NEUQUEN, 27 de septiembre de 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"GRUPO GESTION S.A. C/ MMS TOOLS & SERVICES S.R.L. S/ COBRO EJECUTIVO"**, **(JNQJE2 EXP** Nº **569973/2017**), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI,** con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Medori, dijo:**

I.- Que a fs. 94/96 obra la expresión de agravios de la demandada fundando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 01.12.2017 (fs. 90/91vta.); pide se revoque con costas.

Invoca en primer punto que el juez de grado incurre en un error cuando consigan que su parte tenía conocimiento de la acción por haber cancelado la deuda y gastos de justicia, más ello no implica estar notificado de los términos de la demanda que es un acto delicado y con mayor rigurosidad a analizar en un proceso judicial; que en el caso no se ha desistido de continuar adelante con los reclamos ni se levantaron los embargos que resultan excesivos al haberse cancelado la acreencia; que la actora denuncia el pago extrajudicial en septiembre, cuando se había concretado en agosto, y sin embargo adjuntó el diligenciamiento de oficios de embargo que subsisten por el total de la deuda reclamada, sin que se hayan readecuado los montos ni otorgó los libre de deuda que corresponde; que si existe crédito a favor de terceros (honorarios), la actora no puede ni debe supeditar la entrega de libre de deuda al pago de los mismos, pues no resulta ser acreedora de ellos; que la desidia o negligencia de la accionante no puede significar el estado de incertidumbre permanente sobre la demandada.

Respecto a la imposición en costas y honorarios, la sentencia no aclara que éstos deben regularse en función

solamente del monto de intereses y no del capital reclamado, ya que éste fue cancelado con anterioridad.

Sustanciado el recurso (fs. 97), responde la actora a fs. 101; pide se rechace la apelación con costas.

Explica que fue un tercero quien realizo la transferencia de su cuenta bancaria particular sin hacer mención alguna por cuenta y orden de quien realizaba el pago; que la deuda no fue cancelada en su totalidad; que la ejecutada no podría haber denunciado el pago y solicitar se practique planilla de liquidación judicial si le urgía el levantamiento de los embargos; respecto de los honorarios entiende que deben regularse según los lineamientos del art. 40 de la Ley 1594 teniendo presente que el pago parcial fue realizado con posterioridad al inicio de la acción.

II.- La sentencia de trance y remate, en lo que es materia de agravios, imponiéndole las costas a la ejecutada vencida, rechazó la excepción deducida y mandó llevar adelante la ejecución por el capital reclamado de $52.731,57 con más intereses a la tasa activa mensual que aplica el Banco de la provincia del Neuquén S.A. desde la mora producida el 11/07/17, supeditando la regulación de honorarios a la planilla de liquidación en la que se deberá tomar en cuenta el pago reconocido.

Que iniciada la acción el 24.07.17, la presentación espontánea del 12.10.17 y que el pago invocado se realizó por transferencia el 09.08.17, se asimila al supuesto del deudor que paga una vez intimado de pago, por lo que la excepción no puede prosperar; y que de todas formas lo abonado se tendría en cuenta al momento de practicar la planilla de liquidación.

Que el planteo impone atender en principio que la ejecutante promueve este proceso en base a que el día 11 de junio de 2017 no fue pagado por el banco un cheque librado por

la ejecutada el 10 de marzo de 2017 por $52.713,57 (fs. 6/7 y vta.).

Que es la misma acreedora la que a fs. 29 aporta la información de haber percibido el 09 de agosto de 2017 un pago que aplicó a intereses ($2.636,58), gastos ($1.845,60 + 6.830,00) y capital ($46.224,57), y plantea que la intimación de pago debe limitarse a la suma de $11.312,18.

Que si bien dicho planteo nunca fue atendido por el tribunal y que la posterior intervención de la ejecutada introduciendo la excepción de pago (fs. 81/83) puede justificarse en que aquella adecuación no fuera reflejada en el proceso, lo cierto es que al momento en que se ejerce aquella defensa, el 12 de octubre de 2017, la única pretensión subsistente que debía ser objeto de intimación de pago quedó limitada al capital de $11.312,18, y a su respecto no se aportó prueba documental de la que resultara su imputación.

Que entre las excepciones procesales autorizadas por el art. 544 del CPCyC, se incluye en el inc. 6° la de “Pago documentado, total o parcial”, que recepta la aplicación del principio procesal general de que la defensa de pago debe ser debidamente documentado en instrumento emanado del acreedor, en el que conste una clara e inequívoca imputación al crédito que se ejecuta”, y a su respecto la doctrina explica:

“Sobre el ejecutado pesa la carga de acompañar con el escrito mediante el cual opone la excepción, el documento probatorio del pago (cfme. art. 542 segundo apartado del CPC), de no mediar tal circunstancia no corresponde la apertura a prueba de la ejecución a fin de acreditar el pago invocado, ni el ejercicio por parte del juez, de la facultad que le otorga el art. 36 inc. 2 del CPC, sin perjuicio del derecho que le acuerda el art. 553 del CPC de dilucidar la cuestión en un juicio ordinario posterior” (CNFedCivCom, sala

II, LL980-C-570; CNCom, sala B, EL40-142; p. 442, t.VII, Derecho Procesal Civil, Palacio).

En el caso concreto, se opone la excepción de pago total sin presentar los documentos correspondientes, pretendiendo que el tribunal lo tenga por efectivizado en base al intercambio epistolar denunciado, extremo que necesariamente impondría abrir la causa a prueba para investigar tales hechos, lo que no tiene apoyatura legal atento la norma transcripta que da cuenta de la naturaleza especial de la ejecución, con lo que la sentencia de grado en punto a dicho planteo resulta ajustada.

La jurisprudencia ha dicho uniformemente que: “El art. 544 Inc. 6° del cpccn, la excepción de pago -total o parcial- debe ser documentada, resultando improcedente la recepción de otra prueba que no sea ella, pues si no consta en el título, sólo puede ser acreditado, dentro del estrecho marco cognitivo del juicio ejecutivo, mediante recibo emanado del ejecutante y que se refiere en modo claro y concreto a la obligación que se ejecuta (conf. Falcón, Enrique M., Código procesal civil y comercial, e. Abeledo-Perrot, 1992, t. III, pág. 689 y la jurisprudencia allí citada). Si esa relación requiere para ser establecida otros elementos probatorios en su apoyo, debe recurrirse al juicio ordinario previsto en el art. 553, porque de otro modo quedaría desvirtuada la vía ejecutiva (conf. Cámara comercial, sala b, in re "Creditur c. Gonzáles s. Ejec.", Del 2.04.81; "Caja de Cred. Flores c. Covelo" del 13.5.88; Sala c in re "Lomarina sa c. De la fuente Policarpio Rogelio y otro s. Ejecutivo" del, 25.4.03).” (Autos: INSTITUTO DE VIVIENDA DEL EJERCITO C/ SEPULVEDA CARLOS ORLANDO YOTRO S/ EJECUCION HIPOTECARIA. - Cámara: Sala 2. - Magistrados: DR. EDUARDO VOCOS CONESA - DR. HERNÁN MARCÓ - DR. SANTIAGOBERNARDO KIERNAN. - Fecha: 27/12/2007 - Nro. Exp.: 11.310/05. - Tipo de sentencia: INTERLOCUTORIO-LDT).

III.- Que sin perjuicio de lo expuesto, desde que el planteo del ejecutado vinculado con la ausencia de intimación de pago no siguió la vía establecida en el art. 545 del CPCyC, quedando subsistente la cuestión derivada con entidad del crédito, los intereses de pago y la regulación de honorarios, y a su respecto, desde que la materia aquí involucrada es de naturaleza dispositiva, tal como fuera introducido por la parte a fs. 29, el capital había sido limitado a la suma de $11.312,18.

Una de las reglas técnicas de la actividad de sentenciar es la correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado, la más importante regla de juzgamiento, que se conoce doctrinalmente con la denominación de congruencia procesal y que es natural consecuencia de aceptar la plena vigencia del principio de imparcialidad judicial. Ella indica que la resolución que emite la autoridad acerca del litigio debe guardar estricta conformidad con lo pretendido, resistido y regularmente probado por las partes (CPCC 34, 4 y 163, 6). Ostenta una importancia mayor que la que habitualmente presenta toda regla técnica, pues para que una sentencia no lesione la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio, debe ser siempre congruente. Por ej. incurre en incongruencia el juzgador que otorga cosa distinta a la peticionada, yendo más allá del planteo litigioso: ello conforma el vicio de incongruencia extra petita, que también torna anulable el respectivo pronunciamiento. (p. 281, Lecciones de Derecho Procesal, Alvarado Velloso).

La sentencia tiene entre los requisitos objetivos, la congruencia, entendida como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto. Así, se exige al juez que emita pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, sobre todas las pretensiones y oposiciones

formuladas por las partes y sólo sobre ellas, respetando sus límites cualitativos y cuantitativos. Transgrede el principio de congruencia el fallo que excede las peticiones contenidas en la pretensión o la oposición, concediendo o negando más de lo reclamado. (p. 429, t. V, Derecho Procesal Civil, Palacio).

A tenor de lo expuesto, para respetar el principio de congruencia, la sentencia no podía adoptar otro monto que el postulado por la ejecutante, por lo que será por $ 11.312,18 por el que se habrá de mandar llevar adelante la ejecución, con la adición de los accesorios a calcularse sobre dicho monto desde el 11.06.2017 (arts. 36 inc. 3° y 163 inc. 6° del CPCyC).

De todas formas, se confirmará el pronunciamiento en punto a la imposición en costas de la instancia de grado a la vencida (art. 558 CPCyC), a cuyo fin se fijan en el 10% los honorarios del letrado que actuó en el doble carácter por la actora, Dr. ..., y los del Dr. ... por la ejecutada en el 9%, por la primera etapa (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 20, 40, 47 s.s. y c.c. Ley 1594).

IV.- Atento a la forma en cómo se resuelve el presente, las costas de la Alzada se imponen en el orden causado (art. 68, 2da. parte y 71 del CPCyC), estableciéndose la retribución profesional en el 25% de los honorarios que se fijen para la primera instancia (art. 15 L.A.).

El Dr. Ghisini, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 90/91vta. en punto a la imposición en costas de la instancia de grado a la vencida (art. 558 CPCyC), a cuyo fin se fijan en el 10% los honorarios del letrado que actuó en el doble carácter por la actora, Dr. ..., y los del Dr. ... por la

ejecutada en el 9%, por la primera etapa (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 20, 40, 47 s.s. y c.c. Ley 1594).

2.- Imponer las costas de la Alzada en el orden causado (art. 68, 2da. parte y 71 del CPCyC).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 25% de lo establecido para la primera instancia a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA