

Causa nº: 2-58433-2013

"BANCO MAYO COOP. LTDO. S/ QUIEBRA C/ BERUTTI, ALBERTO NICOLÁS S/ COBRO EJECUTIVO"

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nº 2 - OLAVARRIA

Sentencia Registro nº: ...27..... Folio:

En la ciudad de Azul, a los veinte días del mes de Marzo del año Dos Mil Catorce, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores María Inés Longobardi y Víctor Mario Peralta Reyes, encontrándose excusado a fs. 88 el Dr. Jorge Mario Galdós (arts. 47 y 48 Ley 5827), para dictar sentencia en los autos caratulados "**Banco Mayo Coop. Ltda. s/ Quiebra c/ Berutti, Alberto Nicolás s/ cobro ejecutivo**" (causa nro. 58.433), habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Dr. PERALTA REYES y Dra. LONGOBARDI.**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES-

1era. ¿Es justa la resolución apelada de fs. 111/114 vta.?

2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-VOTACION-

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Dr. **Peralta Reyes**, dijo:

I. Detallando los hechos que presentan relevancia a los efectos de la temática planteada en esta alzada, corresponde puntualizar que Roberto Marcelo Lalanne, en representación de la quiebra del Banco Mayo Coop. Ltda., promovió juicio ejecutivo contra Alberto Nicolás Berutti, por la suma de \$ 48.524,89 más CER, intereses y costas. Manifestó que **la acción se funda en la Escritura de Hipoteca N° 481, del 15/11/91, en virtud de la cual el deudor garantizó todas las operaciones que realizara María Emma Córdoba de Berutti –cónyuge del demandado- con el Banco de Olavarría SA.** Señaló que en los autos caratulados “Banco Mayo Coop. Ltda. c/ Córdoba de Berutti, Emma s/ Cobro Ejecutivo” (exp. N° 5751), se condenó a la demandada a abonar la suma de U\$S 27.500 de capital más accesorios, en virtud del préstamo instrumentado en el pagaré nro. 598 de fecha 6 de Octubre de 1993. Expresó que en el referido proceso se aprobó una liquidación por la suma de u\$s 48.524,89, de la cual su mandante sólo percibió \$ 9.051,73; por lo tanto se adeuda el monto reclamado en la presente, deducido el pago parcial. Manifestó que Alberto Nicolás Berutti se constituyó en fiador de las obligaciones de su esposa, mediante la escritura hipotecaria referenciada (fs. 76/78 vta.).

Luego de varias vicisitudes procesales se rechazó la demanda *in límine* por inhabilidad de título, con costas. Para así resolver se expresó que el título que pretende ejecutarse no se encuentra entre los que traen aparejada ejecución. Además, si bien no existen dudas sobre la existencia de un saldo adeudado por la Sra. Córdoba de Berutti, el accionado no tiene ninguna relación con aquella deuda, en tanto el pagaré ejecutado en el exp. N° 5751 no fue firmado por el demandado en estas actuaciones (consecuencia de ello el Banco desistió de la acción contra él). Asimismo, en aquel juicio

se subastó el inmueble ofrecido en garantía de las operaciones de crédito que los cónyuges Córdoba-Berutti realizaran con el banco acreedor. Señaló la Sra. Juez *a quo* que Berutti no es obligado principal del pago de la deuda, tampoco fiador, sino sólo garante hipotecario, por lo tanto si el bien objeto de la garantía fue realizado en otro proceso por el mismo acreedor de autos, la habilidad ejecutiva del título quedó agotada (fs. 111/114 vta.).

La aludida resolución motivó el recurso de apelación del actor, quien hizo hincapié –en lo sustancial- en que la sentencia apelada no tuvo en cuenta que el título es la Escritura Pública N° 481, de fecha 15/11/91, en la cual Berutti se obligó por U\$S 20.000, ejecutable de conformidad con lo previsto en el art. 521 inc. 1° del C.P.C.C. Sostuvo que no caben dudas respecto de la existencia de un saldo adeudado por la Sra. Córdoba de Berutti y que el demandado se comprometió solidariamente a afrontar los préstamos que se otorguen a su cónyuge. Se agravia de la limitación de la obligación de Berutti hasta el monto de realización del bien, ya que no resulta tal limitación del instrumento público ejecutado. Y en función de ello solicitó la revocación del rechazo *in limine* citando jurisprudencia del Tribunal que propicia prudencia en el manejo del instituto, dado su carácter excepcional, de interpretación restrictiva y vinculado con el derecho constitucional de peticionar.

Además, señala que debió aplicarse el principio “*iura novit curia*” recalificando jurídicamente la cuestión planteada. Insiste en que Berutti no se encuentra desobligado en virtud de la persistencia de la deuda y la indivisibilidad de la hipoteca, y que frente a una cancelación parcial mantiene la carga total. Expresa que aclaró el monto del reclamo (\$ 208.186), anticipando una liquidación que debería formularse en la etapa

procesal pertinente. Se agravia de la condena en costas y formula reserva del caso federal (fs. 117/120).

Dictada la providencia de fs. 126 y practicado el sorteo de rigor, han quedado los autos en condiciones de ser abordados para el dictado de la presente sentencia.

II. En el presente proceso el actor **presentó como título ejecutivo la** **Escritura Pública de constitución de hipoteca nº 481**, formalizada con fecha 15 de noviembre de 1991, en virtud de la cual el **Banco de Olavarría S.A.** otorgó a los cónyuges **Alberto Nicolás Amparo Berutti y María Emma Córdoba** un **margen de crédito hasta la suma de u\$s 20.000**, en los plazos y condiciones que las partes establezcan en cada caso y de acuerdo a las cláusulas de la hipoteca. Se aclaró, asimismo, que los préstamos que se otorguen pueden ser en crédito directo con documentos de terceros, como avalistas, en compra de giros y cheques sobre otras plazas, en adelanto en cuenta corriente, aceptaciones bancarias o en cualquier otro tipo de operaciones bancarias en moneda nacional o extranjera, incluyendo créditos con ajuste monetario, por los montos que el banco considere conveniente dentro del margen total acordado, reservándose oportunamente la forma de su entrega (ver fs.66/66vta.). Por lo demás, en garantía de las obligaciones contraídas o que contraigan en el futuro, **los cónyuges Berutti y Córdoba aceptaron** **constituir una hipoteca en primer grado de privilegio a favor del Banco de Olavarría S.A., sobre el inmueble ubicado en calle General Lamadrid nº 3645 de Olavarría**, por la suma de **u\$s 20.000**, en los plazos y condiciones que el banco establezca, por el término de cinco años a partir de la fecha del otorgamiento, gravamen que garantizará todas las operaciones que el deudor realice (ver fs.67 y fs.70vta.).

Ahora bien, con posterioridad al otorgamiento de la referida hipoteca, el banco acreedor promovió un juicio ejecutivo contra **María Emma Córdoba**, basado en el **pagaré n° 598 de fecha 6 de octubre de 1993**, por un monto de **u\$s 27.500** (firmado únicamente por la nombrada), lo que dio lugar a la tramitación de los autos caratulados "*Banco Mayo Coop. Ltda. en liquidación judicial c/Córdoba de Berutti y Emma s/ cobro ejecutivo embargo preventivo*" (ver expediente n° 5751 (agregado por cuerda a la presente causa). Reitero que el referido pagaré sólo lleva la firma de **María Emma Córdoba**, **no encontrándose firmado por el aquí demandado Alberto Nicolás Amparo Berutti**, por lo que si bien éste último había sido incluido originalmente en la demanda ejecutiva, con posterioridad, el banco acreedor desistió de la acción a su respecto (ver fs.8, fs.14/15vta. y fs.61 de dicho expediente n° 5751). Ahora bien, en este proceso ejecutivo se vendió en pública subasta el inmueble ubicado en calle **General Lamadrid n° 3645 de Olavarría**, que los cónyuges **Berutti y Córdoba** habían gravado a favor del banco en virtud de la hipoteca referida en el párrafo precedente. Y aquí conviene poner de relieve, que el monto obtenido en dicha subasta resultó insuficiente para cancelar el crédito emergente del pagaré en ejecución, quedando un saldo insoluto que ahora el banco pretende cobrarle a **Berutti** a través del presente juicio ejecutivo, el cual, como se dijo se encuentra sustentado en la mencionada escritura hipotecaria n° **481** (ver las actuaciones realizadas a fs.227/227vta., fs.370/374vta. y fs.402/403 de dicho expediente n° 5751).

Queda en claro, entonces, la secuencia de los hechos que han desembocado en la promoción del presente juicio ejecutivo. En efecto, tal como se dijo el pagaré que sirvió de título en el juicio ejecutivo indicado en el párrafo anterior **no se encontraba firmado por Berutti**, razón por la cual el banco desistió oportunamente de la acción con respecto a este cónyuge, conforme resulta de las constancias obrantes a fs.8, 14/15vta. y 61 del mencionado

expediente n° 5751. Fue así que como derivación de tal circunstancia, **el banco ha promovido este nuevo juicio ejecutivo con sustento en la escritura hipotecaria n° 481**, pretendiendo cobrarle a Berutti **saldo íntegro** que quedó pendiente en el referido juicio tramitado en el expediente n° 5751. Así lo expresó la actora al formular aclaraciones, cuando manifestó que **en dicho juicio ejecutivo quedó un saldo íntegro que es no tuvo de redimir en estos autos** (fs.94vta.), y que **Berutti encuentra obligado a pagarlo en virtud de haber afianzado las deudas de su esposa** mediante la escritura hipotecaria n° 481; habiendo agregado que aunque el predio hipotecado se haya vendido, **esta subasta no agota la garantía dada por Berutti** (fs.94).

III. Entiendo que debe ser confirmada la sentencia dictada en la anterior instancia, en cuanto se consideró inhábil el título delgado y se rechazó *in limine* la presente acción ejecutiva.

1. Luego de analizarse la escritura hipotecaria se dijo en la sentencia apelada que, en el marco del **margen de crédito** conferido a cualquiera de los dos cónyuges o a alguno de ellos indistintamente, el día 6 de octubre de 1993 la Sra. **María Emma Córdoba de Berutti** **otorgó** un pagaré a favor de la entidad bancaria, y que frente al incumplimiento en la cancelación de dicho instrumento, el por entonces Banco de Olavarría S.A. promovió el juicio ejecutivo que tramitó en el ya mencionado expediente n° 5751 (fs.112vta./113). Se continuó señalando en la sentencia que habiendo avanzado tal proceso ejecutivo y frente al consiguiente expreso de Berutti (que en ningún caso entregó las llaves del bien hipotecado en favor de la deuda de su esposa), se procedió a la subasta del 100% del inmueble (fs.113/113vta.). Y así puntualizó la *a quo* que **aunque Berutti formó parte del proceso de ejecución por decisión exclusiva del propio**

banco, satisfizo la garantía a la que se había obligado con la realización del bien sobre el que **recaería la hipoteca** (ver fs.113vta., segundo párrafo).

Continuó expresando la juzgadora que si bien no existen dudas sobre la existencia de un saldo adeudado por María Emma Córdoba de Berutti (puesto que el bien subastado no canceló totalmente el crédito del acreedor), **ninguna relación tiene con dicho reclamo el aquí accionado Alberto Nicolás Berutti**. En efecto, éste garantizó una deuda de su esposa (pues el pagaré sólo estaba firmado por ella, a través de la hipoteca de un bien inmueble de su propiedad, **habiendo respondido hasta el límite de su cobertura con la realización de dicho bien** (fs.113vta., tercer párrafo, punto X). Y ampliando estos conceptos sostuvo que **Berutti es obligado principal al pago de la deuda ni tampoco es fidejante, ya que sólo es garante hipotecario de una deuda de su esposa**. Destacó que si bien en la escritura se había previsto la posibilidad de que la hipoteca garantizara deudas de Berutti, **lo cierto es que en este caso sólo se ejecutó un pagaré adeudado por su esposa** (fs.113vta., cuarto párrafo). Como corolario de todo ello, se aseveró en la sentencia apelada: "*Ergo, si Alberto Nicolás Berutti es deudor sólo en calidad de fidejante principal pagador, sino sólo garante hipotecario de una deuda ajena y el bien objeto de tal garantía ya fue realizado por el propio acreedor, se agotó la habilidad ejecutiva del título como apta para enervar la acción intentada*" (fs.114vta., segundo párrafo).

2. De la sola lectura del memorial recursivo se desprende -con prontitud- que el apelante no ha formulado una crítica concreta y razonada con respecto a las motivaciones medulares de la sentencia apelada, no encontrándose debidamente cumplimentada la carga técnica exigida por el art.260 del código de rito. Efectivamente, el apelante no critica el núcleo argumental de la sentencia apelada, donde se concluyó en que **Berutti respalda la condición de**

obligado principal por no haber firmado el pagaré ejecutado en el citado expediente nº 5751 (siendo éste el único crédito esgrimido por la entidad bancaria más allá de la previsión genérica contenida en la escritura hipotecaria).

Tampoco media una crítica iónica contra la parcela del fallo donde se puntualiza que **Berutti no ostenta la calidad de fiador o principal pagador, sino que sólo es garante hipotecario de una deuda de su esposa**, o sea que en el caso reviste la condición de **hipotecante no deudor**. Esta figura jurídica resulta de incontestable aplicación al caso en juzgamiento, pues ha quedado en claro que la hipoteca fue constituida por ambos cónyuges para garantizar un margen de crédito que les daría el banco hasta la suma de \$ 20.000, o sea que se trataba de una **hipoteca abierta que garantizaría todas las operaciones bancarias que pudieran realizar los cónyuges en el futuro** (véase el primer párrafo del apartado II). Pero lo cierto y concluyente es que **el banco sólo esgrimió un solo crédito derivado del pagaré firmado -exclusivamente- por María Emma Córdoba de Berutti** al sirvió de título ejecutivo en el **expediente nº 5751** (véase la demanda obrante a fs.14/15vta. de dichos actuados). De esta manera se muestra indudable que Berutti no ostenta la calidad de **hipotecante no deudor**, y, en tal carácter, al haberse subastado el inmueble hipotecado, no puede ser responsabilizado por el saldo insoluto que ha quedado pendiente en el juicio ejecutivo seguido contra su esposa, única deudora de la entidad bancaria.

Así lo ha decidido la jurisprudencia al precisar: "*Quien asumió el carácter de constituyente no deudor de una hipoteca, garantizando una obligación ajena con un bien de su propiedad, no debe ser considerado como fiador o principal pagador, y por lo tanto no es personalmente responsable en tanto responde con el importe de la cosa gravada*" (CNFed. Civ. y

Com., Sala I, 11/12/01, LL, 2002-D-958; lo destacado me pertenece). Y expresado de otro modo: *"El hipotecante, a diferencia del fiduciario, no responde con todo su patrimonio sino con el bien gravado"* (CNCiv., sala J, 18/8/98, L.L. 1999-A-271, DJ, 1999-I-1024; lo destacado ha sido introducido por el suscripto) (ver estos fallos citados por Highton, Juicio hipotecario, 2da. edición actualizada y ampliada con la colaboración de Areán, tomo 1, págs.177 y 178, puntos 11 y 16).

Más aún, en esa condición de hipotecante no deudor, bien pudo haber sido demandado Berutti en el juicio ejecutivo que tramitó en el expediente n° 5751. Pero ello no sucedió así por expresa decisión del banco ejecutante, **quien basó su demanda únicamente en el pagaré (sin haber esgrimido como título la escritura hipotecaria)** y, con posterioridad, desistió de la acción con respecto a Berutti (ver fs.8, 14/15vta. y 61 del dictado expediente n° 5751). Esta posibilidad procesal de que en un mismo juicio se demande tanto al **deudor** como al **hipotecante no deudor**, fue claramente delineada por este tribunal en un precedente que también trae la autora mencionada (Cám. Civ. y Com. de Azul, Sala II, 19/8/97, JA 1998-I-407, lexis 1/10068, citado por Highton, Juicio hipotecario, pág.178, punto 12).

En este orden de ideas se presentan estériles e inconducentes algunas manifestaciones del apelante, donde se aduce que Berutti **es el obligado de la deuda reclamada y reviste la calidad de obligado solidario** (fs.118, tercer párrafo), sosteniéndose que no puede interpretarse limitada la obligación de Berutti a **el monto de realización del bien** ya que tal limitación no resulta del instrumento público ejecutado (fs.117vta./118). Estas aserciones parten de una frecuente confusión que se da entre **crédito y garantía**, por lo que resulta de utilidad el desarrollo efectuado por Highton, quien sostiene: *"Si bien habitualmente se menciona al crédito hipotecario o, aún más sencillamente, a la hipoteca, como una entidad única, en esta"*

expresión deben destacarse dos elementos: el crédito y la hipoteca. Existe una gran confusión entre el derecho personal garantizado y el derecho real garantizante, por lo que deben separarse bien ambos conceptos" (ob. cit. págs.42 y 43). Y más adelante precisa esta autora: "La hipoteca integra un grupo de derechos reales accesorios en función de garantía por que su existencia depende de otro derecho de carácter creditorio al que procura seguridad. Es decir que, sin duda alguna, el derecho real es accesorio al derecho personal. La accesoriedad de la hipoteca está consagrada, o es presupuesta por el Cód. Civil en los arts.524, 727, 802, 803, 3108, 3109, 3111, 3115, 3121, 3128, 3131 incs.2° y 4°, 3152 a 3156, 3158, 3161, 3172, 3179, 3187, 3192, 3202, nota al art.497, etcétera" (ob. cit. págs.48 y 49). En el concreto caso de autos, el único crédito esgrimido por el banco es el derivado del pagaré ejecutado en el expediente n° 5751, y la única deudora del mismo es **María Emma Córdoba de Beruti**. Por el contrario, el aquí accionado **Alberto Nicolás Amparo Beruti** no reviste la condición de deudor de la entidad bancaria sino que sólo ostenta la calidad de hipotecante no deudor, por lo que no responde con su patrimonio sino solamente con el inmueble gravado con hipoteca. Por consiguiente, no puede reclamársele a éste último el saldo insoluto que quedó en el juicio ejecutivo tramitado en el expediente n° 5751, luego de haberse subastado el bien sometido a gravamen hipotecario.

Con las consideraciones precedentes ha quedado suficientemente abastecido el presente decisorio, no resultando audibles las alegaciones esgrimidas por el apelante a fs.117/118 (puntos 1 a 9). Sólo resta puntualizar que ninguna relevancia presenta que la escritura hipotecaria sea un instrumento público susceptible de ejecución en virtud del art.521 inciso 1 del Código Procesal, pues lo cierto es que la inhabilidad del título viene dada, en este caso, por las consideraciones vertidas en los desarrollos anteriores. Tampoco tiene importancia que en la escritura hipotecaria los deudores hayan renunciado a oponer toda excepción que no sea la de

pago total, pues es sabido que el juez debe examinar la habilidad del título ejecutivo y rechazar la ejecución cuando el mismo no satisfaga los recaudos legales (arts. 518, 529 y ccs. del Código Procesal).

IV) El apelante cuestionó también la oportunidad del rechazo de la acción (fs.118vta.). Cabe señalar que es criterio inveterado de este Tribunal que el rechazo *in limine* de la demanda procede sólo en supuestos de excepción. Asimismo, ante un planteo que presenta oscuridad o dudas de comprensión, cabe primero intimar al actor a corregir o readecuar la demanda en virtud de que el conocimiento de mérito es propio del estadio decisorio y su anticipación se justifica sólo excepcionalmente cuando la infundabilidad del escrito postulatorio resulte manifiesta de los propios términos en que fue concebido (cfr. esta Sala, causa N° 52.285, del 24/6/08 “Pagliaro...”, causa N° 45.729, del 19/8/03 “García Castagnino...”; Sala I, causa N° 45.817, del 19/3/03 “Salto...”).

En el sub-examine, conforme lo expuesto en el apartado precedente, la inexigibilidad de la deuda respecto del demandado resulta manifiesta, por lo que corresponde la aplicación del instituto del rechazo liminar. Por lo demás, con carácter previo a la decisión apelada se otorgaron numerosas oportunidades al actor, sin que éste haya podido demostrar la fundabilidad de su pretensión (fs. 79, 95, 97, 100 y 103; arts. 336, 518, 521, 595 del C.P.C.C).

V. Tampoco son atendibles otras argumentaciones volcadas en la última parte del memorial, mediante las cuales el apelante procura revertir un resultado del litigio que se le presenta claramente desfavorable. Así debe desestimarse su invocación del principio *aura novit curia* (fs.119, punto 11), por cuanto la correcta aplicación del derecho conduce, precisamente, al rechazo *in limine* de la demanda incoada.

También es estéril su invocación del art.3187 y concordantes del Código Civil (fs.119/119vta., punto 11), ya que aunque la deudora no haya cancelado su deuda, no por ello puede tener sustento el reclamo dirigido contra Alberto Nicolás Amparo Beruttilas. Las consideraciones volcadas en el decurso de este voto conducen, inexorablemente, a la desestimación *in limine* de la demanda de autos. Por lo demás, resultan irrelevantes las reflexiones que se formulan con respecto a la liquidación de la deuda (fs. 119vta., punto B), pues en nada pueden alterar las conclusiones sentadas precedentemente.

Finalmente, las costas de la anterior instancia han sido correctamente impuestas a la parte actora (fs.114vta.), con arreglo al principio objetivo de la carga, no siendo atendible el agravio planteado por el apelante en el punto 14 de su memorial (fs.119vta./120), al no ser exacto que pueda haberse considerado con derecho a promover los presentes actuados (art.68 y 556 del Cód. Proc.). En ese mismo orden de ideas, también deben atribuirse las costas de alzada al apelante que ha sido vencido en el trámite recursivo (arts.68 y 556 del Cód. Proc.).

VI. Por tales razones, propicio al acuerdo la **confirmación** de la sentencia apelada de fs. 111/114 vta., que rechazó *in limine* la demanda promovida por Banco Mayo Cooperativo Ltda., con costas de alzada al apelante vencido (arts. 68 y 556 del Cód. Proc.), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del Decr. Ley 8904/77).

Así lo voto.

A la misma cuestión la **Dra. Longobardi** adhirió al voto precedente, votando en igual sentido por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez **Dr. Peralta Reyes**, dijo:

Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior se **confirma** la resolución apelada de fs. 111/114 vta., que rechazó *in límine* la demanda promovida por Banco Mayo Cooperativo Ltda., con costas de alzada al apelante vencido (arts. 68 y 556 del Cód. Proc.), difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del dec. ley 8.904/77).

Así lo voto.

A la misma cuestión la **Dra. Longobardi** adhirió al voto precedente, votando en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Azul, 20 de Marzo de 2014.

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y conchs. del C.P.C.C. **se resuelve:** **confirmar** la resolución apelada de fs. 111/114 vta., que rechazó *in límine* la demanda promovida por Banco Mayo Cooperativo Ltda.; **imponer** las costas de alzada al apelante

vencido (arts. 68 y 556 del Cód. Proc.). **Diferir** la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del dec. ley 8.904/77). **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** por Secretaría al apelante y devuélvase. Firmado: María Inés Longobardi – Presidente – Cám. Civ. y Com. Sala II – Dr. Víctor Mario Peralta Reyes – Juez – Cám. Civ. y Com. - Sala II – Ante mí: María Fabiana Restivo – Secretaría – Cám. Civ. y Com.- Sala II.