



1-55882-2011 -

"LOPEZ RODOLFO ERNESTO Y OTR. C/ CIRCULO DE VIVIENDA S.H.
S/CONSIGNACIÓN"

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nº 1 - TANDIL

Nº Reg.

Nº Folio

En la Ciudad de Azul, a los 29 días del mes de Abril de 2014 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Lucrecia Inés Comparato, Ricardo César Bagú y Esteban Louge Emiliozzi, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"LOPEZ RODOLFO ERNESTO Y OTR. C/ CIRCULO DE VIVIENDA S.H. S/CONSIGNACIÓN "**, (Causa Nº 1-55882-2011), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores COMPARATO-LOUGE EMILIOZZI .-**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-C U E S T I O N E S-

1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 291/296vta.?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-V O T A C I O N-

A LA PRIMERA CUESTION: la Señora Juez Doctora **COMPARATO** dijo:

I.a) El presente proceso fue iniciado por los **Señores Rodolfo Ernesto López y Blanca Rosa Lucero**, promoviendo demanda por consignación contra **Círculo de vivienda SH y/o Sres. Carlos Alberto López y/o Juan Terfi**, solicitando se condene a los demandados a recibir el importe de **Pesos seiscientos quince (\$ 615.-)** mensuales fijados en concepto de cuota, en el contrato de reconocimiento de deuda y pago, sin ninguna adicional o cuota suplementaria variable exigida por los demandados, con expresa imposición de costas.

Refieren haber suscripto con la firma accionada un contrato titulado "Contrato de suscripción y condiciones generales de funcionamiento del Círculo de Vivienda", con fecha 5 de noviembre de 1998, que fue cumplido por ellos abonando una cuota de \$ 282, reajustándose por parte de la administradora del Círculo en forma unilateral y sin verificación del procedimiento, hasta que le adjudicaron la construcción de una vivienda en el terreno propio sito en calle Lobería entre Libertad y Azcuénaga de Tandil, designado catastralmente como Circ. I, Sec. C, Manz 80 a, Parc. 15.

Que una vez adjudicada la construcción y pese a lo establecido en la cláusula 5ª del contrato se les sugirió la realización de una mejora (cerramiento, garage, quincho, muebles de cocina), firmando un nuevo convenio (25/06/2001), titulado "Cláusula complementaria al contrato de suscripción y condiciones generales de funcionamiento del círculo de vivienda", donde se fijó como nuevo valor de la construcción en la suma de \$ 137.088, readecuando en el monto de \$ 288 las cuotas hasta la entrega del bien, y de \$ 615 hasta completar el valor de la construcción, reajutable a la variación de precios que determina la Cámara Argentina de la Construcción, con la especificación que el coeficiente de actualización era obtenido mediante una mixtura basada en la incidencia de los materiales (\$40%) incidencia de mano de obra(30%) y gastos generales (30%).

Señalan que una vez concluída la construcción, suscribieron el 20/02/2002 el Contrato de reconocimiento de deuda y pago, por el que reconocían una deuda de \$ 85.038, habiendo fijado la administradora una cuota de \$ 615, mensual, con más \$ 455 en carácter de cuota suplementaria (no pactada en el último contrato), recibiendo como recibo del primer pago un pagaré, y por la cuota suplementaria un recibo común. Asimismo por la totalidad de la deuda firmaron un pagaré.

Indican, que finalmente con fecha 14/09/2005, remitieron a los accionados carta documento intimándolos a que emitieran recibo en forma de la cuota correspondiente al mes de agosto y justificaren los motivos y forma de actualización de la cuota suplementaria, bajo apercibimiento de consignación judicial y acciones civiles y penales.

La misma fue respondida por la demandada, sin que fuera convincente para la actora, por lo que deciden la consignación del importe de la cuota pactada (\$ 615.-), hasta completar el importe consignado en el contrato atento no surge del

pacto y se encuentra prohibida por la ley la indexación que se pretende.

Funda en derecho y ofrece prueba.

b) A fs. 53 el Sr. Juez de la instancia de origen, impuso al trámite normas del proceso sumario, contestando la acción a fs. 66/79 tanto la firma demandada (Círculo de vivienda Sociedad de hecho), como los Sres. López y Terfi.

En dicha presentación contestaron la demanda, solicitando su rechazo en todas sus partes y expresa imposición en costas. Asimismo reconvinieron a los actores a fin de que oportunamente se los condene a dar cumplimiento a los términos del contrato, efectuando la cancelación de las cuotas restantes -135- de \$ 615 más el porcentual de ajuste pactado y suscriban la pertinente escritura de mutuo con garantía hipotecaria por el saldo de precio, con costas.

Además realizan una exhaustiva explicación de la relación contractual entre las partes y los distintos convenios o contratos suscriptos.

Ofrecen prueba, fundan en derecho, solicitando se rechace la demanda y se haga lugar a la reconvención deducida.

c) Luego de producida la prueba, el Sr. Juez de grado a fs. 291/296vta. rechazó la acción por consignación intentada por la actora, declarando, la validez de los pagos efectuados a cuenta de capital, por la suma de pesos veintinueve mil quinientos veinte (\$ 29.520) retirados con reserva por el acreedor. Además, hizo lugar a la reconvención deducida por la demandada intimando a la actora al pago de las cuotas adeudadas, con más las cuotas suplementarias en el plazo de 10 días de quedar firme la liquidación que a tales fines deberá efectuar la demandada, autorizándose la constitución de hipoteca sobre el bien inmueble en cuestión, para el caso de no cumplimiento de la manda judicial que se impone. Impuso las costas de la consignación y de la reconvención a los actores vencidos; estableció la base regulatoria en la totalidad de los montos consignados debidamente actualizados, difiriendo la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes.

La sentencia es recurrida por los actores a fs. 305, habiendo sido concedido el recurso en forma libre a fs. 306.

Una vez arribados los autos a este tribunal, los recurrentes expresaron agravios a fs. 319/322 recibiendo contestación de la otra parte a fs. 324/327.

Refieren que constituye motivo de agravios la solución dada al litigio conforme la sentencia en crisis y en especial el tratamiento de los puntos de litis que llevan a dicha solución.

Refieren que la demanda de consignación encuentra su fundamento en el "Contrato de reconocimiento de deuda y de pago" en el que no se pactó expresamente la cláusula de reajuste por índice de variación de precios, por lo que la no inserción de dicha cláusula de ajuste se torna en una cuestión esencial para la dilucidación del pleito que sin embargo no es tratado en la sentencia recurrida.

Manifiestan que la cláusula de ajuste en si misma contradice la legislación vigente, atento traslada al precio contratado, un índice variable que es confeccionado únicamente por la demandada, ello resulta contrario a la normativa de la ley 23928.

Consideran que el precio depositado judicialmente sin ajuste por índice de actualización resulta legítimo en cuanto la condición de integridad no resulta vulnerada, en tanto lícitamente la demandada debe exigir un adicional, que no se encuentra contemplado dentro de la voluntad de las partes. Incluso infiere que lo anterior expuesto surge un interés fiscal comprometido, al afectarse el orden público por lo que impone la intervención del Ministerio Fiscal a sus efectos.

Respecto del pedido de constitución de hipoteca indica no resulta procedente, toda vez, que, existía un pacto entre las partes en el cual se desistió de la constitución de la hipoteca.

Concluye solicitando se haga lugar al recurso de apelación, revocándose la sentencia en crisis y haciéndose lugar a la demanda de consignación intentada y rechazándose la reconvención deducida, con costas.

II) Que tal como consta a fs. 338/341 vta. se ordenó una medida previa la que consistió en un pedido de informe a la Inspección General de Justicia.- La entidad mencionada informó a fs.388 que Circulo de Vivienda SH no posee autorización de ese organismo para operar con planes de ahorro.- Que a su vez se iniciaron actuaciones caratuladas "Circulo de Viviendas S.H. s/ Actividad Irregular" con el objeto de proceder al análisis de la actividad desarrollada por dicha sociedad y en el caso que se determine que la misma es considerada requerimiento de dinero público con promesa de futura contraprestación, se dictará resolución declarándola irregular y ordenándose el cese de dicha actividad. La I.G.J. agrega que sin perjuicio de todo lo expuesto el inicio del expediente por ante ese organismo no es óbice para la continuación de la causa judicial en trámite....-

Dicho informe fue puesto de manifiesto por Secretaria sin que las partes se manifestaran al respecto.-

En consecuencia se reanudaron los plazos a fin de dictar sentencia (fs. 396).-

III)Que como lo señaláramos a fs. 339, se advierte que el Sr. Juez de la instancia de origen al resolver la cuestión de autos, no tipificó el contrato que unía a las partes.- Ahora bien, ello resulta necesario no solo para resolver las cuestiones de autos sino porque se advirtió que podría encontrarse vulnerado el orden público.-

Si bien no se ha expedido concretamente la Inspección General de Justicia en cuanto a la tipificación del contrato es lo cierto que tal como lo informa a fs. 389 ello no impide la función jurisdiccional, asimismo las partes nada dijeron ni se manifestaron respecto de la pregunta que el tribunal se hacía en cuanto si se trataba de un contrato de ahorro previo, debiendo interpretarse dicho silencio a la luz de las cláusulas que seguidamente se analizarán.-

Conforme surge del convenio de fs. 25/27 y los que se suscribieron con posterioridad que complementaron al mismo obrantes a fs. 32/33, y tal como ya lo señaláramos, la operatoria que unió a las partes consistía en que la demandada-reconviniente “Circulo de Viviendas S.H.” en calidad de “administradora” procuraba la integración de un círculo cerrado de personas (círculo de viviendas) a los efectos de que los mismos –a través de aportes mensuales en principio fijos y por la cláusula 5ª ajustables según el incremento en el nivel de precios en la construcción- formaran un fondo común que se afectaría a la construcción de viviendas familiares tipo en terreno propiedad de estos últimos o de la Administradora.- La dirección técnica y la administración de la construcción se encontraban a cargo de la demandada, adjudicándose mensualmente las viviendas, por sorteo o licitación, y entregándose la obra luego de cumplidos determinados requisitos.- Es dable aclarar que posteriormente se firmaron entre las partes una cláusula complementaria (fs. 32) y un contrato de reconocimiento de deuda (fs. 33).-

Dicho convenio que se denomina “contrato de suscripción y condiciones generales de funcionamiento del círculo de vivienda”, expresamente dice: celebran el presente contrato de suscripción para la construcción de viviendas familiares tipo a través de la constitución de Grupos Cerrados de suscriptores con adjudicaciones mensuales mediante Sorteo o Licitación..., Cláusula tercera: Conforme lo estipulado la administradora procederá a constituir un grupo cerrado

de personas (círculo de viviendas) con el objeto de que a través de sus aportes mensuales se forme un fondo común destinado a la construcción de las viviendas familiares...Cláusula Cuarta: el grupo cerrado se formará con la cantidad de ciento cincuenta suscriptores que aportarán una cuota mensual correspondiente al modelo de vivienda tipo elegida por cada suscriptor... Cláusula Decimoctava: La adjudicación de las viviendas a cada uno de los suscriptores será realizada por la administradora mensualmente en un acto único, por sorteo o licitación en forma alternada, hasta la adjudicación total de las viviendas...Vigésimo séptima: El fondo del grupo se constituye con los importes cobrados a los suscriptores por cuotas puras, multas y por los intereses moratorios....-

Conforme las cláusulas transcriptas, podemos inferir sin hesitación alguna que nos encontramos frente a los denominados "Círculos de ahorro previo para fines determinados", veamos, en los círculos cerrados de ahorro previo se integran grupos de un número determinado de suscriptores que aportan una cuota parte cada uno del valor del bien o de los bienes a adjudicar periódicamente entre ellos (Guastavino "Contrato de Ahorro Previo", pág, 299), el círculo cerrado fue caracterizado por la Inspección General de Justicia dentro del sistema de ahorro para fines determinados, para la adjudicación directa de bienes a cada uno de los ahorristas, siendo destacable que dentro de esta modalidad el ahorrista no recibirá el dinero que ha acumulado, sino que la sociedad administradora lo aplicará al fondo común para adquirir directamente el bien y luego entregárselo al adjudicatario (conf. Farina "Contratos Comerciales Modernos" 2° ed,. Pág. 588).- El autor citado señala los elementos esenciales del contrato, a) El bien o bienes a adjudicar que constituyen la cosa vendida...;b) La sociedad administradora previa autorización emanada de la IGJ organiza el sistema mediante las condiciones, c)la obligación del comprador o suscriptor de pagar el precio está fraccionada en cuotas y sujeta a plazo cierto (pág. 592/593).- Agrega que el sistema requiere un conjunto de ahorristas que se incorporen al plan por medio de contratos que cada uno suscribe con la sociedad administradora. El conjunto de suscriptores sometidos a un mismo plan es lo que se llama grupo de ahorristas.-

Que en este tipo de contrataciones la administradora (en este caso "Circulo de viviendas S.H.") es responsable de la organización del círculo, de la admisión de los ahorristas o suscriptores, del debido y completo funcionamiento del sistema, y asume la pertinente responsabilidad frente al ahorrista. Al decir de Farina

este sistema constituye una modalidad de captación pública de dinero con promesa de contraprestaciones futuras.-

A fs. 339/340 este Tribunal se expidió diciendo: “Farina al referirse a los círculos de ahorro previo señala: “En la actualidad constituyen prácticamente, casi el único sistema de ahorro previo. Consiste –y de allí su nombre de círculo- en reunir un conjunto de personas dispuestas a contribuir a la formación de un fondo común, lo cual exige como requisito un número de adherentes determinado como mínimo para que el sistema funcione.”, a estos conceptos Guastavino agrega: “Los contratos de ahorro previo conciernen al método que organiza a los ahorristas para la obtención directa o indirecta de bienes, basándose en el aporte mancomunado y el ahorro recíproco...” (Farina “Contratos comerciales modernos” tº 2, pág. 150, Guastavino “Contrato de ahorro previo” pág. 196, en el mismo sentido Gherzi “Contratos Civiles y Comerciales” Tº 2, págs. 263 y sgtes.).- Que conforme lo señala la doctrina, específicamente los autores citados, el ahorro resulta una cuestión de orden público federal.- Es así que a partir del decreto 142277/43 (arts. 1 y 2) y las sucesivas modificaciones hasta la ley 22.315 (art. 9), se designa a la Inspección Nacional de Personas Jurídicas –en la actualidad denominada Inspección General de Justicia- como única autoridad legitimada a efectos de autorizar o denegar a las sociedades y entes señalados en la norma citada la autorización para concertar un sistema de ahorro previo para fines determinados.-

Que conforme lo exponen Junyent Bas, Francisco A. Garzino, María Constanza, en su artículo “La tutela del consumidor en la capitalización y ahorro previo para fines determinados”, publicado en La Ley el 04/06/2013, La Ley 2013-C, 1065: “Los sistemas de ahorro previo con fines determinados constituyen un sistema de contratos conexos, y tienen como fundamento la incorporación de un grupo de suscriptores o adherentes con la finalidad de adquirir determinados bienes o servicios mediante la intervención de la sociedad de ahorro y préstamo en su calidad de administradora de los fondos, todo lo cual fundamenta el régimen especial de fiscalización que el Estado impone a los organizadores de estos sistemas.”

Allí agregan que “cabe recordar la enseñanza de Lorenzetti (ob. cit.) relativa a la noción del ahorro previo como aquella en la que un sujeto, denominado suscriptor, paga una cantidad de dinero en cuotas anticipadas, a los fines de la adquisición de un bien mueble o inmueble, la que tendrá lugar en el futuro, una vez

que se cumpla con las condiciones pactadas, de sorteo o de licitación.”

“El autor citado explica que este tipo de contrato produce las ventajas de aunar un grupo de personas que permite reunir una masa de dinero relevante y se apoya en la financiación recíproca de los integrantes, mientras que la fábrica no se arriesga a una sobreproducción ya que la producción se ajustará a una serie de pedidos ya realizados de antemano.”

“Así Guastavino (ob. cit.), afirma que la contratación por sistemas de ahorro para la compra de bienes determinados se ha difundido de manera sorprendente y la ventaja del ahorro es que la empresa cobra, y luego entrega el bien, con lo que se altera sustancialmente el ciclo económico, disminuyendo los riesgos.”

En una palabra, el sistema se basa en la captación del ahorro público, lo que justifica su regulación y control estatal, así como también la aplicación analógica de los contratos de crédito y las disposiciones de las entidades financieras, a las sociedades organizadoras que articulan la relación entre el grupo de suscriptores y la empresa fabricante.

“En igual sentido, la jurisprudencia ha puntualizado que como el sistema se basa en la captación del ahorro público requiere de una regulación específica, y su correspondiente.”

En ese mismo orden de ideas Lorenzetti en un trabajo doctrinario realizado en relación a los sistemas de fondos de pensión y de inversiones, menciona en un acápite a los sistemas de ahorro previo y allí si bien interpreta que puede aplicárseles las normas del mandato (derecho privado), ello no impide la intervención estatal: “Si un individuo encarga a otro que le haga inversiones futuras, evidentemente habrá una relación jurídica de derecho privado. Sin embargo, el conjunto, el grupo, la masa de intereses involucrados en los sistemas descriptos hace revisar esta concepción. Una apreciación del tema basado en principios liberales ortodoxos podría postular que las normas del mandato son aptas para regular un encargo que en definitiva da un sujeto responsable y libre a otro. Sin embargo, actualmente nadie duda de que estamos ante un problema que interesa al orden público y que por lo tanto está sujeto a la intervención Estatal y, consecuentemente a normas de derecho público. Aquí concurren el derecho público y el privado.” (public. J.A. 1996-I-886).

Que conforme los arts. 1 y 2 del dec. ley 142.277/43 modificado por

los decretos 11.651/59, 4061/67, 1344/74, 650/80, 1021/82 y 34/86, art. 9 de la ley 22.315 y art. 40 de la ley 23.270, las actividades de ahorro para fines determinados en sus diversas modalidades y denominaciones pueden ser efectuadas, previa autorización de la Inspección General de Justicia por las entidades constituidas con ese objeto y bajo la forma de sociedades anónimas o cooperativas inscriptas debidamente en los respectivos Registros, los bancos oficiales que cuenten con la previa conformidad del Banco Central y entes públicos con autorización administrativa.- Los bancos privados y las entidades financieras pueden operar en el sistema de ahorro previo creando o participando en sociedades formadas con esa finalidad expresa y especial. (conf. Lorenzetti, "Tratado de los Contratos", T° 1, págs. 755/756).

La legislación citada y concretamente la Ley 23.270 atribuye a la Inspección General de Justicia el contralor y reglamentación de las siguientes actividades: a) de capitalización, acumulación de fondos y capital, b) de créditos recíprocos y ahorro para fines determinados, c) de todas aquellas que impliquen el requerimiento público de dinero con las promesas de futuras contraprestaciones, sea la adjudicación y entrega de bienes y servicios.

Asimismo, también debe controlar la formación previa de conjuntos de adherentes, el resultado de sorteos, remates o licitaciones, la cantidad de cuotas abonadas o de un mínimo de integración del monto a aportar o integrar, y cualquier otro recaudo relacionado con los fondos recaudados, y con la situación relativa que cada uno tenga en el conjunto de adherentes de que se trata.

La función de contralor la lleva a cabo la Inspección General de Justicia, tanto para los planes de ciclos cerrados, para los de ciclo abierto, y se establece los requisitos que deben observar los contratos de adhesión, y los recaudos exigidos para publicitar planes de ahorro, entre otras cosas.

A partir de allí, la repartición aludida ha dictado una serie de reglamentaciones que deben cumplimentar las entidades administradoras en orden a los contratos tipo, a las menciones obligatorias, a la publicidad, a la adjudicación de sumas de dinero y a las comunicaciones de precio susceptibles de adjudicación para asegurar la tutela del ahorro público.

De ello que las operaciones de capitalización y de ahorro para fines determinados llevadas a cabo sin la previa autorización de la Inspección General de Justicia de la Nación implican la realización de actividades ilegales y el

funcionamiento ilícito de las entidades que las organizan y efectúan (conf. Guastavino ob. Cit. Pág. 112)..

La autorización para operar en planes de capitalización y de ahorro para fines determinados que expide la Inspección General de Justicia de la Nación es necesaria, previa, expresa y limitada. Esto último, por cuanto las facultades de contralor que le otorga la ley no se extienden a actividades conexas expresamente comprendidas en leyes nacionales específicas (arg. Art. 40 de la ley 23.270 y art. 9 de la ley 22.315)).

Guastavino, Gherzi y Farina coinciden en señalar que es sabido que las sociedades administradoras de planes de ahorro previo para fines determinados, en sus múltiples modalidades, captan del público una significativa cantidad de dinero cuya correcta inversión no ha dejado de preocupar a las autoridades. Se ha de impedir la defraudación de los suscriptores de los planes y la evasión fiscal, sin perjuicio de la vigencia de ciertas normas tributarias que favorecen esta actividad.

Que el ahorro es una herramienta óptima para dinamizar la economía mediante los hábitos de prudencia en el consumo y de capitalización. Permite satisfacer la demanda de acceso a la obtención de bienes durables. Los planes de ahorro para fines determinados posibilitan esas ventajas para una cantidad importante de personas. Tal método de previsión tiene consecuencias individuales y sociales; ha de ser auspiciado y al mismo tiempo vigilado por el Estado, como uno de los modos de llevar a la práctica la finalidad de promover el bienestar general mencionado en el Preámbulo constitucional, en armonía con la atribución del Congreso de proveer lo conducente a la prosperidad del país (art. 67, inc. 16, Const. Nacional).

El interés público está orientado, de tal modo, por la necesidad de que no se malogren los esfuerzos de los ahorristas; y por tanto el Estado adopta medidas de vigilancia en la formación y el funcionamiento de las entidades que promueven la operatoria examinada. La existencia del interés público en estas cuestiones ha sido puesta de relieve por los tribunales argentino. (ver citas jurisprudenciales en Guastavino, ob. cit. pág. 66).

Es fácil advertir que los demandados de autos -Circulo de Vivienda S.H, Carlos Alberto Lopez y Juan Terfi- no resultan ser ninguna de las entidades antes mencionadas y que asimismo tal como consta a fs. 388 carecen de la

autorización de la IGJ, que el contrato celebrado con los actores y sus complementarios implican administrar el dinero de los mismos el que se abona en concepto de ahorro previo para la construcción de la vivienda, y que como vimos, el ahorro es una cuestión que atañe directamente al orden público federal, por tal razón el decreto dec. ley 142.277/43 modificado por decreto 34 del 9 de enero de 1986 y art. 9 de la ley 22.315, establecen taxativamente los entes habilitados a tal fin.-

Atento la conclusión plasmada es dable reiterar lo dicho a fs. 338/341 vta. por éste Tribunal: “El orden público como lo señala Guastavino en la obra citada, “es la expresión que denomina a un conjunto de principios superiores y constituye el fundamento de la especial fuerza normativa y de la especial protección de tales disposiciones. La calificación de orden público, que enaltece la importancia de la norma, corresponde a los preceptos que se estiman esenciales para la subsistencia de la sociedad y el bien común, que debe prevalecer sobre los intereses particulares, por implicarse en ello la observancia de criterios fundamentales de la organización política, económica y moral.”

“Sin perjuicio de la incidencia del régimen aplicable a las cláusulas predispuestas en el orden de prelación de las fuentes normativas, acentuando la importancia del derecho supletorio o dispositivo, que no puede ser derogado por las condiciones generales predispuestas, salvo la aceptación de éstas de manera expresa, especial y por escrito, corresponde señalar que entre los efectos principales del carácter de orden público de ciertas normas se incluye, en lo que aquí interesa, la limitación de la autonomía de la voluntad. No se admiten actos jurídicos, unilaterales o bilaterales, civiles, procesales, etc., que pretendan dejar sin efecto los preceptos de orden público, y por tal razón se los denomina forzosos o imperativos; y tampoco que se intente una renuncia anticipada de los derechos conferidos por ellos (véanse arts. 19, 21, 502, 794, 872, 953, etc., Cód. Civ.; arts. I y 207, Cód. de Com.). También entre las consecuencias del carácter de orden público de ciertos preceptos de derecho privado, se debe mencionar..., la absoluta inexcusabilidad del error de derecho si recae sobre normas de orden público generales, la aplicación de oficio de las normas de orden público, la intervención del ministerio público en los procesos en que esté interesado el orden público y la aplicación inmediata de la nueva ley, teniendo en cuenta respecto de esto último, que a los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes

supletorias, pero sí las nuevas leyes forzosas o de orden público. Es importante recordar que aunque parezca paradójal, se debe aceptar que el principio de la autonomía de la voluntad, que viene a quedar limitado por el orden público, es en sí mismo un principio de orden público” (autor cit. “Contrato de ahorro previo”, págs. 205/206).-

La mencionada vulneración del orden público que se advierte en autos por no resultar los demandados sujetos de derecho habilitados para celebrar el contrato cuyas cláusulas se encuentran cuestionadas, corresponde ser declarada de oficio conllevando a la nulidad de los contratos en ciernes. (arts. 1037, 1047 y cctes. cc arts. 1 y 2 dec. Ley 142277 y modificatorias, leyes 22.315 y 23270). En el mismo sentido ya se ha expedido ésta Sala en su anterior composición en causa N° 34.476, “Zabala Ricardo c/a Arla Andrés y ot. s/ Acción de Simulación” del 29/04/94, los conceptos allí vertidos fueron luego citados en causa 57098, “Bonetto José c/ Astigueta César s/ Repetición Sumas de Dinero” del 18/12/2012, con voto del estimado colega Dr. Ricardo Bagú.

En las causas mencionadas se cito a Moisset de Espanes en su obra “La nulidad absoluta y su declaración de oficio”, publicada en JA, 1980-II-165: “El principio dispositivo que rige nuestro proceso civil limita las facultades de los magistrados impidiendo –por regla general- que se pronuncien sobre aspectos que las partes no han sometido a su consideración, así, por ejemplo, no les está permitido declarar la existencia de una prescripción no esgrimida, ni acordar al acreedor más de lo que solicitó, ni declarar la invalidez de un acto que no ha sido impugnado...Pero esta regla reconoce una excepción importante, contenida en el art. 1047 CC., para el caso en que el vicio “aparece de manifiesto en el acto” y provoca una nulidad absoluta”.

“Para que el Juez pueda proceder de oficio es menester que se conjuguen ambas circunstancias, o sea que el vicio afecte el orden público (nulidad absoluta), y que aparezca de manifiesto en el acto (acto nulo), hipótesis en la cual creemos que el magistrado deberá inaludiblemente pronunciarse declarando la invalidez del acto”.-

En el mismo sentido ha dicho la Dra. Kemelmajer de Carlucci al votar como Jueza de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (Sala 1ª., 9-10-89, “Autorronda”, JA; 1990-I-411) que: “Aún la doctrina menos intervencionista ha sostenido desde siempre que cuando el magistrado se enfrenta con un contrato

nulo, de nulidad absoluta, ineludiblemente debe declararlo así, aunque las partes contratantes o un tercero no lo hubiesen pedido; procede de oficio y sin posibilidad de rehuir el mandato legal; no puede permanecer estático o indiferente cuando se incorpora al proceso un acto incompatible con los términos del art. 953 y conchs. CC. (Risolia Marco A. "Soberanía y crisis del contrato" 2ª. Ed. Bs.As. Abeledo Perrot, p. 251).

Esa atribución – deber, es también ejercitable por el Tribunal de Alzada (fallos mencionados por Cifuentes "Negocio jurídico", pág. 631, nota 185, y CNCiv, Sala C, 10-7-92, JA. 1993-I-715)".-

Señala Cifuentes, comentando lo dispuesto por el art. 1047 del Cód. Civil y trayendo a colación la opinión del propio codificador, que las nulidades absolutas son aquellas que tienen por causa el interés público por lo que atienden el interés colectivo o general estando ello en juego más que el carácter de orden público de la ley afectada por el vicio; señalando como un supuesto así comprendido cuando está de por medio atender a la honestidad y rectitud en las funciones públicas, como las que enuncia el art. 1361, incs. 5º y 6º CC. (Código Civil comentado, Belluscio-Zannoni, t. 4, págs. 713, 714,y 719- nota 30).

Por su parte, Zannoni, al analizar los supuestos de actos nulos de nulidad absoluta en relación a los sujetos considera tales los negocios concluidos por personas a quienes se prohíbe su realización: por ejemplo compraventas entre quienes el art. 1361 las veda absolutamente" (Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos", pág. 206).

Plantea dicho autor más adelante como un supuesto de nulidad absoluta el del abogado que compra un bien que pertenece a alguna de las partes de un litigio en el que él interviene en calidad de apoderado de ellas, sosteniendo que el juez "se limitará", a la vista de las pruebas, a un mero control de legalidad y subsumirá el caso concreto en la prohibición legal, rígida y establecida a priori que consagra el citado art. 1361, inc. 6º, del Cód. Civil. Todo indica que, en la hipótesis, el juez debe – y no solo puede – declarar la nulidad con independencia del interés privado en juego pues la solución se toma a impulsos de un interés supremo" (págs.. 212 y 213).

Esta última es la situación que a mi modo de ver, y por lo que ha sido dicho queda patentizado en el sub judice sin que quepa ninguna duda, siendo por lo tanto este criterio aquí perfectamente aplicable.

Por esas consideraciones, propongo al acuerdo modificar la sentencia de fs. 291/296vta. y declarar oficiosamente nulo, de nulidad absoluta el convenio de fs. 25/27 y sus complementarios de fs. 32 y 33 (arts. 1037, 1038, 1039, 1040, 1047, 1050 y cctes. del C.C. y arts. 1 y 2 del dec. ley 142/277/43 modificado por decreto 34 del 9 de enero de 1986, art. 9 de la ley 22.315, art. 40 ley 23270). Que en orden a la decisión propuesta queda desplazado el tratamiento de los agravios esgrimidos, implicando asimismo la solución propuesta el rechazo de la acción y la reconvencción.

La declaración tendrá como efecto la aplicación de lo dispuesto por los arts. 1050 y sig. del Código Civil, en cuanto a las restituciones, lo que no ha sido planteado por las partes.

Teniendo en cuenta que la cuestión no fue sometida a primera instancia, las particularidades de la presente causa y que de acuerdo a la posición prevaleciente ella puede ser motivo de tratamiento en la ejecución de sentencia (Lloveras de Resk, "Efectos de la sentencia de nulidad entre las partes" LL. 1984-C-1067) es que estimo pertinente ello se debata en la instancia de origen en la oportunidad antes mencionada.-

Que la resolución que por el presente se dicta si mi colega adhiere a lo propuesto resulta modificatoria de la sentencia de primera instancia, en virtud de lo normado por el art. 274 del cpcc, corresponde modificar asimismo las costas impuestas.- En orden a ello y en virtud del modo en que se resuelve la cuestión, estimo pertinente que las costas sean impuestas en el orden causado en ambas instancias respecto de la acción de consignación, como así también por la reconvencción de cumplimiento de contrato (doctr. arts. 68 y 71 CPCC).-

Así lo voto

El Señor Juez Doctor **LOUGE EMILIOZZI**, **adhiere al voto precedente por los mismos fundamentos.**

A LA SEGUNDA CUESTION: la Señora Juez Doctora **COMPARATO** dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo **1)** modificar la sentencia de fs. 291/296 vta. declarándose nulos, de nulidad absoluta, el contrato de suscripción y condiciones generales de funcionamiento del círculo de vivienda y acuerdos complementarios de fs. 32 y 33, debiendo plantearse y resolverse las restituciones previstas por los arts. 1050 y sig. del Código Civil en el

procedimiento de ejecución de sentencia. 2)En consecuencia rechazar la acción por consignación y reconvención por cumplimiento de contrato. 3) Las costas de ambas instancias propongo sean impuestas en el orden causado en relacion a la demanda como así también respecto de la reconvención (doctr. art. 71 y art. 274 cpcc); difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

Asi lo voto.-

El Señor Juez Doctor **LOUGE EMILIOZZI**, **adhirió al voto precedente por los mismos fundamentos.**

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

- S E N T E N C I A -

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC, **se RESUELVE:1)** Modificar la sentencia de fs. 291/296 vta. declarándose nulos, de nulidad absoluta, el contrato de suscripción y condiciones generales de funcionamiento del círculo de vivienda y acuerdos complementarios de fs. 32 y 33, debiendo plantearse y resolverse las restituciones previstas por los arts. 1050 y sig. del Código Civil en el procedimiento de ejecución de sentencia. 2)En consecuencia rechazar la acción por consignación y reconvención por cumplimiento de contrato. 3)Las costas de ambas instancias propongo sean impuestas en el orden causado en relacion a la demanda como así también respecto de la reconvención (doctr. art. 71 y art. 274 cpcc); difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). Notifíquese y devuélvase.-

Lucrecia Inés Comparato
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Esteban Louge Emiliozzi
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ante mi

Dolores Irigoyen
Secretaria
-Sala 1-
-Cam.Civ.Azul-