



NEUQUEN, 30 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"CHURRARIN MARIO LUIS C/ QUIROGA JORGE LUIS Y OTROS S/ COBRO DE ALQUILERES"**, (JNQE1 EXP N° 543512/2015), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- Los codemandados Mariñir y Ferreyra interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 157/159, que rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por los recurrentes, y manda llevar adelante la ejecución, con costas a los vencidos.

a) El codemandado Juan Antonio Ferreyra se agravia por entender que la sentencia de primera instancia le impone obligaciones emanadas de un contrato rescindido por expresa voluntad de los contratantes, locador y locatario.

Dice que conforme lo establece el art. 958 del Código Civil, las partes tienen autonomía y poder de disposición respecto de sus derechos, en materias de neta naturaleza patrimonial, que no afecten el orden público, ni la moral, ni las buenas costumbres.

Sigue diciendo que todo contrato concluye con su rescisión, cesando en ese momento las obligaciones contraídas, y que ello sucedió con el contrato de autos.

Señala que fue el actor quién decidió hacer un nuevo convenio con su inquilino, dejando a los garantes liberados del contrato original.



Considera que las intimaciones de fs. 6/8 fueron enviadas una vez rescindido el contrato de locación y cuando las obligaciones de los garantes habían cesado.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 171/173 vta.

Solicita la deserción del recurso, señalando que los agravios no reúnen los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente sostiene que el acuerdo de rescisión invocado, en principio, sólo anticipa el plazo de finalización del contrato y el pago de alquileres adeudados, sin causar gravamen alguno a los garantes; en otras palabras, argumenta la actora, el alcance del acuerdo no perjudica, ni modifica ni extingue las obligaciones de los garantes.

Dice que el acuerdo de pago y restitución del inmueble suscripto con el demandado Quiroga jamás tuvo cumplimiento, y que la confección de dicho acuerdo fue lograda con la ayuda de apelante, quién hoy pretende desconocer que ese acuerdo extrajudicial se celebró con el objeto de evitar la ejecución judicial.

c) El recurso de la demandada Ana Margarita Mariñir fue declarado desierto a fs. 175.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso planteado por el codemandado Ferreyra, señalo, en primer lugar, que la expresión de agravios reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que no corresponde declarar la deserción de la queja.

III.- La cuestión que se trae a conocimiento de la Alzada refiere a la interpretación del convenio que suscribieron el actor y el codemandado Quiroga y que obra a fs. 155, y a la extensión temporal de la fianza.



Mientras que el a quo ha entendido que se trata de un convenio de pago y de adelantamiento de la fecha de finalización del contrato de locación; para el garante apelante, se trata de un convenio que rescindió el contrato referido.

El apelante se constituyó en garante del contrato de locación celebrado entre el actor y el codemandado Quiroga, cuyo texto obra a fs. 152/154.

De acuerdo con el art. 1.986 del Código Civil de Vélez Sarsfield -norma utilizada por el a quo, no encontrándose discutido este encuadramiento legal-, habrá contrato de fianza, cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoría.

Carlos Cárdenas Quirós afirma que la mayoría de los códigos modernos conciben la fianza como un contrato en el cual el fiador constituye un tercero convencionalmente previsto para hacerse cargo de la deuda no satisfecha por el deudor. De esta manera, se exige que el contenido de la relación obligatoria de fianza esté constituido, en principio, por una prestación idéntica a la que debe ser ejecutada por el deudor en el marco de la obligación afianzada (cfr. aut. cit., "Fianza y responsabilidad del fiador", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2, pág. 56).

En autos, el apelante se ha constituido en fiador de todas las obligaciones emergentes del contrato de locación de fecha 11 de noviembre de 2013.

El problema que se plantea es la existencia del convenio de fs. 155 y su influencia sobre el contrato de locación, cuyas obligaciones garantiza el recurrente.

Mediante el referido convenio, locador y locatario -sin la participación de los garantes-, acuerdan: 1)



rescindir ante tempus el contrato de locación como consecuencia del atraso en el pago del alquiler por dos meses consecutivos; 2) la forma de pago de los alquileres de los meses de mayo, junio y julio de 2015, deuda de agua y retributivos devengados durante la vigencia del contrato de locación, más sus intereses; 3) la desocupación del inmueble el día 10 de agosto de 2015, estableciéndose las condiciones de la entrega.

De acuerdo con el art. 2.042 del Código Civil la fianza se extingue por la extinción de la obligación principal. Consecuentemente habiéndose adelantado la fecha de finalización del contrato, el que se rescindió de común acuerdo de partes el día 31 de julio de 2015, en principio, hasta ese momento tuvo vigencia la fianza. Concluido el contrato de locación, concluye la fianza.

Esta es también la inteligencia del art. 1.582 bis del Código Civil -incorporado por ley 25.628- en cuanto dispone que la obligación del fiador cesa automáticamente por el vencimiento del término de la locación, salvo la que se derive de la no restitución a su debido tiempo del inmueble locado.

Ariel C. Ariza sostiene que el art. 1.582 bis del Código Civil viene a dirimir las distintas posiciones planteadas en doctrina y jurisprudencia respecto de la extensión temporal de la fianza en el contrato de locación. Y destaca que el primer párrafo de la norma en cuestión dispone la cesación automática de las obligaciones del fiador, poniendo así fin a la responsabilidad del fiador por obligaciones posteriores a la finalización del contrato y que, como consecuencia de esta limitación, ninguna de las obligaciones que con posterioridad puedan surgir por la conducta del locatario será posible trasladarlas al fiador. Por lo tanto, extinguido el contrato no es factible trasladar



al garante las deudas provenientes de alquileres, impuestos o reparaciones que puedan proceder del deterioro culpable o inculpable de la cosa, posteriores al vencimiento del plazo contractual (cfr. aut. cit., "Modificación al régimen legal de la fianza en el contrato de locación: incorporación del art. 1582 bis al Código Civil (Ley 25.628)", LL 0003/009260).

La Sala I de esta Cámara de Apelaciones, en anterior integración, y en voto concurrente del Dr. Enrique Videla Sánchez, dijo: *"La ley 25.628, sancionada el 31 de julio de 2002 y promulgada el 22 de agosto de ese año, incorpora al Código Civil el artículo 1582 bis, cuya interpretación no ha sido unánime en la jurisprudencia. La C.N.Civ. Sala K, en "Blitman, Norberto M. y otro c. Furnari, Filomena y otros" (LL 16/11/2004, 7) dijo el 29/10/2004 que la mera continuación de la ocupación no permite concluir que haya existido una nueva convención, sino la continuación de la relación existente, la que debe hacerse extensiva a quien se obligó en los términos como principal pagadores, respondiendo en principio sin limitaciones por los alquileres posteriores al vencimiento del término de locación. También postula por esa posición la sala K en: "Nostra S.A. c. Cao, Marta y otros" (LL 2003-D, 221) y la sala A en "González, Arístides R. c. Tello, Rodolfo C. y otro" (LL 2002-F, 239).*

"La sala E de esa Cámara, en "Milano, Mario c. Oliveira, Nelida" (LL 2005-E, 653), sostuvo en cambio que la prórroga tácita convenida entre el locador y el locatario no puede ser opuesta al fiador solidario y principal pagador, pues aun cuando le sean aplicables a aquél las disposiciones sobre los codeudores solidarios, el alcance de dicha obligación no puede proyectarse fuera del ámbito temporal del contrato por el que entendió obligarse, en virtud del principio de relatividad en los efectos de los contratos.



Similar había sido su postura en "Widnicka, Carolina B. c. Sztajn Moniek y otros" (LL 2004-D, 971).

"La misma posición adopta la sala M en "Sucesores de Baldassare c. Boromei, Jorge" (LL 2004-A, 172).

"La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 10/08/2004, en "Donno, María E. c. Silva Pavez, Liliana y otro" (Fallos: 327:3017) se adscribe a esa última posición al remitirse al dictamen del Procurador General de la Nación. En el caso la Cámara de Apelaciones había revocado el pronunciamiento de primera instancia, admitiendo la ejecución promovida contra el fiador en un contrato de locación, en cuanto a las mensualidades devengadas con posterioridad al vencimiento del contrato, durante el plazo de gracia pactado por locador y locatario sin el consentimiento del obligado por la fianza. Se señaló que la responsabilidad del fiador por los alquileres atrasados e intereses pactados en el contrato de locación originario se extiende sólo hasta la fecha de finalización del mismo, siéndole inoponible el plazo de gracia pactado entre locador e inquilino. Considera que, a todo evento los conflictos que se suscitan en cuestiones como la de autos, han quedado definitivamente resueltas a partir de la incorporación al Código Civil, mediante la ley 25.628, del artículo 1582 bis. Los doctores Petracchi, Boggiano y Maqueda votaron en disidencia, postulando la denegación, por inadmisibile.

"La ley en análisis presenta una mala técnica legislativa, introduciendo cierto desconcierto. La salvedad de la primera oración ("salvo la que derive de la no restitución a su debido tiempo del inmueble locado") podría dar a entender que se exceptúa el caso del art 1622 C.C. Luego la expresión "prórroga tácita" de la segunda oración parece confrontar con la tácita reconducción a la que alude el mencionado art. 1622, pudiendo reforzar la posición de que la nueva norma no alude



al mismo; claro está que es muy reiterado en el mundo jurídico aludir a la situación continuación de la locación como una prórroga tácita.

"Alejandro Borda expresa que la nueva norma, al mencionar la "prórroga tácita" se está refiriendo -con alguna imprecisión terminológica- a la continuación de la locación concluida. La idea es clara, dice, si el contrato tenía una fecha de expiración y la locación continúa, la partes (locador y locatario) han prorrogado sus efectos (La fianza y el nuevo artículo 1582 bis del Código Civil, LL 2002-E, 1204).

"Borda entiende que entender que por imperio del art. 1622, la obligación del fiador, aunque sea el llamado principal pagador, se mantiene a pesar de haber vencido el plazo locativo, interpretando que las partes han querido dejar al arbitrio del locador la duración de la fianza, es una afirmación inaudita pues es evidente que excede la finalidad propia de la garantía concertada. Advierte que el fiador se encontraría en un virtual estado de impotencia, quedando sine die comprometido con obligaciones que en su fuero íntimo jamás soñó que se extenderían más allá del plazo contractual pactado. Esta corriente interpretativa es desterrada con la nueva norma. ("La fianza ...")...Pero la ley existe, tiene un norte y no cabe sino respetarla... En estos términos si las partes del contrato de locación acordaron dar por finalizado el mismo al 31 de julio de 2005, las obligaciones del fiador se extienden solamente hasta esa fecha" (autos "Barbero c/ Libertini", expte. n° 327.616/2005, P.S. 2007-IV, n° 130).

Igual postura ya había asumido la Sala II de la Cámara de Apelaciones local, también en anterior composición, con cita del precedente "Donno c/ Silva Páez" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros fallos de tribunales nacionales (autos "Barbero c/ Libertini", expte. n° 327.617/2005, P.S. 2006-II, n° 77).



Por su parte, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín señaló que *"...el art. 1.582 bis del Código Civil establece, como principio general, que la obligación del fiador cesa automáticamente por el vencimiento del plazo de la locación.*

"Es decir, la garantía emergente de la fianza se extingue de pleno derecho, sin que sea necesaria ninguna declaración del fiador.

"De modo, que éste queda desvinculado de los avatares posteriores al fenecimiento del plazo de locación.

"Pero esta regla reconoce una excepción que está constituida por las obligaciones que se deriven de la falta de restitución oportuna del inmueble locado.

"En virtud de esta excepción, quedan excluidas de la limitación temporal de la fianza, las obligaciones que reconozcan su causa en el incumplimiento del locatario de su deber de devolver el inmueble en tiempo propio, por lo que, en estos supuestos, el fiador responde por el pago de la indemnización que corresponda al locador a raíz de los daños generados por la tardanza.

"En claro ello, debe resaltarse que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1.622 del Código Civil, si una vez vencido el plazo de la locación, el locatario permanece en el inmueble, se considera que dicha locación continúa hasta que el locador exija la devolución del bien, lo que puede realizar en cualquier momento.

"Pero, mientras no se formule tal requerimiento, el locatario no queda colocado en situación de retención indebida.

"Entonces, si no hay intimación a desocupar, la permanencia del locatario en el inmueble con posterioridad al



vencimiento del contrato, implica la continuidad de la locación concluida. Por ende, no resulta indebida la ocupación del bien por parte de aquél, en virtud del consentimiento del locador.

"Y, como corolario, si la permanencia del locatario en el inmueble no es indebida, no se configura la no restitución a su debido tiempo del inmueble locado, por lo que el fiador no responde más allá del período convenido" (autos "Castelli c/ Márquez", 29/11/2007, LL AR/JUR/10300/2007).

Aída Kemelmajer de Carlucci precisa que si el locador pretende que el garante responda por los daños y perjuicios derivados de la falta de restitución, debe expresar su voluntad contraria a la ley (art. 1.622), y consecuentemente emplazar al inquilino y al garante inmediatamente de vencido el plazo, y si esa intimación no tiene resultado positivo iniciar inmediatamente el proceso judicial (cfr. aut. cit., "Fianza y plazo de locación. Ley 25.268. Una reforma esperada por algunos y resistida por otros", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2004-2, pág. 40).

Cabe señalar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que puede siempre servir de pauta de interpretación más allá de su no aplicación al caso concreto, no introduce reformas en este aspecto, manteniendo, bajo el número de artículo 1.225, una redacción similar a la del art. 1.582 bis de la anterior codificación.

IV.- Trasladando los conceptos desarrollados al caso de autos, tenemos que si las partes del contrato de locación decidieron poner fin al mismo, en forma anticipada, el día 31 de julio de 2015, las obligaciones del fiador se extendieron solamente hasta el 31 de julio de 2015.



Por ende, el locador puede reclamar del fiador los arriendos, tasas e impuestos adeudados por el locatario hasta el 31 de julio de 2015.

En el convenio de rescisión las partes acordaron que el inmueble debía ser restituido al locador el día 10 de agosto de 2015. Las deudas originadas en este plazo de gracia convenido entre locador y locatario no pueden ser reclamadas al fiador, toda vez que el contrato se encuentra finiquitado, no habiendo participado el garante de esta negociación.

Las cartas documentos de fs. 148/150, todas de fechas 21 de agosto de 2015, reclaman el pago de los alquileres adeudados pero no intiman la restitución del inmueble, no obstante que a ese momento el plazo para su restitución se encontraba vencido.

Luego, no existiendo prueba alguna en autos respecto al momento en el cual el actor reclamó la restitución del inmueble locado, informando de tal extremo al garante, debe entenderse que la locación continuó en los términos del art. 1.622 del Código Civil, pero sin la fianza. Por lo dicho es que debe hacerse lugar parcialmente a la excepción de falta de legitimación pasiva, determinando que el recurrente no debe responder como fiador por las obligaciones emergentes del contrato de locación de autos, posteriores al 31 de julio de 2015.

V.- Por tanto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de autos, y modificar el resolutorio apelado, haciendo lugar parcialmente a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el codemandado Juan Antonio Ferreyra, y reduciendo la condena respecto de éste al pago de las locaciones correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 2015 con más la multa



prevista en la cláusula QUINTA del contrato de locación, con la morigeración determinada en el fallo de grado.

Las costas de la primera y segunda instancias por el acogimiento parcial de la excepción de falta de legitimación pasiva, en atención al éxito obtenido, se imponen en el orden causado (arts. 558 y 71, CPCyC).

La regulación de honorarios por la actuación ante la Alzada se difiere para cuando se cuente con base a tal fin.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia de fs. 157/159, haciendo lugar parcialmente a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el codemandado Juan Antonio Ferreyra, y reduciendo la condena respecto de éste al pago de las locaciones correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 2015 con más la multa prevista en la cláusula QUINTA del contrato de locación, con la morigeración determinada en el fallo de grado.

II.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 558 y 71, CPCyC).

III.- La regulación de honorarios por la actuación ante la Alzada se difiere para cuando se cuente con base a tal fin.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**