

CAMARAS DE APELACIONES EN LO CIVIL, C-CUARTA

PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 114

CUIJ: 13-06800727-9((010304-55612))

SAVAL ANTONIA JOSEFA C/ NUÑEZ CRISTIAN MAURICIO P/
HIPOTECARIA

106054408

En la ciudad de Mendoza a un día del mes de agosto de dos mil veintidos, reunidos en la Sala de Acuerdos de esta Excma. Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, los señores Jueces, trajeron a deliberación para resolver en definitiva los autos N° 13.498/55.612, caratulados “SAVAL ANTONIA JOSEFA C/ NUÑEZ CRISTIAN MAURICIO P/ HIPOTECARIA”, originarios del Primer Tribunal de Gestión Asociada de Paz de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia, venido al Tribunal en virtud del recurso de apelación

planteado por la parte demandada, a fs. 73, en contra de la sentencia de fs. 67/70.

Practicado el sorteo establecido por los arts. 140 y 236, ap. III del CPCCyT, se determinó el siguiente orden de votación: Ferrer, Ábalos y Leiva.

De conformidad con lo ordenado en el art. 160 de la Constitución Provincial, y el Art. 141 del Código Procesal, Civil, Comercial y Tributario de Mendoza, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

Primera cuestión:

¿Debe modificarse la sentencia en recurso?

Segunda cuestión:

¿Costas?

Sobre la primera cuestión propuesta, el Sr. Juez de Cámara Dr. Claudio A. Ferrer dijo:

I- PLATAFORMA FÁCTICA:

Se presenta la Dra. Clara Rosa Quiles, por la Sra. Antonia Josefa Saval, y promueve proceso monitorio por ejecución hipotecaria en contra del Sr. Cristián Mauricio Nuñez, solicitando se lo condene al pago de la suma de U\$S300.000, más intereses punitivos, cláusula penal pactada y costas y la ampliación de la condena en contra de One Tower Mendoza S.A. por ser a quien se le ha transferido el dominio fuduciario del inmueble objeto de la litis.

Expresa que su representada, por intermedio de apoderada, suscribió con fecha 22/07/2020, como parte vendedora, un contrato de compraventa con el Sr. Cristian Mauricio Nuñez, respecto de un inmueble sito en calle Bandera de los Andes N° 2690, Villa Nueva, Guyamallén, Mendoza, identificado como fracción “B”, constante de una superficie de 4.704,20 mts.2, según título y de 4.671,36 mts.2, según plano de mensura.

Señala que la operación de compraventa se pactó en la suma de U\$S350.000, habiendo entregado el demandado a la firma del contrato la suma de U\$S50.000.

Indica que con fecha 1/10/2020 se elevó a escritura pública dicha compraventa, la que quedó plasmada en la escritura n° 102, pasada ante la Notaria Camila Gómez Figueroa, suscribiéndose también la constitución de una hipoteca por el saldo de precio de U\$S300.000 que debían ser abonados en una sola cuota, el 10/10/2021.

Aclara que el contrato de compraventa fue incorporado como parte integrante de la escritura pública en cuestión, en carácter de documento habilitante.

Afirma que siendo ello así, a los efectos del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes, se debe tener en cuenta lo pactado en el contrato de compraventa de fecha 22/07/2020 y en la escritura pública n° 102, en especial, en lo referido a la moneda de pago del saldo de precio de U\$S300.000, que no fue abonado a la fecha de su vencimiento.

Funda en derecho y ofrece pruebas.

A fs. 5/6 se dicta sentencia monitoria admitiendo la demanda en contra del Sr. Cristián Mauricio Nuñez, además de ampliar la condena respecto de One Tower Mendoza S.A..

A fs. 12/25, comparece el Dr. Francisco José Festa, por el Sr. Cristián Mauricio Nuñez, se opone a la sentencia monitoria, plantea excepciones de inhabilidad de título y de pago y solicita que la demanda sea rechazada, con costas.

Funda la inhabilidad de título en que no existe ninguna obligación de plazo vencido atento a la consignación de la cuota en cuestión y el pago cancelatorio a través de ese procedimiento, todo conforme consta en el acta notarial de fecha 15/11/2021, a través de la cual se consignó la suma de \$31.275.000, puestos a disposición de la actora en la Escribanía de la Notaria Camila Gómez Figueroa.

Sostiene que a los efectos de determinar la suma de \$31.275.000, se tomó el tipo de cambio vendedor del Banco de la Nación Argentina (\$104,25) por dólar.

Niega que, por lo tanto, su representado haya incurrido en mora.

Aclara que en la escritura pública mediante la cual se constituyó la hipoteca no se hace ninguna referencia a que la deuda deba ser abonada en dólar billete.

Indica que ante la realidad del país, la disparidad de los distintos tipos de cambio y la imposibilidad de acudir a la compra de moneda extranjera, se procedió a efectuar el pago en pesos, al tipo de cambio oficial.

Funda en derecho y ofrece pruebas.

A fs. 30, el Dr. Francisco José Festa, por One Tower Mendoza S.A., adhiere a la oposición a la sentencia monitoria efectuada por el demandado Cristian Mauricio Nuñez.

A fs. 32/46 y fs.48/51, la Dra. Clara Rosa Quiles, por la actora, contesta el traslado conferido respecto de las oposiciones a la sentencia monitoria, solicitando su rechazo con costas.

A fs. 64/65 se resuelve acerca de la admisión y sustanciación de las pruebas ofrecidas por las partes.

II- LA SENTENCIA RECURRIDA:

Refiere que la parte demandada aduce que el título carece de plazo vencido como consecuencia de la consignación del pago mediante acta notarial de fecha 15 de noviembre de 2021, por la suma de \$31.2750.000.

Sostiene que el objeto del pago debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización, agregando que el acreedor no está obligado a recibir, ni el deudor tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida.

Expresa que la escritura de compraventa con constitución de hipoteca por el saldo de precio de U\$S300.000 introduce el contrato de compraventa como documento habilitante en los términos del art. 307 del CCyC, contrato en el cual las partes pactaron expresamente que el comprador solo quedaba desobligado pagando en dólares billetes estadounidenses, sin admitirse sustitución o conversión.

Agrega que pese a que dicha cláusula no fue reproducida en la escritura de compraventa y constitución de la hipoteca, al haberse agregado aquel contrato como instrumento habilitante, constituye una renuncia lícita a lo dispuesto por el art. 765 del CCyC, lo que descarta la posibilidad de realizar el pago en una moneda distinta a la pactada.

Refuerza su posición en que los dólares estadounidenses pueden ser adquiridos en el “MEP” o “contado con liquidación” y que las restricciones para su compra al valor oficial ya existían al momento de celebrarse el contrato en julio del 2020.

Concluye en que el ofrecimiento de pago realizado por acta notarial de fecha 15 de noviembre de 2021, no fue realizado en la moneda pactada y que, además, a esa fecha el deudor ya se encontraba en mora, por lo que debía incluir intereses punitivos y la cláusula penal pactada, lo que impone el rechazo de las excepciones de inhabilidad de título y de pago y la confirmación la sentencia monitoria, salvo en lo que respecta a las regulaciones de honorarios.

Por último, morigera los intereses punitivos y cláusula penal, reduciéndolos a un 12% anual, en conjunto.

III- LA EXPRESION DE AGRAVIOS Y SU CONTESTACION:

Al fundar su apelación, el Dr. Francisco José Festa, por el demandado Cristian Mauricio Nuñez y One Tower Mendoza S.A., menciona que la sentencia agravia a sus representados, en primer lugar, porque condena a pagar el importe de la hipoteca en dólares estadounidenses billetes, basándose para ello en el contrato de compraventa, cuando la cláusula que así lo disponía no fue reiterada en la escritura por la que se constituyó la hipoteca.

Expresa que no puede la jueza suponer situaciones que las partes no han dispuesto, ni interpretar más allá de lo expresamente escrito en la hipoteca.

Aclara que el contrato de compraventa es solo un convenio accesorio y que resulta insólito que se condene a pagar la deuda en dólares billetes cuando la escritura no lo expresa y las partes acordaron dejar sin efecto la renuncia a la facultad prevista en el art. 765 del CCyC.

Concluye en que esa parte ofreció pagar la hipoteca en pesos al cambio oficial del Banco de la Nación Argentina, con fecha 15 de noviembre de 2021, procediendo a consignar ante escribano público la suma de \$31.275.000, lo cual descarta la mora y que, por ende, hubiera tenido que incluir en ese pago intereses punitivos y/o la cláusula penal, no siendo un motivo para ello un retraso en el pago de solo 35 días.

Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de su posición.

La Dra. Clara Rosa Quiles, por la actora Sra. Antonia Josefa Saval, contesta el traslado de la fundamentación del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, solicitando que sea declarado desierto o, en subsidio, que se lo rechace, con costas, todo conforme a las razones que allí se exponen y que doy por reproducidas en mérito a la brevedad.

IV- TRATAMIENTO DEL RECURSO:

IV- a)- El pedido de deserción.

Una vez más recordaré que los agravios deben constituir una exposición jurídica completa y autosuficiente que contenga el análisis razonado y crítico de la resolución impugnada, caso contrario con sujeción al art. 137 del CPCCyT, debe declararse desierto el recurso de apelación y también que la mera repetición de argumentos invocados al demandar o al contestar la demanda, no cumple, en absoluto, con los requisitos que impone la norma ritual, para concluir en que, como dijera Colombo, la valoración de la expresión de agravios "...no es cuestión de extensión del escrito, ni de manifestaciones sonoras, ni de profusión de citas, ni tampoco de injurias más o menos veladas al juez, sino de efectividad en la demostración del eventual error in iudicando: la ilegalidad e injusticia del fallo..." (COLOMBO, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. II, comentario arts. 265/266, p. 565; cfr. Bianchiman, Roberto Gabriel, Expresión de agravios: su valoración, DJ 1996-1 , 979, LL Online: AR/DOC/4348/2006).

Considero que los agravios formulados por los apelantes cumplen, al menos mínimamente, con el recaudo de plasmar una crítica razonada de los fundamentos que avalan la resolución en crisis, por lo que, participando del criterio amplio que entiende que la Alzada no debe autolimitarse en sus poderes de revisión al aferrarse a interpretaciones severas que terminen frustrando el derecho de defensa del recurrente, no corresponde hacer lugar al planteo de deserción.

IV- b)- Algunas precisiones acerca del proceso monitorio y la ejecución hipotecaria.

Como lo señala la doctrina (TEITELBAUM, Jaime, "Proceso monitorio y ejecutivo", en Curso sobre el CGP, t. II, Montevideo, 1992, p. 129) el proceso monitorio supone una estructura, caracterizada por una decisión inicial sobre el fondo —solicitada por el actor— sin audiencia de la contraparte. El demandado puede oponerse en un plazo determinado, generándose el clásico procedimiento dialéctico, manteniéndose o no la primera resolución. La falta de oposición hace que la sentencia monitoria adquiera la calidad de cosa juzgada. En consecuencia, la decisión inicial constituye una verdadera sentencia definitiva condicionada a su no impugnación en un término perentorio (cfr. Falcón, Enrique M., El proceso monitorio, Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 19/05/2016 , 1 • LA LEY 2016-C , 930 • Acad.Nac. de Derecho 2015 (noviembre) , 5, LA LEY AR/DOC/482/2016).

En palabras de Chiovenda ("Las formas en la defensa judicial del derecho", en Ensayos de Derecho Procesal Civil, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1949, 1ª ed., p. 268) se trata de “una acción sumaria que constituye una declaración de certeza con predominante función ejecutiva” y de Calamandrei ("El procedimiento monitorio", trad. de Sentís Melendo, Ed. El Foro, Buenos Aires, 2006, p. 24) como el procedimiento a través del cual el acreedor mediante petición acude al juez, el cual emite sin previo contradictorio una orden de pago dirigida al demandado, señalándole al mismo tiempo un término dentro del cual este puede, si le interesa, provocar el contradictorio mediante oposición, con la consecuencia de que, a falta de tal oposición, formulada en tiempo, la orden de pago adquiere, con el transcurso del tiempo, eficacia de título ejecutivo (cfr. Torres Traba, José María, El proceso monitorio. Noción y estructura

procedimental, SJA 07/10/2020 , 3 • JA 2020-IV LA LEY AR/DOC/2140/2020).

Por su parte, la habilitación de la vía monitoria, en el caso de la ejecución hipotecaria, está expresaamente prevista en el art. 240 del CPCCyT, que dispone que además de las excepciones admitidas en el art. 235, resultan procedentes las de caducidad de inscripción hipotecaria y de nulidad por violación de los principios de especialidad y accesoriedad.

IV- c)- Las excepciones de inhabilidad de título y de pago total.

Más allá de que la excepción de falsedad o inhabilidad de título está expresamente prevista en el art. 235, ap. II, punto 4) del CPCCyT, siempre fue un criterio consolidado y uniforme, tanto de la doctrina autoral como judicial, que la misma era admisible, por cuanto hace a la constitución del título mismo y por ende si el mismo es susceptible de ejecución o no, independientemente de que se encuentre o no en el elenco de las excepciones previstas por el ordenamiento procesal, ya que la existencia de un título ejecutivo previo al ejercicio de la pretensión constituye un presupuesto inexcusable, en este caso del proceso monitorio, y la constatación de este extremo por el juez, es un deber inexorable aun cuando el ejecutado no hubiera formulado planteamiento alguno al respecto (Palacio, Lino, "Derecho Procesal Civil", t. VII, p. 391; Gozaíni, Osvaldo A., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado", t. III, p. 78; Falcón, Enrique M., "Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. II, p. 847; Arazi-Rojas, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado", t. II, p. 674).

También corresponde aclarar que en este tipo de procesos el juzgador tiene varias oportunidades para investigar el título en ejecución y si éste contiene todos los requisitos exigibles: la primera ocasión es con la promoción de la demanda, y con posterioridad a ella puede verificarlo en caso de oposición, es decir, al interponerse excepciones o defensas, por último, puede el Juez examinar el instrumento en el momento de dictar sentencia. También puede practicar dicho examen el Tribunal de alzada con motivo del recurso interpuesto contra la sentencia, y declarar aún de oficio la inexistencia de requisitos que obste a la ejecución intentada. (L.A. 148-223) (Esta misma 4º C.C.C.M.; Expte.: 50316 - CONS. PROF. DE ING. Y GEOLOGOS C/TELECOM PERSONAL S.A. P/APREMIO; sentencia del 05/02/2014).”.

En ese sentido se ha resuelto que "en la ejecución hipotecaria puede considerarse la excepción de inhabilidad de título cuando mediante ella se pone de manifiesto la falta de alguna de los presupuestos básicos del proceso de ejecución como son la vinculación jurídica de las partes y la exigibilidad de la deuda" (conf. CNCiv., sala A, 13/2/79, "Fondo Popular Hipotecario de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, S.A. c. Martínez, Ricardo J.", en LA LEY, 1981-B, 553 35.853-S) y que "La excepción de inhabilidad de título es admisible si se denuncia la falta de uno de los presupuestos del título ejecutivo" (Podetti, Ramiro J., "Tratado de las ejecuciones" t. VII-B, p. 162; Morello, Augusto - Passi Lanza, Miguel - Sosa, Gualberto - Berizonce, Roberto, "Códigos Procesales", t. VI-2, p. 982; Witthaus, Rodolfo E. Maffia, Leticia M., "Ejecuciones y procesos especiales", p. 57; Novellino, Norberto J., "Ejecución de títulos ejecutivos y ejecuciones especiales", ps. 301 y 259; Hernández, Hernando, "Tratado de las ejecuciones", t. 2, ps. 42/47, 114/115,

127/8) o que la limitación del debate a las formas extrínsecas del título "no ha de regir hasta el extremo de imponer una condena fundada en una deuda inexistente cuando esa circunstancia resulta manifiesta" (Colombo, Carlos I., "Ejecución hipotecaria", ps. 171/74).

De la misma forma y asociado a lo que vengo sosteniendo, respecto de la excepción de pago, además de estar también expresamente prevista en el art. 235, ap. II.-, punto 6) del CPCCyT, debe tenerse presente que tal como lo define el art. 865 del CCyC, el pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación y que el mismo, como acertadamente lo señala la sentencia apelada, debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización (art. 867), en otras palabras, debe existir coincidencia entre lo debido y lo pagado (art. 868); debe ser completo (arts. 869 y 870); oportuno (arts. 871 y 872) y efectuado en el lugar designado por las partes o en el que la ley designe en subsidio (arts. 873 y 874).

Así se ha resuelto que para que el pago posea pleno efecto cancelatorio, debe ser exacto, reuniendo los requisitos de identidad e integridad (arts. 740 y 742, Cód. Civil) y por consiguiente, el deudor solo se libera del vínculo obligacional, al entregar al acreedor aquello que se comprometió en la medida, tiempo y lugar convenidos (SCBA, 3/11/2010, causa 94.533, Juba, sumario B33587; cfr. cit. Código Civil y Comercial de la nación -Comentado-; Julio César Rivera y Graciela Medina -Dir.-; Mariano Esper -Coord.-, La Ley, 2015, T. III, p. 274).

IV- d)- La hipoteca y el cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

Conforme a lo dispuesto por el art. 2205 del CCyC, la hipoteca es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado.

En lo que concierne específicamente a la cancelación de obligaciones constituidas en moneda extranjera, aspecto que en este caso no resulta controvertido fue así expresamente pactado por las partes, tanto en el contrato de compraventa celebrado el 22 de julio de 2020, como en la escritura traslativa de dominio y constitución del derecho de garantía hipotecaria por el saldo de precio, con fecha 1 de octubre de 2020, debe tenerse en cuenta que la regla consagrada en el art. 765 del CCyC, que prevé que: “...La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal...”, resulta supletoria de la voluntad de las partes.

Ello es lo que emerge de la posición sostenida la doctrina y jurisprudencia de forma prácticamente unánime, habiéndose señalado al respecto que la regla prevista en el art. 765 del Cód. Civil y Comercial, no resulta ser de orden público, y por no resultar una norma imperativa, no existen inconvenientes 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, "Cód. Civil y Comercial de la Nación Comentado", T. V, p. 126, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, F., M. R. c. A., C. A. y otros s/ consignación • 25/08/2015, TR LALEY AR/JUR/28259/2015).

Esa voluntad de las partes es la que se vuelca en el contrato, acto jurídico que representa la expresión más genuina de ejercer la autonomía privada y que es celebrado descontando el cumplimiento fiel de las convenciones a las que las partes involucradas en el mismo se comprometieron y obligaron libremente (art. 959, CCyC.), aun cuando no siempre se cumplan de esa manera.

En el caso traído ha decisión de este Tribunal, la lectura del contrato de compraventa y de la escritura traslativa de dominio y consitutución de la hipoteca permiten tener por cierto que las partes consideraron como un elemento esencial de las obligaciones allí pactadas, que el precio, en su totalidad, fuera abonado en dólares estadounidenses billete.

Así, en la cláusula segunda del contrato se fija el precio de venta en la suma de U\$S350.000, pagaderos U\$S 50.000 en ese acto y en dinero en efectivo y el saldo de U\$S300.000 billetes al año siguiente de la firma de la escritura traslativa de dominio.

Además, en la cláusula octava, pactan expresamente que la parte compradora solo quedará desobligada del pago, haciéndolo en dólares billetes estadounidenses, no admitiéndose su sustitución o conversión; como también

que ambas partes declaran efectuar la operación con un acabado conocimiento del mercado inmobiliario, cambiario y financiero, razón por la cual renuncian a las disposiciones establecidas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Por su parte, en la escritura traslativa de dominio n° 102, pasada ante el Registro Notarial N° 1.082 de Capital, a cargo de la Escribana Camila Gómez Figueroa, como antecedentes del acto se menciona que la señora Antonia Josefa Saval y el señor Cristian Mauricio Nuñez, con fecha 22 de julio de 2020, suscribieron un boleto de compraventa respecto del inmueble ubicado en calle Bandera de los Andes N° 2980, Departamento Guaymallén y que por ese instrumento lo vienen a elevar a escritura pública, conforme lo reglamenta el art. 1017 del Código Civil y Comercial, como así también que dicho contrato es incorporado a la escritura como documento habilitante, lo cual permite inferir que las partes se sometieron voluntariamente a lo dispuesto en ambos instrumentos.

De cualquier forma, aun cuando se interprete que no puede invocarse la renuncia a la facultad prevista en el art. 765 del CCyC, por la sola circunstancia que no fue transcripta en la escritura traslativa de dominio y constitución de la hipoteca, al no mediar estipulación expresa en contrario en el instrumento público, debe considerarse que el cumplimiento del pago en la especie extranjera constituyó un elemento esencial que las partes tuvieron en mira al momento de contratar con el objetivo de mantener el sinalagma, además de ser de uso y práctica que así se convenga para operaciones de compraventa inmobiliaria (art. 964, inc. c), Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, aun cuando se adopte la posición extrema de considerar que al no haber sido transcripta en la escritura de constitución de la hipoteca la renuncia a la facultad prevista en el art. 765 del CCyC, ella resulta inaplicable al caso, ello no importa, por sí solo, que el deudor pueda cancelar la obligación que se constituyó en moneda extranjera mediante la entrega de moneda de curso legal, efectuado forzosamente la conversión al tipo de cambio oficial, lo que aparece claramente como confiscatorio de los derechos de la acreedora, sino que, aun ese caso, se debería recurrir a otro tipo de cambio, no a los considerados ilegales, sino a los legales, como el “MEP” o el “contado con liquidación”, lo cual permitiría arribar a una solución más justa, razonable y respetuosa de la voluntad de las partes.

Ello lleva me lleva a expresar que tampoco resultan atendibles las críticas referidas a la imposibilidad de adquirir la divisa extranjera pactada en el mercado oficial de cambios, ya que, además de ser una circunstancia que como lo señala la jueza de grado, se encontraba presente al momento de celebrarse el negocio jurídico, tanto a la firma del contrato de compraventa (22/7/2020), como al de su elevación a escritura pública y constitución de la garantía real (1/10/2020), siempre se pudo, en aquel momento, al vencimiento de la obligación (10/10/2021) y al del dictado de las distintas resoluciones judiciales, acceder por vías lícitas.

A modo de conclusión, cabe acotar, parafraseando al Dr. Parellada, que parece sano —desde el ángulo del principio de la buena fe (CASIELLO, Juan J., en BUERES, A. J. (dir.) - PICASSO, S. (coord.), Código Civil y Comercial y normas complementarias, ob. cit., t. 3-A, p. 290, nro. 2 de la glosa a los arts. 765/766.)— y ajustado a la realidad económica y normativa que las obligaciones pactadas en moneda extranjera sean cumplidas en la moneda

pactada. Si lo pactado se refiere a dólares billete estadounidenses, el cumplimiento de la obligación debe hacerse en la moneda acordada. En la interpretación de lo acordado rigen las reglas comunes de hermenéutica, valorando la totalidad de las circunstancias del caso y la voluntad de las partes, atendiendo a la finalidad de la contratación (Parellada, Carlos A.; El derecho y la economía. Sus desencuentros en las obligaciones de dar moneda extranjera; LA LEY 16/11/2020 , 3, Cita: TR LALEY AR/DOC/3767/2020).

En otros términos, si se considera que la moneda de pago es esencial en un acto jurídico o contrato para mantener la equivalencia de las prestaciones, en este caso, en lo que atañe a la que necesariamente debe existir entre el valor o precio del inmueble y lo que el deudor debe pagar para desobligarse, no existe otra solución posible que no sea la de entender que debe abonarse en la especie dineraria pactada, sin que importen las dificultades que se hayan presentado de manera sobreviniente para la adquisición de esa divisa, salvo que ellas fueran imprevisibles.

En definitiva, la cláusula por la cual las partes acordaron al firmar el boleto de compraventa, que la única moneda de pago era el dólar estadounidense billete, aun cuando no haya sido transcripta en la escritura traslativa de dominio y constitución de la hipoteca, es válida, ya que, como antes se mencionó, la facultad discernida al deudor en el art. 765 del CCyC, es disponible, renunciable, no imperativa, supletoria y no integra el orden público y, además, es objetivamente esencial para el negocio jurídico más allá de la declaración de voluntad de las partes.

Por el contrario, de admitirse la posición sustentada por el deudor demandado, el derecho de propiedad de la actora, consagrado por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, se vería seriamente vulnerado, ya que se estaría permitiendo al deudor desobligarse pagando un 55,09% menos del precio pactado u objeto de la prestación (teniendo en cuenta una cotización del dólar MEP de \$188,78 y de \$104,25 del oficial BNA al momento del efectuarse la consignación extrajudicial), ello sin necesidad de ingresar en el análisis y consideraciones referidas a la improcedencia del pago en consignación por incumplimiento a los recaudos previstos en el art. 910 del CCyC, ya que, el pago en cuestión, de cualquier forma, al no respetar los principios de identidad e integridad, no resulta válido, ni permite desobligar al deudor que se encuentra en mora desde el vencimiento de su obligación, esto es, desde el 10 de octubre de 2021.

V- La morigeración de la tasa de interés y la cláusula penal.

La parte actora no dedujo recurso de apelación respecto de la sentencia de grado que morigeró los intereses y cláusula penal pactada por las partes, por lo que, al no proceder la apelación adhesiva (arts. 252, 133, 134, ap.II y 139 del CPCCyT), en principio, este Tribunal se encontraría impedido de ingresar en el análisis del cuestionamiento efectuado por aquella al contestar los agravios.

No obstante ello, teniendo en cuenta que la determinación de los intereses, como así también de la multa dispuesta en concepto de cláusula penal, son esencialmente provisionales y que, aun cuando lo sea en forma excepcional, los arts. 771 y 794 del CCyC, prevén la actuación de oficio de los jueces a los efectos de morigerar lo pactado por las partes, considero que resulta posible

efectuar alguna apreciación al respecto y, en ese sentido, entiendo que la reducción dispuesta, del 24% total (intereses punitivos y multa pactados) al 12%, luce como razonable y justa, máxime si se tiene en cuenta que se ha condenado a abonar el saldo de precio en una moneda estable, aun con la desvalorización que ha tenido en los últimos tiempos, como el dólar estadounidense billete.

Conforme a lo expresado, considero que el recurso de apelación interpuesto por Cristian Mauricio Nuñez y One Tower Mendoza S.A., debe ser rechazado, correspondiendo confirmar la sentencia de fs. 67/70 en todas sus partes. ASI VOTO.

Sobre la misma y primera cuestión propuesta la Sra. Juez de Cámara, Dra. María Silvina Ábalos y el Sr. Juez de Cámara, Dr. Claudio F. Leiva, dijeron:

Que por lo expuesto precedentemente por el miembro preopinante, adhieren al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión propuesta el Sr. Juez de Cámara, Dr. Claudio A. Ferrer, dijo:

Atento como se resuelve la primera cuestión, las costas de la Alzada deben ser soportadas por los apelantes vencidos Cristian Mauricio Nuñez y One Tower Mendoza S.A. (arts. 35 y 36 del CPCCyT). ASI VOTO.

Sobre la misma y primera cuestión propuesta la Sra. Juez de Cámara, Dra. María Silvina Ábalos y el Sr. Juez de Cámara, Dr. Claudio F. Leiva, dijeron:

Que por las mismas razones adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia definitiva, la que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Mendoza, 01 de agosto del 2022.

Y VISTOS:

Por las razones expuestas, el Tribunal

RESUELVE:

1º) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por Cristian Mauricio Nuñez y One Tower Mendoza S.A. contra la sentencia de fs.67/70, la que se confirma en todas sus partes.

2º) Imponer las costas de la Alzada a Cristian Mauricio Nuñez y One Tower Mendoza S.A. (arts. 35 y 36 del CPCCyT).

3º) Regular los honorarios profesionales intervinientes en la presente instancia de la siguiente manera: a los Dres. Clara Rosa Quiles en la suma de DOLARES ESTADOUNIDENSES BILLETE CINCO MIL CUATROCIENTOS (U\$S 5.400), Alejandro Plana en la suma de DOLARES ESTADOUNIDENSES BILLETE DIECIOCHO MIL (U\$S18.000) y Francisco Jose Festa en la suma de DOLARES ESTADOUNIDENSES BILLETE DIECISEIS MIL TRESCIENTOS OCHENTA (U\$S 16.380)(Art. 15 y 31 L.A. Y 33 C.P.C.C.CyT.) Los honorarios regulados son sin perjuicio de los complementarios que correspondan, dejando expresamente establecido que al momento de practicarse liquidación deberá adicionarse el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.) a los profesionales que acrediten la calidad de responsables inscriptos.

Cópiese, regístrese, notifíquese y bajen.-

CAF/EG/9262