

Cancelacion De Hipoteca Pago Efectuado Al Escribano Interviniente Moneda No Pactada Invalidez Del Pago Mandato Tacito

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Cancelación de hipoteca. Pago efectuado al escribano interviniente. Moneda no pactada. Invalidez del pago. Mandato tácito. Se mantiene el fallo que rechazo la demanda de cancelación hipotecaria y mandó seguir adelante la ejecución, pues el pago en pesos efectuado al escribano carece de validez, ya que no se ha probado el consentimiento de los pretensos mandantes de autorizar a otro para percibir un pago que no se condice con lo pactado, al haberse realizado en una moneda diferente a la acordada.

En la Ciudad de Azul, a los 11 días del mes de Abril de 2017 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Lucrecia Inés Comparato y Esteban Louge Emiliozzi, para dictar sentencia en los autos caratulados: "GALLI, RAUL ANGEL Y OTRO/A C/ CANZIANI, HORACIO JUAN Y OTRO/A S/ CANCELACION DE HIPOTECA ", (Causa N° 1-61021-2016), y "CANZIANI HORACIO ANGEL Y OTRO/A C/A GALLI RAUL ANGEL Y OTRO/A S/ EJECUCION HIPOTECARIA", (Causa N° 1-62168-2017) se procede a votar las cuestiones que seguidamente se enunciarán en el orden establecido en el sorteo oportunamente realizado (arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C.), a saber: Doctores BAGU-COMPARATO-LOUGE EMILIOZZI , aunque a razón del lamentable fallecimiento del Dr. Bagú, acaecido el día 3 de enero del año en curso, la votación se hará por los restantes jueces del Tribunal (art. 48 Ley 5847) .-

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1ra. ¿Corresponde declarar la deserción del recurso interpuesto a fs. 219 y fundado a fs. 275/290 de Causa N°46.892 (Nro. de Cámara 61.021) y su acumulada Causa N° 46.893?. 2da. En caso negativo, ¿Es justa la sentencia única recaída en la Causa n° 46892 ?Galli, Raúl Ángel y otro c/Canziani,Horacio Juan y otro/a s/Cancelación de Hipoteca? (N° de Cámara 61.021), y su acumulada Causa N°46893 ?Canziani, Horacio Juan y otro/a c/ Galli, Raúl Angel y otro/a s/ Ejecución Hipotecaria?, agregada a fs. 199/217 de la primera? 3ra. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Juez Doctora Lucrecia Inés COMPARATO dijo: Si bien oportunamente haré una reseña de lo actuado en las Causas N°46893 ?Canziani, Horacio Juan y otro/a c/ Galli, Raúl Horacio y otro/a s/ Ejecución Hipotecaria?, y Causa n° 46892 ?Galli, Raúl Ángel y otro c/Canziani, Horacio Juan y otro/a s/Cancelación de Hipoteca? (N° de Cámara 61.021), basta mencionar, a los fines que ahora interesan, que la demandada al contestar los agravios vertidos por la actora ha solicitado en primer término la declaración de deserción del recurso por insuficiencia de la expresión de agravios (arts. 260, 261 y conc. del C.P.C.C.; fs. 292 y 292 vta. de Causa n° 46892 ?Galli, Raúl Ángel y otro c/Canziani, Horacio Juan y otro/a s/Cancelación de Hipoteca? (N° de Cámara 61.021)). Al respecto, oportuno resulta recordar que este Tribunal ha venido aplicando un criterio amplio en la apreciación de los requisitos que debe satisfacer el memorial y aunque el mismo diste de exhibir una adecuada suficiencia técnica, siempre que se exteriorice, aunque mínimamente, el agravio o el esbozo de la crítica, se abre la función revisora en miras de asegurar más adecuadamente el derecho de defensa (causas n° 43894, ?Ane?, del 20.02.02; n° 49665, ?Adami?, del 16.03.06; n° 51438 ?Bonnat?, del 29.11.07; n° 51278, ?Valerio?, del 06.12.07.; n° 53.567, ?Bruni?, del 28.10.09.). En esa senda también se ha dicho que los principios y límites en esta materia deben ser aplicados en su justa medida bajo riesgo de caer en rigorismo excesivo por apego a las formas, no querido por el ordenamiento legal (conf. causa n° 44262 ?Banca Nazionale del Lavoro S.A.? del 17.05.02). Con especial referencia a la prueba, se ha dicho que "...el recurrente deberá puntualizar qué medio pertinente y atendible fue desechado; cuál de los invocados resulta inexistente, impertinente o inatendible; o las probanzas cuyas fuentes hayan sido desinterpretadas, suministrando los argumentos de prueba que patenten el error y su relevancia para la suerte final de la pretensión u oposición." (Azpelicueta, Juan José - Tessone, Alberto "La Alzada. Poderes y Deberes", pág. 25, ésta Sala causa n° 52489 del 19-2-2009, ?Heim, German Luis y otro c/ Zito Cono y otro s/ Daños y perjuicios?)- En el mismo sentido claramente Carlos Camps en su obra ?Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires- anotado, comentado, concordado?, expone: ?La parte frente a un fallo adverso tiene la posibilidad de exigir su revisión. Esta revisión se basa en que la sentencia es considerada injusta por contener transgresiones normativas que pueden ser de variado rango (procesal, de fondo o constitucional).- Muchas veces esa violación legal se manifiesta por el quiebre de las reglas de valoración de la prueba, más allá de que en esos casos el defecto del sentenciante se muestre predominantemente referido al mundo fáctico. La carga impuesta por el art. 260, 1ª parte, CPCC requiere especial esmero cuando se cuestiona la valoración de las pruebas colectadas en el proceso, porque en ese cometido los jueces deben formar su convicción de conformidad con las reglas de la sana crítica. Es, pues, indispensable desplegar un claro discurso impugnativo, capaz de individualizar los posibles yerros del juez en orden a la selección e interpretación de las probanzas escogidas, y de patentizar, en su caso, como ha

soslayado o infringido dichas reglas del raciocinio. Pues bien, toda esta anomalía debe ser expuesta clara y detalladamente al juzgador de segunda instancia. Deben ser juicios concretos respecto de los pasajes de la sentencia considerados defectuosos, no meras elucubraciones teóricas o desconectadas de lo concretamente ocurrido en el fallo. Y tales asertos tienen que ser razonados. Así como se exige un adecuado razonamiento al juez para exponer sus ideas y que se pueda percibir el camino lógico seguido desde la ponderación fáctica hasta la solución de fallo pasando por la subsunción normativa, así también el litigante si quiere conmovier una norma individual dictada por un órgano del Estado deberá argumentar de manera adecuada, con solidez y objetividad. Ha dicho nuestra Corte que el desarrollo de los agravios a la luz del art. 260, CPCC, supone, como carga procesal, una exposición jurídica en la que mediante el análisis razonado y crítico del fallo impugnado se evidencie su injusticia. Requiere así una articulación seria, fundada, concreta y objetiva de los errores de la sentencia, punto por punto y una demostración de los motivos para considerar que ella es errónea, injusta o contraria a derecho?. (ob. Cit. pág. 475).- Aplicando estos principios al caso de autos, hecho el necesario análisis del contenido de los agravios no encuentro que la queja deba caer como lo pretende la actora, atento contener la misma un esbozo de la crítica a la sentencia de grado. Con ese alcance, voto por la negativa. El Señor Juez Doctor LOUGE EMILIOZZI adhirió por los mismos fundamentos al voto precedente.- A LA SEGUNDA CUESTION, la Sra. Juez Doctora Lucrecia Inés COMPARATO dijo: La sentencia única dictada en la instancia comprende las siguientes Causas que tramitaron en forma acumulada: ?Galli, Raúl Ángel y otro/a c/ Canziani, Horacio Juan s/Cancelación de hipoteca (expediente N° 46.892; N° de Cámara 61.021)?, y ?Canziani, Horacio Juan y otro/a c/ Galli, Raúl Ángel y otro/a s/ Ejecución Hipotecaria? (expediente 46.893)(sentencia en original obrante a fs. 199/217 (Expte. Nro. 46.892), y a fs. 206/224 de Expte. Acumulado Nro. 46.893). I. Antecedentes En fecha 12/09/2013 los Sres. Raúl Ángel Galli y Hugo Horacio Galli, inician demanda de cancelación de hipoteca respecto de la escritura pública n° 509 del 26/06/2012 celebrada por ante el escribano Marcelo Saúl Cifuentes, inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires el 9 de agosto de 2012 en la Matrícula 588 del Partido de Necochea (76) bajo el número 845554/5, contra los Sres. Horacio Juan Canziani y Guillermo Canziani en su calidad de cesionarios hipotecarios por escritura pública n° 510 del 26/06/2012 celebrada por ante el mismo notario, pretendiendo dejar sin efecto el gravamen de la deuda (fs. 34/53). Sostienen que en fecha 26 de junio de 2012 compraron a ?Kostman Federal Corp S.A.? una fracción de campo con todo lo adherido al suelo, ubicada en el Partido de Necochea, por un precio de dólares estadounidenses un millón (U\$S 1.000.000), pagaderos de la siguiente forma: U\$S 500.000.- a la firma del acto escriturario, y el saldo de precio (U\$S 500.000.-) en fecha 26 de junio de 2013. Dicen que por el saldo de precio constituyeron un derecho real de hipoteca en primer grado sobre el inmueble vendido, a favor de la parte vendedora ?Kostman Federal Corp S.A.?, como surge de la escritura ya indicada. Mencionan también, haber pactado un interés compensatorio del 6% anual pagadero por semestre adelantado, que los deudores podían en cualquier momento hacer amortizaciones extraordinarias o cancelar totalmente la deuda sin indemnización alguna para los acreedores, y que el domicilio de pago sería el estudio notarial del Escribano sito en calle Bartolomé Mitre N° 713 de la ciudad de Tandil (cláusula SEGUNDA, letra a), c) y d) de la escritura pública nro. 509 obrante a fs. 6 a 10). Continúan relatando que en virtud de lo pactado, concurren el día 20/12/2012 al domicilio de pago de calle Mitre 716 de Tandil y abonaron la suma de U\$S 15.000.- en concepto de intereses compensatorios por la referida hipoteca. Y que atento las disposiciones restrictivas fijadas por el Poder Ejecutivo Nacional para la adquisición de moneda extranjera (?cepo cambiario?), resultándoles imposible adquirir la misma, en fecha 15/05/2013 concurren a dicho domicilio de pago, y pagaron el monto del capital adeudado en pesos (\$ 2.676.019,10.-) equivalentes a U\$S 500.000.- al cambio oficial vigente en ese momento, otorgando el escribano el pertinente recibo. Mencionan que una vez realizado el pago en pesos, y a pesar de que no era su obligación, remitieron en fecha 15/05/2013 una carta documento comunicando a ?Kostman Federal Corp S.A.? el pago efectuado. Pero que al recibir la contestación de dicha misiva en fecha 21/05/2013, tomaron conocimiento que el crédito hipotecario había sido cedido por ?Kostman Federal Corp S.A.? a los Sres. Horacio Juan Canziani y Guillermo José Canziani, por escritura nro. 510 pasada ante el escribano Cifuentes, el mismo día de la compraventa y constitución de hipoteca (26/06/2012). Por lo cual -dicen- remitieron en fecha 27/05/2013 carta documento a los cesionarios Canziani, notificándolos del depósito realizado y solicitando se instruya al escribano a proceder a la escritura de cancelación de la hipoteca. En respuesta, los cesionarios Canziani contestan con carta documento de fecha 03/06/2013 rechazando el ofrecimiento de pago y depósito efectuado, por no ser la moneda de pago estipulada en el contrato. Explican luego, que ante la negativa de los demandados Canziani a recibir el pago en pesos, procedieron a efectuar la Mediación Prejudicial por ante el Mediador Dr. Carlos Ignacio Pozzo (desde el 10/07/2013 al 06/08/2013, conforme surge de fs. 7). Y que ante la imposibilidad de acuerdo, se vieron obligados a iniciar el presente proceso de cancelación hipotecaria. Agregan que en fecha 20 de agosto de 2013 fueron intimados de pago en los actuados ?Canziani, Horacio Juan y otro/a c/ Galli, Raúl Ángel y otro/a s/ ejecución hipotecaria?, en los cuales, opusieron la excepción de pago documentado total, acompañando el recibo pertinente. Por último, acompañaron prueba documental y ofrecieron la restante (fs. 34/53). Habiendo denunciado la existencia de los autos ?Canziani, Horacio Juan y otro/a

c/ Galli, Raúl Ángel y otro/a s/ Ejecución Hipotecaria? (expediente N° 46.893)?, el Sr. Juez de la Instancia anterior, advirtiendo la vinculación entre los procesos, dispuso el desplazamiento de la competencia al Juzgado Civil y Comercial N° 3 de Tandil, que previniera en la cuestión litigiosa (fs. 54). Recibido el juicio de cancelación ante el Juzgado nro. 3 con fecha 13/11/2013, se dispuso su tramitación por el proceso sumario. A fs. 70 los actores Galli denuncian que había recaído sentencia en el juicio sobre ejecución hipotecaria solicitando ampliación de demanda, otorgando el Juzgado el respectivo traslado de ley (fs. 71 y vta.). A fs. 104/115 se presenta el Dr. José Octavio Clariá en el carácter de apoderado de los demandados Horacio Juan Canziani y Guillermo José Canziani. Opone excepción de litispendencia por la tramitación del juicio de ejecución hipotecaria desde tiempo anterior a la promoción del juicio sumario sobre cancelación de hipoteca, destacando que si bien ambos procesos resultan ser trámites diferentes, ¿el negocio jurídico que se ventila en ambos juicios tiene la misma identidad, la cual es la discusión de ambas partes en cuanto a que resuelva si se ha dado cumplimiento o no al pago íntegro de la hipoteca. De proseguir ambos juicios en forma independiente se podría llegar a resoluciones o sentencias judiciales encontradas con el escándalo jurídico que ello significaría? (conf. fs. 106 vta.). Subsidiariamente, contesta demanda solicitando su rechazo con costas. Reconoce el negocio jurídico instrumentado por escritura pública n° 509, el precio del mismo, el monto abonado en el momento del acto escriturario, el saldo pendiente de pago, la hipoteca constituida, el domicilio de pago sito en calle Bartolomé Mitre 713 de Tandil, el pago de U\$S 15.000.- en concepto de intereses, el pago en pesos y los recibos de los mismos. Difiere respecto a la existencia de restricciones cambiarias que imposibilitaran la adquisición de dólares estadounidenses, y sobre el alcance del recibo otorgado por el pago en pesos, afirmando que dicho instrumento no es un recibo de pago sino de depósito. Recalca que el notario Cifuentes no estaba autorizado para extender recibo de pago cancelatorio. Que el dinero entregado el día 20/12/2012 y el 15/05/2013 fue recibido por el escribano en carácter de depósito para luego ser entregado a los acreedores hipotecarios y/o cesionarios. Aclara que los cesionarios Canziani no cuestionaron la primera entrega de dinero al escribano (U\$S 15.000.-) ya que lo depositado en la escribanía fue lo acordado en el contrato. Mientras que debieron cuestionar -mediante contestación de carta documento- la segunda entrega (\$ 2.676.019,90.-) atento no cumplir con lo acordado al haber entregado los deudores pesos y no dólares estadounidenses. Por otro lado, la demandada explica que quiere cobrar en dólares estadounidenses porque ello es lo que se pactó en el contrato como elemento esencial, y que al momento del acto escriturario los ahora actores declararon bajo juramento que tenían en su poder suficiente cantidad de moneda extranjera para saldar la deuda (?...tienen en su poder y con libre disponibilidad, la cantidad suficiente y necesaria de dólares estadounidenses para cancelar el saldo de precio, por tal razón declaran formal y expresamente que es su voluntad a no transformar la deuda de dólares estadounidenses al cambio oficial ni a ningún otro tipo de moneda o papel, que no sea el que libremente han pactado como elemento esencial del contrato ? (fs. 110, segundo párrafo)). Asimismo, sostiene que resulta falsa la alegada imposibilidad de adquirir dólares estadounidenses por parte de los ahora actores, y que existen otras operaciones bursátiles alternativas para cancelar deudas como la de marras con bonos convertibles en dólares. Por último, ofrece prueba confesional, documental y testimonial. Recibidos los actuados en el Juzgado Civil y Comercial N° 1 de Tandil el 24 de agosto de 2014 atento la resolución de esta Alzada (fs. 183/193 de expediente acumulado 43.893), y notificadas a las partes el Juzgado y Secretaría que van a intervenir, los cesionarios Canziani solicitan se declare abstracta la cuestión de litispendencia y se abra la causa a prueba (fs. 149). A fs. 151/152 se declara abstracto el tratamiento de la excepción de litispendencia, se abre la causa a prueba por el término de ley, y se cita a las partes y sus letrados a audiencia (fs. 151 vta. y fs. 163). El 07/08/2015 se celebró la audiencia fijada a la que concurrieron la totalidad de las partes y sus letrados, llamándose autos para sentencia en ese mismo acto (fs. 198). Previo a abordar el tratamiento de la sentencia de grado agregada a fs. 199/217 de la Causa sobre cancelación hipotecaria, ahora apelada, oportuno resulta mencionar que los autos acumulados caratulados ?Canziani, Horacio Juan y otro/a c/ Galli, Raúl Ángel y otro/a s/ Ejecución Hipotecaria? (Causa N° 46.893) fueron iniciados el 02 julio de 2013 por el Dr. José Octavio Clariá en su carácter de apoderado del Sr. Horacio Juan Canziani y por el Sr. Guillermo Canziani con el patrocinio letrado del Dr. Santiago Clariá; a fin de reclamar el cobro de la suma de dólares estadounidenses quinientos mil (U\$S 500.000) en concepto de capital más intereses hasta su efectivo pago y costas del presente, contra los Sres. Raúl Ángel Galli y Hugo Horacio Galli, por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 3 de Tandil (fs. 39/41). En cuanto a los hechos y en concordancias con los explicitados por los deudores hipotecarios en el juicio sumario de cancelación de hipoteca, en el juicio ejecutivo los actores Canziani mencionan que en fecha 26 de junio de 2012, los Sres. Galli adquirieron de ?Kostman Federal Corp S.A.? una fracción de campo con todo lo adherido al suelo, ubicada en el Partido de Necochea, por la suma de dólares estadounidenses un millón (U\$S 1.000.000), quedando un saldo de precio de U\$S 500.000 que sería abonado en fecha 26 de junio de 2013 en efectivo y en la manera pactada, que fue garantizado con derecho real de hipoteca sobre la fracción de campo adquirida. Dicen también, que pactaron un interés compensatorio del 6% anual y un interés punitivo equivalente a la tasa que fije el Banco Nación para las operaciones de descuento mensual; que fijaron como domicilio de pago el de calle Bartolomé Mitre N° 713 de la ciudad de Tandil (cláusula SEGUNDA, apartado d) de la escritura

pública nro. 509 obrante a fs. 6 a 10) y que el mismo día de la celebración de la hipoteca (26/06/2012), la vendedora ?Kostman Federal Corp S.A.? les cedió mediante escritura pública nro. 510 pasada por ante el escribano Marcelo Saúl Cifuentes el crédito con la garantía mencionada. Por último, refieren que los Sres. Galli no abonaron la suma adeudada y que por ello se ven obligados a iniciar el proceso de ejecución hipotecaria. Diligenciadas las intimaciones de ley en el marco del proceso ejecutivo, los ejecutados Raúl Ángel Galli y Hugo Horacio Galli se presentan con el patrocinio letrado del Dr. Norberto Nicolás Cardoso, oponiendo excepción de pago total documentado y subsidiariamente, de pago parcial (fs. 42, 75/102 Causa N° 46.893). Hacen saber la imposibilidad que tuvieron de abonar en dólares estadounidenses y alegan caso fortuito o fuerza mayor para eximirse del cumplimiento de la obligación en la modalidad asumida. Asimismo, solicitan la nulidad y/o revisión de cláusula hipotecaria y la morigeración de los intereses moratorios y punitivos pactados. Específicamente, sostienen que la cláusula cuarta, apartado d), en la que declaran que tenían en su poder y con libre disponibilidad la cantidad suficiente y necesaria de dólares para cancelar el saldo de precio, pactada su voluntad de obligarse a no transformar la deuda de dólares al cambio oficial ni a ningún otro tipo de moneda o papel que no sea el pautado, resulta una cláusula predispuesta, abusiva, contradictoria y contraria a la moral y buenas costumbres, inserta por expreso pedido del acreedor hipotecario. Los Sres. Galli explican que según lo convenido, en fecha 20/12/2012 concurrieron al domicilio constituido para el pago, que era el estudio notarial del escribano Marcelo Saúl Cifuentes sito en Bartolomé Mitre n° 713 de la ciudad de Tandil, y procedieron a abonar la suma de U\$S 15.000 en concepto de intereses compensatorios convenidos en la hipoteca antes mencionada. Acompañan a fs. 58 el recibo extendido por el escribano. Explican que ante la imposibilidad de adquirir dólares por la vigencia de la disposiciones restrictivas fijadas para la compra de moneda extranjera, el 15/05/2013 concurrieron nuevamente a la escribanía e hicieron entrega al notario Cifuentes del monto total del capital adeudado en la hipoteca en pesos y al cambio oficial vigente a ese momento; esto es la suma total de \$ 2.676.019,10.-. Que el notario les otorgó el recibo que se adjunta a fs. 57 y que textualmente dice: ?Tandil, 15 de mayo de 2013. Recibí del señor Raúl Galli la suma de pesos dos millones seiscientos setenta y seis mil diecinueve con diez centavos (\$ 2.676.019,10) en concepto de depósito para ser entregado a Kostman Federal Corp S.A. y/o sus cesionarios en concepto de pago total definitivo y cancelatorio del saldo de precio acordado en la escritura número 509 del 26/06/2013 cláusula segunda?. Hacen saber también, que procedieron a remitir a ?Kostman Federal Corp S.A.? una carta documento anoticiándola del pago efectuado, pese a que no era su obligación, y que aquella contestó notificándoles que había cedido la hipoteca a los Sres. Canziani. Que en ese momento tomaron conocimiento de la cesión del crédito hipotecario, y que por ello, remitieron sendas cartas documentos a los Sres. Canziani, obteniendo en respuesta el rechazo del pago efectuado por haber sido en pesos (fs. 79). Por otra parte, manifiestan que en julio de 2013 iniciaron un proceso de cancelación de hipoteca caratulado ?Galli, Raúl Ángel y otro/a c/ Canziani, Horacio Juan y otros s/ Cancelación de hipoteca?, radicado por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 1 de Tandil de este Departamento Judicial (fs. 80, primer párrafo). Aclaran que la queja de los Sres. Canziani se limita exclusivamente al pago en pesos (fs. 81 vta.) y que éste fue temporal atento la facultad de los deudores de cancelar anticipadamente la deuda en el marco de la cláusula 2, letra c) de la escritura hipotecaria nro. 509. Corrido el traslado de ley, los acreedores Canziani solicitan el rechazo de la excepción de pago opuesta por los deudores Galli, en base a que el dinero fue recibido por el notario en concepto de ?depósito? y que éste no estaba autorizado a extender recibos cancelatorios de pago, careciendo la escritura pública n° 509 de cláusula habilitante a tal fin. Por otro lado, afirmaron que los deudores alegaron pero no probaron la imposibilidad de adquirir dólares estadounidenses, siendo el pago en dólares un elemento esencial del contrato celebrado entre las partes (fs. 112/121). Teniendo a la vista los autos ?Galli, Raúl Ángel y otro/a c/ Canziani, Horacio Juan y otro/a s/ cancelación de hipoteca? de trámite por ante el Juzgado Civil y Comercial N° 1 de Tandil, requeridos ?ad effectum videndi?, la Sra. Jueza de grado titular del Juzgado de Primera instancia en lo Civil y Comercial Nro. 3 de Tandil, dicta sentencia en fecha 29/10/2013 haciendo lugar a la excepción de pago total documentado opuesta por los ejecutados Raúl Ángel Galli y Hugo Horacio Galli y en consecuencia, rechazando la ejecución hipotecaria promovida contra éstos, con costas a los vencidos Canziani y regulando honorarios. Ello, en base al convencimiento de que: a) el escribano se encontraba autorizado a recibir el pago por los conceptos adeudados y asimismo a extender los recibos con la virtud cancelatoria que les atribuyen los deudores hipotecarios, b) que si bien en la escritura de venta e hipoteca se omitió consignar a los autorizados para recibir el pago, el hecho de que el domicilio de pago pactado haya sido la escribanía donde se celebró el contrato y donde los deudores hipotecarios abonaron los intereses compensatorios, permite concluir que el escribano se encontraba facultado a recibir pagos y extender recibos en nombre de los acreedores; c) que de la conducta del acreedor surge su voluntad de autorizar al escribano a recibir el pago (mandato tácito); d) que la oposición de los acreedores fue intempestiva, ya que los efectos cancelatorios del pago ya se habían consumado con la recepción de la suma sin reservas y con la expedición de recibo aludido en concepto de ?pago total definitivo y cancelatorio del saldo de precio acordado en la escritura n° 509 del 26.06.12, cláusula segunda? (fs. 128/132). La sentencia mencionada fue apelada por los ejecutantes Canziani (fs. 137), siendo las críticas formuladas a fs. 142/147 y contestadas a

fs. 154/171. Llegados los autos a esta instancia, en fecha 12/06/2014 se resolvió dejar sin efecto la sentencia de fs. 128/132, sin costas (fs. 183/193). Ello, atento el prejuzgamiento que implicaba la mencionada sentencia de mérito dictada en el proceso ejecutivo especial, ante la litispendencia impropia existente entre el juicio hipotecario y el de cancelación de hipoteca, motivando en consecuencia la acumulación de ambos procesos y su remisión al Juzgado Civil y Comercial nro. 1 a los efectos de continuar con la correspondiente tramitación. Recibidos los actuados ejecutivos en el Juzgado Civil y Comercial N° 1 de Tandil el 24 de agosto de 2014, atento la resolución de esta Alzada (fs. 183/193), y notificadas las partes del Juzgado y Secretaría que iba a intervenir, los acreedores hipotecarios Canziani solicitan se declare abstracta la cuestión de litispendencia y se abra la causa a prueba (fs. 149). Como ya se mencionara, a fs. 151/152 se declara abstracto el tratamiento de la excepción de litispendencia, se abre la causa a prueba por el término de ley, y se cita a las partes y sus letrados a audiencia (fs. 151 vta. y fs. 163), llamándose autos para sentencia en ese mismo acto (fs. 198).

II.-La sentencia que viene apelada rechazó la demanda de cancelación de hipoteca interpuesta, con costas, mandando llevar adelante la ejecución hipotecaria promovida por los Sres. Canziani hasta tanto los deudores Galli le hagan a los acreedores íntegro pago del capital reclamado de dólares estadounidenses quinientos mil (U\$S 500.000.-) con más los intereses a liquidarse según pautas de la sentencia, con costas, difiriendo la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para la oportunidad prevista por el art.51 del Decreto Ley 8904/77. Para así decidir el Sr. Juez de la Instancia anterior tuvo en cuenta que ambas partes reconocieron:

- a) que el día 26 de junio de 2012 en la ciudad de Tandil, Raúl Ángel Galli y Hugo Horacio Galli celebraron con la firma ?Kostman Federal Corp S.A.? un contrato de compraventa e hipoteca por saldo de precio (escritura pública nro. 509 pasada por ante el notario Cifuentes), mediante el cual adquirieron una fracción de campo, con todo lo adherido al suelo ubicada en el Partido de Necochea, parte de la fracción dos de las Chacras XIb, XVII, XIIa y XIa, citada en su título como lote 687, identificada catastralmente como Circ. VII, Parc 667-c (fs. 6/10 ejecución hipotecaria) por un precio de U\$S 1.000.000.- que se abonarían del siguiente modo: a) la suma de U\$S 500.000 a la firma de la escritura, y que el saldo de U\$S 500.000 en dinero en efectivo en la moneda pactada el 26 de junio de 2013; b) que en la cláusula cuarta de la escritura mencionada, la parte compradora declara ?...d) que tienen en su poder y con libre disponibilidad, la cantidad suficiente y necesaria de dólares estadounidenses para cancelar el saldo de precio, por tal razón declaran formal y expresamente que es su voluntad obligarse a no transformar la deuda de dólares estadounidenses al cambio oficial no a ningún otro tipo de moneda o papel, que no sea el que libremente han pactado como elemento esencial del contrato?; c) que en el mismo acto constituyeron un derecho real de hipoteca en primer grado a favor de la sociedad vendedora por la suma de U\$S 500.000.- sobre el inmueble adquirido; d) que pactaron un interés compensatorio del 6% anual y punitivo del 2 % mensual; e) que se estableció que los deudores podían en cualquier momento hacer amortizaciones extraordinarias o cancelar totalmente la deuda, sin indemnización a favor de la acreedora; f) que el pago debía realizarse en la calle Bartolomé Mitre N° 713 de Tandil (cláusula segunda); g) que -sin perjuicio de que los Sres. Galli manifiestan que se anoticiaron con posterioridad- en la misma fecha de la celebración del contrato de compraventa y constitución de hipoteca, mediante escritura nro. 510 por ante el notario Cifuentes, la vendedora ?Kostman Federal Corp S.A.? cedió a favor de los ejecutantes Sres. Canziani el crédito hipotecario; habiéndose inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble en la misma fecha (9/8/12) las escrituras públicas nro. 509 y 510. Asimismo, el sentenciante tiene en cuenta que no han sido negados por las partes los recibos agregados a fs. 57 y 58 de los autos ejecutivos, difiriendo en cuanto al alcance del recibo de fecha 15 de mayo de 2013 otorgado por la entrega de pesos. En base a los términos de la escritura pública nro. 509, el sentenciante llega a la convicción de que la moneda de pago del negocio de compraventa y constitución de hipoteca antes aludido fue un elemento esencial para su celebración, y que ello fue convenido en el libre ejercicio de la autonomía contractual de las partes (art. 1197 del C.C.). Siendo una cabal demostración de ello, el hecho de que los deudores hipotecarios anoticiaron a sus acreedores y cesionarios del pago efectuado en pesos, a diferencia de lo ocurrido cuando abonaron los intereses en dólares estadounidenses. No advierte el sentenciante además, que la cláusula cuarta de la escritura 509 sea una cláusula predispuesta abusiva ni que el acreedor posea voracidad económica, desechando el planteo de nulidad efectuado por los deudores Galli. Entendiendo que dicha cláusula sella además, la suerte del juicio por cancelación hipotecaria ante el incumplimiento contractual de los deudores (quienes pagaron en pesos). Considera que las disposiciones cambiarias de la época no determinan que las partes no puedan pactar obligaciones en moneda que no sea de curso legal, sino que únicamente dispone que el contratante requiera la conformidad previa del BCRA a los efectos de adquirir dólares estadounidenses a ser aplicados a fines distintos y en condiciones diversas a las previstas en la reglamentación. Concluye que la entrega de dinero de los deudores al Escribano erigió un contrato de depósito entre éstos, pero en modo alguno puede considerarse que haya habido ?pago?, ni ?pago parcial?, ante el rechazo expreso e inmediato de los cesionarios, y por haber variado el principio de identidad al entregar pesos en vez de dólares estadounidenses. Por último, entiende razonable disminuir la tasa fijada en concepto de interés punitivo al 1% mensual ponderando que la ejecución prospera en dólares estadounidenses y valorando las pautas del mercado nacional e internacional para esas operaciones, manteniendo la restante

consensuada por las partes, e impone las costas a los vencidos. III.-Contra ese pronunciamiento apelaron a fs. 219 del juicio sumario sobre cancelación hipotecaria, los Sres. Raúl Ángel Galli y Hugo Horacio Galli. Denegado el recurso en primera instancia, interpusieron recurso de queja ante esta Alzada (fs. 251/255). Acogida la queja, se concede en relación el recurso de apelación por resolución de fs. 269/271 (sobre esta cuestión procesal me expediré al tratar el pedido de apertura a prueba en la Alzada formulado por la recurrente a fs. 289 y vta.). A fs. 275/290 los apelantes presentan Memorial, el que es contestado a fs. 292/301. Los tres agravios expresados contra la sentencia de grado que abastecen la única apelación obran a fs. 275/290 y pueden sintetizarse del siguiente modo: a) Por no asignar carácter de recibo cancelatorio de pago total al otorgado por el Escribano Marcelo Saúl Cifuentes en fecha 15/05/2013. Dicen los apelantes que el sentenciante reconoce la autenticidad de los recibos de pago otorgados por el Escribano, pero se quejan porque a uno le otorga validez (el de fecha 20/12/2012) y al otro no (el de fecha 15/05/2013). Lo que acarrea la crítica de los recurrentes por entender que del texto del recibo expedido por el escribano en fecha 15 de mayo de 2013 surge que el pago en pesos efectuado por los Sres. Galli fue eficaz, válido y cancelatorio, pues -dicen- cumplió con los requisitos de sujetos, tiempo, lugar, prueba y objeto. En cuanto a los sujetos del pago afirman que el pago en cuestión fue realizado por Raúl Ángel Galli en su nombre y en representación de su condómino Hugo Horacio Galli, y recibido por el escribano Cifuentes, quien se encontraba autorizado por los acreedores para recibir el pago. Sostienen que a pesar haberse omitido en la escritura pública nro. 509 el nombre de la o las personas autorizadas para recibir el pago, el carácter de mandatario tácito del escribano Marcelo Saúl Cifuentes surge principalmente de la estipulación contractual en la cual las partes fijaron como domicilio de pago el de la escribanía (cláusula segunda, letra d) de la escritura n° 509), y por la falta de cuestionamiento de los acreedores Canziani al pago de los intereses compensatorios recibidos por el notario y percibidos por aquellos (fs. 283 primer párrafo). Además, recalcan que el domicilio de Mitre 716 de Tandil estaba vigente al momento de la expedición del recibo en fecha 15 de mayo de 2013, ya que los deudores Galli no se encontraban notificados del nuevo domicilio de pago fijado en el contrato de cesión del crédito hipotecario celebrado entre ?Kostman Federal Corp S.A.? y los Sres. Canziani (fs. 284 y fs. 283). Explican que la carta documento emitida por los deudores Galli a los acreedores y luego a los cesionarios para comunicar el pago efectuado en pesos, tuvo como fundamento principal el solicitar la cancelación de hipoteca, y no como interpreta el Sr. Juez de grado, comunicar la entrega de pesos en la escribanía a los acreedores a la espera de la aceptación del pago por los acreedores en el carácter de ?accipiens? (fs. 279 vta. in fine y 289). b) Por entender el sentenciante que la cláusula cuarta inserta en la escritura nro. 509 era acorde a la realidad y por ende válida. Expresan los recurrentes al respecto que ?...sostener que la cláusula inserta en el mutuo hipotecario en el sentido de que los Sres. Galli tenían en su poder los dólares y la libre disponibilidad de los mismos para cancelar el saldo de precio, no resiste el menor análisis fáctico ni jurídico? (fs. 285 primer párrafo (el resaltado me pertenece. Subrayo el término ?mutuo? utilizado por los apelantes en la argumentación de este segundo agravio, ya que como lo explicaré al tratar el mismo, sin perjuicio de que ello ha sido evidentemente un error material, la tipología contractual originaria del presente conflicto (compraventa inmobiliaria) resulta ser un hecho relevante a efectos del análisis del caso)). Por otro lado, se quejan los recurrentes por que el sentenciante consideró que el ?cepo cambiario? impuesto por la AFIP y el BCRA no constituyeron caso fortuito o fuerza mayor que exima a los deudores de la obligación de abonar en dólares. Dicen que es de público y notorio conocimiento que el Estado Nacional había prohibido la compra de divisas extranjeras para el atesoramiento, no otorgando el BCRA canales lícitos para la compra de divisas que fueran necesarias para la cancelación de obligaciones. Entendiendo que en virtud de dicho contexto económico y financiero, las obligaciones pactadas en divisas extranjeras resultaban de imposible cumplimiento. c) En tercer lugar, se agravian de la tasa de interés fijada por el sentenciante en concepto de moratorios y punitivos por considerar que ello no guarda relación con la economía mundial, pretendiendo una morigeración mayor de los mismos. Por último, en el punto III.- del escrito de fundamentación del recurso, el apelante solicita -para el caso de considerarse necesario- se disponga librar oficio al Banco HSBC, Sucursal Tandil para que informe si con fecha 15 de mayo de 2013 se depositó en la cuenta corriente del escribano Marcelo Saúl Cifuentes la suma de \$ 2.656.019,10.- (fs. 289 y vta.). A fs. 292/301 contestan memorial los Sres. Canziani, solicitando se declare desierto el recurso por no cumplir con las exigencias del art. 260 del CPCC (primera cuestión ya tratada), y subsidiariamente, respondiendo los agravios, en base especialmente al argumento de que no ha existido pago sino un mero depósito de los pesos en la escribanía, solicitando la confirmación de la sentencia de grado. IV) A fs. 309 pasan autos al acuerdo y a fs. 310 se practicó el sorteo de ley, por lo cual las actuaciones se encuentran en estado de resolver. V.a) En primer término, considero necesario dar respuesta al pedido de apertura a prueba en la alzada formulado por la recurrente a fs. 289 y vta., lo que a su vez impone la necesidad de efectuar ciertas consideraciones procesales vinculadas a tal planteo en razón de algunas vicisitudes que se advierten en este estado. En oportunidad de admitir la queja deducida por los Sres. Hugo Horacio y Raúl Ángel Galli (fs. 269/271 de los autos ?Galli, Raúl Ángel y otro/a c/ Canziani, Horacio Juan y otro/a s/ Cancelación de Hipoteca) este tribunal cometió el error material de conceder el recurso de apelación en relación, siendo que el mismo debería haber sido concedido libremente (doctr. art. 243 del C.P.C.C.). Ello así, pues si bien en este caso se encuentran acumulados un proceso

ejecutivo con otro de conocimiento, entendemos que deducida la apelación ha de prevalecer la forma de concesión de la apelación que admita mayor debate, que naturalmente es la libre. Y a ello se suma, como argumento meramente coadyuvante, que la queja había sido planteada en el proceso de conocimiento antes mencionado, que tramita por la vía sumaria (conf. fs. 59 del proceso de cancelación de hipoteca). La concesión del recurso en relación motivó que los recurrentes presentaran memorial en primera instancia de acuerdo a lo normado por el art. 246 del C.P.C.C. y, sustanciado el mismo, también obtuvo respuesta ante el órgano de origen (conf. fs. 275/289 y 292/301 del proceso de cancelación de hipoteca). Una vez elevados los procesos acumulados a esta alzada, no advertimos el error cometido en la anterior intervención, ya que de haberlo hecho deberíamos haber procedido de acuerdo a lo normado por el art. 271 segundo párrafo del C.P.C.C., dando así la posibilidad de ofrecer prueba en la alzada en los términos del art. 255 del C.P.C.C. (S.C.B.A., Ac. 90.710, ?Larrazza...?, del 09.09.06.). Ahora bien, no obstante tales vicisitudes, es lo cierto que en el memorial los Sres. Galli solicitaron producción de prueba en esta instancia (apartado III de fs. 289 y vta. del proceso de cancelación de hipoteca), a lo cual la contraparte se opuso por considerar que el extremo fáctico que se pretendía probar con la única prueba ofrecida no se encontraba controvertido (fs. 301, apartado V). Posteriormente, recibidas las actuaciones en esta instancia, se entendió que por resultar definitiva la cuestión objeto de la apelación debía resolverse con la formalidad del acuerdo, procediéndose luego a practicar el sorteo de ley, actuaciones ambas que se encuentran consentidas (conf. fs. 308 y 310, respectivamente). Esta reseña permite apreciar que los únicos recurrentes ofrecieron prueba ante la alzada pese a que les estaba vedada tal posibilidad a razón de la forma en que había sido concedida la apelación (doctr. art. 270 y conc. del C.P.C.C.), pero es lo cierto que la otra parte no se opuso a dicho ofrecimiento por tal motivo sino por considerar que se trataba de un hecho no controvertido, y ambas partes consintieron luego el pase a definitivo y el sorteo de ley. Así las cosas, podemos concluir que las vicisitudes apuntadas no han cercenado el derecho de defensa de las partes, lo que torna innecesario dictar un despacho saneatorio (doctr. art. 34, inc. 5to., ap. b) del C.P.C.C.) que sólo generaría más dilaciones. Finalmente, en cuanto al pedido de apertura a prueba en la alzada, la mera admisión de los acreedores hipotecarios de tratarse de un hecho no controvertido torna innecesaria su producción (doctr. art. 358 y conc. del C.P.C.C.), por lo que tal pedido debe ser desestimado. V.b) Previo a todo, atento la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a partir del día 1 de agosto del 2015 (Ley 26994 promulgada según Decreto 1795/2014 y publicado en el Boletín Oficial N° 32.985 del 8-10-2014; con la modificación introducida por la Ley 27077 cuyo art. 1° sustituyó el art. 7° de aquella y dispuso su entrada en vigencia a partir de la fecha antes mencionada), he de señalar que coincido con el Sr. Juez de grado respecto a que el presente caso ha de resolverse conforme a las disposiciones del Código Civil derogado. Como es sabido, la cuestión del denominado ?derecho transitorio? ha debido ser dilucidada -de manera expresa o implícita- en prácticamente todas las sentencias dictadas por tribunales con competencia en lo civil y/o comercial desde la entrada en vigencia del mencionado Código. En este caso, los procesos acumulados fueron iniciados en el año 2013 antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, y la sentencia única de primera instancia fue dictada estando vigente el nuevo Código (29.09.2015; conf. fs. 199/217). Frente a esta situación, y sin desconocer posturas en contrario, esta Sala ya ha adherido a la tesis de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en la que sostiene que el estadio procesal en el que el expediente se encuentra (primera o ulterior instancia) no afecta la aplicación de las normas de transición dispuestas al efecto por el nuevo Código Civil y Comercial (?El art. 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme?, L.L. del 22.04.2015, citado por esta Sala en causa n° 59.891, ?Banco Patagonia S.A.?, del 11.08.15., y subsiguientes en idéntico sentido). Es decir, que -desde la perspectiva del derecho transitorio- la circunstancia estrictamente procesal de que los presentes procesos acumulados hayan sido iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento civil y comercial, y la sentencia de primera instancia haya sido dictada encontrándose vigente dicho cuerpo normológico, no es por sí misma dirimente para determinar cuál es el derecho aplicable. Al respecto, el art. 7 del nuevo cuerpo legal regula la cuestión del ?derecho transitorio?, sentando pautas muy similares a las ya plasmadas en el art. 3 del Código Civil derogado conforme a la reforma que le introdujera la ley 17.711. Dicha norma dispone: ?A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por las garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo?(el resaltado me pertenece). Es decir que por un lado, la norma adopta la doctrina de los ?hechos cumplidos o consumidos?, siendo la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato la que determina cuando existe cumplimiento defectuoso y sus efectos jurídicos, estando las modalidades del crédito determinadas desde su nacimiento, de contrario, se aplicaría la nueva ley en forma retroactiva. Por lo cual, resulta aplicable al presente caso el viejo Código Civil, porque los hechos que son motivo de esta controversia son anteriores a la sanción del C.C.y C. (contrato de compraventa inmobiliaria en dólares estadounidenses con garantía hipotecaria celebrado en fecha 26/06/2012 y entrega de dinero (pesos) al escribano en fecha 15/05/2013), por lo que se deben juzgar

por las normas vigentes en el momento de su acaecimiento, dado que lo contrario implicaría aplicar retroactivamente la nueva ley, aplicándose también la vieja norma a las consecuencias que ocurrieron al producirse los hechos. A análoga conclusión arribó -por mayoría- la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca en un caso análogo al presente sobre el que volveremos más adelante (Carpo, Elena Nora c/ Peralta, Ceferino Víctor Alberto s/ Cumplimiento de contrato?, expte. N° 144.785, sentencia del 03.12.15.; la cuestión atinente al derecho transitorio se abordó en la primera cuestión). Por otro lado, y tal como lo señaló la Dra. Castagno al emitir su voto en torno a la primera cuestión en el decisorio recién citado, obtendríamos el mismo resultado por aplicación del art. 7 del CCyC. En efecto, esta norma dispone -en lo que aquí interesa- que las nuevas leyes supletorias no se aplican a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. Esta norma se articula con el art. 962 del mismo cuerpo legal-aplicable a este caso en el marco de la materia contractual- que dice que las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible. Es decir, que por regla general resulta aplicable al caso la normativa creada por las partes contratantes al celebrar la compraventa inmobiliaria de fecha 26/06/2012, y subsidiariamente las normas supletorias vigentes a esa fecha (arts. 617 y 619 del Código Civil), no siendo aplicables las normas supletorias del nuevo código unificado. El problema se plantea -como señala Kemelmajer de Carlucci en su obra "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", editorial Rubinzal Culzoni, año 2015, pág. 148- con las nuevas reglas contractuales indisponibles para las partes. Y por ello, es necesario analizar si la norma del art. 765 del C.C. y C que faculta al deudor a pesificar su obligación en moneda extranjera, posee o no carácter imperativo. Esta cuestión ha sido resuelta en casos jurisprudenciales anteriores al presente y tratada doctrinariamente. Así por ejemplo se ha dicho que "Atento a ello, toda vez que el art. 765 del nuevo Código Civil y Comercial no resulta ser de orden público, y tampoco una norma imperativa, no habría inconveniente en que las partes en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962 del código citado) pacten -como dice el art. 766 del mismo ordenamiento-, que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada (Ossola, Federico Alejandro en Lorenzetti, Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T V, pág. 126 Rubinzal-Culzoni Editores Santa Fe 2015). Consecuentemente, por tratarse de normativa supletoria, corresponde aplicar las previsiones contempladas en los arts. 617 y 619 del Código Civil - texto s/ley 23.928- (del voto del Dr. Galmarini con adhesión de sus conjuces Posse Saguier y Zannoni)" (Carpo, Elena Nora c/ peralta, Ceferino Victor Alberto s/ Cumplimiento de contrato, expte. N° 144.785, Cám. Civ y Com. Bahía Blanca, diciembre 2015). En el mismo sentido se ha dicho que: "...cabe mencionar que en el Código Civil y Comercial no hay ninguna norma que prohíba la contratación en moneda extranjera; sino que, por el contrario, hay varias normas que la permiten, al disciplinar diversos contratos bancarios, como el de depósito, el de préstamo o el de descuento (arts. 1390, 1408 y 1409 CCyC). Partiendo de esta plataforma, es decir, de que el Código Civil y Comercial admite las obligaciones en moneda extranjera para determinados contratos nominados; una labor hermenéutica que apunte a una interpretación armónica y coherente de dicho cuerpo legal (art. 2 CCyC), no puede sino concluir en que la norma del art. 765 bajo análisis no es imperativa, ni mucho menos de orden público; por lo que no existen inconvenientes en que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, pacten que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente a la especie de moneda designada (arts. 766 y 958 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"). Además en la labor emprendida, no puede soslayarse la pauta básica establecida en el art. 962 del Código Civil y Comercial, según la cual, como regla, las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes. Como forzoso corolario de lo expuesto, emerge que, al no ser imperativa la norma contenida en la última parte del art. 765 del Código Civil y Comercial, para resolver el diferendo suscitado en autos por el pago del saldo del precio, debe aplicarse lo pactado por las partes en el contrato en cuestión; es decir, el pago debe hacerse en dólares estadounidenses (verfs. 11, Cláusula 2da., punto B)." (Expte. N°: JU-8977-2013 DI PRINZIO MARCELO CEFERINO Y OTRO/A C/CHIESA CARLOS JAVIER S/CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES/COMERCIALES, 14 de Febrero del año dos mil diecisiete, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín) ([http://www.scba.gov.ar/includes/download.asp?id=36418&n=Ver%20sentencia%20\(causa%20N%20B08977\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/download.asp?id=36418&n=Ver%20sentencia%20(causa%20N%20B08977).pdf)., marzo de 2017). Por su parte la doctrina menciona que: "En consecuencia, afirmamos junto a muy autorizada doctrina que la facultad incluida en el art. 765 in fine del CCyCN tiene carácter dispositivo y ya sea por decisión de las partes o de la ley, puede ser dejada de lado la facultad de conversión. La Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió, con fecha 25 de agosto de 2015, que la facultad asignada al deudor por el art. 765 del CCyCN no es de orden público y, por no resultar una norma imperativa, no habría inconvenientes en que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, pacten que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada. En efecto, en los expedientes "Fau, Marta Renée c/ Abecian, Carlos Alberto y otros s/ consignación" -Expte: 79.776/2012- y "Libson, Teodoro y otros c/ Fau, Marta Renée s/ ejecución hipotecaria", -Expte: 76.280/2012-

los Dres. GALMARINI, POSSE SAGUIER Y ZANNONI resolvieron confirmar la sentencia de grado según la cual se rechazó una demanda de pago por consignación promovida por una deudora de un mutuo en dólares estadounidenses con garantía hipotecaria, celebrado con los demandados el 15 de febrero de 2012. La actora se obligó a devolver la suma recibida en 36 cuotas, de las cuales canceló las seis primeras y, posteriormente, manifestó que le resultaba imposible adquirir en el mercado oficial la especie prometida, atribuyendo tal imposibilidad a un acto del poder público es decir, fuerza mayor. Paralelamente, a raíz de la mencionada hipoteca, los acreedores iniciaron el juicio de ejecución a fin de cobrar el crédito originado en el contrato de mutuo. La magistrada de primer grado rechazó la consignación promovida en dicho expediente y desestimó la excepción de pago invocada por la deudora hipotecaria, mandando llevar adelante la ejecución hasta que la deudora haga íntegro pago a los actores de las sumas adeudadas. Ambos pronunciamientos fueron apelados y la Sala F resolvió que, "conforme lo establecido en el Código Civil y Comercial, las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes a menos que de su modo de expresión, de su contenido o su contexto resulte de carácter indisponible (art. 962)". Asimismo, el fallo invoca lo dispuesto por el nuevo art. 7 CCyCN -que regula la aplicabilidad temporal de las normas y, consecuentemente, la forma de resolver el denominado derecho transitorio- y, en tal sentido, recuerda que "cuando la norma es supletoria no se aplica a los contratos en curso de ejecución, debiéndose aplicar por tanto la normativa supletoria vigente al momento de celebración del contrato" (39). De manera concluyente, la Cámara Civil de la Capital entiende que "El art. 765 del Código Civil y Comercial no resulta ser de orden público y, por no resultar una norma imperativa, no habría inconvenientes en que las partes en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958/962 del código citado) pacten -como dice el art. 766 del mismo ordenamiento- que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada..." (40). Por tal motivo, al tratarse de normativa supletoria, aplica en la especie las previsiones contempladas en los artículos 617 y 619 del Cód. Civil? (Marino, Abel E. ?Obligaciones en moneda extranjera?, LA LEY 17/09/2015, 17/09/2015, 1 Cita Online: AR/DOC/3191/2015). En consecuencia, concluyo que corresponde resolver el presente caso a la luz del Código Civil que rigió hasta el 31 de julio de 2015 y no el Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia el primero de agosto de ese año. Ello, sin perjuicio de poder recurrir al nuevo Código Civil y Comercial como fuente -no formal- del derecho o, conforme también se ha dicho, como argumento de autoridad o como doctrina interpretativa del régimen derogado (Galdós, Jorge Mario, ?La responsabilidad civil y el derecho transitorio?, La Ley del 16.11.2015). V.c) Aclarado lo anterior en torno al derecho aplicable, me abocaré al tratamiento de los tres agravios planteados. En primer lugar, los apelantes se agravan contra la sentencia de grado por cuanto ésta no asignó carácter de recibo cancelatorio de pago total al otorgado por el Escribano Marcelo Saúl Cifuentes en fecha 15 de mayo de 2013. Sostienen que dicho recibo es válido, y que el mismo instrumenta el pago total de la deuda por saldo de precio correspondiente a la compra del campo a ?Kostman Federal Corp S.A.? de fecha 26 de junio de 2012. Que al entregar la suma de \$ 2.676.019,19 en la escribanía de calle Mitre 716 de Tandil pagaron dicho saldo, extinguiendo la obligación y liberándose de la misma. Para afirmar lo anterior, se fundan en el texto contenido en el recibo en cuestión, y en el hecho de que dicho instrumento fue expedido por el escribano Marcelo Saúl Cifuentes, a quien consideran mandatario tácito de los cesionarios Canziani. Adelanto que no comparto los fundamentos de los recurrentes por las razones que explicitaré a continuación, analizando en primer término si el escribano Cifuentes resultaba mandatario tácito con aptitud para recibir pagos y en su caso si contaba con facultades para percibir pagos en distinta moneda a la pactada. Como es sabido el art. 731 del Código Civil disponía en su inciso 1º que: ?El pago debe hacerse 1º) A la persona a cuyo favor estuviere constituida la obligación si no hubiese cedido el crédito, o a su legítimo representante, cuando lo hubiese constituido para recibir el pago, o cuando el acreedor no tuviese la libre administración de sus bienes? (el destacado me pertenece). El representante del acreedor es una persona habilitada para recibir el pago, aunque no para sí, sino por cuenta del representado, y por ende siempre se trataría de un pago hecho al acreedor. Como explica Jorge Joaquín LLambías en su obra ?Tratado de Derecho Civil - Obligaciones? T. II-B, ed. Perrot Buenos Aires, págs. 155, la representación según su origen puede clasificarse en legal, convencional o judicial. La representación convencional -que es la que aquí interesa- surge del contrato de mandato por el cual una persona confiere a otra autorización para ?ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esa naturaleza (art. 1869)?. A su vez, la autorización para percibir la prestación debida puede otorgarse mediante un mandato expreso o tácito (conf. 1873 y 1874). Respecto a este último, explica LLambías que: ?Hay mandato tácito del acreedor para recibir el pago, cuando de la conducta obrada por el acreedor se induce ?con certidumbre la existencia de la voluntad (art 918) de autorizar a otro para ese cometido, y especialmente, si él no lo impide, ?pudiendo hacerlo, cuando sabe que alguien está haciendo algo en su nombre? (art 1874). / Son mandatarios tácitos del acreedor para recibir pagos: 1) sus dependientes o empleados para cobrar el precio de cosas que se venden al público al por menor en tiendas o almacenes, o por mayor cuando las ventas son al contado y efectuadas en el mismo almacén; 2) los mensajeros o nuncios, portadores del recibo firmado por el acreedor; 3) el apoderado del vendedor para ser una venta al contado, es un mandatario tácito para cobrar el precio (conf. art 1883); 4) el apoderado del locador para concertar la locación, es un mandatario tácito para cobrar los alquileres que deben solventarse en ese acto; 5) en fin,

es mandatario tácito del acreedor para recibir el pago, quien ha sido facultado por él para algo que requiere como medio de ejecución, la percepción de aquel pago. Específicamente y respecto al caso que nos ocupa, dice claramente Llambías que: "Se ha considerado que no es mandatario tácito del acreedor para cobrar el crédito, el abogado que lo patrocina o asesora; ni el escribano cuya escribanía ha sido determinada como lugar de pago;...". (el resaltado me pertenece). En la nota pertinente (114) el jurista refiere que en ausencia de otras circunstancias, la cláusula de fijación de domicilio de pago en la escribanía resulta insuficiente para considerar al profesional como mandatario tácito autorizado a recibir pagos. Así dice expresamente: "Comp. Ripert y Boulanger, *Trat. Der. Civ. T V*, n° 1522, p. 381; Aubry y Rau, *Cours de Droit Civil*, 4° ed. T IV, 317, p. 153, texto nota 7 (aunque en la nota expresan que "en principio y en ausencia de circunstancias particulares esa cláusula es insuficiente para hacer considerar al notario como revestido del mandato tácito de percibir?./ Para Busso, "tratándose de la interpretación de la voluntad de las partes, no pueden darse principios absolutos (op. Cit. T V, p.395, n° 76). Empero, nos parece pueden sentarse directivas de orientación, que en la especie conducen a rechazar, en principio, la calidad de mandatario del escribano, por lo mismo que como oficial público ha de mantener imparcialidad frente a los contratantes (conf. *Cám. Civ. Cap. Sala C*, ?E.D.?, t 2, p715; *Id, Sala D*, ?L.L?, t 100 p668; *Id, Sala F*, ?E.D.? t 2 p744; *Sala 2 Civ y CoM, Santa Fe ?Juris?*, t8 p18; véase *Obligación de escriturar*, en ?E.D?, t 2 p1068. Cuando la conducta inequívoca del acreedor revele un mandato tácito a favor del escribano, lo será pese a la función notarial de éste, y no en razón de ella." (el resaltado y subrayado me pertenecen). Es decir, que por principio general la cláusula que fija el domicilio de pago en la escribanía del notario interviniente no resulta suficiente para considerar al fedatario público como mandatario tácito. Sino, que es necesario que concurren otras circunstancias particulares que revelen en forma inequívoca la voluntad del acreedor de investir al escribano de la calidad de mandatario tácito. Así las cosas, no encuentro en el caso en análisis particularidades que revelen la existencia de un mandato tácito entre el escribano Cifuentes y los cesionarios Canziani. Por el contrario, como mencionara con anterioridad, los cesionarios se opusieron en forma expresa a reconocer como pago a la entrega en pesos efectuada por los deudores Galli. Asimismo, no se había implementado la costumbre de pagar en pesos en la escribanía, siendo la entrega del 15 de mayo de 2013 la primera con esas características. La ausencia de estas circunstancias particulares que son de vital importancia en el mandato tácito, impiden tener por probado el mandato pretendido. Así, dice López Mesa, Marcelo J, en su obra *Código Civil y leyes complementarias*, Anotados con jurisprudencia, Tomo I, págs.910 y 911, que: "Pago al mandatario tácito. No sería tercero ajeno, no habilitado para recibir el pago, quien lo recibe con conocimiento y sin oposición del acreedor, para él, aunque éste no haya otorgado mandato expreso para recibirlo. Existe mandato tácito en favor del escribano interviniente en la constitución de la hipoteca para percibir el cobro del crédito, si el deudor acostumbraba a efectuarle los pagos durante todo el plazo del gravamen?. En el mismo sentido, se ha dicho que "Conforme lo establece el art. 731 inc. 1 del Cód. Civil, el pago debe hacerse a la persona a cuyo favor estuviese constituída la obligación o a su legítimo representante, y en el lugar destinado al efecto (art. 747 Cód. Civil). La praxis judicial ha declarado que debe considerarse bien hecho el reintegro del importe de la prestación efectuado por el deudor hipotecario al escribano que intervenía en nombre del acreedor, si de las relaciones existentes entre éste y ese profesional, se deduce que existía un mandato tácito en los términos del art. 1784 del Cód. Civil. La existencia de un mandato tácito resulta no sólo de los hechos positivos del mandante sino también de su inacción o silencio, o no impidiendo, pudiendo hacerlo, cuando se sabe que alguien está haciendo algo en su nombre. Por aplicación de estos principios corresponde presumir la existencia de un mandato tácito a favor del escribano interviniente en la constitución de la hipoteca para el cobro del crédito, desde que el deudor acostumbraba a efectuarle pagos, durante el plazo del gravamen." (CC0201 LP B 79760 RSD-84-95 S 20/04/1995, ?Grasso, Osvaldo y otro c/ Gutzos, Juan y otros s/Cobro hipotecario?, base Juba). No soslayo que en ciertas circunstancias puede entenderse que la constitución del domicilio a los fines del pago en una escribanía, estudio jurídico, inmobiliaria, u otro lugar semejante, puede interpretarse como un mandato tácito a percibir pagos (esta Sala, causa n° 56.102, ?Clark?, del 13.03.12., con sus citas). Sin embargo, ello debe ir acompañado de otras conductas igualmente relevantes, como la aceptación asidua del acreedor. A su vez entender o interpretar que tal mandato existe no lo hace extensivo a otras facultades que en su caso y si el mandato fuese expreso estarían debidamente especificadas, como por ejemplo para aceptar una novación, quita, espera o como en el sub lite recibir un pago en una moneda distinta a la pactada. Esto es que aún siendo amplios en la interpretación del mandato tácito para percibir pagos, ello no implica que el mandato resulte a su vez amplio y abarcativo de otras facultades. En esta senda la jurisprudencia ha afirmado que "Las reglas aplicables al mandato entre cónyuges, en actos de disposición, son idénticas a las que rigen entre extraños, porque lo que el art. 1276 dispone respecto del mandato entre cónyuges no altera las disposiciones generales aplicables -salvo en cuanto a la obligación de rendir cuentas- al contrato de mandato. Por consiguiente, como la novación es un medio de extinción de las obligaciones (arts. 801 y 803 Código Civil) y se necesita un poder especial para novar por cuenta ajena (arts. 806 y 1881 inc. 2° Código Civil), queda descartada la posibilidad de que el marido, mediante la existencia de un mandato tácito, se encontrara facultado para novar lo primigeniamente pactado, ya que tal acto no puede considerarse comprendido en los de administración (art. 1276 "in fine" y 1888

del Código Civil).? (CC0201 LP B 88664 RSD-201-98 S 24/08/1998 Juez CRESPI (SD), ?Bongiorno, Silvia Mabel c/La Cigüeña S.A. y otro s/Cobro ejecutivo?, base Juba). Por todo lo expuesto, entiendo que no se ha probado en estos actuados el consentimiento de los pretensos mandantes de autorizar a otro (en este caso al escribano) para ese cometido (percibir un pago que no se condice con lo pactado). Siendo esa prueba -a cargo de quien alega la existencia del contrato- fundamental para poder afirmar la existencia del mandato tácito (art. 1874 del Código Civil) y diferenciar esa figura de otras, como la ?gestión de negocios?. Ha dicho la jurisprudencia que ?a) Según la norma del art 1874 del Código Civil, el mandato tácito debe resultar, no sólo de los hechos positivos del mandante, sino también de su inacción o silencio, o no pudiendo hacerlo, cuando sabe que algo está haciendo algo en su nombre (C. Civ. y Com. Paraná, sala 1, 18/06/1979, ?V. de M., A. v. A., J.L., LL Online); b) El acto de apoderamiento puede surgir no solo de la exteriorización directa de la voluntad, sino de una exteriorización indirecta de esa voluntad de apoderar al mandatario. Así lo dispone el art. 1874 del Código Civil en concordancia con las previsiones de los arts. 918, 919, 1145,1146 del citado cuerpo legal, en materia de efecto del silencio en la formación de los actos jurídicos y, en particular de los contratos (C. Nac. Civ., ala A, 14/5/1993, ?Sarquis Pablo...?, LL Online); c) Hay mandato tácito para percibir el pago, cuando de la conducta obrada por el acreedor se induce con certidumbre la existencia de la voluntad (art 918, CCIV) de autorizar a otro para ese cometido, y especialmente si él no lo impide pudiendo hacerlo cuando sabe que alguien está haciendo algo en su nombre (art 1874 CCIV)? (C. Nac. Com., sala C, 15/12/1983 ?West Ranch SCA...?, LL Online) (citados por López Mesa, Marcelo J., en su obra ya citada). Asimismo, y teniendo en cuenta la posibilidad de recurrir al nuevo Código Civil y Comercial como fuente -no formal- del derecho o como argumento de autoridad o como doctrina interpretativa del régimen derogado (Galdós, Jorge Mario, ?La responsabilidad civil y el derecho transitorio?, La Ley del 16.11.2015), oportuno resulta mencionar que el art. 375 del C.C.y C. establece como regla general la interpretación restrictiva para las facultades contenidas en los poderes. Entonces, si frente a un poder escrito y firmado las facultades del mandatario se deben observar estrictamente, con más razón se debe interpretar restrictivamente en caso de un mandato tácito, ya no en cuanto al eventual límite de las facultades, sino a su existencia (art. 375 del C.C.C., principio de seguridad jurídica).

Que por otra parte, y a fin de interpretar adecuadamente la conducta del Escribano (esto es si se comportó como mandatario o no), es dable analizar el alcance del recibo adjuntado a estos autos. En esa faena, podemos decir que a partir del análisis literal de su contenido resulta difícil imputar el carácter de pago a la entrega de \$ 2.676.019,10.- efectuada por Galli. Ello, ya que del texto completo de ese instrumento surge que dicha suma se entregó en concepto de ?depósito? para luego ser entregado a los acreedores y/o cesionarios. Así, el recibo en cuestión establece textualmente: ?Tandil, 15 de mayo de 2013. RECIBÍ del señor Raúl Galli la suma de PESOS DOS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL DIECINUEVE CON DIEZ CENTAVOS (\$ 2.676.019,10) en concepto de depósito para ser entregado a Kostman Federal Corp S.A. y/o sus cesionarios en concepto de pago total definitivo y cancelatorio del saldo de precio acordado en la escritura número 509 del 26/06/2013 cláusula segunda? (el resaltado me pertenece). Lo que indicaría que el recibo fue expedido como constancia del depósito efectuado en la escribanía, pero no como prueba del pago como pretenden los deudores hipotecarios. Refuerza la conclusión anterior, la conducta de las partes posterior al pago en pesos. Obsérvese que los deudores, el mismo día de la entrega de la suma en pesos, remiten carta documento a los acreedores hipotecarios a efectos -según sus propios dichos- de comunicar el pago en pesos realizado (?A la vez y en la misma fecha, remitimos a nuestros acreedores, una carta documento anunciándolos del pago, pese a que no era nuestra obligación?(escrito de demanda, fs. 36 vta., párrafo tercero de causa 46.892)). Del texto de la carta documento de fecha 15 de mayo de 2013 surge que Raúl Ángel Galli notificó a ?Kostman Federal Corp S.A.? en nombre propio y en el de su condómino Hugo Horacio Galli, que ?...en virtud de lo dispuesto en la cláusula Segunda del contrato de fecha 26/06/2012 Escritura Número 509 pasada por ante el notario Marcelo Cifuentes se ha procedido a depositar la suma de Pesos DOS MILLONES SEISCIENTOS DIECISIETE MIL QUINIENTOS (\$ 2.617.500,00) en el domicilio de calle Mitre 713 de la ciudad de Tandil (domicilio de pago) correspondiente a la cancelación anticipada de saldo de precio pactado.? Explicando a continuación que ?Que como es de su conocimiento las circunstancias que son de público y notorio me impiden hacer efectiva la entrega de billetes en moneda americana prometida,...? (fs. 19 causa 46892, original a fs. 61 de causa 46893). Lo transcripto se repite en las carta documento de fecha 27 de mayo de 2013 dirigidas a Horacio y Guillermo José Canziani. No puedo dejar de observar que de lo manifestado en la misiva por los deudores Galli, surge claramente que los mismos poseían pleno conocimiento de haberse obligado a pagar el saldo deudor del precio del campo en dólares estadounidenses. A su vez, también resulta relevante para la resolución de este primer agravio, lo manifestado por los cesionarios Canziani al contestar las misivas antes transcriptas. Estos, en fecha 3 de junio de 2013 mediante carta documento remitida a los deudores Galli, rechazan el ofrecimiento de pago y el depósito efectuado ?atento a que con el mismo se pretende cancelar anticipadamente el saldo de precio con un medio de pago diferente a lo expresamente estipulado en la hipoteca...? (fs. 65 causa nro. 46893). Asimismo no puedo dejar de señalar que ésta Alzada en la causa N° 58.758 (acumulada) dejó sin efecto por prematura la sentencia dictada en la instancia de origen y en forma enfática allí se señaló: ?En los presentes actuados, surge que ante

el pedido de fs. 120 vta. del ejecutante, la magistrada interviniente rechazó ?implícitamente? el pedido de apertura a prueba incoado por los excepcionantes a fs. 100/102 y dictó la sentencia desestimatoria de la pretensión hipotecaria que motiva la presente. No obstante que de ello no formuló agravio el vencido, cierto es que tanto en la demanda del juicio de cancelación como en su respectiva contestación ambas partes ofrecieron prueba y hasta propusieron la declaración testimonial del escribano Cifuentes, tercero no parte, interviniente en la operación de autos (conf. fs. 51 y fs. 114).- Por tanto dada la trascendencia que tal plexo reflejará en las cuestiones aquí debatidas estimo que en el caso no corresponde ponderar los aspectos temporales relativos a interposición de las respectivas demandas con estricta rigidez; máxime cuando hubo que transitar una instancia de mediación previa (conf. fs. 7 expte. n° 4369). Pero por sobre todo porque es en el juicio de cancelación donde podrán acreditarse ciertas peculiaridades que, de no ser valoradas conjuntamente y coetáneamente en ambos juicios, podrían proyectar una manifiesta inequidad con la solución a la que aquí -prematuramente- se arriba.-? Sin embargo, tal como surge de autos, el Sr. Juez de la Instancia de origen a fs. 198 y en presencia de las partes y sus letrados resolvió que no resultaba necesario proveer la prueba ofrecida, dejando asentada la posibilidad de las partes de replantear la cuestión ante esta Alzada. Que surge de autos que ninguna de las partes solicitó nuevamente la testimonial del Escribano Cifuentes, pudiendo hacerlo conforme lo expuesto en el apartado V.a) de la presente. Claramente los apelantes prescindieron de una prueba que resultaba fundamental conforme lo había señalado ésta Alzada y por medio de la cual se habría podido dilucidar en qué calidad había actuado el Escribano Cifuentes. Y ello gravita mayormente en contra de los deudores, ya que ?Al acreedor se le exige prueba de los hechos constitutivos de su derecho y a la obligada a las circunstancias extintivas de aquel; probada la existencia de la obligación la prueba del pago incumbe al deudor que lo alega para fundar su liberación? (Eisner, Isidoro ?La prueba en el proceso civil?, pág. 62 y ss.; SCBA, L 47420, S 16/7/1991, Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina...?, publ. en A y S 1991-II-511 y DJBA 142, 198; Ac. 55161 I 22-2-1994, ?Cid, María C. y ots....?; Ac. 92020, S 20/12/2006, Banco de la Pampa...?; esta Sala, causas N° 51042, ?Ferraris...? del 22/8/2007; n° 51035, ?Barrientos...? del 17/10/2007, entre otras). En fin, retomando las enseñanzas de Llambías -quien decía, como antes vimos, que en esta materia no pueden sentarse principios absolutos sino que han de ponderarse las circunstancias de cada caso- aprecio que en este caso son las propias partes quienes han asignado al Escribano un rol imparcial y secundario, propio de su función, ya que inmediatamente después de entregado el dinero en depósito iniciaron un intercambio epistolar directamente entre ellas y además prescindieron de citar al Escribano como testigo pese a que ambas lo habían ofrecido. Por lo expuesto, concluyo que no ha quedado acreditada la existencia de un mandato tácito celebrado entre los cesionarios Canziani y el escribano Cifuentes con las facultades que los recurrentes pretenden asignarle, y que en consecuencia no es factible otorgar al recibo de fs. 57 el carácter de cancelatorio de la deuda oportunamente adquirida, debiendo desestimarse el primer agravio de los apelantes. En cuanto al segundo agravio, los apelantes se quejan por considerar el sentenciante de grado válida la cláusula cuarta del contrato de compraventa inmobiliaria, sosteniendo que en realidad se trataría de una cláusula predispuesta, abusiva, contradictoria, plasmada en un contexto contractual no paritario. En dicha cláusula, apartado d) la parte compradora (Raúl Ángel Galli y Hugo Horacio Galli) en fecha 26 de junio de 2012 declara que ?...tienen en su poder y con libre disponibilidad, la cantidad suficiente y necesaria de dólares estadounidenses para cancelar el saldo de precio, por tal razón declaran formal y expresamente que es su voluntad obligarse a no transformar la deuda de dólares estadounidenses al cambio oficial ni a ningún otro tipo de moneda o papel, que no sea el que libremente han pactado como elemento esencial del contrato.?(fs. 12 Causa N°46.892). Surge de la transcripción anterior la existencia de dos cláusulas que eran redactadas con frecuencia en los contratos en general y especialmente en los inmobiliarios en particular, vinculadas con la moneda de pago en dinero extranjero, debido particularmente a las medidas gubernamentales de control y restricción para adquirir moneda extranjera dictadas en la Argentina desde octubre de 2011 en adelante (puede verse al respecto Esper, Mariano, ?Análisis de cláusulas contractuales vinculadas con el precio en moneda extranjera?, Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, febrero, 2015, <http://www.revista-notariado.org.ar/2015/02/analisis-de-clausulas-contractuales-vinculadas-con-el-precio-en-moneda-extranjera/>). Por un lado, aparece la llamada cláusula de solvencia en la cual la parte adquirente declara que posee en el país la cantidad de divisas necesarias para atender el pago del saldo de precio y por otro la cláusula de moneda extranjera como condición esencial del negocio. Esta última resulta relevante en el marco de los contratos paritarios, como resulta el ahora analizado. Distinta hubiese sido -en principio- la situación si las partes hubiesen celebrado un contrato de mutuo hipotecario, pero en este caso nos encontramos ante un contrato de compraventa inmobiliaria de un campo en el Partido de Necochea en un escenario económico jurídico comenzado en octubre de 2011 y cuyo desarrollo fue detallado por la sentencia de grado, a la que me remito por razones de brevedad. Así las cosas, atento la declaración de solvencia de la parte compradora (a la cual es posible otorgarle el valor probatorio de confesión extrajudicial), en el marco de la teoría de los actos propios, principio de confianza, buena fe y realidad, atento la importancia que las partes han dado a la moneda foránea en el acuerdo de voluntades plasmado en el contrato en junio de 2012, entiendo que la

vendedora ha adquirido con la celebración del acuerdo de voluntades el derecho a percibir el precio en dólares estadounidenses. No siendo suficiente la mera declaración de la parte compradora, ahora apelante, de la imposibilidad de adquirir moneda extranjera para el pago de la obligación adquirida para justificar el pago en una moneda diferente a la pactada. Es más, aún en el supuesto de inexistencia de la cláusula cuarta apartado d), la parte tendría que haber probado la alegada imposibilidad no siendo suficiente la mera declaración. Así lo ha entendido la jurisprudencia, por ejemplo en el precedente de la Cámara de Bahía Blanca antes citado (causa n° 144.785, ?Carpo, Elena Nora c/ Peralta, Ceferino Víctor Alberto s/ cumplimiento de contrato?, del 03.12.15.), de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, por mayoría: ?Me ocupo entonces de la sostenida imposibilidad de cumplir enteramente con su obligación, esto es pagar el saldo del precio, en la moneda pactada en el contrato, por cuanto le resulta imposible adquirir los dólares necesarios para ello, en virtud de las disposiciones del Banco Central que instrumentan el llamado ?cepo cambiario?. Nada ha dicho la recurrente acerca de las circunstancias puestas ya de manifiesto en la sentencia, como por ejemplo, la inexistencia de prueba alguna que aponte que la imposibilidad que esgrime, que estaba a su cargo (art. 375 del C.P.C.C.) así como tampoco que al tiempo de formalizar la contratación, se hallaba ya en curso el régimen restrictivo que invoca como impeditivo del pago pactado, comenzado en octubre de 2011- lo que el propio demandado reconoce al contestar la acción-, lo que le resta virtualidad para erigirse en un caso fortuito de imprevisible consideración o constitutivo de fuerza mayor, circunstancias de especial relevancia en la adopción de la decisión atacada?. Y que: ?...es de toda evidencia que las restricciones en el mercado único de cambios que invoca el recurrente, no excluyen 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 asumiera (conf. ?Cornacchini Jorgelina c/Morcillo, Enrique Ernesto s/Ejecución hipotecaria?, Sent. del 11/07/2013, Expte. 141502, N.O. 244 L.I n° 100 y ?Selvarolo, Luis Angel c/Orozco Domingo y otra s/Ejecución hipotecaria? Sent. del 21/11/2013 Expte. 142310 N.O. 180, L.I. 111?). No otra solución que la que manda cumplir la obligación en la forma pactada, cabe concluir en el conflicto suscitado. Ello porque no es cierta la imposibilidad alegada en tanto existen medios alternativos de adquirir los dólares billetes estadounidenses necesarios al efecto, como por ejemplo, las operatorias previstas como dólar bolsa (ver al respecto www.lanacion.com) y el llamado contado con liquidación (ver pronunciamiento recaído en autos ?BBVA Banco Francés y ot. s/infracción ley 24.144? de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B sent. del 11/03/2015 que llegara a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que recayera pronunciamiento el 14/07/2015 -LL 29/04/2015, LA LEY 2015-B, 544).? (voto de la Dra. Castagno a la segunda cuestión, a la que adhiere por los mismos fundamentos el Dr. Ribichini y con ampliación de fundamentos el Dr. Peralta Mariscal, quien pone de resalto que la pretensión del demandado de liberarse en pesos viola el principio de identidad del pago sentado en el art. 740 del Código Civil). Oportuno resulta mencionar, que si bien no resulta idéntica la cuestión fáctica, en la Causa N°58474 "BOBBIO...? de noviembre de 2014, esta Sala resolvió a contrario sensu del presente caso, a favor del depósito en pesos por parte de la ejecutada atento haber quedado fehacientemente acreditada la imposibilidad del deudor de adquirir dólares estadounidenses para depositar la cantidad aprobada en la respectiva liquidación. En el caso antecedente, se pidieron oficios al Banco Central de la República Argentina (BCRA) y a Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) a fin de que informara si la ejecutada se encontraba en condiciones de comprar dólares estadounidenses para hacer frente al cumplimiento de la sentencia principal, concluyendo que conforme la contestación realizada por el Banco Central al oficio oportunamente cursado, similar resultado hubiese ocurrido si se hubiesen girado o depositado dólares desde el exterior, pues se hubiesen retirado pesos en similar cantidad que la cotización oficial tuviese la divisa estadounidense. Es decir que, aún si el depósito hubiese sido realizado con remesas del exterior, la operación debía ser efectuada por intermedio del Banco Central.- Por otra parte no contaba el contrato con una cláusula de solvencia como en el sub lite y el mismo databa de fecha anterior a las leyes de pesificación dictadas en el año 2002.- Por ello, atento que los recurrentes no solo no han probado la imposibilidad de pagar en dólares estadounidenses, sino que han suscripto cláusulas de solvencia al momento de contratar, estando ya iniciado el proceso económico-jurídico de ?cepo cambiario? (octubre de 2011), entiendo que corresponde desestimar el segundo agravio planteado por los apelantes. Corresponde ahora analizar el tercer y último agravio planteado por los apelantes, que se refiere a la tasa de interés fijada en la sentencia en crisis.

El instrumento causal del presente caso (contrato de compraventa inmobiliaria en dólares con garantía hipotecaria), prevé en sus cláusulas primera y segunda el capítulo II, un interés compensatorio del 6% pagadero por semestre adelantado, y en caso de mora un interés punitivo equivalente a la tasa que fije el Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuento de documentos a treinta días, que nunca podría ser inferior a la tasa del 2% efectivo mensual. Habiendo los deudores peticionado la morigeración de los intereses pactados (fs. 92/100 vta. causa n° 46893), el Sr. Juez A-quo resolvió en el marco de los arts. 621, 1197 y 953 del Código Civil disminuir la tasa fijada en concepto de interés punitivo, estableciendo la misma en 1% mensual y manteniendo la restante consensuada por las partes (18% anual). Así las cosas, los apelantes solicitan una mayor disminución de las mismas en una escala del 4% al 8% en concepto de intereses moratorios y punitivos. He de decir que la asiste razón en este punto a los

recurrentes, ya que como hemos mencionado en otros precedentes (Causa N° 1-56436-2012 - "MILESI...", de junio 2012): "... Por su parte, en otros precedentes de tribunales provinciales, referidos siempre a obligaciones mantenidas en dólares estadounidenses, se ha aplicado una tasa del cinco por ciento (5%) anual (Cám. Civ. y Com. La Matanza, sentencia del 11-3-03, "Fischer Eliberto Alcides c/ Margani Eusebio s/Cobro Ejecutivo de dinero", sumario JUBA B3400398; Cám. Civ. y Com. San Martín, sentencia del 27-5-04, "Balestra Elenora Haydee c/Papalardo Enrique Humberto s/Cobro Ejecutivo", sumario JUBA B1951184, sentencia del 9-3-04, "Iuzzolino Santiago c/Chait Christian José. Cobro ejecutivo, sumario JUBA B1951060; esta Sala causa cit. 49266 ?Cipria?). Sin embargo, y por no existir tasas oficiales, siguiendo el precedente repetidamente citado, en función de las consideraciones anteriores y de las actuales circunstancias fácticas, ponderando las pautas emergentes del mercado, esta Sala estableció dicha tasa de interés en el seis por ciento (6 %) anual, la que se aplicará desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago (art.622 del Cód. Civ.; arts.34 inciso 4 y 163 inciso 6 del Cód. Proc.; Llambías, Tratado de derecho civil, obligaciones, tomo II-A, págs.228 y 229, y ejemplo en nota 100; Casiello, en Código Civil de Bueres-Highton, tomo 2-A, págs.483 y 484; esta Sala causa cit. 49266 ?Cipria?). La tasa del 6% es comprensiva de los intereses compensatorios y de los punitivos, discriminados en el 4% y el 2% respectivamente (esta Sala causa N°51378, 30/8/2007, ?Jarque Sebastián c/Ricardo Daniel?). Asimismo, más recientemente, se ha fijado una tasa del 7,5% anual comprensiva de los intereses compensatorios y punitivos (?Narvaez, Maria Cristina c/ Ciraudó, Dora Delia s/ ejecución hipotecaria?, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, 07/10/2014), como también del 8 % por todo concepto en el marco de una ejecución hipotecaria derivada de un mutuo acordado en moneda extranjera (puede verse Mazzinghi Marcos la facultad de morigerar los intereses exorbitantes y el nuevo Código, La Ley 01/09/2015, 9-La Ley 2015-E,11, cita online: AR/DOC/2919/2015). Por lo expuesto, teniendo en cuenta la situación actual del mercado cambiario y financiero, una tasa de intereses del 8% nominal anual en dólares luce razonable y justa (arts. 794 del C.C.C.; arts. 656 segundo párrafo del Código Civil). En consecuencia, estimo que corresponde hacer lugar al agravio esgrimido por el actor, modificándose la sentencia en crisis exclusivamente en este aspecto. VI) En lo que respecta a las costas, si bien este decisorio es modificadorio del de primera instancia respecto a la tasa de interés, por lo que en principio correspondería adecuar las costas allí impuestas (art. 274 del C.P.C.C.), es lo cierto que ya el Sr. Juez de Primera Instancia morigeró los intereses atendiendo al planteo formulado por los deudores en tal sentido (considerando IV) pero no obstante ello impuso la totalidad de las costas de ambos procesos a los deudores hipotecarios (considerando V), presumiblemente por entender que éstos últimos habían resultado perdedores en lo sustancial, y sobre ello no se agravieron los recurrentes. Así las cosas, concluyo que en razón de estas particularidades no corresponde adecuar las costas de primera instancia en los términos del art. 274 del C.P.C.C. En cuantos a las costas de la Alzada, atento el resultado del recurso, propongo al acuerdo imponer las costas a los ejecutados Galli en un 80% y a los ejecutantes Canziani en un 20 % (arts. 68 y 71 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios de esta instancia para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904. Así lo voto. A la misma cuestión, el Señor Juez, Dr. LOUGE EMILIOZZI por los mismos argumentos votó en idéntico sentido. A LA TERCERA CUESTION, la Señora Juez Doctora Lucrecia Inés COMPARATO, dijo: Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts.266, 267 y concs. del C.P.C.C., propongo al acuerdo: I) Desestimar el planteo de deserción del recurso interpuesto a fs. 219 y fundado a fs. 275/290 de la causa N°46.892 (Nro. de Cámara 61.021) . II) Confirmar la sentencia de primera instancia de fs.199/225 de causa ° 46892 y su acumulada, modificándosela únicamente en cuanto a la tasa de interés por todo concepto que se fija en un 8% anual. III) Imponer las costas de Alzada a los recurrentes vencidos en un 80% y a los cesionarios del crédito hipotecario en un 20% (arts. 68 y 71 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad prevista en el art. 31 del Dec. Ley 8904/77. Así lo voto. El Sr. Juez Dr. Esteban Louge Emiliozzi adhirió por los mismos fundamentos al voto precedente. Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y concs. del C.P.C.C. se resuelve, se Resuelve: I) Desestimar el planteo de deserción del recurso interpuesto a fs. 219 y fundado a fs. 275/290 de la causa N°46.892 (Nro. de Cámara 61.021) ; II) Confirmar la sentencia de primera instancia de fs.199/225 de causa ° 46892 y su acumulada, modificándosela únicamente en cuanto a la tasa de interés por todo concepto que se fija en un 8% anual; III) Imponer las costas de Alzada a los recurrentes vencidos en un 80% y a los cesionarios del crédito hipotecario en un 20% (arts. 68 y 71 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad prevista en el art. 31 del Dec. Ley 8904/77. Notifíquese y devuélvase.

015734E