REGISTRADA BAJO EL Nº 35 (S) Fº 208/230
Expte.N°159.668 Juzgado Civil y Comercial N°10.-

En la ciudad de Mar del Plata, a los 26 días del mes de marzo de 2019, se reúne la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, **Sala Tercera**, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: ***"TORNAROLI ROCIO EDITH Y OTROS C/ TORRE AZUL S.A. S/ CONSIGNACIÓN DE SUMAS DE DINERO***", en los cuales, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: **Dres. Rubén D. Gérez y Nélida I. Zampini**.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1°) ¿Es justa la sentencia de fs. 1015/1029 y su aclaratoria de fs. 1030?

2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. RUBÉN D. GÉREZ DIJO:

I.-Antecedentes relevantes:

A fs. 196/218 los Sres. Rocío Edith TORNAROLI, Debora Denisa BORDON, Elsa Liliana ROZAS, Sabrina Giselle BARRIOS, y Rubén Otilio BARRIOS, demandaron a TORRE AZUL S.A. por pago por consignación, revisión de pagos y determinación de daños punitivos invocando infracción a las disposiciones de la ley 24.240.

Relataron que compraron a la demandada sus departamentos (4° "A", 6° "B" y 4° "B" en el Edificio Torre Azul III, ubicado en la calle Guido 1823/27 de esta ciudad) a mediados de 2011 (abril y julio); que se obligaron en dólares por los saldos financiados en cuotas por la propia demandada a partir del mes siguiente a la entrega de la posesión, pactada para el 15/4/2012, y garantizados con hipoteca sobre los mismos inmuebles en el año 2012, encontrándose incluido en dichas cuotas el 8,50 % de interés calculado por el sistema francés, y que renunciaron a invocar la imprevisión.

Las ventas de los referidos inmuebles se realizaron por los siguientes precios: 1) Con Tornaroli por la suma de U$S 31.382; 2) Con Bordon por la de U$S 63.530; y con Rozas y Barrios por la de U$S 53.040, montos que surgen del precio convenido más el IVA, conforme cláusulas 2da de los referidos boletos.

Detallaron las sumas entregadas a cuenta de precio al momento de la suscripción de cada boleto: U$S 5.784 en el caso de Tornaroli, restando un saldo de U$S 26.175 que sería abonado en 57 cuotas iguales y consecutivas de U$S 561,29 cada una; U$S 6.038 en el caso de Bordon, quedando un saldo de U$S 44.200 pagadero en 70 cuotas iguales y consecutivas de U$S 805,61 cada una; y U$S 5.040 en el caso de Rozas y Barrios, restando un saldo de U$S 38.000 que sería abonado en 60 cuotas iguales y consecutivas de U$S 781 cada una.

Explicaron que a raíz del cepo cambiario y ante la imposibilidad de acceder a la moneda extranjera hicieron algunos pagos en pesos a una cotización intermedia entre la oficial y el dólar "blue" que les fue impuesta por la demandada a pesar de ser un tipo de cambio distinto al pactado y en violación al régimen penal cambiario y a las restricciones impuestas por el Poder Ejecutivo Nacional a las operaciones en moneda extranjera, hasta que a finales del año 2013 se hizo insostenible y frente a la negativa de la demandada a recibir los pagos en pesos a la cotización oficial no les quedó otra opción que iniciar esta acción a comienzos del año 2014 para consignar los importes de las cuotas a medida que se iban devengando en pesos a la cotización oficial; y para que se revisara la tasa de interés convenida: 8.50% interés compensatorio ya

incluido en las cuotas –interés compuesto/capitalización- y calculado por el sistema francés, más un 2% mensual de moratorios (entre las dos tasas sumarían un 32,5% anual).

Entendieron –y lo siguen sosteniendo- que la cuestión no pasa por la realización de los pagos en moneda de curso legal (pesos) o en dólares estadounidenses, porque ya fue consentido por la demandada al recibir pagos en pesos, sino que la discrepancia estaría en la pretensión de la empresa de imponerles un tipo de cambio lesivo e ilegal (conforme se tome el "blue" o "celeste" o "contado con liquidación" por fuera del mercado oficial de cambios) en contradicción con lo oportunamente estipulado.

Destacaron al respecto que en el punto tercero de los documentos protocolares nro. 475, 224 y 218 se establece que a los efectos fiscales el monto de la venta se establece en PESOS a la cotización del dólar americano informada en día anterior por el BNA a razón de $ 4,49 por unidad, lo que implica –para ellos- el compromiso expreso de la demandada de que el precio de las cuotas estipuladas en dólares sería convertido al tipo de cambio oficial, y no a un tipo de cambio ilegal y no previsto en el contrato.

Agregaron que se encuentran en posesión de los inmuebles, tratándose en todos los casos de su única vivienda, siendo el derecho a ésta de raigambre constitucional y convencional; y que tratándose de relaciones de consumo, la interpretación de los contratos debe hacerse en el sentido más favorable para los consumidores y cuando existan dudas sobre el alcance de sus obligaciones se estará a las que sean menos gravosas, conforme art. 37 de la ley 24.240, siendo nulas todas las cláusulas que impliquen una vulneración de los derechos que establece, como las renuncias a la excesiva onerosidad sobreviniente por imprevisibilidad o similares.

En suma, por lo expuesto es que consignaron las cuotas pendientes mediante depósito judicial de las sumas correspondientes conforme el siguiente detalle:

1) Tornaroli la suma de $ 17.116,52 equivalentes a 4 cuotas de U$S 561,29 cada una al tipo de cambio oficial informado por el Banco Nación para el día de vencimiento de cada cuota, correspondientes a enero, febrero, marzo y abril de 2014;

2) Bordon la suma de $ 12.833,35 equivalentes a 2 cuotas de U$S 805,61 cada una al tipo de cambio oficial informado por el mismo Banco para su vencimiento, correspondientes a marzo y abril de 2014;

3) Rozas-Barrios la suma de $ 23.816,59 equivalentes a 4 cuotas de U$S 781 cada una al tipo de cambio oficial informado por el Banco Nación para el día de vencimiento de cada cuota, correspondientes a enero, febrero, marzo y abril de 2014.

Solicitaron además que se proceda a la revisión de los pagos anteriores, efectuados a un tipo de cambio nulo de nulidad absoluta y con una elevadísima tasa de interés del 8,40 % en dólares sobre saldos vencidos en sistema francés, que consideran abusiva, por lo que piden se reajusten los pagos al tipo de cambio oficial y una tasa que no supere el 4% anual en dólares conforme lo resuelto por la Excma. Cámara local en autos "Minassian c/ Vancevicius s/ Ejecución Hipotecaria", del 9/3/2004.

Pidieron daños punitivos, y que ante los abusos en que considera que ha incurrido la demandada, se cuantifiquen en una suma tal que impida que la demandada en el futuro obre del modo que lo ha hecho en este caso, la que debe componerse de una multa igual al total del valor de las cuotas presentes o futuras sobre las que pretenda un tipo de cambio diferente al oficial, o lo que en más o en menos estime el Juzgado.

Ofrecieron pruebas, solicitaron medida cautelar, que se aplicara la gratuidad del procedimiento que emana de la ley de defensa del consumidor, formularon reserva del caso federal, y pidieron que oportunamente se haga lugar a la presente demanda, con costas.

A fs. 220/22 se decretó prohibición de innovar respecto de la situación relativa a la relación contractual existente a la fecha de la demanda, debiendo Torre Azul S.A. abstenerse de efectuar

cualquier tipo de medida y/o acción a su respecto, específicamente de resolver el contrato y/o iniciar o proseguir la ejecución forzada hasta tanto se resuelvan estos autos; esta medida fue apelada por la demandada a fs. 269/84 y ha quedado firme en virtud de la deserción del recurso declarada por esta Alzada mediante la resolución de fs. 536/38, en la que se recomendó a las partes pedir una audiencia conciliatoria y que fue fijada a fs. 552 y realizada a fs. 558 pero resultó inútil.

A fs. 304/332 Torre Azul SA opuso excepción de falta de legitimación activa respecto del Sr. Barrios, por cuanto ningún vínculo jurídico lo une con él, habiéndose limitado su intervención a la compra en comisión para Sabrina Giselle Barrios y Elsa Liliana Rojas, en boleto de compraventa que fue dejado sin efecto y suplantado por otro del 15/4/2011.

Luego de las negativas de rigor, contestó la demanda.

Efectuó una serie de consideraciones sobre el progreso de la presente acción, cuestionó la aplicación de la ley de defensa del consumidor al contrato de mutuo hipotecario, la acumulación de las acciones de consignación y de repetición de sumas de dinero, cuestiones que si bien pueden servir de basamento de un juicio ordinario posterior al ejecutivo, consideró que no pueden tratarse por la vía sumarísima.

Manifestó que si en alguna oportunidad aceptó moneda de curso legal, ello no importó novación, y que el encarecimiento o las dificultades para adquirir moneda extranjera no fue una situación imprevisible para los actores al momento de contratar y comprometer el pago en dólares; de todos modos, negó que los actores no pudieran adquirir la moneda extranjera por ninguna operatoria legal, y sostuvo que conforme los arts. 617 y 619 del Código Civil la única forma de cancelar la obligación de pago asumida en moneda extranjera era con su entrega, sea dólares u otra moneda foránea pactada.

Efectuó un análisis de la normativa vigente en materia de restricciones cambiarias, destacando que si bien comenzaron en julio de 2010 –dos años y medio antes de la suscripción de las hipotecas en dólares- adquirieron mayor firmeza en octubre de 2011, estando los actores en perfecto conocimiento de ello al momento de suscribir los contratos, por lo que no pueden alegar su propia torpeza manifestando ahora la imposibilidad de adquirir la moneda extranjera, ni actuar de mala fe, y citó un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones del BCRA que impiden la adquisición de la moneda extranjera para evidenciar que si los actores no hubieran podido adquirir dólares por ese motivo debieron instar las acciones judiciales correspondientes contra el BCRA o el Estado Nacional; y si eran sus ingresos lo que no se los permitía, debieron evaluarlo al momento de asumir sus obligaciones, citando fallos en tal sentido, entre ellos “Rojas c/ La Cremerie S.R.L. s/ ejecución hipotecaria”, del 1/4/2014, de la Cámara local.

Precisó que nada tiene que ver que el monto de la venta se haya consignado en pesos a los únicos efectos fiscales, por ser obligación legal como base tributaria, no existiendo obligación de su mandante de percibir otra moneda de cobro, por voluntad unilateral del deudor.

Señaló que había otros mecanismos para comprar dólares como la Bolsa, que eran legítimos y viables, a los que los accionantes no han recurrido, pretendiendo trasladarle su presunto problema a sabiendas de los compromisos asumidos en la construcción de otros edificios que se encuentran en marcha, y que resultan insuficientes los certificados acompañados para acreditar la imposibilidad de adquirir moneda extranjera, los que si bien desconoció a lo sumo demostrarían la imposibilidad de cancelar las obligaciones asumidas cualquiera sea la moneda en la que se hubieran pactado, ya que el monto mínimo validado para tenencia de dólares en personas físicas era de $ 7.200, por lo que con un ingreso inferior a ellos no se entiende cómo podrían los actores abonar los gastos mínimos de subsistencia y asumir a su vez las cuotas que adeudan.

Se refirió asimismo a la extemporaneidad de la consignación ya que tanto Tornaroli como Rozas y Barrios se encontraban en mora desde enero de 2014 en virtud de la mora automática pactada, por lo que al inicio de la presente acción -6 de mayo/2014- se encontraban cuatro cuotas pendientes de pago, lo que demuestra su mala fe al depositar los valores a la cotización oficial del dólar a la fecha de vencimiento de las cuotas, cinco meses más tarde, sumado a que recién al iniciarse en su contra las dos ejecuciones hipotecarias urgieron las medidas cautelares para frenarlas.

Concluyó que los depósitos efectuados en autos no se condicen con el objeto y con los plazos pactados en los contratos de mutuo hipotecario oportunamente suscriptos, por lo que deben rechazarse con costas.

A fs. 243 los actores solicitaron se coloquen las sumas consignadas a plazo fijo, lo que el Juzgado ordenó a fs. 244 en forma renovable automáticamente cada treinta días; a fs. 257 los actores ampliaron la consignación con la cuota de mayo de 2014, a fs. 338 integraron montos cuotas enero/2014 para Tornaroli y Rozas, y marzo/2014 de Bordon, por diferencias de cotizaciones; a fs. 346, 351, 358, 360, 377, 379, 576, 587, 592, 597, 607, 634, 660, 671, 716, 721, 727, 739/40, 750, y 792/97, 890/91, 905, 918/19, 950, 970, 976/77, 983/84, 996 y 1004, ampliaron la consignación por los meses subsiguientes, lo que fue impugnado a fs. 362/372 y 762/771 con similares fundamentos que los esbozados en la contestación de demanda.

A fs. 912 vta. se certificó sobre el vencimiento y resultado del término probatorio, el que fue actualizado a fs. 966 y 986; y a fs. 1007 se llaman "Autos para Sentencia".

II.- <u>La sentencia apelada de fs. 1015/1029 y su aclaratoria de fs. 1030:</u>

La juez a-quo definió primeramente las posturas de las partes y consideró que el conflicto se suscita respecto de las cuotas pendientes a partir de enero de 2014, a cuya recepción en pesos al tipo de cambio oficial –según invocaron los actores- la demandada se negó injustificadamente, requiriéndole un promedio entre la cotización del dólar oficial y el dólar “blue”, motivando un intercambio epistolar y luego la promoción de esta acción de consignación a los fines de desobligarse, como asimismo de que se revisen los pagos anteriormente efectuados a un tipo de cambio que consideran ilegal, y con una tasa de interés abusiva.

Mientras que Torre Azul S.A. sostuvo que haber aceptado el pago de alguna cuota en pesos no implicó novación, y que las obligaciones deben ser canceladas en dólares tal como fue oportunamente pactado cuando los actores ya se encontraban en pleno conocimiento de las primeras comunicaciones del BCRA que restringían el acceso a dicha moneda, pese a lo cual se obligaron igualmente en dólares; y que el hecho de que a los efectos fiscales se haya consignado el valor de la operación en pesos no implica aceptación de su cancelación en dicha moneda.

Luego hizo lugar a la defensa de falta de legitimación activa respecto del actor Rubén Otilio Barrios, y le rechazó la demanda de consignación, con costas, toda vez que el Sr. Barrios ha demandado por un derecho propio, sin perjuicio de no acreditar resultar ser titular de la relación jurídica sustancial en que sustenta su pretensión, ya que sólo ha actuado en la especie como comisionista, habiendo denunciado sus comitentes en el mismo acto del boleto de compraventa, lo que fue aceptado por las adquirentes al suscribir el documento protocolar analizado.

Por lo demás, recordó que para que la consignación tenga fuerza de pago deben concurrir los requisitos de persona, objeto, modo y tiempo, todos ellos sin los cuales el pago no puede ser válido conforme lo dispuesto por el art. 758 del Código Civil; y que, para que la consignación sea válida, deben cumplirse respecto del objeto de pago los requisitos de IDENTIDAD e INTEGRIDAD.

Y trajo a colación lo dispuesto por el art. 617 del Código Civil -vigente a la fecha de celebración de los respectivos contratos- que disponía que "*si por el acto por el que se ha constituido la obligación se hubiese estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la república, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero*", y por el art. 619 que establecía que *"si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada el día de su vencimiento.",* destacando que la jurisprudencia había interpretado que para que nazca la posibilidad de cumplir la prestación pactada por la vía del equivalente dinerario, es preciso que se configure un supuesto de imposibilidad de cumplimiento de la obligación. Es decir que el deudor deberá demostrar que la prestación ha devenido física o jurídicamente imposible, esto es, que exista una imposibilidad sobrevenida, objetiva y absoluta.

En base a ello, entendió que los actores no han demostrado cabalmente la imposibilidad de adquirir la moneda extranjera necesaria para abonar las cuotas objeto de la presente acción, ya que tal como reconocieran las actoras Rozas, Barrios, Tornaroli y Bordon en las confesionales prestadas durante la audiencia de vista de causa, al ser libremente interrogadas, ni siquiera intentaron adquirirlos porque el dólar blue estaba muy caro. En este sentido, ilustró que la absolvente Débora Bordon manifiesta que siempre hizo el pago en pesos porque no podía conseguir dólares por una cuestión administrativa, sin embargo minutos después, al responder a la pregunta si alguna vez lo intentó, responde en forma categórica: "No. Jamás. Nunca" (ver minutos 6,15, 8,30, 11,09 y 11,40, 13 y 14,20 de la vista de causa cuya constancia obra a fs. 875/76; arts. 375, 384, 421 del CPCC).

Y reflexionó que según manifestaciones de los propios actores, la existencia de las restricciones cambiarias impuestas por la AFIP y el BCRA no tornó imposible el cumplimiento de la prestación asumida por el comprador, sino que en todo caso la encareció.

Asimismo, valoró que tampoco han acreditado haber recurrido a otro tipo de operaciones alternativas perfectamente legales que le hubieran tal vez permitido hacerse de dicha moneda como las que describe la demandada (dólar bolsa, contado con liquidación, adquisición de bonos), ni han acreditado haber recurrido a la vía judicial por ejemplo un amparo para sortear la alegada dificultad.

Por otra parte, concluyó que el hecho de que, ante la alegada imposibilidad o dificultad de adquirir dólares en el mercado, el acreedor se haya avenido a recibir moneda de curso legal, no implica novación, ni que necesaria y forzosamente esa conversión deba realizarse al tipo de cambio oficial, porque no sólo eso no está previsto en ninguna norma, sino que además sería a todas luces arbitrario y confiscatorio de los derechos del acreedor, toda vez que es importante diferenciar claramente la dificultad fáctica que en algún momento existió para adquirir moneda extranjera —debido a las restricciones del cepo cambiario— de la posibilidad que siempre existió de pagar las obligaciones en moneda extranjera utilizando la moneda nacional, pero calculada a un tipo de cambio real y que refleje verdaderamente el valor de la moneda extranjera pactada voluntariamente al contraer la obligacióny que permita al acreedor mantener el poder adquisitivo de su crédito.

A su turno, resaltó que tanto en la cláusula SEGUNDA de los boletos de compraventa como en la cláusula PRIMERA de los mutuos hipotecarios en cuestión, se establece el pago del saldo de precio en DOLARES ESTADOUNIDENSES (fs. 830 vta., 837, 842 vta/43, 848 vta. y 851 vta.), sin ninguna referencia expresa a formas alternativas de cancelación de la deuda para el caso de imposibilidad de adquisición de dicha moneda; y razonó que el hecho de haberse consignado en los documentos protocolares que "a los efectos fiscales" el monto de la venta se estableciera en pesos a la cotización del dólar oficial informada el día anterior por el BNA no implicó el compromiso expreso de la demandada de que el precio de las cuotas estipuladas en dólares sería convertido al tipo de cambio oficial como pretende la actora.

A su vez, subrayó que en la cláusula DECIMO OCTAVA los actores hacen expresa renuncia a invocar la teoría de la imprevisión en cualquier etapa del contrato, excusar su incumplimiento, alegar o plantear excepciones vinculadas con dicha teoría; a la vez que declaran conocer que las condiciones de pago convenidas posibilitan que la acreedora construya otros edificios (Torre Azul IV en Colón entre Dorrego y Guido), cuyos departamentos se encuentran comercializando; y que conforme cláusula DECIMO PRIMERA la falta de pago de cualquiera de las cuotas en las modalidades convenidas producirá la mora automática sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial, dando derecho a la acreedora a considerar la deuda como de plazo vencido y a reclamar la totalidad de lo adeudado, con más los intereses punitorios, gastos, costos y costas.

En resumidas cuentas, reparó en que:

-La obligación asumida por la parte deudora fue la de pagar la deuda en dólares estadounidenses.

-Si bien estamos ante una relación de consumo, en la cual resulta discutible la cláusula en la que la deudora renuncia a la teoría de la imprevisión, dicha cláusula no ha sido atacada de nulidad, ni invocada la aludida teoría expresamente por ninguno de los actores, quienes no alegaron tampoco vicio alguno de la voluntad al momento de suscribir los respectivos contratos;

-A todo evento, ya sea la imposibilidad de adquirir la moneda extranjera y/o su encarecimiento durante el curso de la relación contractual, no puede considerarse un hecho imprevisible ni extraordinario, dado que a la fecha de la contratación de los mutuos hipotecarios -año 2012- ya existían restricciones a la adquisición de divisas extranjeras desde el 28 de octubre de 2011 siendo el resto de 2011 y 2012 el período en el que se publicaron la mayor cantidad de medidas restrictivas para la adquisición de moneda extranjera para su mera tenencia, situación que persistió hasta el 27 de enero de 2014 con el dictado de la Comunicación BCRA A 5526 que habilitó parcialmente la compra de dólares estadounidenses sujeta a previa autorización de la AFIP para personas físicas y hasta la suma de U$S 2.000. (Advirtió que ninguna de las cuotas convenidas en dólares llega a dicha suma, oscilando entre los U$S 561,29 (Tornaroli), U$S 805,61 (Bordon), y U$S 781 (Rozas y Barrios).-.

-Levantado el "cepo cambiario" y unificándose el tipo de cambio en diciembre de 2015 -(cfr. www.cronista.com/economíapolítica)-, los actores continuaron consignando las cuotas en pesos.

-Aún cuando se interpretara que las restricciones impuestas por el "cepo cambiario" hubieran implicado un caso de fuerza mayor por el "hecho del príncipe", impidiendo a los deudores la adquisición de la moneda extranjera -lo que reitero no ha sido probado-, y que ello los autorizara al pago por equivalente aún con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo código, ello no los autorizaba a cancelar sus obligaciones al tipo de cambio que les resultara más conveniente; podrían haber recurrido a las cotizaciones de otros mercados internacionales tales como Zurich, Montevideo, Nueva York, etc., aunque dicha previsión no hubiera estado prevista contractualmente, además del "dólar bolsa" o "contado con liquidación".

En este sentido, tampoco advierte -contrariamente a lo que afirma la parte actora- que la demandada le hubiera impuesto unilateralmente un tipo de cambio abusivo o ilegal, ya que tal como lo han reconocido en su demanda y en las confesionales durante la audiencia de vista de causa, durante el "cepo" y hasta la promoción de esta demanda venían acordando un "valor intermedio" entre el dólar oficial y el dólar "blue", hasta que decidieron depositar las cuotas a la cotización del dólar oficial porque el paralelo se había encarecido demasiado. Por lo que comprende que lo que venían haciendo era ni más ni menos que aplicar la teoría del "esfuerzo compartido", que postula la distribución proporcional entre las partes de la carga patrimonial originada en la variación cambiaria ante tal situación, lo que lejos de parecer abusivo o ilegal ha

sido la solución propiciada por la jurisprudencia luego de la pesificación que dispusieran las leyes de emergencia (sin perjuicio de que no resultan de aplicación al caso de autos).

- Los importes consignados por los deudores durante la vigencia del cepo cambiario, calculados al tipo de cambio oficial publicado por el Banco de la Nación Argentina no resultaron suficientes para permitir a la acreedora obtener la cantidad de dólares o el equivalente para su adquisición en la misma moneda que constituyó el objeto de la obligación -saldo de precio de compraventa de inmuebles-, por lo que no pueden tomarse los índices de precios de la construcción como parámetro que respete la voluntad de las partes y la equivalencia de las prestaciones por ellas previstas, pues se trataba de inmuebles ya construidos, los que habitualmente se valúan en dólares y cuya posesión detentaban los actores.

-Los deudores incurrieron en mora automática conforme cláusula QUINTA de los documentos protocolares acompañados en el mes de Enero de 2014, -precisamente cuando las restricciones cambiarias comenzaron a flexibilizarse- por lo que además de la identidad e integridad, falta el requisito de la temporaneidad para tornar viable el pago por consignación (las constancias de AFIP acompañadas por las actoras datan de Abril de 2014, cuando ya se encontraban en mora).

En consecuencia, no dándose el requisito de la integridad y temporalidad del pago, decidió que las cuotas consignadas carecen de fuerza cancelatoria, correspondiendo el rechazo de la demanda, ello sin perjuicio de la aplicación inmediata del nuevo Código Civil y Comercial en cuanto a las normas supletorias más favorables al consumidor en la relación de consumo como la presente, en cuanto a la moneda de pago, conforme analiza a continuación. En tal faena, expresa que conforme lo dispuesto por el art. 619 del Código Civil (texto según ley 23.928) no regía al momento de la contratación ni al de la presente consignación la regla del pago por equivalente pues bajo su vigencia el deudor de moneda extranjera, sólo podía liberarse entregando la moneda extranjera prometida, sin que le sea dado hacerlo mediante la entrega de un equivalente en moneda nacional -salvo el supuesto de imposibilidad que en este caso se ha descartado conforme se viene analizando-; empero, durante el transcurso del presente juicio entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial, cuyo art. 765 establece que *"La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la república, la obligación debe considerarse de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal."*, y el que deviene de aplicación inmediata por resultar una norma favorable al consumidor, por lo que **los deudores podrán abonar las cuotas a devengarse y los montos respecto de los cuales se encuentran en mora en moneda de curso legal, al tipo de cambio tipo comprador publicado por el BNA el día anterior al vencimiento de cada cuota a devengarse y al momento del pago en el caso de las sumas adeudadas estando en mora, cotización que permite actualmente al acreedor adquirir la cantidad de dólares oportunamente convenida.**

Párrafo aparte en cuanto a las tasas de intereses pactadas, mantuvo la del 8,50% anual de compensatorios por no haberse probado que sea abusiva y porque no basta con su simple comparación con un tope jurisprudencial, y morigeró la del 2% mensual de punitorios al 6% anual valorando las tasas pautadas para operaciones de mutuo con garantía hipotecaria en dólares al sector privado no financiero que los bancos informaron mensualmente al BCRA para la misma época (enero/2014) en el sitio web: http://www.bcra.gov.ar.

Así las cosas, resolvió: Hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa respecto del actor Rubén Otilio BARRIOS, con costas.2) Rechazar la demanda de consignación y revisión de las cuotas abonadas con anterioridad como asimismo la de la tasa de interés compensatorio del 8,50 % estipulado en la cláusula SEGUNDA, interpuesta por Rocío Edith TORNAROLI,

Débora Denisa BORDON, Elsa Liliana ROZAS, Sabrina Giselle BARRIOS, y Rubén Otilio BARRIOS, contra TORRE AZUL S.A., con costas; 3) Morigerar los intereses punitorios pactados en la cláusula QUINTA los que no podrán exceder la tasa del 6 % anual sobre saldos; 4) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes, de la siguiente manera y tomando como base regulatoria el monto objeto de la consignación, que asciende a la suma de $ 444.564,70, conforme surge del informe suscripto por la Actuaria que se agrega a la causa por este acto: a) Por la acción, a favor de la Dra. Mariela SANTILLI, apoderada de la demandada; de los Dres. José David BOTTERI (h) y Javier Isaac ARRIOLA, ambos patrocinantes de la parte actora; y del Perito Contador Guillermo BRELLES MARIÑO, en las sumas de Pesos NOVENTA MIL ($ 90.000); TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS ($ 31.500), TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS ($ 31.500) y VEINTICINCO MIL ($ 25.000) respectivamente. b) Por la incidencia de levantamiento de medida cautelar resuelta a fs. 629/30, en la que se impuso las costas a la demandada, a favor de la Dra. Mariela SANTILLI, y de los Dres. José David BOTTERI (h) y Javier Isaac ARRIOLA, en las sumas de Pesos SEIS MIL TRESCIENTOS ($ 6.300), CUATRO MIL QUINIENTOS ($4.500) y CUATRO MIL QUINIENTOS ($4.500) respectivamente. c) Por la incidencia de oposición a prueba informativa y pericial contable resuelta a fs. 814/15 y 859/60, a favor de la Dra. Mariela SANTILLI, y de los Dres. José David BOTTERI (h) y Javier Isaac ARRIOLA en las sumas de Pesos CINCO MIL ($ 5.000), DOS MIL QUINIENTOS ($2.500) y DOS MIL QUINIENTOS ($ 2.500) respectivamente. Todas las regulaciones con más los partes de ley e Impuesto al Valor Agregado, en caso de corresponder (arts. 13, 15, 16, 21, 23, 26, 28, 37, 47 y ccdtes. del Decreto Ley 8.904/77).

III. <u>El recurso de apelación de los actores; su expresión de agravios y la contestación:</u>

A fs. 1031 apelaron los actores.

A fs. 1097/1107 expresaron sus agravios.

En tal faena, lo primero que aducen es que el juez a-quo esquivó a la Ley de Defensa del Consumidor para resolver el conflicto, pues no les parece razonable que un consumidor de un bien tan preciado como es su vivienda deba soportar tipos de cambio diferentes al oficial en la época del “cepo cambiario” y evadir la ley penal cambiaria abonando a un tipo de cambio ilegal o realizando operaciones tan complejas y onerosas como la del “contado con liquidación” o la compra de títulos argentinos en un mercado del exterior; máxime –señalan- cuando el acreedor aceptó algunos pagos en pesos al tipo de cambio oficial y lo tuvo en cuenta a los fines fiscales.

Asimismo agregan que a partir de la liberación del cepo, la acreedora se ha beneficiado con el cambio oficial y se compensaron las diferencias del pasado, porque la evolución alcista posterior le permitió a Torre Azul obtener una ganancia; y que no puede perderse de vista que se compraron departamentos cuyos materiales, mano de obra e insumo se cotizan en pesos y que el perito contador informó que el importe pagado en pesos a la cotización oficial fue –incluso- superior a la evolución de los precios de la construcción.

También resaltan que, a diferencia de otros contratos, en éstos no se previó un tipo de cambio alternativo como podría haber sido la posibilidad de desobligarse a un tipo de cambio diferente de otra plaza (vgr. Uruguay, New York o Zurich), y tal omisión se la imputan a Torre Azul, por no haberles ofrecido cláusulas facilitadoras de pago en el caso de restricciones cambiarias.

En cuanto a la mora que se les atribuye, señalan que en realidad la mora fue de la acreedora que se negó a recibirles los pagos en pesos a la cotización oficial y que el “cepo cambiario” fue un hecho inédito en nuestro país, totalmente imprevisible que no puede compararse con el “corralito”, frente al cual la Justicia adoptó una postura diferente.

Con respecto a la legitimación del Sr. Barrios, éste insiste en que compró para su esposa -la Sra. Rozas- e hija –Sra. Barrios-; que es él quien vive en el departamento y siendo tercero interesado está legitimado para consignar, máxime cuando Torre Azul le recibía los pagos sin reparos de esa índole.

Finalmente, cuestionan la morigeración de la tasa de interés punitorio por debajo de la de interés compensatorio, que la mantiene en el 8,50% anual pactado; solicitando se fije un 4% anual de compensatorio y un 2% anual de punitorio, o el máximo del 7,5% anual por todo concepto previsto por la SCBA.

Y para el caso de que sus agravios sean favorablemente receptados, ruegan que se trate el tema del daño punitivo reclamado, dada la incertidumbre a la que fueron sometidos en cuanto a sus pagos, entre otras situaciones que reputan agresivas y denigratorias de sus derechos (ejecuciones hipotecarias, embargos, etc.).

Mediante escrito electrónico del 11/7/2018 a la hora 6:01 pm, la demandada contestó los agravios de los actores, señalando, previo a ello, dos irregularidades procesales: una, la extensión del plazo otorgado a los actores para fundar el recurso y en virtud de lo cual pide su deserción; y otra, la admisión de un segundo recurso contra la regulación de honorarios efectuada en la sentencia definitiva que ya había sido apelada con anterioridad.

En relación a los agravios formulados por los actores, la demandada subraya que el principal argumento del juez fue que la parte actora confesó que jamás intentó adquirir la divisa extranjera mediante el procedimiento legal, por lo que ha quedado sin demostrar la imposibilidad administrativa que argumentaron, concluyendo que las restricciones cambiarias impuestas por la Afip y el BCRA no tornaron imposible el cumplimiento de la prestación asumida sino que en todo caso la encarecieron; y solo adicionalmente ilustró sobre los procedimientos alternativos para adquirir dólares a los que podrían haber recurrido.

Luego, defiende los restantes argumentos del juez, a saber: 1) que el encarecimiento de la moneda extranjera no es un hecho imprevisible y que los actores debieron tener en cuenta ese extremo al negociar el precio y las condiciones de pago, máxime cuando ya estaba instalándose el cepo cambiario al tiempo de la contratación, no pudiendo ahora trasladar al acreedor el problema de la carga patrimonial originada por la variación cambiaria; 2) que la negociación previa al juicio de algunos pagos a un tipo de cambio intermedio entre el oficial y el blue fue una solución razonable, comparable con la adoptada en la época de la pesificación; 3) que la consignación la iniciaron luego de 5 meses de encontrarse en mora, cuando justamente comenzó a flexibilizarse el cepo cambiario, por lo que, además de no darse los requisitos de identidad e integridad, faltó el recaudo de la temporaneidad; y 4) que a pesar de haberse liberado el cepo cambiario en diciembre de 2015, continúan consignando en pesos.

Y esgrime que los actores intentan desconocer también la mora automática pactada y configurada en enero de 2014, consignando en mayo de 2014 el importe de las cuotas de enero, febrero, marzo y abril a la cotización oficial del día del vencimiento de cada una de esas cuotas, lo que le parece irrisorio que se pueda legitimar, precisando que la consignación judicial demora lo que pueda tardar en abrirse una cuenta bancaria con la posibilidad de ampliar la demanda en cualquier momento.

A su turno, insiste en la falta de legitimación del Sr. Barrios por no haber participado en ninguno de los actos jurídicos traídos a debate y cuya revisión contractual se pretende, y por no haber acreditado el carácter ganancial que invoca, ni residir en el departamento, ni siquiera ha demostrado no tener otras propiedades.

Por último, considera que la tasa de interés del 8,50% anual no es abusiva y obedece a una realidad que ya se preveía en el año 2012 y que ahora posee absoluta corroboración.

IV.- <u>Irregularidades procesales planteadas por la demandada</u>.

a.-

Tiene resuelto reiteradamente nuestra Corte que el tribunal de alzada es el juez del recurso y entre sus innegables facultades está la de constatar, por ejemplo, si éste fue interpuesto en término, si la resolución es apelable, la legitimación o el interés de quien recurre, etc., sin estar atada ni por lo resuelto por el juez de la instancia anterior ni por lo acordado por las partes (conf. Ac. 84.043, sent. del 8-IX-2004; C. 89.863, sent. del 28-V-2008; C. 102.827, sent. del 14-IX-2011, entre otras).

También ha señalado que la referida facultad no precluye, ya que la Cámara goza de potestad para efectuar el control final de admisibilidad; verificación que podrá efectuar de oficio, incluso hasta el momento en que comienza a conocer del recurso, pues no se encuentra atada por las providencias de mero trámite que se hubiesen dictado con anterioridad (ya sea por la propia cámara o por el juez de primera instancia) (ver "*La Alzada*, *Poderes y Deberes*", Juan José Azpelicueta-Alberto Tessone, Ed. L.E.P., año 1993, pág. 14).

Consectariamente a lo expuesto, reflexionó en que los actos procesales realizados con anterioridad, o las supuestas omisiones en que incurriera el tribunal, no obstan a la facultad de controlar la admisibilidad del remedio ordinario, que en modo alguno se encuentra limitada por la voluntad de los litigantes, más no sea, y conforme también se sostiene en la obra citada, en la medida que el recurso haya sido concedido por el juez de grado, ya que de lo contrario el mentado contralor sólo podría llevarse a cabo ante la interposición del remedio de queja (op. cit., pág. 15).

b.-

Analizadas las constancias de la causa surge que a fs. 1031 los actores apelaron la sentencia definitiva y que a fs. 1032, y con fecha 31 de mayo de 2018, se concedió en relación dicho recurso, disponiéndose el plazo de 2 días para fundarlo, bajo el apercibimiento de declararlo desierto.

En ese mismo proveído se estableció la innecesariedad de formar el expedientillo del art. 250 del CPC, dado que la sentencia dictada rechazó la demanda.

Esto último motivó el recurso de reposición interpuesto por la demandada, quien en su escrito electrónico del día 1 de junio de 2018 manifestó que existían sendos trámites pendientes que importan la necesidad de que se forme el cuadernillo que prevé el art. 250, por cuanto se han ordenado medidas cautelares que deben ejecutarse (ver resolución de fs 1036), como así también se ha dispuesto levantar la medida cautelar ordenada con fecha 7/05/2014 (ver resolución de fs. 1034), entre otras medidas tendientes a la tramitación de cuestiones derivadas del presente expediente, que no pueden ser soslayadas y que implican la necesidad de que continúe su trámite en primera instancia, para lo cual resulta menester cumplir con el primer párrafo del art. 250 del CPCC.

A fs. 1082, y con fecha 11 de junio de 2018, se dio la razón a la demandada y se decidió formar el cuadernillo del art. 250 del CPC, otorgándoles a los únicos apelantes 2 días para que adjunten las fotocopias que estimen necesarias y se dispuso que una vez cumplido con ello se remitiría el principal a la alzada.

Mediante escrito electrónico presentado este mismo día -11/6/2018- los actores solicitaron que se aclarara el despacho de fs. 1032 -del día 31 de mayo de 2018-, donde se les concedió el recurso de apelación contra la sentencia definitiva, titulado "Concede en relación - Fundar en dos días", toda vez que no indica a qué recurso de apelación se está refiriendo pues no remite a escrito o foja alguna de estas actuaciones, ni manifiesta a qué parte o auxiliar se está refiriendo con su contenido.

Basaron su pedido en que, en la medida que no se refiere a una presentación determinada, no puede ser utilizado para perjudicar a ninguna de las partes de este proceso;

mucho menos a los actores que dedujeron dos (2) recursos de apelación (por honorarios y contra la sentencia definitiva), sin que se hubiera señalado a cuáles de las dos presentaciones (en su caso) se refiere el proveído.

Y concluyeron que, en tal sentido, el despacho resulta ser nulo, pues no cumple con la finalidad a que supuestamente debe estar dirigido (art. 169 último párrafo del CPC), por lo que pidieron se aclare a qué recurso y de qué parte se refiere, debiéndose -en su caso- computar el plazo para fundar su recurso a partir de dicha aclaración (art. 34 inc. 4to. ap. d) del CPC.), debiendo considerarse que se encuentra en juego el derecho de defensa de la parte de que se trate.

Dicha aclaratoria fue proveída ese mismo día -11 de junio- a fs. 1084, en los siguientes términos: *"En atención a lo requerido por el Dr. José David BOTERI en la presentación en proveimiento, se aclara que el proveído de fs. 1032 lo es respecto del recurso interpuesto por los actores a fs. 1031 contra la sentencia definitiva dictada en autos.- En consecuencia, y encontrándose en juego el derecho de defensa en juicio de raigambre constitucional; el plazo para fundar el recurso y adjuntar las copias a fin de la formación del expedientillo que dispone el art. 250 inc. 1 del ritual, conforme lo ordenado en el día de la fecha, comenzará a correr a partir del próximo día de notas.(Arts. 14 de la Constitución Provincial y 18 de la Constitución Nacional, y art. 34 inc. 5 del código citado).-".*

La demandada planteó revocatoria con apelación en subsidio contra este proveído (ver escrito electrónico del 13 de junio), alegando varias razones: 1) la extemporaneidad de la aclaratoria interpuesta y favorablemente acogida, pues el proveído de fs, 1032 quedó firme el 7 de junio; 2) el indebido otorgamiento de un nuevo e íntegro plazo para fundar el recurso de apelación que interpusieron los actores contra la sentencia definitiva, cuando ya estaba vencido al 6 de junio; 3) a todo evento, planteó que el fundamento de la aclaratoria no resiste análisis, en tanto no existe otro recurso contra la sentencia definitiva que no sea el interpuesto por la propia actora y el proveído de fs. 1032 no deja lugar a duda de que se refiere a ese único recurso. Para finalmente denunciar que se ha afectado su derecho de defensa en juicio y que se han infringido los principios que deben primar en todo ordenamiento procesal y que hacen a la seguridad jurídica de las partes.

A fs. 1095 la juez a-quo resolvió: *"Siendo que "es improrrogable y privativa de la Cámara la competencia funcional de grado (art. 1º CPC; art. 1º y 10 de la ley 5827), cabe a la misma examinar si con respecto a los recursos concedidos se ha cumplido con los recaudos procesales que la ley impone, sin que precluya tal facultad por la circunstancia que el juez de primera instancia así lo hubiese considerado" (Conf. CC0102 MP 118574 RSI-1132-1 I 27/11/2001 , CC0102 MP 110636 RSI-1130-1 I 27/11/2001, CC0102 MP 110086 RSI-1090-1 I 15/11/2001, CC0102 MP 118164 RSI-1055-1 I 06/11/2001), desestímase el recurso de revocatoria interpuesto (art. 238 del c.p,.c.).Ello así por cuanto, habiéndome expedido oportunamente respecto a la procedencia del recurso y al plazo para fundarlo, es ahora la Alzada quien efectuará el análisis correspondiente a su respecto. Asimismo, no causando gravamen irreparable y resultando inapelable el auto atacado (arts. 242 inc. 3, 496 inc. 4 del c.p.c.), desestímase el recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria (art. 241 del c.p.c.)."*.

c.-

En lo tocante a la reposición, el efecto suspensivo dimana de su propia naturaleza: se trata de un recurso ordinario no devolutivo, por el cual se pide al mismo juez o tribunal que dictó una resolución de trámite, no sobre el asunto litigioso, que la sustituya por otra favorable al recurrente (cfr. arts. 238 y siguientes del CPC).

El cumplimiento inmediato de la parte de la providencia no cuestionada solo estaría avalado para aquellos casos de providencias que comprenden varias diligencias de mero trámite

que son independientes entre sí, donde la deducción de la impugnación (en referencia al recurso de reposición) tendría efecto suspensivo solamente sobre el mandato cuestionado contenido en la decisión impugnada (Recurso de Revocatoria o Reposición por Marcelo Sebastian Midón, -Tratado de los Recursos, Tomo II, de los recursos en particular, pág.48/49, Edit. Rubinzal – Culzoni Editores, año 2013; Alvarado Velloso, Adolfo: Lecciones de Derecho Procesal Civil, La Ley Paraguaya, Asunción, 2010, p.799).

Empero, en este caso, el recurso contra la sentencia estaba intrínsecamente relacionado con la formación o no del expedientillo del art. 250 del CPC, dado que tienen idéntico plazo y sanción: la deserción (ver arts. 250, inc. 3, y 246 del CPC), y porque su instrumentación, a la postre decidida, era indispensable a los fines de la tramitación de ese recurso en segunda instancia mediante la remisión del principal y a los fines de continuar en la instancia de origen con cuestiones accesorias y de índole cautelar por las costas del proceso.

En ese andarivel la suspensión generada por la interposición de la reposición se proyectó sobre todo el proveído de fs. 1032, que contiene los mandatos de fundar en dos días y de no formar el expedientillo del art. 250 del CPC, y hasta que se dictó el proveído de fs. 1082, que dispuso finalmente su formación. Ello así por cuanto –insisto- no se trata de diligencias independientes entre sí, único supuesto donde la suspensión sería respecto del mandato cuestionado, siendo los demás de cumplimiento inmediato.

De ahí que el proveído que concedió el recurso de apelación de los actores contra la sentencia definitiva y otorgó el plazo de 2 días para fundar (v. fs. 1032) y que fue cuestionado por la demandada mediante recurso de reposición (v. escrito electrónico del 1/6/2018) antes de que comenzara a correr, pues el 1/6/2018 se produjo recién la notificación por nota, quedó en suspenso hasta que se resolvió favorablemente la reposición deducida mediante el proveído del 11/6/2018 que modificó sustancialmente aquél al ordenar la formación del expedientillo del art. 250 del CPC que había considerado innecesario anteriormente (v. fs. 1082).

Vale decir, que el plazo de 2 días para fundar el recurso de apelación contra la sentencia, y también para acercar las copias para la formación del expedientillo del art. 250 del CPC, comenzó al día siguiente de quedar notificado por ministerio legis el proveído del 11/6/18 (13/6/2018) y venció el día 15/6/2018 con cargo; de donde el proveído de fs. 1084, también del 11/6/2018, no hace otra cosa que “aclarar” esta circunstancia.

d.-

Con respecto a la otra anomalía procesal, y estando relacionada a los honorarios regulados, corresponde que sea abordada como cuestión previa en la resolución interlocutoria que por separado deberá dictarse con motivo de la apelación interpuesta contra aquéllos (cfr. arts. 34, inc. 3, ap. B); 161, 246, y concds. del CPC; arts. 15 y concds. de la ley 14.967).

V. <u>Tratamiento del recurso:</u>

Adelanto que el recurso de los actores no puede prosperar.

En cuanto al agravio referido a la falta de legitimación activa del Sr. Barrios, el tema aquí planteado tiene relación con la legitimación activa en el pago que regula el art. 726 del Cod. Civil al disponer que: 3 “*Pueden hacer el pago todos los deudores que no se hallen en estado de ser tenidos como personas incapaces, y todos los que tengan algún interés en el cumplimiento de la obligación*”.

Es decir que, esta norma, además del deudor, reconoce el derecho de pagar o ius solvendi a los terceros “*que tengan algún interés en el cumplimiento de la obligación*”, excluyendo de tal modo implícitamente a los demás terceros no interesados.

Tercero interesado -dice Llambías- es “quién no siendo deudor, puede sufrir un menoscabo en un derecho propio si no se paga la deuda”, resaltando que dicha definición tiene dos notas caracterísiticas: 1°) la calidad de tercero , o sea persona ajena a la relación juridica

pendiente entre acreedor y deudor; 2°) la contingencia del perjuicio propio si no se paga la deuda, a causa de -relación causal mediata- la falta de cumplimiento de una deuda ajena.

Tercero no interesado -continúa el citado autor- por oposición al concepto anterior es la persona extraña a la obligación que no sufre detrimento en derecho alguno por la ausencia de pago de la deuda; por consiguiente carece de “ius solvendi” (art. 726 contrario sensu), lo cual es lógico puesto que no podrían estos terceros intentar inmiscuirse en los asuntos ajenos, si se le rehusa la ingerencia, puesto que, por hipótesis, ningún menoscabo habrá de resultarles de esa repulsa.

De la falta de “ius solvendi” en los terceros no interesados, se derivan las siguientes consecuencias: “a) En primer lugar, si los terceros no interesados intentan pagar, su actitud se apoya no en una prerrogativa propia de la que carecen, sino en la conformidad del acreedor dispuesto a recibirles el pago. Basta, pues que éste se niegue a aceptar el pago para que resulte eliminada la posible intervención del tercero no interesado. b) En segundo lugar, careciendo estos terceros de 'ius solvendi', no pueden demandar al acreedor por consignación en pago. Si lo hiciesen la acción intentada estaría condenada al fracaso, porque el acreedor no está obligado a aceptar el pago que le ofrece un tercero no interesado.

En este sentido corresponde interpretar que el tercero mentado por el art. 729 es sólo el tercero interesado, ya que el tercero no interesado si no está legitimado para pagar (arg. art. 726 in fine) no puede pretender imponer el pago al acreedor. En suma, los terceros no interesados, por carecer del derecho de pagar, sólo pueden intervenir en el pago, en base al consentimiento del acreedor. En cuanto al consentimiento del deudor, es incompatible con la condición de tercero, porque frente al acreedor, ese tercero pasa a ser representante del obligado que actúa por cuenta de éste. (LLambías Jorge Joaquín “Código Civil anotado. Doctrina-Jurisprudencia”, Edit. AbeledoPerrot, Bs. As. 1979, Tomo II-A, págs. 583, 585 y 586).

Por su parte, Alberto Bueres y Elena Highton, remarcando la trascendencia del “interés” en cabeza del tercero que pretende efectivizar el pago, efectúan las siguientes diferencias: “*a) El tercero interesado titulariza el ius solvendi, o sea el Derecho protege su interés en cancelar la obligación. En cambio, si se trata de un tercero no interesado sólo es titular de una expectativa legítima de pagar, pero no puede imponer el pago al acreedor. b) Por carecer de interés jurídico, el tercero no interesado no puede pagar por consignación, ya que este modo importa el ejercicio de una acción judicial y sin interés no es posible accionar ante la jurisdicción. En cambio, el tercero interesado puede recurrir a la acción de pago por consignación. c) El tercero no interesado no puede pagar si el acreedor no consiente la recepción de la prestación...En cambio, el acreedor no puede resistir el pago idéntico e íntegro de la prestación ofrecido por el tercero interesado, salvo que la persona del obligado sea trascendente para la satisfacción del interés de aquél*.” (Código Civil y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, Edit. Hammurabi, Bs. As. 1998, Tomo 2 B, pág.26; en idéntico sentido pueden consultarse: Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo A. “Código Civil y Leyes Complementarias. Comentado, Anotado y Concordado”, Edit. Astrea, Bs. As. 1994, tomo 3, pág. 442.; Alterini, Atilio A., Ameal Oscar J. y Lopez Cabana Roberto M. “Curso de Obligaciones”, Edit Abeledo-Perrot, Bs. As. 1993, Tomo I, págs. 103/105).

Y a pesar de que nuestro Código de rito ha sido más restrictivo sobre el tópico puesto que sólo legitima para ”liberar los bienes pagando el capital, intereses y costas” al ejecutado y no a los terceros que actúen en interés propio (legitimados por el art. 726 C.C.); cabe concluir que, ni por virtud de la ley de fondo y ni por la norma de forma puede acordársele legitimación para efectuar el pago y liberar los bienes a un “tercero no interesado” (o lo que es lo mismo, aquél que elude acreditarlo) contra la voluntad del acreedor.

Ahora bien, obsérvese que en su contestación a la defensa opuesta de falta de legitimación pasiva el aquí apelante -Sr. Barrios- afirmó que venía a pagar como tercero interesado, dado que compró en comisión para su esposa e hija; vive en el departamento cuyo saldo de precio en cuotas viene a consignar y ha pagado algunas cuotas extendiénsele recibos a su nombre por parte de la demandada.

Y ha quedado demostrado que ha intervenido en los albores de la operatoria inmobiliaria por cuenta de las Sras. Rozas y Barrios –esposa e hija respectivamente, cfr. fs. 129, 139 y 143- y que ha pagado cuotas extendiénsele recibos a su nombre por parte de la demandada (v. fs. 147/148, 150/152, 159, 161/164).

Por consiguiente, opino que ésto es suficiente para reputarlo como “tercero interesado”, por lo que considero que debe modificarse la sentencia definitiva en este aspecto, rechazando la excepción opuesta, con costas a la demandada.

Ya en trance de resolver la cuestión medular traida en apelación por los actores, cual es la sostenida imposibilidad de cumplir enteramente con sus obligaciones, esto es pagar los saldos del precio en la moneda pactada en los contratos, por cuanto les resulta[ba] imposible adquirir los dólares necesarios para ello, en virtud de las disposiciones del Banco Central que instrumentaron el llamado “cepo cambiario”, cabe iniciar diciendo que es verdad que la cláusula incorporada a un contrato de compraventa que establece como moneda exclusiva de pago dólares estadounidenses, sin contemplar las restricciones cambiarias vigentes a la época de su celebración y sin prever mecanismos alternativos de pago en pesos, y que, de esa manera, pone, tácitamente, a cargo exclusivo del comprador los riesgos de la adquisición de la divisa extranjera, es abusiva en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor, lo que sumado a la expresa renuncia a la teoría de la imprevisión, constituyen una desnaturalización de lo “normal” en ese contexto de crisis, donde desnaturalziar es no pensar en el otro, es privilegiar el lucro por sobre la humanidad (ver Manual de Derecho del Consumo, Estéban Javier Arias Cáu … [et al.]; Alvarez Larrondo, F.-Director- Rodríguez, Gonzalo M. – Coordinador-, 1ra. Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Erreius, 2017, págs. 427 y siguientes) .

Es que, estando vigente el “cepo cambiario”, debería haberse pactado por ejemplo que la obligación se pagaría en billetes dólares estadounidenses y/o en pesos a una cotización del dólar que le permita a la acreedora hacerse de los dólares por algún mecanismo legal posible.

No obstante esta primera apreciación, no se puede soslayar que ambas partes son contestes en que la demandada accedió a recibir pagos en pesos a una cotización intermedia entre la oficial y la del dólar blue, lo que denota su buena fe contractual y el empleo de una diligencia media, tendiente a facilitar el cumplimiento de las obligaciones principales asumidas por los obligados y equilibrar equitativamente los intereses de todos los contratantes (cfr. arts. 1198 y concds. del CC).

Dicha actitud, adoptada en la negociación o tratativa posterior del contenido contractual, suprime la iniquidad al tiempo de contratar, dada la razonable distribución de los riesgos que fue propuesta, aceptada y luego rechazada por los actores por el encarecimiento que le significaba.

Recuérdese que la reforma introducida por la ley 23.928 a los arts. 617 y 619 del Cód. Civil, ha ubicado a las obligaciones en moneda extranjera entre la de dar sumas de dinero, suprimiendo la referencia a “moneda corriente nacional” con la derogación de la regla del cumplimiento por equivalente, y ello ha significado que la moneda extranjera, como objeto de pago, tenía poder cancelatorio y al vencimiento de la obligación debía darse la especie designada. Esto es, la obligación contraída en dólares debía ser saldada en dólares (arts. 617,619, 725, 740 y cc. del Cd. Civil; SCBA, AC. 4905 del 12-4-1994; AC 91.768 del 11-3-2013).

Asimismo, no es un dato menor que de la prueba producida en autos no surge que los actores realmente hubieran intentado sin éxito adquirir los dólares necesarios para cancelar su

obligación, antes bien pareciera que no lo hicieron porque el dólar estaba muy caro; tampoco probaron que recurrir a otro medio válido para la adquisición de los dólares, por ejemplo, mediante la adquisición de bonos de la deuda externa en pesos que coticen en el exterior, les hubiera significado una complicación imposible de sortear y/o provocado un desajuste tal, que hubiera alterado insólitamente los términos de la ecuación económica del contrato (cfr. arts. 375, 384, 421 y concds. del CPC).

Y aun dando hipotéticamente por acreditada dicha imposibilidad al momento en que debieron hacerse los pagos, en tal caso, los actores tampoco hubieran quedado habilitados para pagar en pesos el saldo de precio adeudado a la cotización oficial, pues el derecho constitucional de propiedad consagrado por los arts. 17, 14, 19 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional quedaría seriamente afectado, si el acreedor en las circunstancias del caso debiera recibir un valor que desconoce el valor real de mercado del objeto negocial.

Finalmente, me pregunto ¿por qué habiendo desaparecido las restricciones para la adquisición de la divisa norteamericana, no empezaron a consignar en dólares?, dado que que la norma del art. 765 del CCyCN no es imperativa, ni mucho menos de orden público; por lo que no existían inconvenientes y hubiera sido más provechoso, para quizás resolver en forma diferente el desacuerdo suscitado, que los actores, en uso de la autonomía de la voluntad, consignaran a partir de la liberación del cepo cambiario la cantidad correspondiente a la especie de moneda designada (arts. 2, 766 y 958, 962 CCyC; conf. Federico Alejandro Ossola, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Director Ricardo Luis Lorenzetti", Tomo V, págs. 124/126; y Cámara Nacional de Apelación en lo Civil, Sala F, Res. 7933/2015 de octubre de 2015, recaída en causa "A., J.A. y ot. c/ P.M.S.A. s/ ejecución hipotecaria").

Considero, al igual que la magistrada, que no puede convalidarse la consignanción intentada, en tanto no estamos frente a pagos válidos que observen los principios de identidad e integridad que exigían los arts. 607 y 608 del Código Civil. En el caso, la consignación es rechazada aplicando el art. 758 del mismo Código, pues se pretendió modificar el objeto de pago y éste no era completo al ser insuficiente para que el acreedor hipotecario obtuviese la moneda comprometida (respecto de la consignación, los arts. 758 del CCiv. y 905 del CCyC).

Es que para que la consignación tenga fuerza de pago deben concurrir los requisitos en cuanto a las personas, objeto, modo y tiempo que debe reunir todo pago para ser válido. De no ser así, el acreedor no está obligado a aceptar el ofrecimiento de pago de su deudor y por ende, su negativa a recibirlo resulta legítima, tornando improcedente el pago por consignación. En otras palabras: el pago, para ser eficaz, ha de respetar los principios de identidad e integridad, no pudiendo el deudor dar algo distinto a lo debido o algo incompleto (conf. arts. 725, 740, 742, 757 y 758, C.C.; SCBA, C 92789 S 6-10-2010; SCBA, C 103110 S 2-3-2011; SCBA, C 93174 S 5-9-2012).

Recurriendo a la norma especial y tratándose de un mutuo la fuente de la obligación, corresponde remitirse al concepto mismo del contrato establecido por el art. 2240 del CCiv. (ver su similar art. 1525 del CCyC), que establece como obligación del mutuario la de "devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie".

El principio rector de buena fe consagrado por el art. 1198 del CCiv. (hoy por los arts. 961 para los contratos y en el art. 9º con carácter general para el ejercicio de todos los derechos en el CCyC), se vería seriamente vulnerado si se pacta como objeto esencial del contrato una forma de pago y luego se pretende modificarlo alegando una imposibilidad de cumplimiento que el tribunal considera no es tal y practicando una forma de equivalencia que dista de ser real.

La revisión del contrato debe ser una medida excepcional a la cual los jueces deben acudir en forma restrictiva y estrictamente fundada, pues si se practica con ligereza se vulnera la seguridad jurídica que es valor constitucional.

Vale traer a colación, lo decidido por esta sala en la causa “Dixey” (expte. N°155.310, sent. del 9/4/2014, reg. N° 87), donde adopté una postura coincidente a la que vengo desarrollando al sostener lo siguiente:

“…*no puede invocarse la situación actual* (refiriéndome al cepo cambiario) *para considerarse justificado el incumplimiento del pago en moneda extranjera bajo el pretexto de exisitr “caso fortuito o fuerza mayor”. Ni siquiera ante la imposibilidad de disponer judicialmente la ocurrencia al mercado “paralelo” para hacerse de los dólares o para tomar su cotización a los fines de determinar la cantidad de pesos necesaria para reemplazarlos*.”;

“…*El caso fortuito es aquel hecho que no ha podido preverse, o que de haberse previsto, no ha podido evitarse (conf. art. 514 del Código Civil).”* ;

“…*Si bien la legislación no distingue entre caso fortuito y fuerza mayor, pues para ambos casos las consecuencias son las mismas, el codificador, en la nota al artículo anteriormente citado, diferencia al caso fortuito como un hecho de la naturaleza y a la fuerza mayor como un hecho del hombre. Asimismo, explica que “se entienden por hechos del soberano, los actos emanados de su autoridad, tendiendo a disminuir los derechos de los ciudadanos…” (nota al art. 514 del Código Civil).”;*

“…*Para que exista caso fortuito o fuerza mayor el hecho debe ser actual, sobreviniente, ajeno al presunto responsable, extraño al riesgo o vicio de la cosa y, desde el punto de vista obligacional, debe configurar finalmente un obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación (argto. conf. doctrina Pizarro, Ramón D. – Vallespinos, Carlos G., “Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones”, t. 3, 1ra. ed., Hammurabi, Bs. As., 2007, p. 291 y ss.).”;*

“…*La imprevisibilidad del hecho no siempre es necesaria pues de la misma letra del Código Civil se desprende que este requisito cede ante la inevitabilidad. Explica Edgardo López Herrera que “…estos acontecimientos escapan a la previsibilidad normal de un sujeto, o en otros casos, si bien pueden ser previsibles, son inevitables porque no se sabe el momento exacto de ocurrencia, o porque aun sabiéndoselo es imposible evitarlos. Es lo que se conoce como caso fortuito o fuerza mayor, lo que, cuando acontece, determina como principio que la causalidad se rompa…” (conf. doctrina López Herrera, Edgardo, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Ed. LexisNexis, año 2005).”;*

“…Subsumiendo los hechos a los principios hasta aquí mencionados, se desprende que la imposibilidad de entregar la suma adeudada en dólares no sería un hecho ajeno al responsable…”;

“…la normativa reciente (refiriéndose a las restricciones en el mercado cambiario, que comenzaron en octubre de 2011 y se agudizaron en mayo y julio de 2012 cfr. a la cronología del cepo cambiario y paso a paso para comprar dólares en www.ambito.com) .*_podría configurar un “hecho del príncipe” para quienes se obligaron a pagar –con anterioridad a su dictado- en moneda extranjera. Efectivamente, quienes deseaban adquirir moneda extranjera antes de la entrada en vigencia de la normativa cambiaria actual podían hacerlo accediendo libremente al Mercado Cambiario Oficial sin importar el destino que fueran a darle. Es por ello que ante una obligación de tales características, podía el deudor utilizar la moneda de curso legal de la República para adquirir moneda extranjera. En ese contexto –previo al “cepo”- no resultaba extraño que los contratantes optaran por utilizar una moneda de pago distinta a la de curso legal, toda vez que su acceso era libre para quienes así lo desearan. La inesperada comunicación precedentemente citada* (aludiendo a la Com. del BCRA de julio de 2012 “A” 5318 que oficializó la prohibición de comprar dólares para ahorrar) *podría considerarse imprevisible para quienes hubieran asumido obligaciones en moneda extranjera con anterioridad.”;*

“…no se puede olvidar lo normado en el ya reiterado art. 514 del Código Civil, el que contempla que un hecho puede significar caso fortuito cuando sea inevitable pese a la posibilidad

de haberlo previsto.La mayoría de la doctrina concuerda en que la inevitabilidad es el rasgo más relevante del casus, a punto tal que aun un hecho previsible que resulte inevitable quedará encuadrado dentro de dicho ámbito. Y esta inevitabilidad debe analizarse dentro de las circunstancias del caso (argto. conf. doctrina Pizarro, Ramón Daniel "Instituciones…"… ob.cit., y en igual sentido Bustamante Alsina, Alterini, Ameal, López Cabana, Mazeaud). Trasladando ese concepto al caso particular advierto que el mentado "cepo cambiario", no constituye un obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación.";

"..La manifestación efectuada a fs. 350 (en la que el deudor esgrime haber sido "forzado" a suscribir el convenio afirmando poseer los dólares que no tenía) no puede tenerse en cuenta para anular la responsabilidad contractual que le cabe, ya que el supuesto "vicio de la voluntad" debió haber sido categóricamente planteado y específicamente probado.

A mi entender, si se minimiza ese comportamiento contrario a la buena fe ante el advenimiento de normas "beneficiosas" a su posición contractual, se incurre en el error de quebrar las reglas básicas del "pacta sunt servanda" y de la lealtad contractual, puesto que seguramente los acreedores han tenido en mira para aceptar la refinanciación […] *la calidad de la moneda prometida…";*

"…Por otro lado, existen otros modos legales de adquirir moneda extranjera y así hacer frente a la obligación asumida, sin necesidad de ocurrir al "mercado paralelo". Dicho de otra manera, la restricción cambiaria impuesta por el Banco Central de la República Argentina configura un "Hecho del Príncipe", pero no resulta, en el caso de autos, un obstáculo insuperable desde el punto de vista obligacional.";

"…En resumen, las partes acordaron la imposibilidad de ampararse en el cambio de legislación cambiaria (declarando incluso el deudor que tenía en su poder los dólares necesarios, lo que implica que excluyeron la fuerza mayor por "hecho del príncipe") como causal de justificación para modificar la moneda (art. 1197 del Código Civil) y por otro lado, aunque no existiera esa cláusula, el obstáculo no es "insuperable" desde que la imposibilidad de adquisición por otros medios legales no ha sido demostrada en autos (vgr. "contado con liquidación"; compra mediante el carril previsto en la liberación parcial del cepo para las personas físicas [Comunicación "A" N° 5526]; compra de "bonos" para liquidar en moneda extranjera; etc).";

"…Aquí la parte deudora, no ha alegado ni demostrado con prelación al intento de "consignación" que haya intentado con esas vías alternativas. En virtud de todo lo expuesto, no habiéndose alegado ni demostrado razón alguna por la cual los deudores no cuentan con la cantidad de dólares necesarios, tal como lo manifestaron al firmar el convenio, y, a todo evento, que les resulta imposible adquirir los dólares a través de las vías alternativas descriptas, ni habiendo justificado de otro modo que el acreedor esté obligado a aceptar el equivalente en "pesos" de acuerdo a la cotización oficial del dólar, no cabe –en mi opinión- otra posibilidad que rechazar la consignación en los términos en que fue intentada.".

E incluso se dispuso en el mismo fallo que la demandada poseía otros caminos legales para la adquisición de los dólares, y si no los ha intentado (porque no quiso o no pudo), debía preverse, como alternativa para el caso de que deba arribarse a la ejecución forzada estando aun vigente el cepo cambiario (arts. 508, 557/592 y concds. del CPC), el modo en que el importe de pesos que se obtenga sea el suficiente para que el acreedor se haga de la moneda de condena.

En esa dirección, se adjuntó un informe de la Bolsa de Comercio de Mar del Plata, del que surgía la viabilidad de liquidar los "bonos" en la moneda extranjera o, en su caso, de negociarlos mediante cesión, siendo menos complejo de lo que parece (basta con abrir una cuenta en alguna sociedad de bolsa y tener una caja de ahorro en dólares en un banco

comercial,ver:https://www.cronista.com/finanzasmercados/--Dolar-MEP-Guia-para-comprar-dolares-en-la-Bolsa-20140115-0062.html).

Por consiguiente, se entendió que podía cumplirse en la moneda comprometida, de tres modos posibles: mediante la entrega o depósito de los dólares billetes por contar ahora con dicha moneda; a través de la compra por parte del deudor de títulos en moneda extranjera para liquidarlos a los fines del pago; mediante cualquier otro medio legal que permita hacerse de la moneda (vgr. “contado con liquidación”).

Así se concluyó que *“…de no cumplirse voluntariamente con el pago en esa moneda, la ejecución forzada (la que sólo puede llevarse a cabo en moneda nacional), deberá alcanzar el importe necesario para que los acreedores puedan adquirir los dólares mediante compra de bonos. En ese supuesto, deberá contemplarse que la liquidación a practicarse incluirá –a cargo de los deudores- las comisiones y todo otro gasto adicional que la parte acreedora tenga que afrontar para poder obtener el importe de condena.”.*

En síntesis y teniendo en consideración:

-la inexistencia de prueba alguna que apontoque la imposibilidad real de los actores de adquirir dólares por el cepo cambiario, y que estaba a su cago (art. 375 del C.P.C.C.);

-que al tiempo de formalizar la contratación, se hallaba ya en curso el régimen restrictivo que invocaron como impeditivo de los pagos pactados, comenzado en octubre de 2011, lo que le resta virtualidad para erigirse en un caso fortuito de imprevisible consideración o constitutivo de fuerza mayor; -que las restricciones en el mercado único de cambios que invocaron no excluían otros medios lícitos de adquirir moneda extranjera, lo que también desmiente la existencia de un caso fortuito o de fuerza mayor que imposibilite el estricto cumplimiento de la obligación que asumieran, pues era público y notorio que la única restricción vigente era la de acceder a los dólares estadounidenses yendo derechamente a adquirirlos a un banco o una casa de cambios; pero no existía ningún obstáculo para obtenerlos lícitamente a través de otros caminos, como las operaciones de “dólar bolsa” y “contado con liquidación”. Es verdad que, por estos medios, la moneda extranjera tiene una cotización mayor que la “oficial”, pero es igualmente cierto que su adquisición es factible y arreglada a derecho, y era deber de los actores honrar su compromiso;

-que las deudas asumidas, en las que se estipuló entregar dólares estadounidenses, eran obligaciones de dar sumas de dinero en la normativa aplicable (art. 617 del Código Civil), por lo que los actores solo se podían liberar dando la especie de moneda designada, el día del vencimiento obligacional (art. 619 del mismo cuerpo normativo); porque el acreedor tiene derecho a emplear los medios legales a fin de que el deudor le procure aquello a lo que se ha obligado (art. 505 inc. 1° del mismo cuerpo legal), específicamente los dólares estadounidenses insolutos, y los deudores –como se dijo- tenían el deber jurídico de honrar su compromiso (art. 1197 del Código Civil);

-que la Ley de Defensa del Consumidor en nada empaña lo hasta aquí expuesto, en tanto el hecho de que dicha cláusula haya sido incorporada en todos sus contratos, no la convierte en una clausula predispuesta y ya vimos que si bien en principio el pago excluyente en moneda extanjera estando vigente el cepo cambiario sería abusivo, la conducta posterior adoptada por la demandada ofreciendo recibir pesos a una cotización intermedia lo neutralizó. Además, lo cierto es que los actores decidieron firmar un contrato de ese tipo nada menos que por departamentos a estrenar (inmuebles valiosos), donde difícilmente se puede sospechar que su voluntad haya sido minimizada en cuanto al precio y moneda de pago, única posibilidad para considerarlos como sujetos de protección preferente.

Entiendo que, sin entrar a ponderar además la constitución en mora de los actores con anterioridad (enero de 2014), corresponde confirmar la sentencia de primera instancia en tanto rechaza la pretendida consignación judicial.

Sin perjuicio de ello, y dado el orden público que sí considero afectado por lo convenido sobre la tasa de interés, lo que justifica la revisión de lo decidido sobre este último aspecto, estimo que cabe estar a las pautas fijadas en la sentencia dictada en la causa "*Torre Azul SA c/Corzo*" (expte. N°157.250, sent. del 22/12/2014, reg. N°273).

Allí se dijo:

"…que el Máximo Tribunal Provincial ha entendido -en doctrina legal que debo acatar- que no es posible juzgar la moralidad de una tasa de interés convenida por su simple comparación con el "tope" fijado jurisprudencialmente en un fallo plenario (ver lo resuelto por el Tribunal Superior de la Provincia de Buenos Aires en los autos "H.J. Navas y Cía. S.A. c/ Banco Bansud S.A. s/ Revisión de cuentas", C. 106661 del 11/08/2010, y "Volpe, José c/ Banco de Buenos Aires s/ Nulidad, Repetición y Compensación" C. 95758 del 9/12/2010).

En los citados precedentes jurisprudenciales emanados de la Suprema Corte Provincial, el Sr. Ministro Dr. Daniel F. Soria, en función de los arts. 621 y 622 del Código Civil, expuso en su voto que "surge con claridad que nuestro derecho admite, por regla, la aplicación de los intereses tanto compensatorios -también llamados lucrativos o retributivos- como moratorios o punitorios a la tasa que las partes hubieren acordado (…). El principio de la autonomía de la voluntad rige entonces en esta materia. Las partes pueden pactar tales accesorios (arts. 621, 622, 1197 del C.C. y 565 del Cód. de Comercio) sin que en principio corresponda a los tribunales sustituirlos para crear tasas en abstracto, desvinculadas de las circunstancias de cada operación" (conf. Voto emitido en la causa en "Volpe", el cual tuvo adhesión por mayoría de fundamentos).

Señala, a su vez, que "las facultades judiciales morigeradoras de los intereses pactados proceden de hallarse comprobada una práctica abusiva, usuraria o confiscatoria (argto. arts. 21, 953, 954 y 1071 del Código Civil y, en su caso, lo normado por el art. 37 de la ley 24.240).La obligación del deudor, se ha dicho, no puede exceder el crédito actualizado con un interés que trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres".

Citando un precedente en el que la Corte Suprema de la Nación se pronunció en igual sentido, indica que "nada de lo antes referido autoriza (...) a enarbolar pautas judiciales rígidas con abstracción de las circunstancias concretas de cada caso (...). La Corte Suprema de la Nación, en tal sentido, ha descalificado por arbitrariedad la decisión de un tribunal de la instancia que dispuso la reducción de oficio de la tasa de interés convenida, con la sola mención de que era jurisprudencia de la Cámara fijarla en un porcentaje menor, sin aludir a los hechos de la causa ni a razones de orden jurídico que justificaran la solución propuesta" (CSJN, in re "Banco de Crédito Argentino S.A. c/ Bazán, Ranulfo Eduardo", Causa B.410.XXXVII del 24/4/2004; "Paoletti e/Alfredo P. Lamas y otro", Fallos 308:2213 y 2214 del 20/11/1986; "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/López, Ernesto F.", Causa B.3130.XXXVIH, Fallos 326:2533 del 5/8/2003).

Estos lineamientos fueron afianzados por la Suprema Corte Provincial, expresando que a la hora de concretar las razones por las que -según el juzgador- corresponde hacer excepción en el caso a la regla pacta sunt servanda (art. 1197 del Cód. Civ.) y declarar la nulidad parcial de las convenciones por las que se autorizó a aplicar una tasa de interés "abusiva", "desproporcionada" o "contraria a la moral y a las buenas costumbres" (arts. 953, 1071 y 1198, Cód. Civ.) la mera remisión al tope fijado en "Acuerdos Plenarios" de Cámara sin desarrollar los fundamentos que llevaron a adoptar tal determinación y sin hacer una descripción comparativa de la situación fáctica del precedente con la de la causa conducen a un pronunciamiento dogmático, anulable de oficio (argto. jurisp. SCBA C. 104.857 in re "Cementub S.A. c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires. Cumplimiento de contrato" del 17/8/2011).

La facultad morigeradora de los intereses pactados, sea a pedido de parte o de oficio por aplicación del art. 656 segundo párrafo del Código Civil, ya no puede ser reflejo de la aplicación

directa de topes jurisprudenciales. Se requiere la previa comprobación fehaciente del carácter abusivo o excesivo de los intereses convenidos (argto. arts. 21, 656, 953, 954 y 1071 del Cód. Civil; jurisp. ésta Sala, in re "Cattanio, Alberto c/ Banco Provincia de Bs. As. s/ Cumplimiento de Contrato", causa N° 146862 RSD 16/11 del 3/3/2011;in re "Cons. Prop. Edif. Calle Garay 2558 c/ De Maio, Juan Manuel s/ Ejecución", Causa N° 149234 RSD 216/11 del 1/12/2011).

Con este panorama, considero que si bien debe descartarse la aplicación al caso del tope jurisprudencial del 4% anual (fijado como tope jurisprudencial en la causa "Metz"), *ello no es pretexto para eludir la tarea de indagar igualmente acerca de si existe "abuso" o "inmoralidad" en la pactada* […]; *para ello considero indispensable reparar en el tipo de operatoria; su moneda; la garantía otorgada; etc. Despejados tales aspectos, estimo conveniente su comparación con una tasa de interés que se pueda utilizar como "tasa testigo" o "de referencia".*

Es que para la búsqueda de esa "tasa referente" es necesario pasar revista a las particularidades del caso, pues servirán, a la postre, de fundamento de la que resulte elegida (conf. criterio de la SCBA,in re "Volpe, José c/ Banco de Buenos Aires s/ Nulidad, Repetición y Compensación"C. 95758 del 9/12/2010; "H.J. Navas y Cía. S.A. c/ Banco Bansud S.A. s/ Revisión de cuentas",C. 106661 del 11/08/2010; CSJN, Fallos 312:544).

En esta labor, lo primero que cabe reseñar es que se trata de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria en dólares estadounidenses, y que conforme surge de la mencionada Convención, las partes han acordado un interés compensatorio del 8.50% anual y un interés punitorio del 2% mensual (cfr. cláusulas primera y quinta).

En función del marco de situación descripto, entiendo que a los fines de determinar si en el caso bajo examen existe abuso en las tasas de interés pactadas por las partes (entre las dos tasas suman un 32,5% anual) debe tomarse como referencia la tasa promedio publicada por el BCRA para las operaciones de préstamos hipotecarios en dólares al sector privado no financiero, hasta cinco años de plazo, en la época de constitución en mora [en este caso: enero de 2014], *por resultar lo que mejor se adecua al plafón fáctico de autos.".*

Ahora bien, luego de buscar en el sitio web del BCRA: http://www.bcra.gov.ar) se advierte que para el mes de enero de 2014 (época de constitución en mora donde caducaron todos los plazos) no hay una tasa promedio asignada, aunque sí la hay para el mes de febrero de 2014 donde la tasa anual publicada es del 10.20% anual, por lo que sin duda existe una evidente desproporción con la sumatoria de las dos tasas pactadas (32.50% anual).

Retomando con lo decidido en el fallo en cuestión, allí agregamos que: *"…No nos olvidemos que estamos frente a un operatoria con garantía hipotecaria la que, prácticamente, no tiene riesgos de recuperación, y, por otra parte, el nivel de tasas vigentes entre bancos comerciales no puede servir de comparación, pues aquí la deudora no obtiene el dinero de plaza y la acreedora tampoco mantiene la costosa estructura comercial de los bancos comunes ni afronta sus típicos gastos.*

Es cierto, por otro lado, que las tasas promedio publicadas por el BCRA se refieren a los intereses compensatorios; sin embargo, este tribunal entiende que esos promedios deben tomarse como parámetros por todo concepto, más allá de las clasificaciones que admiten los intereses, en tanto la mirada debe estar puesta al resultado económico de lo convenido (Cám. 1ra. Civ. y Com., La Plata, sala 3, causa 221088 RSD-119-95 S 30-5-1995; conf. surge del voto del Dr. Valle en causa 148.094, RSD 191-11 del 17/10/2011, Banco Francés c/ Nicoletto s/ Cobro ejecutivo"; conf. Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil" – Obligaciones, Tomo II nº 928 y doctrina y jurisprudencia citada bajo nº 108; arts. 502, 656, 953, 1071 y concds. del C.Civil).

De ahí que el pacto de un interés punitorio, prescindente de cualquier otro tipo de interés, puede ser exorbitante y, a la inversa, la suma de los porcentajes pactados por intereses

compensatorios, moratorios y punitorios puede resultar adecuado a la realidad económica y alejado de ser excesivo, contrario a la moral, a las buenas costumbres y a la usura. Es que, siendo que se admite que los réditos compensatorios, moratorios y punitorios -dado su diverso contenido- pueden acumularse, la suma de finalidades jurídicas en los distintos intereses -resarcir, reprimir y compeler- se traduce finalmente en una acumulación aritmética de tasas, cada una aplicada sobre el capital puro para no incurrir en anatocismo.

A esta altura del análisis, donde ha quedado establecida como "tasa testigo o de referencia" para los intereses convenidos la promedio del BCRA para igual operatoria y época [para este caso: 10.20% anual], considero que un 32.50% anual para la deuda en moneda extranjera, evidencia, en este caso en particular, una desproporción que habilita la morigeración.

Con este panorama, estimo pertinente, en ejercicio de la potestad morigeradora que al órgano judicial confieren los arts. 953, 656, 1071 y concds. del Código Civil (hoy arts. 771, 1004 del CCyC), reconocer los intereses pactados, únicamente y en total, hasta el 10.20% anual, por lo que propongo modificar la sentencia de primera instancia con este alcance.

Recapitulando, y por todo lo expuesto, corresponde: 1) hacer parcialmente lugar al recurso de los actores y modificar la sentencia definitiva en dos aspectos: a) rechazando la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada respecto del Sr. Rubén Otilio Barrios, con costas a la demandada; y b) estableciendo en concepto de intereses pactados, únicamente y en total, la tasa de 10.20% anual; 2) rechazarlo en lo demás que ha sido materia de agravio y confirmar, por ende, la sentencia definitiva en tanto rechaza la demanda de consignación; 3) imponer las costas de alzada en un 80% a los actores y en un 20% a la demandada, en atención a la índole cualitativa y cuantitativa de los agravios que prosperan (referidos a la legitimación del Sr. Barrios y a la morigeración de intereses) y del que se rechaza (concerniente a la suerte adversa de la consignación) (arts. 68, 71 y concds. del CPC).

Por ello, ASÍ LO VOTO.

A la misma cuestión la Sra. Juez Dra. Nélida I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. RUBÉN D. GÉREZ DIJO:

Corresponde: 1) hacer parcialmente lugar al recurso de los actores y modificar la sentencia definitiva en dos aspectos: a) rechazando la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada respecto del Sr. Rubén Otilio Barrios, con costas a la demandada; y b) estableciendo en concepto de intereses pactados, únicamente y en total, la tasa de 10.20% anual; 2) rechazarlo en lo demás que ha sido materia de agravio y confirmar, por ende, la sentencia definitiva en tanto rechaza la demanda de consignación; 3) imponer las costas de alzada en un 80% a los actores y en un 20% a la demandada, en atención a la índole cualitativa y cuantitativa de los agravios que prosperan (referidos a la legitimación del Sr. Barrios y a la morigeración de intereses) y del que se rechaza (concerniente a la suerte adversa de la consignación) (arts. 68, 71 y concds. del CPC); y 4) diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del dec.-ley 8904/77; arts. 15, 31, 51 y concds. de la ley 14.967).

ASÍ LO VOTO.

A la misma cuestión la Sra. Juez Dra. Nélida I. Zampini votó en igual sentido.

En consecuencia, se dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

Por los fundamentos brindados en el presente acuerdo, SE RESUELVE: 1) hacer parcialmente lugar al recurso de los actores y modificar la sentencia definitiva en dos aspectos: a) rechazando la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada respecto del Sr. Rubén Otilio Barrios, con costas a la demandada; y b) estableciendo en concepto de intereses pactados, únicamente y en total, la tasa de 10.20% anual; 2) rechazarlo en lo demás que ha sido materia

de agravio y confirmar, por ende, la sentencia definitiva en tanto rechaza la demanda de consignación; 3) imponer las costas de alzada en un 80% a los actores y en un 20% a la demandada, en atención a la índole cualitativa y cuantitativa de los agravios que prosperan (referidos a la legitimación del Sr. Barrios y a la morigeración de intereses) y del que se rechaza (concerniente a la suerte adversa de la consignación) (arts. 68, 71 y concds. del CPC); y 4) diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del dec.-ley 8904/77; arts. 15, 31, 51 y concds. de la ley 14.967). **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE O POR CÉDULA (art. 135 inc.12 del CPC). Cumplido, y transcurridos los plazos de ley, y si correspondiere, devuélvase a la instancia de origen.-**

NÉLIDA I. ZAMPINI RUBÉN D. GÉREZ

Pablo D. Antonini Secretario