REGISTRO N° 33-S FOLIO N° 151/7

EXPEDIENTE N° 168887 JUZGADO N° 7

En la ciudad de Mar del Plata, a los 27días del mes de febrero de 2020, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados **"ECHEVARRIA MARCELO ARIEL Y OTRO/A C/ ECHEVARRIA EULOGIO CARLOS Y OTRO/A S/INCIDENTE (EXCEPTO LOS TIPIFICADOS EXPRESAMENTE)"**, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es justa la sentencia de fs. 274/282 ?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

I. En la sentencia dictada a fs. 274/282, la Sra. Jueza admitió la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Eulogio Echevarría, con costas a los incidentistas.

También hizo lugar al incidente de recomposición de valor promovido por Marcelo Ariel y María de los Angeles Echevarría contra Carlos Echevarría, con costas, condenando a este último a pagar a los primeros la suma de $211.700.- con más intereses.

Para decidir de ese modo, consideró aplicable el Código Civil y Comercial -ley 26.994- toda vez que el presente caso versa sobre consecuencias actuales de una situación jurídica preexistente (convenio de partición de fs. 15/16 arribado en los autos "Canale y Taboada María Esther s. sucesión ab intestato")pese a que nació bajo la vigencia del código anterior.

En cuanto a la falta de legitimación pasiva, destacó que el Sr. Euologio Carlos Echevarrría no suscribió ese convenio en calidad de heredero, sino porque asumió el pago del 50% de la tasa de justicia y su contribución, más los honorarios de su letrado. Señaló que el bien sobre el cual recae el acuerdo es de carácter ganancial, de allí que el cónyuge supérstite no ostente un derecho sucesorio.

En cuanto a la pretensión, sostuvo que lo que está controvertido es el cumplimiento total y efectivo del convenio, la procedencia de la revisión de los importes allí fijados y su recomposición.

Aplicó los arts. 1091 y 2377 del CCyC y, con base en informe del perito tasado de fs.189/203, arribó a la conclusión de que correspondía hacer lugar a la demanda, toda vez que el valor real y actual en plaza del 100% del bien se había incrementado a la suma de $1.140.000.

En cuanto a la falta de reserva al retirar los giros de las cuotas por parte de los accionantes, entendió que no era aplicable al caso lo dispuesto por el art 899 del CCyC que establece las presunciones relativas al pago.

II. A fs. 286 apeló Juan Carlos Echevarría, presentando el memorial a fs. 299/305, que fue contestado a fs .311/312 7 316/318.

Apeló también Marcelo Ariel Echevarría a fs.288, quien fundó con fecha 26/08/19. A fs. 333/335 está agregada la pertinente respuesta.

En último lugar apeló María de los Angeles Echevarría y expresó agravios en el escrito presentado el 29/08/19. El recurso fue respondido a fs. 330/331.

II.1. El Sr. Juan Carlos Echevarría pide la revocación de la sentencia y, a tal fin, expone los siguientes agravios:

1. Sostiene en primer lugar que no es de aplicación el Código Civil y Comercial pues el convenio fue suscripto con anterioridad a su entrada en vigencia (el 26/06/12), como así también su cumplimiento y efectos. Entiende que la dilación del trámite judicial no puede ser pretexto o fundamento para su aplicación.

2. En segundo lugar, afirma que la cesión de derechos fue acordada en pesos y no en dólares estadounidenses. Arguye que el valor lo fijaron los cedentes en la suma de $168.300, es decir, $84.150 para cada uno, por lo que no se trata de una deuda pactada en moneda extranjera.

Destaca que el instrumento público de la cesión ha sido un acto público pasado por ante el Juzgado, dotando a lo acordado de fuerza y legitimidad y que no existe ninguna cláusula que determine la actualización del valor del inmueble para el caso de incumplimiento (ni en dolares ni en pesos)

Sostiene que la acción de revisión es improcedente porque en todo caso, el incumplimiento sólo trae aparejado intereses. Lo contrario atenta contra la seguridad jurídica y el valor de las palabras expresadas por las partes.

3. Afirma que, aunque es de práctica en el mercado inmobiliario tarifar los bienes en dólares, en autos se convino que la operación se llevaría a cabo en pesos, estableciéndose el valor del dólar en $5.10 cada unidad.

Lo agravia la decisión por cuanto entiende que no ha habido ningún desequilibrio en las pretensiones de las partes. Aduce que al momento de celebrase el acuerdo, el dólar oficial cotizaba a $3.80.- por lo que, podría considerarse que hubo un desequilibrio establecido en detrimento de su parte o bien que se contemplaba la posibilidad de la depreciación monetaria.

Señala que es práctica corriente en el mercado inmobiliario la compra a plazo. Si se tiene en cuenta el criterio del *a quo*, todos los contratos deberían ser revisados y actualizados en cuanto a sus montos a la fecha de los pagos, aún cuando se hayan pactado intereses.

4. En síntesis, sostiene que: 1) al momento de la celebración de la partición, las partes convinieron que la cesión fuera en pesos; 2) en la demanda de este incidente se dice -erróneamente- que se había pactado en dólares; 3) a los efectos de avaluar la propiedad, el dólar costaba $3,80.- $) 4) no obstante lo anterior, las partes acordaron libremente un anclaje al dolar, estableciendo su valor en $5.10.-; 5) a los efectos de compensar, se estableció un interés de 2% mensual sobre saldo; 6) todas las partes eran plenamente capaces para contratar; 7) fueron asesorados por los respectivos letrados y 8) el acto jurídico fue pasado por ante el Juzgado y consta en un instrumento público.

5. Cuestiona también el curso de los intereses pues la demora en el dictado de la sentencia apelada (2 años y medio después del llamado de autos) implica un perjuicio significativo.

II.2. Por su parte, el incidentista Marcelo Ariel Echevarría cuestiona la sentencia en dos puntos concretos: 1) que se haya hecho lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por su padre y 2) el monto de condena, que considera bajo.

1. En cuanto al primero, sostiene que el acuerdo se celebró entre los actores y los señores Eulogio Carlos y Juan Carlos Echevarria, en su calidad de co-herederos, firmando todos al pie del acta de audiencia, de allí que lo acordado sea oponible a todos los firmantes**.** Considera que el Sr. Eulogio Echevarria se encuentra en relación directa con la presente acción, y por ello debe ser parte en esta incidencia

Entiende que al plantear judicialmente la revisión de ese acuerdo por el abuso de derecho, teoría de la imprevisión, enriquecimiento sin causa y demás fundamentos vertidos en el

escrito de inicio, el Sr. Eulogio Echevarria ha sido bien demandado por ser parte del convenio atacado.

Recuerda que el excepcionante es coheredero, fue parte de la audiencia del 26-6-2012, firmó lo acordado y, además de ser titular del 50% del inmueble, su vivienda está emplazada en dicha propiedad, como un fondo de comercio que explota. Destaca que asumió obligaciones como el pago de tasa de justicia, contribución, honorarios, prestó conformidad hasta en la tasación acordada, y se renunció a otras incidencias que eran entabladas contra el mismo.

Señala que ante cada pago a cuenta efectuado por el Sr. Juan Carlos Echevarria, pese a sus atrasos, debió consentir antes de ordenarse el giro por el juzgado, pese a que se consentía la extracción, pues el Sr. Eulogio Echevarria podía oponerse al mismo.

2. Respecto al monto de la sentencia, sostiene que es muy bajo.

Explica que: 1) Las partes pactaron la tasación del 50% del inmueble en la suma de U$S50.000 con fecha 26 de Junio de 2012; 2) en la pericia se lo tasó en $1.140.000 que según la cotización del dólar de esa fecha ascendía a la suma de U$S 80.281, a razón de $14,20 por dólar y 3) el Martillero actuante manifestó que las propiedades de la zona cotizan entre U$S60.000 y US$250.000.

A su vez, considera que al dictarse la sentencia en el año 2019, a casi tres años de la tasación agregada en autos, surge un agravio económico por el simple paso del tiempo, tomando el valor en pesos.

Explica que la tasación de la pericia es baja pues ya en el expediente sucesorio se informaba en el año 2012 que el valor oscilaba entre U$S92.000 (fs. 13) y U$S110.000 (fs 14).

Destaca que en el mes de abril de 2016 la cotización de dólar según el Banco Nación cotizaba $14,20 es por ello que la tasación del martillero equivaldría aproximadamente a U$S 80.281, según los cálculos realizados por esa parte, de $1.140.000 % U$S14,20= U$S 80.281

Aduce que las propiedades inmuebles en la Argentina se rigen por el valor del dólar, lo cual es un hecho público y notorio y las fluctuaciones del valor de esa divisa desde el año 2012 hasta el presente son abismales.

Así, entiende, que surge claro el agravio al dictarse la sentencia en el año 2019 sobre una tasación de 2016, tomando el valor en pesos, por lo que considera que la condena de $211.700.- es baja y pide su elevación a la suma de u$s 4.000.

II.3. Finalmente, la Sra. María de los Angeles Echevarría presenta agravios similares a los de su hermano Marcelo Ariel y pide el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva y la elevación del monto fijado.

1. Con respecto al primero, expone argumentos idénticos, en el sentido de considerar que el acuerdo es oponible a todos los firmantes y por ende lo es también para su padre quien, además, asumió las obligaciones plasmadas allí y se comprometió al pago de la tasa de justicia, contribuciones, honorarios y prestó conformidad sobre la tasación presentada.

2. En cuanto al restante agravio, agrega a lo expuesto por su hermano que durante el tiempo transcurrido hasta el dictado en la sentencia se ha verificado una variación de la moneda extranjera en forma escalonada, y al ser pactado el acuerdo en pesos, su parte queda en una extrema desventaja por el incumplimiento de la contraria, debido a que la partición y cesión se efectuó a un precio vil incoado en el acuerdo; siendo además que por su firma ha renunciado a otros asuntos pendientes entre las partes y los incidentados están usufructuando el inmueble y el fondo de comercio.

III. A mi entender, corresponde únicamente hacer lugar al recurso del Sr. Juan Carlos Echevarría

Si mi voto es compartido, debe confirmarse la sentencia sólo en cuanto a la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta y revocarse respecto a la procedencia de la demanda, cuyo rechazo propicio.

1. El asunto gira en torno a un bien ganancial perteneciente al acervo transmitido en los autos *"María Esther Canale y Taboada s. Sucesión ab intestato"* (expte nº 117487 de trámite ante el juzgado dptal. nº 7 que tengo a la vista) en la que se declaró herederos a los hijos de la causante - Sres. Juan Carlos, María de los Angeles y Marcelo Ariel Echevarría- y su cónyuge - Eulogio Carlos Echevarría- en cuanto a los bienes propios, si los hubiere (declaratoria fs. 89/90, expte. sucesorio)

2. En el expediente sucesorio, con fecha 26/06/2012 los herederos arribaron a un acuerdo en audiencia ante la presencia de la Sra. Jueza en el que resolvieron, respecto al 50 % del inmueble que integra el acervo sucesorio, fijar su valor en la suma de U$S 50.000.-, tomando para ello las tasaciones presentadas por las partes y que se agregaron a fs. 140 y 141 (ver acta de fs. 142).

Manifestaron que para establecer el valor de dicho bien en pesos argentinos, acordaron fijar el valor del dólar estadounidense al día de la audiencia en la suma de U$S 1 a $ 5,10. - determinando el valor del inmueble de carácter ganancial en la suma de $ 255.000. correspondiente al 50 % del mismo. De lo expuesto se sigue que a cada uno de los tres herederos les correspondía la suma de $ 85.000.

Indicaron que luego de un amplio debate, los herederos María de los Angeles Echevarría y Marcelo Ariel Echevarría aceptaron fijar en la suma de $84.150. su porción en relación a su parte indivisa y cedieron en forma onerosa al heredero Juan Carlos Echevarría, por la suma total de $ 168.300.

El heredero cesionario se comprometió a abonar lo acordado de la siguiente manera: a) la suma de $ 15.000. a depositar en autos el día 13/07/2012 o el día hábil posterior b) la de $ 15.000. a depositar en autos el 13/10/2012, c) $ 30.000 a depositar en autos el día 13/03/2013, d) la de $ 30.000. a depositar el 13/03/2014, e) a partir del día 13/08/2012 y en todos aquellos meses en los cuales no se hiciera el deposito de las sumas indicadas en los puntos a), b), c) y d) se abonaría una cuota de $ 4.000.

Pactaron también que el monto se abonaría conforme el sistema francés pactando ambas partes un interés compensatorio del 2 % sobre el saldo deudor (sic).

Acordaron la mora automática de las cuotas, la caducidad de plazos y la ejecución del acuerdo ante su incumplimiento y para dicho supuesto, que el interés a aplicar sería el que fije la Excma. Cámara de Apelaciones Dptal.

El convenio también fue suscripto por el cónyuge de la causante y se estableció que, en relación a los gastos de tasa de justicia, y contribución los herederos, los Sres. Juan Carlos Echevarría y Eulogio Echevarría abonarían el 50 % y los herederos María de los Angeles Echevarría y Marcelo Ariel Echevarría, el restante 50 %.

3. De acuerdo a lo que surge de las constancias del expediente sucesorio, las cuotas acordadas fueron pagadas mediante distintos depósitos (ver: fs.186/187; 203/204; 206/207; 211/212; 220/221; 229/230; 233/234; 239/240; 251/253; 252/253; 262/263**;** 280/281**;** 293/294**;** 306/307**;** 320/321; 333/334; 337/338; 347/348; 364/366; 365/366; 394/395; 403/404; 412/413; 430/431; 437/438; 443/444; 448/449;457/458; 462/463; 471/472; 477/478;485/486 y 492/493).

En diferentes oportunidades estos depósitos se efectuaron tardíamente, como bien señalan los incidentistas.

Pese a ello, las sumas fueron retiradas por éstos sin efectuar reserva alguna, salvo en contadas ocasiones en las que denunciaron el incumplimiento.

Así puede verse que a fs. 218 se denunció el incumplimiento del depósito en término para la cuota pactada de fecha 13/11/2012 de $4000. Lo mismo ocurrió a fs. 247/9, en que se denunció el incumplimiento respecto de la cuota pactada de fecha 13/03/2013 de $30.000, haciéndose en este caso reserva de intereses. Idéntica situación se observa a fs. 291 y 355**.** A su vez, a fs. 480 (15/06/2015) los incidentistas señalaron que percibirían las sumas a cuenta de la futura liquidación y de lo que se resuelva en este incidente, que por entonces ya había sido promovido (la demanda fue presentada el 11/12/2014)

Por último, a fs. 499 nuevamente denunciaron que los pagos se hicieron fuera de término y que el acuerdo estaba incumplido y, además, a fs. 502/505, practicaron liquidación de la deuda conforme las pautas estipuladas en el mismo.

4. En este contexto es fácil advertir que la Sra. Jueza acierta al hacer lugar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta el Sr. Eulogio Echevarría. Propicio que la sentencia sea confirmada en esta parcela.

El excepcionante no asumió ninguna obligación en orden a la cesión onerosa de los derechos respecto del bien inmueble, cuyo valor se ha pretendido revisar en autos. Su participación en el acto se limitó a las costas y a ser notificado del acuerdo arribado por sus hijos. No es heredero de su esposa respecto de los bienes gananciales y su derecho - propio- surge de la disolución de la sociedad conyugal (arts.3576 CC y 2433 CCyC) Tampoco se observa que haya asumido el carácter de fiador de las deudas contraídas por su hijo Juan Carlos (arts.1986 y sgtes CC y 1574 y sgtes CCyC)

Considero, así, que no asiste razón a los incidentistas al cuestionar la sentencia en cuanto a la falta de legitimación de su padre. La pretensión esgrimida no se ha dirigido, en definitiva, contra una parte sustancial del acuerdo.

5. De todos modos, tal como lo adelanté, encuentro acertado el recurso del incidentado.

En primer lugar, considero que no corresponde aplicar el Código Civil y Comercial pues lo que aquí se reclama es la "recomposición" de un acuerdo que fue celebrado, ejecutado e incumplido parcialmente bajo el amparo del Código derogado. La pretensión debe juzgarse conforme las normas que estaban vigentes al momento que todos estos acontecimientos se produjeron.

La discusión versa sobre hechos cumplidos durante la vigencia del código anterior y debe respetarse la regla hermenéutica de la irretroactividad de la ley dispuesta en el art. 7 CCyC.

La circunstancia de que hubieran cuotas del acuerdo sin pagar al tiempo de entrada en vigor del CCyC no autoriza a aplicarlo para proceder a la revisión de sus cláusulas o valores. Es el devengamiento de las cuotas (y no su pago) lo que determina el punto de conexión, el hito que determina la ley aplicable. Constituye un aspecto dinámico de la relación y cuando se produce, se trata de un hecho cumplido y la nueva ley no puede volver sobre él.

6. Por su parte, asiste razón al incidentado al indicar que los términos del acuerdo no dejan duda de que la obligación asumida por él es dineraria y que no contiene una cláusula de actualización. Solo están pactados intereses compensatorios y, en cuanto a los moratorios, las partes acordaron que se calcularían conforme la tasa que determine la jurisprudencia de esta Cámara.

A la pregunta de si el acreedor de una obligación de ese tipo puede reclamar un daño mayor que los intereses moratorios, explican Ramón Daniel Pizarro y Carlos Vallespinos que el tema es algo controvertido ("Instituciones de Derecho Privado- Obligaciones" tº 1 p.412 y sgtes. Ed. Hammurabi, José Luis Depalma, BsAs2004)

Los autores señalan que en el sistema del Código Francés se limita expresamente el monto indemnizatorio a los intereses salvo mala fe en la conducta del deudor y, que en el adoptado por Alemania, Suiza e Italia se otorga al acreedor el derecho a reclamar el mayor daño que haya experimentado, cuya carga probatoria le incumbe.

A su vez, señalan que traídas estas ideas al ámbito local, en general los autores se inclinan por considerar que la responsabilidad del deudor moroso en las deudas dinerarias se limitaría en principio a los intereses (Alterini, Llambías, Casiello, Rivera, Alegría, Cazeaux y la SCBA). Sin embargo, excepcionalmente, cabría la posibilidad de reclamar un mayor perjuicio cuando medie autorización legal o contractual, o en caso de dolo del deudor.

Entienden que se trata de una solución coherente con la naturaleza de la deuda dineraria, con el ámbito normativo específico y el mayor daño, al margen de los intereses, debe ser reputado como una consecuencia mediata del incumplimiento obligacional, resarcible en caso de dolo (arg art 521 del CCivil -ley 340)

En este mismo sentido, Carlos Villegas y Mario Schujman explican que salvo en caso de un pacto sobre un resarcimiento mayor por sobre los intereses moratorios o en caso de dolo o mala fe del deudor, "*la doctrina nacional mayoritaria sostiene la improcedencia de un reclamo integral del acreedor por el incumplimiento del deudor. Llambías dice que la función resarcitoria que desempñena los "daños y perjuicios" con respecto a las obligaciones en general, es desempeñada en el caso de las obligaciones monetarias por los intereses moratorios. Falta, agrega, una norma especial que confiera al acreedor el derecho al resarcimiento del daño adicional no enjugado por los intereses. Cuando la ley ha considerado procedente hacerlo, lo ha hecho, como en los casos del socio que toma dinero de la sociedad (art 1722 del Cód. Civil) y del fiador que paga por el deudor (art. 2030 del Cód. Civil). En esos casos especiales, expresamente el Código ha previsto la reparación integral."*(Intereses y Tasas", Abeledo Perrot p.137 BsAs 1990)

Pizarro y Vallespinos, no obstante señalan que existe una tercera postura, a la que ellos adhieren, que expone criterios más flexibles, conforme la cual cabe siempre la posibilidad de reclamar todo daño que se invoque y pruebe derivado del incumplimiento dinerario, por encima de los intereses, cualquiera sea el factor de atribución pues *"los intereses juegan como un piso indemnizatorio, legalmente presumido, nunca como un techo rígido e inflexible, salvo cuando hubieran sido convenidos para el caso de mora o incumplimiento de una obligación dineraria. En tal caso, actuarían como una cláusula penal y, por aplicación del principio de inmutabilidad relativa, prefijarían la indemnización de daños y perjuicios, por lo que (por aplicación del principio de inmutabilidad de la cláusula penal) sólo podría mediar apartamiento de los mismos en caso de que dicha cláusula penal fuera írrita (art.656 y concs., Cód. Civil).*"(ob cit. p.413)

7. Con esos antecedentes advierto que no es posible reclamar el mayor daño.

En primer lugar porque se trata de una obligación puramente dineraria, no encuadra como una deuda de valor y aún aplicando la menos estricta de las posturas antes señaladas, considero que los actores no han demostrado ni surge en forma manifiesta que el acuerdo sobre los intereses compensatorios del 2% y la tasa judicial para los moratorios acordado en el año 2012 deriva en una reparación de la mora irrisoria (arg art 771 CCyC).

A su vez, no encuentro que el incremento de la cotización del dólar tenga alguna influencia en la decisión. No se trata de un pacto en esa moneda extranjera sino en pesos argentinos. El valor de $5.10.- por dólar solo fue establecido como el valor de referencia para hacer el cálculo de la cantidad de pesos que serían adeudados a los cedentes.

8. En atención a lo expuesto, propongo hacer lugar al recurso de Juan Carlos Echevarría y rechazar lo interpuestos por los incitentistas, Sres. Marcelo Ariel Echevarría y María de los Angeles Echevarría (art. 163, 242, 260, 266 y cdtes del CPC)

De este modo, corresponde hacer lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva y rechazar la demanda.

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

Teniendo en cuenta el resultado de la votación precedente, debe hacerse lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva y rechazarse la demanda incidental. Las costas de Alzada corresponde imponerlas a los incidentitas vencidos (art 68 y 274 del CPC)

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente

S E N T E N C I A

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: **I)** Hacer lugar al recurso interpuesto por el incidentado Sr. Juan Carlos Echevarría a fs. 286 y rechazar los de los incidentistas Marcelo Ariel Echevarría y María de los Angeles Echevarría, interpuestos a fs. 288 y 294 respectivamente, revocando parcialmente la sentencia dictada a fs.274/282 **II)** Imponer las costas de Alzada a los incidentistas en su calidad de vencidos (art 68 y 274 del CPC); **III)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14967). **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** (art. 135 del C.P.C.). **DEVUÉLVASE.**

ROBERTO J. LOUSTAUNAU RICARDO D. MONTERISI

Alexis A. Ferrairone
Secretario