



NEUQUEN, 04 de febrero del año 2016.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**MANGHI MARIA INES C/ BANCO HIPOTECARIO S.A. S/ REPETICION**", (Expte. N° **368035/2008**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 2 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- Ambas partes interponen recursos de apelación contra la sentencia de fs. 661/664, que hace lugar parcialmente a la demanda, declarando cancelado el préstamo cuyo reajuste pretendiera la actora, condenando a la demandada al pago de la suma de \$ 11.083,77, con más sus intereses y rechazando la pretensión de resarcimiento del daño moral, con costas a la accionada.

a) La parte actora se agravia por la tasa de interés aplicada por la a quo.

La apelante cuestiona la aplicación de la tasa promedio entre la activa y la pasiva, entendiendo que ella no mantiene el valor del capital ni repara el daño causado.

Destaca que el pago indebido tiene como causa fuente la relación de consumo entablada con la demandada, quién concedió un crédito con garantía hipotecaria para la adquisición de una vivienda familiar única. Luego, sigue diciendo la recurrente, el demandado se excedió en las facultades de actualizar el crédito hipotecario, percibiendo de más, lo que importa un ejercicio abusivo de su derecho.

Señala que la liquidación de \$ 11.083,77 a favor de su parte fue determinada a septiembre de 2007, conforme



informe contable de fs. 9, el que coincide con la pericial producida en autos.

Agrega que el Tribunal Superior de Justicia, a partir de la causa "Alocilla", resolvió en materia de intereses, aplicar la tasa promedio del BPN hasta el 31 de diciembre de 2007, y a partir del año 2008, liquidar los intereses conforme la tasa activa del mismo banco.

Dice que la jurisprudencia local adhirió pacíficamente a este criterio desconociendo las razones por las cuales la a quo se apartó de él.

b) La parte demandada se agravia por la condena a la devolución de la suma de dinero con base en el art. 784 del Código Civil.

Dice que el fallo de grado desconoce la Ley 26.313, de aplicación al caso, norma que no habilita el reintegro de sumas de dinero.

Sigue diciendo que la decisión cuestionada resulta contraria a la inteligencia del art. 17 de la Constitución Nacional, toda vez que se genera un enriquecimiento sin causa a favor de la actora.

Sostiene que la resolución de primera instancia soslaya el análisis y aplicación de la Ley 26.313, norma que guarda silencio respecto de la posibilidad de restituir a los deudores los eventuales saldos a su favor que pudiera arrojar la readecuación de los créditos hipotecarios.

Cita el art. 6° de la Ley 26.313 es una norma residual para ser aplicada en caso de incertidumbre, pero, considera que de ella no se pueden extraer derechos que no se



encuentran contemplados directamente en la ley ni en sus decretos reglamentarios.

Entiende que el silencio de la norma al respecto no es un tema intrascendente, sino relevante. Afirma que al señalar la ley un procedimiento determinado para el recálculo del saldo de la deuda; y determinar el reconocimiento como pago total de las sumas desembolsadas por el adjudicatario, está marcando que el nuevo cálculo es realizado al solo y único efecto de ser beneficiado con su resultado final, teniendo en miras la protección de la vivienda; por ende, a criterio del apelante, resulta irrazonable, que en el marco de una norma protectoria, se pretenda darle un alcance en orden a una potencial devolución de sumas de dinero, que no surge de la letra de la ley, ni tampoco se compadece con la voluntad del legislador.

Se explaya sobre el objetivo de la Ley 26.313.

Hace reserva del caso federal.

c) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria a fs. 686/688.

Plantea, en primer lugar, la deserción del recurso de la demandada por incumplimiento de la disposición del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Dice que el recurrente acusa la arbitrariedad del decisorio de grado pero no indica donde finca aquella.

Sigue diciendo que no se puede resolver la cuestión por aplicación de la Ley 26.313, soslayando los principios y normas de todo el ordenamiento jurídico.



Destaca que el banco demandado no contestó la demanda y que consintió la pericia contable practicada en estas actuaciones.

II.- En primer lugar, el memorial de agravios de la parte demandada, aunque en forma mínima, reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que se ha de abordar su tratamiento.

III.- He de comenzar el análisis de los recursos de apelación de autos, por una cuestión lógica, por el planteado por la demandada, que cuestiona la procedencia de la repetición ordenada por la a quo.

La condena de autos se encuentra fundada en el art. 784 del Código Civil, en el entendimiento que los pagos a reintegrar fueron realizados cuando la deuda ya se encontraba cancelada.

Como principio general, el pago es irrevocable e irrepetible. No obstante ello, la legislación nacional ha establecido excepciones a este principio, siendo una de ellas la acción de repetición, que se otorga ante el pago indebido. Estas excepciones son consecuencia de que, en palabras de Jorge Bustamante Alsina, la equidad no tolera que alguien se beneficie injustamente a costa de otro (cfr. aut. cit., "Repetición del pago de lo que no se debe", Ed. Abeledo-Perrot, 1981, pág. 84).

Jorge Joaquín Llambías precisa que se denomina pago indebido al pago que no habilita al accipiens para retener lo pagado, comprendiendo tres supuestos: a) el pago por error; b) el pago sin causa legítima, y c) el pago obtenido por medios ilícitos (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", Ed. Abeledo-Perrot, 2012, T. II-B, pág. 270/271).



En autos, la a quo ha situado la controversia en el campo del pago realizado por error -encuadramiento consentido por las partes-, que es el supuesto previsto en el art. 784 del Código Civil. Si bien el actual Código Civil y Comercial determina que la repetición del pago no está sujeta a que haya sido hecha con error (art. 1.797), no es la legislación que rige el caso de autos, por lo que obligadamente debo proceder al análisis del error en el deudor.

El art. 784 referido señala que *"El que por un error de hecho o de derecho, se creyere deudor, y entregase alguna cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió"*.

Siguiendo las enseñanzas de Llambías, la existencia del pago por error requiere, en primer lugar e indudablemente, de la existencia de un pago -cuestión no controvertida en esta instancia-; que el acreedor tenga título para recibir ese pago, es decir, que sea el acreedor de la obligación satisfecha -aspecto que se encuentra fuera de discusión en estos actuados-; c) el vicio del error en el deudor (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 276/277).

Y esta es la cuestión a dilucidar en esta instancia: si el pago cuya repetición se ordena ha sido realizado por error; lo que no es claro ni sencillo de precisar, en atención a las características de la relación habida entre las partes, las vicisitudes sufridas por dicha relación contractual como consecuencia de las disposiciones estatales adoptadas en materia económica (fundamentalmente la salida de la convertibilidad de la moneda nacional), y las soluciones previstas por el legislador nacional con el objeto de brindar protección a la vivienda única, por aplicación del "esfuerzo compartido", reiteradamente utilizado por la Corte



Suprema de Justicia de la Nación, cuya última muestra fue la Ley 26.313, cuya violación denuncia la demandada apelante.

La accionada sostiene que el reembolso al deudor de eventuales saldos a su favor no se encuentra previsto en la Ley 26.313, y que ello obsta a la procedencia de la condena de autos.

No puedo aceptar esta argumentación. Es cierto que la Ley 26.313 no prevé el supuesto de reembolso de saldos a favor de los deudores, contemplando solamente que, por aplicación del mecanismo de reestructuración de los mutuos hipotecarios que ella establece, se puede proceder a la cancelación del crédito (art. 3º), o a la determinación de un saldo pendiente de pago (art. 4º). Pero la omisión de tratamiento expreso del reintegro de saldos a favor de los deudores no importa que tal posibilidad se encuentre prohibida; por el contrario, partiendo del adagio que señala que todo lo que la ley no prohíbe se encuentra permitido, no existe impedimento para abordar la petición de la actora desde la óptica del derecho común.

Pero si genera, la Ley 26.313, serias dudas respecto de la existencia del error en el pago realizado por el deudor de autos.

En efecto, en primer lugar, al momento de realizarse los pagos, la deuda no se encontraba cancelada. En esto, disiento con la opinión de la jueza de grado. De otro modo, no se hubiera acudido a la instancia judicial, ni se hubiera declarado en la sentencia de primera instancia que el crédito está cancelado (aclarando que la cancelación surge del acuerdo de partes en orden a la aplicación de la metodología prevista en la Ley 26.313).



Por otra parte, la prueba de la existencia del error se encuentra en cabeza del deudor, y en autos, ni el informe contable que se acompañó al promover la demanda, ni la pericia contable (fs. 617/618) precisan en que momento se produjo la cancelación de la deuda y la generación del saldo a favor de la demandante.

Luego, la deuda fue abonada de acuerdo con la información suministrada por la entidad bancaria, por lo que, en principio, no puede el deudor alegar error ni sobre la imputación ni sobre el objeto del pago, ya que ellos fueron efectuados, reitero, conforme lo liquidado mes a mes por el acreedor (fs. 26/175), sin que exista constancia de protesto o disconformidad manifestada por el deudor al momento de cada pago.

El error a que alude la demanda se encontraría en la modalidad de liquidación de la deuda por parte de la entidad demandada, situación que se relaciona directamente con la emergencia económica que determinó la salida de la convertibilidad de la moneda nacional con el dólar estadounidense, y que requirió para su solución definitiva de la reestructuración de los mutuos hipotecarios.

Una primera aproximación a la cuestión desde esta perspectiva pareciera indicar que, si se partió de una situación de emergencia nacional -reconocida por la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación-, llegándose a una reestructuración legal de los créditos, con carácter de orden público (art. 8º, Ley 26.313), con reducciones y quitas sobre el capital (art. 2º, Ley 26.313), la teoría del esfuerzo compartido aconsejaría rechazar la repetición, quedando satisfecha la actora con la cancelación del crédito oportunamente concedido por la demandada.



Pero, aparece aquí para desbaratar esta argumentación, la figura del enriquecimiento sin causa, que es, en definitiva, el fundamento de la acción de repetición conforme lo ha señalado Bustamante Alsina.

El Código de Vélez Sarsfield no legisló respecto del enriquecimiento sin causa, no obstante que el codificador menciona este principio en distintas notas, pero si lo hace ahora el Código Civil y Comercial (art. 1.794) como fuente autónoma de obligaciones.

Sin perjuicio de la ausencia de reglamentación positiva, doctrina y jurisprudencia utilizaron reiteradamente la figura del enriquecimiento sin causa. Y en lo que aquí interesa, en la nota al art. 784 del Código Civil, Vélez Sarsfield aclara que *"...el principio de equidad, dice MARCADE, que siempre es principio en nuestro derecho civil, no permite enriquecerse con lo ajeno y que un supuesto acreedor se quede con una suma o con una cosa que no se le debía..."*.

Marcelo López Mesa, con cita de Mainguy y Respaud, precisa que un enriquecimiento sin causa resulta del simple desequilibrio objetivo que no justifica ni un derecho del enriquecido, ni una liberalidad del empobrecido: éste no ha querido procurar un beneficio al enriquecido (cfr. aut. cit., "El enriquecimiento sin causa. Sus requisitos y limitaciones en el Proyecto", LL 2012-E, pág. 1.125).

A la luz de esta figura es que se legitima, entonces, el reembolso ordenado por la jueza de grado. En efecto, la pericia contable de autos ha determinado la existencia de una suma de dinero abonada en exceso por la parte actora, o sea que ésta ha reintegrado a la entidad bancaria más de lo debido para cancelar el capital y sus





intereses. Esta conclusión no fue cuestionada oportunamente por la parte demandada.

Luego, más allá de la situación de emergencia generalizada y de los fines tenidos en miras por el legislador al sancionar la Ley 26.313, conforme surge de su art. 1º, lo cierto es que se ha producido una transferencia patrimonial del deudor al acreedor sin causa que lo justifique, y esta situación no puede ser tolerada por el derecho.

La protección de la vivienda familiar y la adecuación a la emergencia económica se satisfacen con el proceso de reestructuración de los mutuos hipotecarios previsto en la Ley 26.313, que incluye reducciones y quitas sobre el capital, prohibición de capitalización de intereses y límite a la actualización, pero no justifica que la demandada se apropie de sumas de dinero abonadas en más por sus deudores.

Consecuentemente, y por los motivos aquí desarrollados, ha de confirmarse la sentencia de grado en cuanto ordena la devolución del saldo existente a favor de la parte actora.

IV.- Corresponde ahora analizar la apelación de la parte actora.

Si bien es cierto que el Tribunal Superior de Justicia ha establecido que a partir del 1 de enero de 2088 corresponde la aplicación de la tasa de interés activa del Banco Provincia del Neuquén, posición a la que ha adherido esta Cámara de Apelaciones, considerando las especiales circunstancias en que se genera la obligación de la demandada, entiendo que la aplicación de la tasa promedio entre la activa y la pasiva del banco mencionado resulta la más justa para ambas partes. Así, la actora recibe una compensación por el no



uso del capital, en tanto que la demandada no tiene que afrontar una deuda excesivamente gravosa.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar los recursos de apelación planteados por las partes, y confirmar el resolutorio apelado en lo que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen en el orden causado, en atención al resultado obtenido (art. 71, CPCyC), regulando los honorarios profesionales en el 30% del monto que en concepto de emolumentos profesionales se determine para cada uno de los letrados actuantes ante la Alzada, para la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

**El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II**.

**RESUELVE:**

I.- Confirmar la sentencia de fs. 661/664, en lo que ha sido materia de agravio.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, en atención al resultado obtenido (art. 71 CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia, en el 30% del monto que oportunamente se determine en la instancia de grado (art. 15 L.A.).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici**

**Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA**