

## Mutuo Hipotecario Esfuerzo Compartido

JURISPRUDENCIA Mutuo hipotecario. Esfuerzo compartido Se confirma la sentencia apelada en cuanto hizo lugar parcialmente a la demanda por cobro de pesos con fundamento en un mutuo hipotecario, y se la modifica en lo que respecta a la imposición de costas, que deberán ser soportadas en el orden causado. Lomas de Zamora, a los 17 días de Octubre de 2017, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, de este Departamento Judicial, Dres. Carlos Ricardo Igoldi y Javier Alejandro Rodiño con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho, para dictar sentencia, la causa n° 74683, caratulada: "ESPÓSITO, JORGE MARCOS Y OTRO C/ MATURANO, RUBÉN FRANCISCO Y OTRO S/ COBRO SUMARIO DE SUMAS DINERO".- De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes: -CUESTIONES- 1°.- ¿Es justa la sentencia dictada? 2°.- ¿Qué corresponde decidir? Practicado el sorteo de ley (art. 263, últ. parte, Cód. Proc.), dio el siguiente orden de votación: Dres. Javier Alejandro Rodiño y Carlos Ricardo Igoldi.- -VOTACION- A la primera cuestión, el Dr. Javier Alejandro Rodiño dice: I.- Que el señor Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial número uno con sede en la ciudad de Lanús, dictó sentencia a fs. 223/225 haciendo lugar parcialmente a la demanda por cobro de pesos iniciada por Jorge Marcos Espósito y Carlos Alberto Espósito contra Rubén Francisco Maturano y Alcira Beatriz Defani, condenándoles a abonar a los actores en concepto de capital el importe que resulte de computar por cada dolar adeudado un peso con más el cincuenta porciento de lo que supere dicha valuación, calculado según el valor del dolar tipo vendedor en el mercado libre de cambio al día anterior del efectivo pago publicado en el diario Ambito Financiero. Dispuso que en cuanto a los intereses corresponde aplicar desde la mora, la tasa que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento a treinta días y desde el día 6 de Enero del 2002 el que paga la misma entidad bancaria en sus depósitos a treinta días. Impuso las costas del proceso en cabeza de los demandados vencidos y dirigió la pertinente regulación de honorarios de los profesionales actuantes para la etapa procesal oportuna. Que a fs. 226 apelaron los actores, concediéndose libremente el recurso deducido a fs. 232. Que a fs. 227 apelaron los demandados, concediéndose libremente el recurso deducido a fs. 232. Que a fs. 244/245 expresaron agravios los demandados, recibiendo réplica a fs. 265.. Que a fs. 256/262 expresaron agravios los actores, recibiendo respuesta por parte de los demandados a fs. 266/270. Que a fs. 274 se llamó la causa para dictar sentencia, mediante providencia consentida y firme que habilita el dictado de la presente. II- De los agravios.- De la actora: A modo de síntesis, los actores se agravan en primer lugar por el rechazo formulado en la instancia de grado, respecto el planteo de inconstitucionalidad de las leyes 25.561 y 25820 y Decreto 214/2002. Seguidamente se agravan ante la forma que el a-Quo resolvió equilibrar la posición de los contratantes frente al cambio de la moneda a raíz del denominado esfuerzo compartido. Por último, cuestionan la tasa de interés dispuesta. Expresan que los intereses compensatorios pactados libremente por las partes han desaparecido del fallo del Juez y se intenta morigerarlos con una nueva tasa. De la demandada: Se agravan los accionados ante la aplicación lisa y llana del principio general sobre costas regulado por el artículo 68 del CPCC. Solicitan la aplicación de las costas procesales en el orden causado. III- Cuestión preliminar.- El 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994; circunstancia sobreviniente por la cual corresponde determinar en primer término la ley aplicable a los supuestos como el que nos ocupa. Que el artículo 7 del nuevo ordenamiento vigente establece la aplicación inmediata de las leyes a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, agregando a párrafo seguido que las mismas no tienen efecto retroactivo, salvo disposición en contrario. Que ambos principios (aplicación inmediata e irretroactividad de la ley), bien entendidos, se complementan. Que de tal modo, corresponde entender -como regla general- que la nueva legislación se aplica inmediatamente a todos los supuestos acaecidos a partir de su entrada en vigencia, así como también a aquéllos otros que, habiéndose originado aún en fecha anterior, producen sus consecuencias jurídicas con posterioridad a la sanción de la norma. No será aplicable entonces a las relaciones o situaciones jurídicas -y sus consecuencias- consumadas, agotadas o extinguidas con anterioridad a su vigencia, excepto cuando, claro está, exista disposición legal en contrario. Que, sentado ello, advierto que en la especie la relación jurídica obligacional en la que se funda el reclamo nació en el momento de celebrarse el mutuo hipotecario que une a los contendientes -esto es, el 24 de Abril de 2.001-; razón por la cual considero que el conflicto deberá ser juzgado por la ley vigente en aquél entonces, hoy derogada. (En este sentido, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., en La Ley 02/06/2015, punto IV último párrafo.; LORENZETTI, R. L., en ?Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado? T. I, p. 47 y sgtes, Ed. Rubinzal Culzoni; ?Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado? Tit. Prel. y Libro I, Ed. INFOJUS; p. 23 y sgtes; íd. SCBA, Ac. 107.423). IV-

Consideración de las quejas.- i. En primer lugar y pese a que en la instancia de origen no fue abordado el planteo de inconstitucionalidad de las leyes 25.561 y 25820 y Decreto 214/2002 deducido oportunamente por los quejosos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 273 del CPCC, corresponde tratarlo en el presente estadio. Encontrándose en tela de juicio la constitucionalidad del bloque normativo de emergencia sancionado a comienzos de la década de 2000, habré de ir inicialmente sobre el punto, desde que los acreedores Jorge Marcos Espósito y Carlos Alberto Espósito se alzan argumentando que la normativa de emergencia aniquiló su derecho de propiedad y que el Poder Judicial debe frenar las potestades de los otros poderes cuando avanzan sobre el patrimonio de los ciudadanos. En consecuencia, bajo las premisas señaladas, y aún cuando la posición de esta Sala es prístina en cuanto se refiere a la validez de la Ley 25561 y a la pesificación invocada, la resolución que ha de dictarse en torno a la temática objeto del recurso, debe tener en cuenta los efectos particulares e institucionales que presenta el caso. En estos supuestos, la decisión debe fundarse en una razonable ponderación de los principios constitucionales en juego, y en una adecuada consideración de las consecuencias económicas y sociales de la decisión que debe tomarse, ya que la finalidad esencial apunta a contribuir con la paz social. La verdadera misión que tiene el Tribunal en casos de relevancia institucional, no es averiguar la verdad, ni practicar silogismos, sino adoptar una decisión que permita apaciguar los conflictos, fundándose en argumentos constitucionales razonables, verificables y que tengan en cuenta los consensos sociales vigentes en el momento de tomarla. Es de resaltar que las leyes de emergencia que disponen la pesificación de las deudas pactadas en dólares u otra moneda extranjera rigen para el mercado interno, a los fines de mantener el sinalagma contractual existente el momento de modificarse el régimen monetario, de modo que el deudor no se vea perjudicado con la disparada del valor del dólar o de otra divisa, y el acreedor enriquecido sin causa en igual medida y a costa del primero, razón por la cual lo que se toma en cuenta es el valor adquisitivo del crédito convertido a pesos en el momento del pago y en nuestro mercado doméstico. La doctrina y jurisprudencia emanada de anteriores procesos inflacionarios y devaluatorios sufridos por nuestro país distinguen dos supuestos de obligaciones en moneda extranjera. Uno es el uso de la moneda extranjera como "cláusula de ajuste" o de "estabilización", entre personas o entidades locales cuya finalidad es la de procurarse un medio de mantener el valor de sus prestaciones. El otro uso se da cuando la moneda extranjera constituye la "moneda del contrato", esto es, cuando la divisa representaba el valor que intrínsecamente las partes tuvieron en miras al contratar (CALZ Sala I Causa N° 63.979 Noviembre de 2007 in re "Persano c/ Banco Río s/ Incumplimiento de contrato y daños y perjuicios"). Ahora bien, es cierto que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce, la existencia de derechos absolutos sino limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general, con la única condición de no alterarlos en su substancia (Fallos: 130:360; 172:21; 249: 252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 308:1631; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 316:188; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325: 11, entre muchos otros). Sin dejar de tener en cuenta dichas pautas, cabe expresar que no hay duda de que al forzar al acreedor a recibir una moneda distinta a la pactada, las normas de emergencia no sólo han alterado el principio de autonomía de la voluntad (art. 1197 del Código Civil) y distintas reglas concernientes a las obligaciones y contratos (arts. 617, 619, 740, 742, 2240, 2245, 2250 y 2252 del código citado), sino que también han impuesto restricciones a derechos individuales de raíz constitucional, como son los de contratar y de propiedad consagrados en los arts. 14 y 17 de la Ley Fundamental. Por todo cuanto se viene exponiendo, adelanto que la solución que se ha dado al caso en la anterior instancia, es a mi criterio justa, y guarda relación con lo que desde su anterior integración viene sosteniendo esta misma Sala I (CALZ RSD 58/04 entre muchas otras). En diversas ocasiones hubo de expedirse esta Alzada, y en casos como el que se trae, resolvió aplicar la doctrina del "esfuerzo compartido" a las obligaciones nacidas antes del 6 de enero de 2002 y cuyos efectos debían aplicarse con posterioridad, merituando la mora antes o después de esa fecha de inflexión (CALZ Sala I RSD 190/02; 555/04; 221/06 98/07 y 287/07 entre otros). En autos "Labeque, Claudia c/Barrere, Pablo s/D. Y Perj.", (causa 57.684, 23-XII-03, Reg. Sent. Def. 544) se resolvió una cuestión similar a la del sub-examine; expresando en aquella ocasión, que: "Sea que se trate de tiempos de normalidad o de emergencia, la pesificación de las deudas, en tanto importa una restricción de la situación patrimonial, que importa un detrimento efectivo, real y actual, impone una suerte de confiscación, que tropieza con la garantía que consagra el artículo 17 de la Constitución Nacional (en igual sentido, CNCiv., Sala G, 16-IV-03, Diario "El Derecho", julio 11 de 2002, fallo 52.127). No es dudoso que el 6 de enero de 2002 opera como un indiscutido punto de inflexión en el normal desarrollo obligacional. Si, como en el caso, las circunstancias sobrevinientes por el hecho del príncipe sacudieron el contexto en que se generó y desarrolló el sinalagma y aniquiló sus bases, degradando no sólo la propiedad del acreedor sino también empobreciendo al deudor quien vio repentinamente disminuir su capacidad de pago a límites que eran insospechados al tiempo de suscribir el convenio, los jueces están precisados a dar respuestas justas y equilibradas, echando mano a los distintos recursos que proporciona el derecho. Es decir, deben tratar de buscar el iustum concreto, porque el derecho sólo se concibe como un sistema de justa solución de los conflictos (conf. Diez-Picazo, Luis, "Experiencias jurídicas y teoría del Derecho", Barcelona, Ariel, pág. 240). Las normas imponen la necesidad de que todos

soporten equitativamente las consecuencias de la emergencia, de modo que nadie se beneficie a expensas de otro. Imaginar que en una grave crisis es posible preservar inmutables las condiciones bajo las cuales se desenvuelve cada uno de los habitantes es no tener sentido de la realidad. Y de ese sentido no se puede carecer si realmente se procura administrar justicia (Ratti Eduardo A., "La conversión a pesos de las obligaciones nominadas en dólares" Rev. La Ley del 8- XI-02). En tal sentido el abuso del derecho, la equidad y el esfuerzo compartido pueden encontrar un margen de razonabilidad en el rango de diferencias tan abruptas como la existente entre el pago en dólares o la simple pesificación "uno a uno". En síntesis, la pesificación responde tanto al derecho de propiedad del acreedor como del deudor y, en un país donde sólo tiene curso legal la moneda nacional y donde la devaluación se produjo imprevistamente por acto del príncipe, no puede predicarse el derecho de una sola de las partes (Francisco Junyent Bas, "Pesificación. Los contratos privados, las deudas en mora y la teoría de la imprevisión y el esfuerzo compartido", Diario "El Derecho", mayo 22 de 2003). Y, para un mayor abundamiento solo me resta decir que la crisis económica que afectó a nuestro país en el período referenciado por la quejosa, existió para la totalidad de los habitantes de esta tierra, y por ende, también afectó a los acreedores, y a los Jueces, todo ello amén de haberse tornado en un hecho de público y notorio conocimiento. En esta inteligencia de principios, habiendo analizado y meritado el plexo probatorio de autos, conforme las reglas de la sana crítica, en mi concepto, corresponde desestimar el agravio contenido a este respecto en el recurso interpuesto, ante lo cual, propongo confirmar el decisorio de origen en el presente aspecto.

ii. Conforme fuera dicho más arriba, se habrá de mantener la aplicación del esfuerzo compartido a efectos de determinar el valor de las cuotas pendientes de reajuste, siendo éste el criterio seguido no solo por esta Sala, sino por el Máximo Tribunal provincial en reiteradas oportunidades (véase causas C. 94.032, "Rechou, Diego contra Czyzyk, Norma Lidia. Ejecución hipotecaria"; C. 97.043, "Zella, Raimundo Ciro contra Ter Akopian, Arturo Diego y otra. Ejecución hipotecaria"; C. 99.406, "Inalpa Industrias Alimenticias Pavón Arriba S.A. contra Litovich, Héctor Fabián y otro. Ejecución hipotecaria"; C. 89.562, "Quiroga, Julio Ismael y otro contra Arias, Mario Osvaldo y otro. Ejecución hipotecaria" y C. 93.176, "International Trade Logistic c/ Tevicom Fapeco S.A. Incidente de revisión en autos: Tevycom Fapeco S.A. s/ concurso preventivo", sentencias todas dictadas el 29-XII-2008; entre muchas otras), habiéndose delineado una clara, profusa y, ahora, pacífica jurisprudencia en torno a la validez de dicho mecanismo.

iii. En cuanto a los intereses, esta Sala tiene dicho que en supuestos de recomposición del sinalagma, por aplicación del bloque normativo de emergencia comprendido por la Ley 25.561 y Decreto 214/2002 y normas afines, corresponde la aplicación de una tasa de interés del 7.5% anual, no capitalizable entre moratorios y punitivos, desde la fecha en que se produjo la mora y hasta la del efectivo pago, . No obstante ello, no resulta aplicable el criterio sostenido por esta sala en este caso en particular en virtud del principio de la "reformatio in pejus", de jerarquía constitucional y que impide empeorar objetivamente la situación del apelante. En efecto, la "reformatio in pejus" es un principio de jerarquía constitucional -derivado del apotegma tantum devolutum quantum appellatum- que indica que el juez de la apelación no tiene mas poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos y que veda la posibilidad de agravar, perjudicar o empeorar objetivamente la situación del recurrente, e impide que se prive a la impugnación de su finalidad específica de obtener una ventaja o un resultado más favorable (SCBA, Ac. 34184 S 13-8-1985, in re "Bertella de Sabaris, Margarita y otros c/ Ledesma, Raúl Mario y otro s/ Daños Y perjuicios", Pub. A y S 1985-II-324 - DJBA 1986-130.74; SCBA, aC. 43697 s 11-12-1990, IN RE "Alies de rosellini, Osga S. c/ Rosellini, Jorge s/ Separación Personal y tenencia de hijos", Pub. AyS 1990-IV-492; SCBA, Ac. 74134 S 13-9-2000, in re "Arancibia, Rosario C. c/ Transportes Automotores Pueyrredón S.A. de Transportes Financiera e I (L 275) y otros s/ Sumario" entre muchos otros). En el particular, el límite impuesto en la sentencia en crisis para el cálculo de los intereses resulta más beneficioso para el apelante, que el criterio sostenido por este Tribunal de Alzada, motivo por el cual por imperio de la prohibición de la reformatio in pejus, que, cimentada en el principio dispositivo, limita los poderes del ad quem impidiendo que se empeore la situación del apelante en beneficio de la contraria -que ninguna queja alzó al respecto- no cabe sino la confirmación de lo resuelto en el punto en crisis (arts. 34 inc. 4°, 242, 243, 246 270 del Cód. Procesal), lo que así propongo al acuerdo.

iv. Se agravan los demandados ante la imposición de costas en la instancia originaria. Es dable recordar que las costas, no revisten el carácter de "pena" que le asignaban las Leyes de Partidas, sino el de una "indemnización" debida al vencedor, de los gastos que al obligado a litigar le ha ocasionado su oponente. Se sigue así el pensamiento de Chiovenda al consagrar la teoría objetiva de la condena. En otras palabras, las costas son erogaciones que necesariamente deben hacer los sujetos del proceso para obtener la actuación de la ley mediante la resolución judicial que pretenden (Chiovenda. La Condena en Costas, Madrid 1928 pag. 232; Podetti. Tratado de los Actos Procesales, pag. 101, N°30 SCBA A y S, vol. 3, pág. 255). Como consecuencia de lo expuesto, se imponen con prescindencia de la buena o mala fe del vencido o de su mucha o poca razón (DJBA Vol. 43, pág. 954. Vol. 45, pag. 606), simplemente, atendándose al principio objetivo de la derrota, consagrado por la ley adjetiva, se impone la condena en costas al perdedor (art. 68 del C.P.C.C.). A mi entender, ha existido en el caso objeto de esta litis, méritos suficientes que justifican apartarse del principio arriba establecido.- Esta Sala I para casos similares al presente, tiene decidido que deben aplicarse las

costas en el orden causado. Ello es así, ya que se viene manifestando en la jurisprudencia y la doctrina, diversos criterios en torno a la temática en relación a la aplicación de la normativa de emergencia, lo cual justifica que las costas de ambas instancias se impongan como quedara dicho (arg. y doct. de los arts. 68 ap. 2° y 274 del CPCC CALZ Sala I RSD 555/04 del 16-12-04 entre muchas otras), lo cual he de proponer al Acuerdo. En virtud de estas consideraciones -VOTO POR LA AFIRMATIVA- A la misma primera cuestión, el Dr. Carlos Ricardo Igoldi, por consideraciones análogas, TAMBIEN VOTA POR LA AFIRMATIVA.- A la segunda cuestión, el Dr. Javier Alejandro Rodiño dice: Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede, corresponde modificar la sentencia en crisis solamente en lo que respecta a la imposición de costas, las cuales deberán ser soportadas en el orden causado, confirmándose en todo lo demás que fuera materia de recurso y agravios. Las costas de Alzada habrán de ser soportadas en el orden causado (art. 68 ap. 2° y 274 CPCC), difiriéndose la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad (Ley 8904). -ASI LO VOTO- A la misma segunda cuestión, el Dr. Carlos Ricardo Igoldi, por compartir fundamentos, VOTA EN IGUAL SENTIDO. Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente -SENTENCIA- En el Acuerdo quedó establecido que la sentencia es justa con la salvedad indicada. POR ELLO, CONSIDERACIONES del Acuerdo que antecede y CITAS LEGALES, corresponde modificar la sentencia en crisis solamente en lo que respecta a la imposición de costas, las cuales deberán ser soportadas en el orden causado, confirmándose en todo lo demás que fuera materia de recurso y agravios. Costas de Alzada en el orden causado. Difiérese la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. Regístrese. Notifíquese en formato papel de conformidad con lo dispuesto por el quinto párrafo del artículo 143 del rito y el artículo 8 del "Protocolo para la notificación por medios electrónicos" (Ac. N° 3845) y, consentida o ejecutoriada, devuélvase a la instancia de origen.

022806E