

## Astreintes Ejecucion

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Astreintes. Ejecución. Se mantiene la sentencia que mandó llevar adelante la ejecución de la liquidación de astreintes, pues más allá de que la supuesta prejudicialidad invocada no tiene cabida como excepción en este proceso, la cuestión discutida en el principal -el daño temido- no constituye obstáculo alguno para la prosecución de la ejecución de sentencia, en cuanto lo que allí se discute será objeto de pronunciamiento oportuno. En Mendoza, a los treinta y un días del mes de agosto de dos mil dieciséis, reunidos en la Sala de Acuerdo las doctoras Carabajal Molina, Silvina Furlotti y Gladys Marsala, trajeron a deliberar para resolver en definitiva los autos N° 251467/52003 caratulados: "Miguel Rosa Beatriz en j. 102.978 ?Miguel Rosa Beatriz c/ Filchel Daniel Alberto p/ daño temido?, originarios del Vigésimo Cuarto Juzgado Civil venidos a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 36 por la demandada en contra la sentencia de fs. 33/34. Llegados los autos al Tribunal, a fs. 43/49 funda el recurso la parte demandada. Practicado el sorteo de ley, queda establecido el siguiente orden de estudio: Dres. Marsala, Furlotti y Carabajal Molina. En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del C.P.C., se plantean las siguientes cuestiones a resolver. Primera cuestión: ¿Es justa la sentencia apelada? Segunda cuestión: costas. **SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN LA DRA. GLADYS MARSALA DIJO:**

I- Se elevan las presentes actuaciones en virtud del recurso de apelación deducido por la parte demandada en contra de la sentencia dictada a fs. 33/34. II- La juez a quo resolvió hacer lugar a la demanda entablada por la actora en contra de Daniel Alberto Filchel y ordenó seguir la ejecución adelante hasta que la demandada haga pago íntegro a actora de la suma de \$57.500 con más los intereses legales, de conformidad con lo ordenado en la resolución dictada a fs. 304 de los autos principales que se ejecuta. Impuso las costas a la accionada y reguló honorarios. III- El recurrente al fundar el recurso, luego de un relato extenso de los antecedentes se agravia en cuanto la juez de grado se apresuró a condenar a su parte cuando el perito oficial no se había expedido sobre el cumplimiento de la obra en cuestión, lo que le fue advertido a la juzgadora quien hizo caso omiso de ello y aplicó en forma indebida la multa (astreintes) que da origen a estas actuaciones. Se agravia en cuanto la sentenciante sólo hace referencia a los pasos procesales que dan firmeza a la sentencia omitiendo los fallos judiciales que establecen lo contrario. Considera que la juzgadora omite mencionar que en los casos de daño temido las sentencias que se dicten en razón de las acciones de este tipo son inapelables por el art. 219 bis lo que genera una seria violación al derecho de defensa por lo que bien ha entendido la Suprema Corte de Justicia que las sentencias condenatorias de astreintes no causan estado ni establecen la cosa juzgada. Entiende que las astreintes son la potestad judicial otorgada por la ley al juzgador a fin de que aplique una sanción a quien se resiste al cumplimiento de la sentencia dictada por el tribunal, las que puede dejar sin efecto, ampliar o reducir de acuerdo al patrimonio del deudor. En el caso la sentencia se cumplió en tiempo y forma. Señala que no ha valorado la juez a quo que la reparación debe tomar un tiempo prolongado para determinar si la humedad proseguía generándose o había que reparar el trabajo mal hecho. Critica que la magistrada no ha merituado la defensa de prejudicialidad por los motivos de hecho, jurídicos y jurisprudenciales expuestos en este recurso, sumado a que la actora había intentado recusar al perito al mismo tiempo que ejecutaba la sentencia de astreintes, por lo que debió haber resuelto primero lo referido a la recusación y a la validez de la pericia oficial ya que se había dado cumplimiento a lo ordenado en la sentencia, antes de que se aplicaran las astreintes en cuestión. Sostiene que no merituó las pruebas que demostraban el cumplimiento ni tuvo en cuenta lo dictaminado por el perito oficial que dice lo contrario a lo expresado por la juez a quo. Cita jurisprudencia de la Suprema Corte Provincial. A fs. 52/54 contesta la parte actora quien solicita por los motivos que expone se rechace el recurso con costas. A fs. 60/61 se registra el dictamen del Fiscal de Cámaras quien entiende, por los motivos que expresa, la sentencia ejecutada se encontraba firme y susceptible de ser ejecutada. Por lo que propone el rechazo del recurso. IV- De las principales constancias de la causa 52003 ?Miguel Rosa Beatriz c/ Filchel Daniel Alberto p/ denuncia de daño temido? se advierte que: - a fs. 37 la actora interpone la acción de daño temido en cuanto a partir del año 2008 comenzó a observar manchas de humedad en su vivienda que provenía del departamento superior. El departamento se encontraba alquilado por lo que se comunicó con el propietario del inmueble, Sr. Daniel Alberto Filchel. Relata los hechos hasta la interposición de la presente demanda y ofrece pruebas. Hace reserva de accionar por daños y perjuicios. - a fs. 129/131 se hace lugar a lo solicitado en la denuncia de daño temido interpuesta por y en consecuencia se emplaza al Sr. Filchel, en su carácter de propietario del departamento sito en calle Hungría N° 770, Monoblock ?S?, N° 5, de Godoy Cruz, Mendoza, para que realice en el plazo de diez días las reparaciones indicadas por el perito ingeniero en construcciones en el informe que glosa a fs. 74/75 bajo apercibimiento de aplicarle en carácter de sanción conminatoria la suma de \$100 por cada día de demora en el cumplimiento del mandato judicial. -

a fs. 171 se presenta el demandado y denuncia que ha dado cumplimiento en forma parcial con lo ordenado en la sentencia, por los motivos que expone. - a fs 219 se dispuso: ?Emplázase al demandado para que en el plazo de diez días acredite haber cumplido con la totalidad de las reparaciones indicadas por el perito actuante en autos a fs. 74/75 bajo apercibimiento de proceder a ejecutar la sentencia dictada en la presente causa. (15 de octubre de 2013) - a fs. 279/280 la juez de grado dispuso hacer regir el apercibimiento del art. 219 bis in fine del C.P.C. de conformidad con lo ordenado en el resolutive I de la sentencia de fs. 129/131. Allí señaló: ?De lo expuesto, puede concluirse que efectivamente la demandada no ha dado, hasta la fecha, cabal cumplimiento a lo ordenado en la sentencia que glosa a fs. 129/131, en el plazo allí indicado, Ello así resulta admisible aplicar la multa prevista en dicha resolución. A tal efecto, mandó practicar liquidación por Secretaría. Dicha resolución quedó firme. - a fs. 290 se practica liquidación por Secretaría la que arroja la suma de \$24.200 al 25/4/2014. - a fs. 293 la parte actora impugna la liquidación practicada por los motivos que expresa. - a fs. 295/297 impugna la liquidación la parte demandada. - a fs. 304 se resuelve hacer lugar a las observaciones por la parte actora a fs. 293, no así a las de la demandada a fs. 295/297 y se aprueba la liquidación de astreintes practicada precedentemente por el Tribunal, que arroja un saldo insoluto de \$57.500. - a fs. 308 apela la parte accionada. Concedido el recurso la causa se eleva al tribunal. - a fs. 314 se ordena fundar el recurso a la recurrente. - a fs. 319 se declara desierto el recurso por no haber fundado el apelante el 31 de octubre de 2014 (lista del 3/11/2014). - a fs. 327 la accionante solicita se emplace a depositar liquidación por astreintes. - a fs. 330 la juez de primera instancia resuelve que no corresponde efectuar el emplazamiento solicitado a fs. 327 por la actora en virtud de haberse realizado liquidación según constancias de fs. 29 y 304, y que encontrándose firme la resolución deberá recurrir por la vía de ejecución de resoluciones judiciales (3/3/2015).

De las principales constancias de los presentes obrados surge que: - a fs. 9 la actora en los principales inicia la acción de ejecución de sentencia en cuanto ha quedado firme la condena de astreintes dictada en los autos 102.978 ?Miguel Rosa Beatriz c/ Filchel p/ denuncia daño temido?, por la suma de \$57.500. - a fs. 14/16 deduce excepción de prejudicialidad por los motivos que expone. - a fs. 33/34 se dicta la sentencia en crisis. V- Se adelanta la solución adversa al recurso interpuesto por los motivos que se exponen seguidamente. Este tribunal ha expresado anteriormente que: ?El auto que impone las astreintes deberá ser precedido de otro proveído que intime a la parte obligada a fin que dentro de un determinado plazo dé cumplimiento con la obligación pendiente bajo apercibimiento de sanción. De esta manera, se cumple con uno de los principios procesales por excelencia: inviolabilidad de la defensa en juicio, principio de raigambre constitucional. Se brinda la posibilidad al prevenido para que evite la multa cumpliendo con la obligación a su cargo. Si a pesar de ello, persiste en su inconducta entonces debe ordenarse la medida en análisis. (Expte.: 36174 - ILLESCAS CARLOS HECTOR C/ MINISTERIO DE SEGURIDAD (GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA) P/ ACCIÓN DE AMPARO S/ INCIDENTE REVISION, 05/10/2012, 2° C CIVIL). Además se ha dicho que este tipo de condenaciones son ejecutables, aunque ?Ello no significa que lo sean en el momento en que se las impone. Las astreintes, en ese momento inicial, son provisorias... Para que sean ejecutables es menester aguardar el tiempo necesario para precisar cuál es la conducta que asume el obligado. En el supuesto de que éste cumpla el deber jurídico de que se trate y justifique su proceder, aquéllas pueden disminuirse y aun dejarse sin efecto (art. 666 bis., última parte). En el caso de que se reduzcan, la ejecución procederá por el monto que se señale. En la hipótesis de que se las deje sin efecto, nada habrá que ejecutar. Si, por el contrario, el deudor persiste en su actitud recalcitrante, habrá llegado la oportunidad de fijarlas definitivamente, y una vez que esta liquidación final quede firme, las astreintes serán ejecutables ...? (v. CAXEAUX, Pedro - TRIGO REPRESAS, Félix, ob. cit., p. 184, NRO. 43, m.) (citado en autos 32857 - S.G. C/M.L. P/EJ CONVENIO, .Fecha: 30/08/2010, 2° C CIVIL, LA121-144). En el sub-examine se ejecuta la resolución que liquidó las astreintes condenadas a fs. 279/280. El art. 275 del C.P.C. prevé entre las excepciones deducibles en el proceso de ejecución de sentencia las de falsedad material de la sentencia o laudo; prescripción decenal de la ejecutoria; pago; quita, espera o renuncia. Ninguna de estas excepciones ha sido deducida por la accionada sino que se ha limitado a exponer que existe una cuestión de prejudicialidad al existir falta de pronunciamiento en los autos principales. Ahora bien, la presente acción se inició el 3 de agosto de 2015 y la resolución que aprobó la liquidación quedó firme, por resolución de este tribunal que dispuso su deserción en noviembre de 2014, como se dijo. Según lo expuesto, de las constancias expresadas se advierte que la resolución ejecutada estaba firme y consentida cuando se inició la presente causa de ejecución de sentencia, por lo que constituye un título perfectamente hábil. Más allá de que la supuesta prejudicialidad expresada no tiene cabida como excepción en este proceso, lo cierto es que la cuestión discutida en el principal, el daño temido, no constituye obstáculo alguno para la prosecución de la presente ejecución de sentencia, en cuanto lo que allí se discute será objeto de pronunciamiento oportuno y no resulta impedimento alguno a la presente ejecución. Esto en razón de que en autos se ejecuta la multa dispuesta por el tribunal, liquidada y firme, según se expresó. En igual sentido se expresa el Sr. Fiscal de Cámaras quien refiere: ?En punto al requisito de sentencia ?ejecutoriada?, la misma puede ejecutarse cuando ya no caben recursos por haber sido consentida, esto ocurre cuanto las partes después de notificadas han dejado transcurrir los plazos legales sin interponer recursos ante el superior (consentimiento tácito)

o cuando habiéndose concedido el recurso interpuesto, éste ha sido declarado desierto por no haberse expresado agravios, o cuando se ha producido la perención de la segunda instancia por haber transcurrido los plazos legales. En este marco la sentencia será la medida que determinará el funcionamiento del juez executor y consecuentemente rige también el principio de congruencia en tanto no podrá pedirse plus petita, ni extra petita ni citra o infra petita? (comentario al artículo 273 en C.P.C. Mendoza coordinado por el Dr. H. Gianella, La Ley, tomo I, pág. 800/801) (fs. 60 vta.) Y luego agrega: ?En el caso concreto que se analiza, se advierte que la condena de astreintes prevista en el sentencia dictada en el proceso principal (fs. 129/131, autos n° 102.978), fue objeto de liquidación a fs. 290, la que finalmente fue aprobada en la resolución de fs. 304 y apelada por la demandada a fs. 308; apelación sin embargo que no fue fundada en tiempo y forma, por lo que se declaró desierta la instancia recursiva a fs. 319?. Resulta importante destacar que a fs. 171 el 19 de noviembre de 2012 la accionada informa que ha dado cumplimiento parcial de la sentencia dictada el 14 de setiembre de 2012 y que a fs. 279/280 con fecha 24 de febrero de 2014, la juez a quo señaló que ?... puede concluirse que efectivamente la demandada no ha dado, hasta la fecha, cabal cumplimiento a lo ordenado en la sentencia que glosa a fs. 129/131, en el plazo indicado. Debe tenerse presente que, desde el dictado de la sentencia, ha transcurrido más de un año, a los fines de cumplir con dicha manda judicial. Ello así resulta admisible aplicar la multa prevista en dicha resolución?. Si bien el recurrente se agravia de lo allí expuesto, lo cierto es que el proceso de fijación y liquidación ha sido consentido. A ello puede agregarse lo dispuesto por el a quo a fs. 219 quien emplazó al demandado para que en el plazo de diez días acredite haber cumplido con la totalidad de las reparaciones indicadas por el perito actuante en autos a fs. 74/75 bajo apercibimiento de proceder a ejecutar la sentencia dictada en la presente causa en de octubre de 2013 cuando la resolución que lo emplazó a efectuar las reparaciones se dictó el 13 de setiembre de 2012. Vale decir, que de todas las constancias expuestas surge que la ejecución de la liquidación resulta procedente en cuanto ha quedado firme y ejecutoriada resultando título hábil para iniciar el presente proceso de ejecución de sentencia. Concluye el dictamen fiscal, en términos que se comparten en su totalidad que: ?Por lo expuesto, más allá de las cuestiones pendientes de resolver en el proceso de Daño Temido y de lo que en definitiva se resuelva en el presente y sin perjuicio de que la prejudicialidad invocada no es la regulada en la ley de fondo (art. 1.101 del C.C.) ... la condena de astreintes se encontraba firme y susceptible de ser ejecutada por lo que deberá rechazarse el recurso articulado.? (el destacado es nuestro). Según lo expuesto, se impone la confirmación de la resolución dictada en primera instancia. Así voto. Las Dras. Furlotti y Carabajal Molina adhieren, por sus fundamentos al voto precedente. SOBRA LA SEGUNDA CUESTIÓN LA DRA. GLADYS MARSALA DIJO: Las costas de la alzada corresponden al recurrido que resulta vencido. Arts. 35 y 36 C.P.C. Así voto. Las Dras. Furlotti y Carabajal Molina adhieren, por sus fundamentos al voto precedente. Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, procediéndose a dictar la sentencia que se inserta a continuación: SENTENCIA: Mendoza, 31 de agosto de 2.016. Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal RESUELVE: 1) Rechazar el recurso de apelación planteado por la parte demandada a fs. 36 y en consecuencia confirmar la resolución dictada a fs. 33/34. 2) Imponer las costas a la parte recurrida vencida. (arts. 35 y 36 C.P.C.) 3) Regular los honorarios profesionales de los Dres. Ezio Bartolini y Sandra Carletti en las sumas respectivas de \$644 y \$920. Art. 15 L.A. NOTIFIQUESE Y BAJEN. Dra. Gladys Delia MARSALA Dra. Silvina Del Carmen FURLOTTI Dra. María Teresa CARABAJAL MOLINA

011443E