatoria (art. 55 ley 3847); no corresponde en este estado disponer el cumplimiento de este recaudo legal, al haber devenido abstracto su imposición respecto de los acreedores hipotecarios originales con

domicilio en esta ciudad; de quienes en principio hubiese correspondido tal exigencia.-

8º) Que ingresando en el análisis de los demás planteos articulados; corresponde en primer término aceptar la sustitución de la parte actora en los terminos del art. 44 del CPCC; y toda vez que no ha mediado oposición de la contraria.-

9º) En segundo lugar; la ley 24.441 establece un procedimiento particular que regla el modo de citación y las defensas admisibles. Así, dispone en su art. 64 que "El ejecutado no podrá interponer defensas, incidente o recurso alguno tendiente a interrumpir el lanzamiento previsto por el artículo 54 ni la subasta, salvo que acreditare verosímilmente alguno de los siguientes supuestos: a) Que no está en mora; b) Que no ha sido intimado de pago; c) Que no se hubiera pactado la vía elegida; o d) Que existieran vicios graves en la publicidad...".-

Del mismo modo, al referirse al modo en que se efectuará la intimación dispone que: (art. 53) "En caso de mora en el pago del servicio de amortización o intereses de deuda garantizada por un plazo de sesenta (60) días, el acreedor intimará por medio fehaciente para que se pague en un plazo no menor de quince (15) días, advirtiéndolo al deudor que, de no mediar pago íntegro de la suma intimada, el inmueble será rematado por la vía extrajudicial. En el mismo acto, se le intimará a denunciar el nombre y domicilio de los acreedores privilegiados, embargantes y ocupantes del inmueble hipotecado".-

Sobre esta norma, ha interpretado la doctrina que "El camino a la ejecución comienza con la mora del deudor. Cuando el deudor incurre en mora respecto de la amortización del capital o de los intereses, el acreedor deberá intimarlo de manera fehaciente para que en quince días pague lo adeudado, bajo el apercibimiento de ejercer su derecho a la subasta extrajudicial. En la misma intimación se le exigirá al deudor que denuncie a sus acreedores privilegiados, embargos que recaigan sobre la propiedad y a los ocupantes actuales del inmueble. Tal es lo que dispone el art. 53 de la ley 24.441..." (Nestor Antenucci, LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN EL MARCO DE LA LEY 24.441, La introducción de institutos ajenos a nuestro sistema jurídico).-

Es decir que como recaudo previo, es esencial que se verifique la notificación fehaciente -sin que exista otra regulación especial en la norma- y luego de ocurrida la

mora. Recién cumplido ese requisito, se habilita la etapa judicial para oponer posteriormente las defensas a que refiere el citado art. 64.-

10°) En este caso además, se observa que las partes luego de celebrado el mutuo también han formulado un acuerdo de pago (fs. 85/88 que acompaña el mismo actor), motivo por el cual ocurrida una nueva la mora luego de la renegociación del mutuo, y en virtud de las mismas disposiciones legales citadas anteriormente; el ejecutante debió intimar nuevamente y de modo fehaciente al cumplimiento de la obligación previo a requerir el procedimiento judicial.-

En otras palabras, como ordena el art. 531 del CPCC se puede concluir que examinado cuidadosamente el título base de esta ejecución, se aprecia que la situación reseñada obsta a tener por habilitada la vía ejecutiva pretendida para requerir la subasta del inmueble. Y ello resulta por sí mismo suficiente como para oponerse a la prosecución de la presente.-

11°) Pero a todo evento, y mas allá de todo lo expuesto; debe tenerse en cuenta que las intimaciones previas efectuadas por carta documento tampoco pueden considerarse como válidas.-

Es que la citación o notificación fehaciente previa, no ha podido efectuarse ni en el domicilio convencional de Mitre 737, ni tampoco -por defecto- en el domicilio real del accionado conforme lo señalado anteriormente; siendo que hubiese bastado en principio notificar al domicilio constituido en el contrato como ha expuesto la jurisprudencia de manera reiterada. "La notificación de la intimación de pago realizada al domicilio convencional constituido por el ejecutado en el contrato de mutuo resulta idónea aunque el destinatario no resida en el lugar, pues la ley presume que la diligencia allí practicada es conocida por él." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 27/08/2018, D., L. O. y otro c. S., N. M. s/ Ejecución hipotecaria, La Ley Online, AR/JUR/47039/2018).-

Sin embargo en el presente, la defensa del deudor se orienta justamente a cuestionar esa intimación prejudicial para luego atacar la consecuente notificación de la demanda.-

Por ello, del análisis de esta oposición a la prosecución de la ejecución hipotecaria, se aprecia que tal citación o notificación fehaciente no se verifica como cumplida a tenor

de todas las constancias reseñadas previamente.-

Téngase en cuenta que no se ha logrado intimar "fehacientemente" (art. 53) al pago mediante las cartas documento libradas, ni tampoco se ha logrado individualizar un domicilio donde notificar al deudor como surge de las constataciones efectuadas. Tampoco notificar a la persona del accionado.-

Al momento de cumplir el traslado de la demanda, esta situación se ha reiterado al librarse una cédula de notificación a un domicilio denunciado como "real" (fs. 38), que el actor ya conocía -al haber concurrido con notario (fs. 2/3)- que no tenía ese carácter.-

"Debe declararse la nulidad de la intimación de pago pues si bien la diligencia fue dirigida al domicilio constituido en el mutuo hipotecario, se desprende de ella que no pudo realizarse... colocando al nulidicente en situación de indefensión." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 06/10/2005, Haidar, Jorge E. c. Irigoyen, Jorge, La Ley Online, AR/JUR/3585/2005).-

Pero siendo que en primer término la oposición se dirige a cuestionar la intimación previa como habilita el inciso b, del art. 64 de la ley 24.441; corresponde reiterar que de este modo lo que el deudor controvierte es el hecho de que esas notificaciones no habían sido notificadas al su domicilio real ubicado en Los Muerdagos 1489 de esta ciudad, sino en calle San Martín 298, domicilio que tampoco es el constituido en el contrato en ejecución (ley 24.441 y 339 del CPCC).-

En el contrato de mutuo de fs. 6/11, las partes habían constituido domicilios especiales comprometiéndose a informar, llegado el caso, su cambio. El deudor lo había hecho en calle Mitre 737 planta baja de esta ciudad.-

En la constatación de fs. 4/5 un notario verificó que en ese domicilio de calle Mitre, ya no funcionaba la inmobiliaria del deudor; y que no existen constancias de que se haya notificado el cambio de domicilio especial constituido ante el Escribano. Del mismo modo, por medio de constatación notarial se verificó que en calle San Martín 298 funcionaba la inmobiliaria Cullín Hue, de propiedad del accionado (fs. 7/8). Que de acuerdo a ello, las intimaciones previas se cursaron a ambas direcciones (fs. 12, 13, 14) aunque no existen constancias de haber sido recibidas por el ejecutado.-

Contrario a ello, a fs. 53/56 se acreditó mediante contrato de locación que el domicilio real de la Sra. Eliana Guerrero, pareja del accionado según el reconociera y hogar familiar; se ubicaba en calle Los Muerdagos 1489 de esta ciudad. Esto lo corrobora la factura del colegio privado de fs. 57, el resumen de tarjeta de crédito de fs. 58; y la

boleta de teléfono de fs. 59.-

Además, y a todo evento, la recepción de la cédula en el domicilio laboral o el escrito presentado de suspensión (fs. 39), no pueden considerarse como actos de consentimiento de la irregularidad (art. 170 del CPCC) ya que por el contrario, resultan ser el objeto de la primer defensa articulada por el deudor.-

En definitiva, y dado que previo a judicializar el procedimiento la ley 24.441 requiere el cumplimiento de una intimación fehaciente a abonar el crédito que aquí no se verifica cumplida; corresponderá hacer lugar a la oposición deducida disponiendo la nulidad de las intimaciones previas y de todo lo actuado en consecuencia; dada la vulneración denunciada del debido proceso y del derecho de defensa del accionado (art. 18 C.N.).-

Téngase en cuenta que las nulidades en los procedimientos tienen por objeto, ante la existencia de vicios, evitar que estos "puedan afectar a los sujetos o elementos del proceso", y que "el sistema de nulidades implementado por la propia ley procesal está dirigido a evitar, que, por actos viciados, se provoque un estado de indefensión en alguno de los justiciables. Al garantizar el derecho de defensa, tienen un carácter relativo" (CNCiv., sala A, junio 21-988.- Herlitzka, suc.) LA LEY, 1989-B, 610, J.Agrup., caso 5958)" (conf. Patricia Bibiana Barbado, Actualización de Jurisprudencia, diario L.L. del 11/11/94). Y que esta "...requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes ya que, - al ser inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma - no procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley. Autos: Romero Severo, César Alvaro s/ extradición. Tomo: 322 Folio: 507 Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano, López, Bossert, Vázquez. Disidencia: Abstención: Petracchi. 31/03/1999" (jurisprudencia extraída del Lex-Doctor)", tal como se expusiera precedentemente.-

12º) Por lo expuesto, no corresponde en este estado pronunciarme sobre las demás cuestiones articuladas por las partes.-

13º) De conformidad con todo ello, se admitirá la oposición efectuada en los términos del art. 64 ap. b, de la ley 24.441; y se decretará la nulidad de la intimación previa (art. 53 de la misma ley) realizada en la causa para la posterior citación a oponerse a la

subasta (art. 54 de la ley 24.441). En consecuencia, disponer la nulidad de todo lo actuado posteriormente (art. 174 del CPCC).-

Esto, con costas a cargo del ejecutante vencido (arts. 558 y cc del CPCC) atento no existir mérito para apartarse del principio objetivo de la derrota.-

En consecuencia, RESUELVO:-

I) Hacer lugar a la oposición articulada por la ejecutada contra el progreso de la ejecución; en virtud de todo lo expuesto precedentemente.-

II) Disponer respecto de la intimación de pago extrajudicial y citación al proceso efectuada en los términos del art. 64 ap. b, de la ley 24.441; la nulidad de las intimaciones previas (art. 53 de la misma ley) y en consecuencia decretar la nulidad de todo lo actuado posteriormente (art. 174 del CPCC). Por ello, una vez firme la presente la estas deberán cumplirse en legal forma.-

III) Imponer las costas de lo resuelto a cargo del ejecutante vencido (arts. 558 y cc del CPCC).-

IV) Protocolizar, registrar y notificar lo resuelto.-

Cristian Tau Anzoátegui

Juez