

REGISTRADA AL
TOMO 2020 FALLO N° 19.681
DEL LIBRO DE SENTENCIAS

FORMOSA, TRES DE JULIO DEL AÑO DOS MIL VEINTE.-

VISTO:

Estos autos caratulados: “**BANCO DE LA NACION ARGENTINA C/ SUCESION DE CARLOS IDELSON S/ JUICIO DE EJECUCION HIPOTECARIA**” -Expte. N° 11.951/19 registro de Cámara- venidos del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Formosa con asiento en esta ciudad, a conocimiento de la **Sala II -Año 2019-** de esta Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial; y

CONSIDERANDO:

Que a fs. 248/257 vta. se dicta la Sentencia N° 273/19 que desestima la excepción de prescripción liberatoria opuesta por los demandados, hace lugar a la excepción de pago parcial documentado articulada por los demandados Estela Matilde Idelson, Carlos Raúl Idelson e Isaac Ismael Idelson, mandando seguir adelante la ejecución por el saldo del capital reclamado, cuantificándolo en la suma de \$ 25.593,14, con más los intereses pactados, desde la mora y hasta su efectivo pago, los que no podrán exceder del 36% anual; con costas a las partes, fijando un 50% a cada una de ellas con base en el art. 71 del C.P.C.C.

Que, contra dicho decisorio interpone recurso de apelación a fs. 259 la parte actora, siendo concedido en relación (fs. 260). A fs. 267/270 vta., se presenta el memorial de agravios, el que una vez sustanciado es contestado (fs. 276/277 vta.) por Hugo Eduardo Idelson y Jorge Enrique Idelson, quienes solicitan en primer lugar se declare desierto el recurso, y a todo evento se desestime la apelación, con imposición de costas a la actora.

Los agravios esgrimidos por la actora apelante cuestionan el fallo en los siguientes puntos 1) Admisión de la excepción de pago parcial, imputación y aplicación de los pagos: Sostiene la actora que la Magistrada yerra al hacer lugar a la excepción de pago parcial, como también en la imputación de los pagos percibidos por el Banco de la Nación Argentina en la subasta llevada a cabo en la tercería “Banco Provincia de Formosa c/ Idelson Hugo Eduardo s/ Ejecutivo” Expte N° 337/99 registro del Juzgado Civil y Comercial N° 6, dado que en dicha causa el Banco acreditó que sobre los dos inmuebles a subastarse, mantenía dos créditos hipotecarios (en dólares), acompañando la planilla de liquidación; continúa argumentando que en el acta de remate consta la suma por la que se remató cada uno de los inmuebles, no obstante los cheques judiciales se libraron por las sumas de \$110.944,27 y \$133.462,59 sin una imputación expresa a qué crédito hipotecario se aplicaban dichos fondos, por lo que entiende que el libramiento así realizado no implica que deba deducirse del monto histórico de la deuda, ni que deba aplicarse al crédito

reclamado en esta causa. Agrega que sin perjuicio que su parte hizo reserva de imputar el pago en la etapa procesal oportuna, al practicar la planilla de liquidación, los montos deben ser aplicados considerando el producido de la venta de cada uno de los inmuebles (detalla el procedimiento que considera aplicable); además afirma que lo concerniente a la imputación es materia propia de la etapa de ejecución de sentencia, y los pagos de ningún modo deberán ser asignados a capital, pues en primer lugar deben ser imputados a intereses devengados hasta la fecha de pago y *a posteriori* al capital. 2) determinación del monto de condena en pesos, limitación de intereses: Cuestiona en definitiva el monto de condena fijado en el fallo, y postula además que la suma reclamada tiene su origen en un mutuo hipotecario concedido en Dólares Estadounidenses, correspondiendo como se consigna en la demanda aplicar la Ley N° 25.561 y Decretos concordantes 214/02 y 320/02, concluyendo que por ello debe revocarse el decisorio, lo cual tiene incidencia en materia de imposición de costas, las que sostiene deben ser modificadas (3er agravio) debiendo recaer en un 100% a cargo de la parte demandada.

Con carácter previo al análisis del recurso, cabe señalar que esta Alzada valora la expresión de agravios, a los fines de determinar si reúne los requisitos necesarios para mantener el recurso de apelación, con un criterio de amplia tolerancia pues es el que mejor armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por el art. 263 del C.P.C.C. con la garantía constitucional de la defensa en juicio. Además, en caso de duda acerca de si el escrito de expresión de agravios abasteca la carga de rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tener por cumplida la susodicha carga (CCiv. y Com. Rosario, sala IV, 16/9/97, Rep. La Ley, 1998-2183, N° 287 y LLLitoral, 1998-I-1058). Consecuentemente con ello, y dado que el escrito de expresión de agravios presentado por el recurrente abasteca con el mínimo de técnica requerida las exigencias procesales, corresponde el tratamiento de los argumentos expresados al fundar la apelación, desestimándose el pedido de declaración de deserción del recurso. Asimismo, corresponde precisar que: *“Los jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquéllas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones”* (CSN Noviembre 8-1981, “Dos Arroyos SCA c/Ferrari de Noailles”, en Actualización de Jurisp., N° 1440, La Ley, 1981 -D, pág. 781; CALZ Sala I Reg. Sent. Def. 32/90 m 172/00 entre muchas otras-Microjuris On line. MJ-JU-M-255576-AR/MJJ25576), por lo que se abordarán las cuestiones esenciales para la resolución del caso en estudio.

Sentadas dichas cuestiones, se analizará la composición de la deuda ejecutada en estos autos, a efectos de resolver los planteos postulados por el Banco apelante, para ello

debe partirse del análisis del título que constituye la base de la presente ejecución. Así, el Banco de la Nación Argentina promueve ejecución hipotecaria con las escrituras hipotecarias N° CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS (fs. 9/22) DE FECHA **21/12/95** y su anexo Escritura N° CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO (fs. 23/25). El mutuo hipotecario plasmado en la Escritura N° 456, responde a una unificación de las deudas existentes y liquidadas al **20 de diciembre de 1995** con la entidad y establece para la deudora un nuevo plan de pago, como así la constitución de hipoteca en Primer y Segundo Grado, hasta la suma de **“PESOS DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO (\$273.858)”**, en todo concepto, capital, intereses compensatorios, punitivos, gastos y costas a esa fecha, además consta que en esa oportunidad se abona al contado la suma de \$ 3.858, quedando en definitiva **un saldo de \$ 270.000** amortizable en treinta y seis cuotas mensuales y consecutivas e iguales, pactándose intereses sobre el saldo del capital. Quedan afectados como garantía hipotecaria en primer grado los inmuebles inscriptos en las Matrículas Números 4.666 (1), 18.889 (1), 21.856 (1) FORMOSA, y en segundo grado de privilegio el inmueble Matricula Número 16.379 (1) Formosa. Se consigna además que **“El Banco queda autorizado a aplicar, a partir del momento en que la obligación caiga en mora y hasta el efectivo pago, sobre el capital y sus intereses capitalizados, la Tasa Activa de la Cartera General correspondiente al periodo de la mora...”**, se acuerdan intereses punitivos, la capitalización de intereses”... (el resaltado me pertenece).

Del examen de los términos del mutuo hipotecario, se concluye que sin dudas nos encontramos ante la ejecución de una deuda en PESOS y no en dólares como entiende el apelante; el yerro del planteo se sostiene en la misma consigna equivocada que se plasmó en la demanda, (cuando mencionan las normativas sobre pesificación), siendo que en ningún momento tal operación surge de la documentación presentada, debiendo señalarse que el título hipotecario se basta a sí mismo y carecen de incidencia en esta etapa los motivos o causas que dieron lugar a la unificación de las deudas anteriores y realización de nuevo mutuo hipotecario plasmado en la Escritura N° 456/95, debe en consecuencia evaluarse la composición de la deuda de acuerdo a la voluntad expresa de las partes, contenida en el instrumento base de la presente ejecución, a mayor abundamiento resulta ostensible que los intereses pactados en ningún modo son compatibles con deudas contraídas en dólares, por lo que las quejas en este sentido no pueden ser acogidas.

Vale aclarar que si bien accionó con base a una planilla de liquidación (\$1.441.692,72), posteriormente modificó el monto de demanda ajustándolo al capital histórico (fs. 51 y 106) de Pesos Doscientos Setenta Mil (\$ 270.000), ordenándose librar en consecuencia el mandamiento de intimación de pago y embargo. De allí que, de acuerdo a

los antecedentes el monto ejecutado de \$ 270.000, se consolidó al 21 de diciembre de 1995, fecha de la suscripción del mutuo hipotecario, previéndose una amortización en 36 cuotas mensuales, consecutivas e iguales, fijándose el primer vencimiento para el día 20 de enero de 1996, sin que se haya verificado pago alguno por parte del deudor. Sin embargo se encuentra acreditado que en fecha 22 de diciembre de 2009 (fs. 685 y vta.) en el Expte. N° 337/99 caratulado “Banco de Formosa S.A. c/ Idelson Hugo Eduardo S/ Ejecutivo”, del registro del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 6, se realizó la subasta de inmuebles hipotecados, ocasión en que percibe el acreedor hipotecario parte de la deuda aquí ejecutada, en razón del resultado de la subasta de uno de los inmuebles hipotecados y ante la preferencia de su crédito por sobre el embargante en dichos autos. El ejecutante, al promover la acción y al contestar la excepción afirma que percibió en esos autos una suma de dinero (aunque no de la cuantía), correspondientes a la deuda ejecutada, y con anterioridad a la promoción de esta acción, pero que dichas sumas serán descontadas en la liquidación respectiva no siendo hábiles para sostener la excepción de pago.

Cabe tener presente que para que la excepción de pago proceda es requisito de admisibilidad que el pago se encuentre documentado y el instrumento respectivo emane del acreedor o de su legítimo representante, siendo además que no puede obviarse que el “pago” es el cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación, lo que importa que deba verificarse una actividad voluntaria del deudor a satisfacer la deuda, lo que no sucedió en el caso analizado. En ese orden de ideas se tiene dicho que *“El pago supone una actividad positiva del solvens y, en consecuencia, si las sumas han sido embargadas judicialmente a raíz de la ejecución promovida contra el deudor, no pueden servir de fundamento a la excepción de pago. De ahí que la praxis judicial ha sostenido que las sumas incorporadas a la causa por vía del trámite de embargo compulsivo, no configuran el pago previsto en el Código Civil -acto jurídico voluntario y lícito- (arts. 725 y 994) por consiguiente no es válido invocar aquel dinero embargado para fundar la excepción de pago (Cam 2° Apel Civ y Com. La Plata, Sala I, 20/02/03 - citado por Alberto Bueres, Elena I. Highton, Código Civil y Normas Complementarias Tomo 1, pág 412, Hammurabi, José Luis Depalma Editor)*. Lo enunciado resulta aplicable al caso, debiendo concluirse que la percepción de las sumas de dinero realizada en la subasta llevada a cabo en el Expte N° 337/99 caratulado “Banco de Formosa S.A. c/ Idelson Hugo Eduardo S/ Ejecutivo” del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 6, por el acreedor hipotecario en su carácter de acreedor privilegiado, no puede sustentar la excepción de pago, aunque deben descontarse los importes correspondientes en oportunidad de realizar la liquidación respectiva, dado que se encuentra acreditado que el Banco de la Nación Argentina percibió

fondos en la subasta **sin discriminación del crédito al cual se aplican**. Téngase en cuenta que en el expediente de prueba (N° 337/99), el Banco de la Nación Argentina fue citado en su carácter de acreedor hipotecario (fs. 111) y al presentar los títulos de los inmuebles la entidad adjunta a) la **Escritura Seiscientos Sesenta y Seis** (fs. 179/187) que grava con derecho real de hipoteca **en primer grado** y hasta la suma de **US\$ 320.000 el inmueble** inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble bajo la **Matrícula N° 16.379**, y b) la **Escritura Cuatrocientos Cincuenta y Seis** y su anexo ampliatorio **Escritura Cuatrocientos Sesenta y Cinco** (fs. 199/209) que gravan con derecho real de hipoteca **en primer grado los inmuebles** inscriptos bajo las **Matrículas N° 4.666, 18.889 y 21.856** y con **derecho real de hipoteca en segundo grado el inmueble inscripto bajo la Matrícula 16.379**, todos hasta la suma de **\$ 273.858**. Lo expuesto revela que el Banco de la Nación Argentina percibió dinero por el producido de las subastas realizadas en la causa del Banco de Formosa S.A., correspondientes a dos inmuebles, el inscripto bajo la Matrícula N° 4.666 (fs. 402) afectado como garantía real en primer grado al mutuo hipotecario que aquí se ejecuta y el inscripto en la Matrícula N° 16.379 (fs. 403), afectado como garantía real a dos mutuos hipotecarios diferentes, correspondiendo la hipoteca gravada en segundo grado a la que se ejecuta en esta causa, circunstancia que pone en evidencia que la cuestión de los montos concretos a descontar de esta deuda deben diferirse a la etapa de liquidación, a efectos de garantizar un debido contradictorio, postura que planteó la accionante al contestar la excepción, amén que el ejecutado se limitó a referir de manera general a los montos ya cobrados por el Banco, sin precisar una suma concreta a deducir. Ergo el agravio debe prosperar y revocarse la sentencia en cuanto hace lugar a la excepción de pago.

También se agravia el apelante por la imputación a capital realizada de las sumas percibidas que realiza la Juez de grado. Cabe aclarar que si bien este Tribunal se pronuncia por el rechazo de la excepción de pago, ello no obsta a analizar en esta oportunidad la cuestión de la imputación, por ser un tema introducido como agravio y debidamente substanciado, a fin de evitar mayor dispendio jurisdiccional en la etapa liquidatoria. No se encuentra controvertido en definitiva que en fecha 22 de diciembre de 2009 (fs. 685 vta. del Expte N° 337/99 caratulado “Banco Formosa S.A. c/ Idelson Hugo Eduardo S/ Ejecutivo”), del registro del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 6, el Banco ha percibido sumas de dinero correspondiente a esta ejecución (la controversia valga aclarar consistió en si las sumas percibidas fundan o no la excepción de pago, y cual es el monto en definitiva a descontar)

Las constancias de la causa determinan que desde el inicio de la mora, se deben capital e intereses pactados, los mismos corren sobre la totalidad del capital adeudado hasta el 22 de diciembre de 2009, momento en que debe deducirse (del capital) los montos

efectivamente percibidos, y a partir de allí hasta el efectivo pago de la deuda continúan devengándose los intereses calculados sobre el saldo de capital insoluto, sin que pueda modificarse en esta oportunidad la imputación claramente realizada en el expediente de la subasta, la que no mereció objeciones. En este punto el agravio no tiene acogida.

Otro punto que merece un análisis diferenciado es el agravio referido a la aplicación del tope del 36% fijado en la sentencia de la baja instancia. Afirma la actora que el límite se sostiene en el Fallo 11.397/06 de esta Excma. Cámara de Apelaciones y que el tope fue impuesto en otro marco económico nacional, con una inflación mas sostenida que la actual, señalando que basta con consultar la tasa activa vigente del Banco de la Nación Argentina aplicable judicialmente a las causas donde no se han pactado intereses por las partes, las que superan el histórico 36% anual; incorpora otros argumentos como aval de su postura.

A poco que se analice el planteo, deviene necesario receptorlo y admitir el agravio, correspondiendo modificar el decisorio en el punto, por las siguientes razones: En primer lugar es menester poner de relieve que la decisión de modificar el tope del 36% anual, importa un cambio de criterio al porcentaje que esta Alzada viene sosteniendo como límite judicial a los intereses pactados y al que se ajustan también los diferentes Juzgados de la Provincia, como lo hizo la Magistrada de la baja instancia.

Cabe tener presente que cuando se establecen intereses pactados éstos son los que deben aplicarse, sin embargo es consolidada la doctrina y jurisprudencia que sostienen la facultad de morigerar los intereses en el caso concreto, tal posición ha sido sostenida inveteradamente por esta Cámara de Apelaciones, teniendo límites las reglas contenidas en los arts. 621 y 1197, del C.C., dentro del mismo plexo normativo (art. 953 del C.C.), previendo también el nuevo Código Civil y Comercial tal facultad (art. 771 del C.C.C.), sin embargo la cuantía fijada como tope a los intereses pactados al quedar establecida por decisión judicial, no resulta inmutable, y debe adecuarse ante importantes alteraciones del contexto económico, pues así la facultad judicial ejercida y dirigida a imponer un límite a los intereses pactados cuando resultan abusivos, debe también estar orientada a lograr un adecuado equilibrio en la composición de las deudas liquidadas, tanto en resguardo de los derechos del deudor, como del acreedor. Revisando la postura en el actual contexto resulta inconducente mantener el tope del 36%. Una mirada retrospectiva en los antecedentes de este Tribunal nos lleva al 11 de octubre del año 2001, cuando mediante el Fallo 6791/2011 *in re* “**CREDIL S.R.L. C/ MOREL LEÓN S/ EJECUTIVO**” -Expte. N° 4686/01, registro de Cámara- se resolvió elevar el tope a los intereses pactados, en dicha oportunidad luego de reiterar la facultad de los jueces para morigerar los intereses se puntualizó que “... *este Tribunal viene aplicando como razonable y justa una tasa de hasta*

el 24% anual, es menester analizar si a la fecha dicha tasa es la que se ajusta a las pautas de los mercados. En este sentido nos hallamos transitando, como es de público y notorio, un período de inestabilidad financiera que ha afectado en forma directa a los indicadores económicos, como por ejemplo las tasas de interés, las cuales se han elevado en el mercado, a resultas de dicho proceso. En consecuencia, mantener el 24% anual hoy no aparece como justo, ya que protegiendo los derechos del deudor pasaríamos a desproteger al acreedor, por lo que resulta conveniente modificar dicho importe, elevándolo a un monto equivalente al 3% mensual, lo que hace un total del 36% anual comprensivo de los intereses compensatorios más los punitivos.”

A casi 20 años de tal decisorio, se considera imperioso modificar la postura en orden al mecanismo utilizado para la morigeración de intereses. Se tiene presente que en el transcurso del extenso lapso enunciado, se dieron importantes cambios en el sistema económico financiero del país; los Tribunales Nacionales, Federales y Provinciales, no han sido indiferentes a las circunstancias, a su vez contestes con una visión humanista de la realidad acompañaron las vicisitudes *aggiornando* la jurisprudencia ejerciendo su facultad morigeradora de diversas maneras, al poner límites a los intereses excesivos pero sin perder de vista el alcanzar (como se expresó) un adecuado equilibrio en la composición de las deudas liquidadas, tanto en resguardo de los derechos del deudor, como del acreedor. En numerosos Tribunales la posición asumida se caracterizó por imponer un porcentaje determinado como tope a la liquidación de intereses, el que fue variando de acuerdo a las distintas épocas. Estimamos que de acuerdo a la nueva coyuntura económico financiera el mantener una tasa porcentual fija (a criterio de los jueces) en particular el 36%, puede quedar desfasada por exceso o por defecto, según las tasas de mercados vigentes en los diferentes periodos de la mora que deben ser liquidados. En el caso particular bajo análisis se aleja también del postulado de justicia, cuando en los supuestos que las partes no han celebrado pacto sobre intereses, se dispone la aplicación a la tasa activa general nominal actual del Banco de la Nación Argentina, que es justamente la tasa pactada en el presente contrato en ejecución, siendo en consecuencia dable eliminar el tope establecido del 36% en pos de la aplicación de los intereses pactados (tasa activa), siempre y cuando la misma no sea inferior -en los periodos pertinentes- al 36% en cuyo caso se manteniendo esta última a fin de no afectar la posición del apelante (*reformatio in pejus*) (confr. Fallos CNCom Sala B RC J 1482/17). A su vez teniendo presente que en el mutuo también se han fijado otros intereses amén de los moratorios, queda a salvo el ejercicio de la Facultad morigeradora del Juez aún en la etapa de liquidación, si de su aplicación y/o resultado de la capitalización de intereses, excede “*sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para los deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación...*”,

ello conforme lo prescrito en el art. 771 del C.C.yC. aplicable en esta etapa en atención a lo dispuesto en art. 3 del C.C.yC.

En definitiva se concluye que, al momento de liquidar la deuda deben aplicarse en principio los intereses pactados, sin perjuicio de la facultad de morigerar los intereses (de oficio o a petición de parte), de conformidad al precepto contenido en el art. 771 del C.C.yC.; pues de acuerdo a los precedentes jurisprudenciales en la materia, es en oportunidad de confeccionar la liquidación donde se aprecia la real conformación de la deuda, surgiendo el equilibrio o la desproporcionalidad en relación a las variables utilizadas por el acreedor, momento en que cabe ejercer la facultad de limitar los intereses.

En suma, corresponde hacer lugar al recurso de apelación revocando la sentencia de grado, disponiendo mandar llevar adelante la ejecución por el capital reclamado, dejándose previsto que a partir de la mora se aplicarán los intereses pactados hasta el día 22/12/2009 y a partir de allí se liquidarán los intereses sobre el saldo de capital insoluto hasta su efectivo pago, de conformidad a los argumentos dados en los considerandos. Por la forma en que se resuelve el recurso las costas de la baja instancia deben ser soportadas por la parte ejecutada (arts. 68 y 277 del C.P.C.C.). En cuanto a las costas de la Alzada prosperando el recurso en lo principal, en tanto se desestima la excepción de pago y se manda a llevar adelante la ejecución por la suma reclamada, las mismas deben ser soportadas por la ejecutada apelada (art. 68 del C.P.C.C.)

Por ello, con la opinión coincidente de las Señoras **Jueces de Cámara, Dras. MARÍA EUGENIA GARCÍA NARDI y TELMA C. BENTANCUR -Subrogante-**, suscribiendo el Fallo el **Dr. HORACIO ROBERTO ROGLAN -Presidente-** sin emitir su voto por haberse alcanzado la mayoría legal (conf. art. 33, Ley N° 521 y sus modificatorias, art. 5 del Reglamento de este Tribunal, Actas N° 03/18, punto segundo y N° 01/19, punto segundo), la **Sala II -Año 2019- de esta EXCMA. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL,**

RESUELVE:

I- HACER LUGAR al recurso interpuesto a fs. 259 por la parte actora y en consecuencia **REVOCAR** la Sentencia N° 273/19 dictada a fs. 248/257 vta.. En consecuencia disponer mandar llevar adelante la ejecución por el capital reclamado, dejándose previsto que a partir de la mora se aplicarán los intereses pactados hasta el día 22/12/2009 y a partir de allí se liquidarán los intereses sobre el saldo de capital insoluto hasta su efectivo pago, dejando a salvo la facultad de morigerar los intereses en la etapa de liquidación de conformidad a lo normado por el art. 771 del C.C.yC., todo de conformidad a los argumentos dados en los “Considerandos”.

II.- IMPONER las costas en la baja instancia a la parte ejecutada (arts. 68 y 277 del CPCC) y en la Alzada a la ejecutada apelada (art. 68 del C.P.C.C.), de acuerdo a lo establecido en los “Considerandos”.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, bajen los autos al Juzgado de origen.-

-Fdo.-
DRA. MARÍA EUGENIA GARCÍA NARDI
JUEZ
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL

-Fdo.-
DRA. TELMA C. BENTANCUR
JUEZ SUBROGANTE
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL

-Fdo.-
DR. HORACIO ROBERTO ROGLAN
PRESIDENTE
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL

ANTE MÍ

-Fdo.-
DR. RAMÓN ULISES CORDOVA
SECRETARIO
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL

ES COPIA