

## Ejecucion Hipotecaria Mutuo Pactado En Dolares Aplicacion Del Nuevo Codigo Civil Y Comercial De La Nacion

### JURISPRUDENCIA

Ejecución hipotecaria. Mutuo pactado en dólares. Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

En el marco de una ejecución hipotecaria de un mutuo pactado en dólares, se aplica el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires, septiembre 11 de 2015.- Y VISTOS: Y

CONSIDERANDO: I. Recurso de apelación deducido a fs. 377, contra el decisorio de fs. 364/366: Contra la resolución de fs. 364/366, que rechazó el planteo efectuado por los ejecutados, con costas, alzan sus quejas los recién mencionados, en el memorial de fs. 395/400 vta., cuyo traslado conferido a fs. 401, fuera contestado a fs. 402/405 vta. Establecido ello, en primer término corresponde analizar el régimen legal aplicable al caso de autos. El art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial prevé que "...a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo?". En materia contractual, se ha sostenido que para determinar qué normas se aplican respecto de la constitución, modificación, los efectos aún no producidos y la extinción no operada debe distinguirse, en cada caso, si la cuestión se encuentra regida por normas imperativas, supletorias o dispositivas. En el primero de los supuestos, la aplicación de la nueva ley es inmediata mientras que si se trata de normas supletorias sólo se aplican a los contratos acordados con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley y no a los que se encuentran en curso de ejecución (conf. Highton, Elena I., "Título Preliminar del Código Civil y Comercial", ed. Rubinzal-Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, número extraordinario 2015 "Claves del Código Civil y Comercial", pág. 62; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas en curso de ejecución", ed. Rubinzal-Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, número extraordinario 2015 "Claves del Código Civil y Comercial", puntos 11 y 12, págs. 152/161 y sus citas; Lorenzetti, Ricardo, "Código Civil y Comercial de la Nación, comentado", ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, t. I, pag. 47, punto I.3; Rivera, Julio César "Medina, Graciela, "Código Civil y Comercial de la Nación, comentado", ed. La Ley, 2014, pág. 78, punto II; Herrera, Marisa "Caramelo Gustavo "Picasso, Sebastián, "Código Civil y Comercial de la Nación, comentado", ed. Infojus, 2015, t. I, pág. 27, punto 2.5; Junyent Bas, Francisco A., "El derecho transitorio. A propósito del art. 7 del Código Civil y Comercial", La Ley Online AR/DOC/1360/2015; Heredia, Pablo D., "El derecho transitorio en materia contractual", La Ley Online AR/DOC/2137/2015; Carolina Dell'Orfice "Hernán V. Prat, "La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio", Revista Código Civil y Comercial, La Ley, año 1, número 1, pág. 19). El art. 765 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone 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 podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal". Aún cuando se trate de una cuestión dudosa se ha entendido que la norma residual del art. 765 citado no resulta de orden público, pues si este hubiera sido el objetivo de política monetaria, mal podría haber adoptado el legislador un criterio diverso para con las obligaciones en moneda extranjera pactadas en los diferentes contratos nominados que canalizan habitualmente la dinámica de los negocios vinculados al crédito monetario y, por el principio que todas las normas del nuevo ordenamiento que regulan las obligaciones y los contratos son supletorias y no imperativas, salvo que se aprecien las circunstancias previstas por el art. 962 (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, ob. cit., t. V, pág. 126, comentario arts. 765/766; Bomchil, Máximo, "Las normas sobre obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial son supletorias y no imperativas", La Ley Online AR/DOC/2098/2015; Brindisi, Martín, "Comentario sobre los nuevos arts. 765 y 766 del proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial (análisis sobre la posible pesificación de los contratos)", JA 2012-III-1427; Daireaux, Santiago, "Comentario al proyecto de unificación de los códigos Civil y Comercial de la Nación", ED 253-485; Azar, Aldo Marcelo, "Obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera. Interpretación del régimen conforme a las pautas del Código Civil y Comercial", La Ley Online AR/DOC/2096/2015; Funes, María Victoria, "Obligaciones en moneda extranjera en el nuevo Código", La Ley Online AR/DOC/1155/2015; Márquez, José Fernando, "Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial, La Ley Online AR/DOC/684/2015). Ahora bien, cualquiera sea la posición que se adopte sobre esta materia, el art. 765 del nuevo código no establece con carácter imperativo cuál es el procedimiento mediante el cual debe calcularse la equivalencia en moneda extranjera. Las partes han establecido un

método específico de conversión, que forman para ellas una regla autorizada por los arts. 958 y 962 del Código Civil y Comercial de la Nación que se encuentra permitida por la ley ante la inexistencia de toda disposición prohibitiva al respecto. Establecido lo anterior, es dable recordar que las partes convinieron en el mutuo hipotecario que fuera celebrado el 27 de agosto de 2008, en la cláusula quinta (ver instrumento agregado a fs. 6/12), que "... la falta de pago en el termino establecido producirá la mora de la parte deudora por el sólo del vencimiento del plazo, sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial alguna y producirá desde esa instancia la caducidad de los plazos pactados en la presente, siendo exigible la totalidad de lo adeudado...?". Específicamente, en la cláusula sexta, estipularon también que "...La parte deudora renuncia expresamente, por este acto, a la aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 1198 Código Civil, por aumento de la cotización del dólar estadounidense y/o relativo demérito del peso, cualquiera fuere la magnitud que revistiere...?". Y, en la cláusula recién citada, también establecieron que "... Si la parte deudora pretendiera desobligarse pagando en moneda corriente de la República Argentina, la parte acreedora a su exclusiva elección podrá alternativamente al momento de cada pago, parcial o total, ya sea judicial o extrajudicial, optar entre alguno de los siguientes métodos para determinar la paridad de la moneda: a) La cotización vendedora del billete estadounidense del Banco de la Nación Argentina o Casa de Cambio si hubiere libre acceso a la divisa norteamericana. En caso de existir distintas cotizaciones de la divisa estadounidense para ser usada en distintas operaciones o mercados se tomará la cotización más elevada en moneda corriente...b) Por el valor resultante del billete estadounidense o por la cotización bursátil del cupón externo de la República Argentina, cualquiera de sus series, del día que se efectúe el pago...c) por la cotización del dólar billete en la Plaza de Nueva York o Montevideo, cotización vendedora...?". Ambas partes discrepan en torno al modo de cancelación de la deuda hipotecaria de acuerdo al alcance de lo pactado en el mutuo base de la presente ejecución, tal como lo reseña la Sra. juez de grado en el pronunciamiento sujeto a examen. Señalan los ejecutados que no se han tenido en cuenta para resolver del modo en que se lo hizo todas las resoluciones de la AFIP y las demás directivas emitidas por dicho organismo y por el Banco Central de la República Argentina, que limitan la adquisición en el país de divisas extranjeras (ver fs. 290/295 punto II/IV). En primer término, corresponde señalar que esta Sala ya ha sostenido que cuando en el título que se ejecuta se constata una obligación exigible expresada en dólares estadounidenses, en forma inequívoca se encuentran cumplidos los recaudos previstos en el art. 520 del Código Procesal (conf. C.N.Civil, esta Sala, c. 277.924 del 24/8/99, c. 345.758 del 8/4/02, c. 384.314 del 14/11/03, c.452.953 del 11/4/06, c. 505.086 del 7/7/08, c. 533.915 del 20/8/09, c. 608.956 del 10/10/12, c. 621.560 del 27/05/13, c. 622.111 del 3/06/13 y c. 64.961 del 14/02/14, entre muchos otros). Ello por cuanto la reestructuración del sistema financiero establecida por la ley 25.561 no alcanzó a las previsiones de los entonces arts. 617, 619 y 623 del Código Civil (conf. arts. 3 y 5 de la ley citada), lo cual implica conservar a la moneda extranjera como dinero y, por ende, a las obligaciones así contraídas como obligaciones de dar sumas de dinero. No es ocioso señalar que de acuerdo a lo previsto por antiguo art. 1197 del Código Civil, las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. Por otra parte, conforme lo dispone el artículo 740 del Código Civil, el acreedor de una obligación no puede ser obligado a recibir en pago una cosa diferente a cuya entrega se obligó el deudor. Se trata del principio de "identidad del pago", según el cual la liberación del deudor se perfecciona cuando es dada la misma cosa que ha constituido el objeto de la obligación. Dicha determinación tiene su complemento en el principio de "integridad del pago", establecido en el art. 742 del mismo ordenamiento. En este sentido, cobra relevancia lo establecido por el art. 888 del Código Civil que determina que la obligación se extingue cuando la prestación que la constituye viene a ser física o legalmente imposible, sin culpa del deudor, aunque tal imposibilidad puede o no ser liberatoria del cumplimiento de las prestaciones a las que se obligó. Es cierto que si la prestación ha devenido imposible, es evidente que el deudor ya no puede cumplir y que, por ende, no puede tampoco el acreedor exigirarla. En efecto, los artículos 888 y 889 establecen la extinción o transformación de la obligación para este supuesto y esto es consonante con la regla general que fija el artículo 513 en cuanto a los efectos del caso fortuito o la fuerza mayor (conf. Bueres, Alberto - Highton, Elena; "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", ed. Hammurabi, 1999, tº 2B, pág. 338 y sus citas; C.N.Civil, Sala "G", c. 612.114 del 5/12/12). Sin embargo, como antes se mencionara, las partes al contratar han contemplado el posible acaecimiento de las circunstancias arriba apuntadas y argumentadas por el recurrente, esto es, la imposibilidad para la adquisición de la mentada divisa extranjera y, para ello, en el mutuo que celebraran han previsto otros mecanismos distintos al estricto pago de dólares estadounidenses, para calcular la paridad de dicha moneda y efectuar el pago debido en pesos y es a ellos a los que deben ceñirse las partes (arg. art. 1197 del Código Civil), tal como se lo dispusiera en el sub-exámene. No puede perderse de vista que no se ha argumentado, y mucho menos acreditado, que sea imposible el cálculo de la cantidad debida de acuerdo a tales previsiones, lo cual sella la suerte de la queja esgrimida. Sin perjuicio de ello, las particularidades que ofrece la cuestión debatida indica que las costas dealzada, en cuanto a la incidencia debatida, debe imponerse en el orden causado, atento también a que la vencida pudo creerse con derecho a peticionar como lo hiciera (conf. C.N.Civil, esta Sala, c. 518.065 del 21/10/08, c. 522.728 del 15/12/08, c. 524.390 del 18/2/09, c. 531.130 del 21/5/09 y

c. 621.560 del 27/05/13, entre muchos otros; Barbieri Patricia en Highton - Areán, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado?, tº 2, pág. 64, comen. art. 68; Colombo - Kiper, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Comentado?, tº I, pág. 491, núm. 12, comen. art. 68; Fenochietto - Arazi, op. y loc. cits., pág. 260, punto c.; Gozaíni Osvaldo Alfredo, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado?, tº I, pág. 217, comen. art. 68; Fenochietto Carlos Eduardo, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado?, tº I, pág. 286, núm. 6). Finalmente, también cabe desestimar la queja respecto al diferimiento del análisis del pedido de embargo en los términos que luce a fs. 369 vta., segundo párrafo. Es que, la presencia de agravio o interés válido para recurrir constituye uno de los requisitos de admisibilidad de todos los recursos (conf. arg. art. 265 del Código Procesal; Palacio Lino Enrique, ?Derecho Procesal Civil?, tº. V, pág. 47; Colombo Carlos J., ?Código Procesal Civil y Comercial?, tº. II, pág. 400; C.N.Civil, esta Sala, c. 90.515 del 25/4/91, c. 181.913 del 19/10/95, c. 528.066 del 27/4/09, c. 534.494 del 19/8/09, c. 534.494 del 19/8/09, c. 611.437 del 6/11/12, c. 611.438 del 6/11/12 y c. 612.107 del 15/11/12, entre muchos otros). Desde este enfoque se observa que la decisión recurrida, en tanto que difiere la consideración de tal pedido para una vez firme el pronunciamiento recurrido, no causa a la recurrente gravamen irreparable en los términos contemplados en la norma recién mencionada y en el art. 242 inc. 3 del Código Procesal. II Recurso de apelación deducido a fs. 370, contra el decisorio de fs. 369: Contra el decisorio de fs. 370, que mandó a llevar adelante la ejecución hasta hacerse a los acreedores íntegro pago del capital reclamado y fijó una tasa de interés del 6 % anual, con el alcance que allí luce, alza sus quejas sólo la parte actora. Ha sostenido en forma reiterada el Tribunal que si la tasa convenida resulta excesiva, o contraria al orden público, a la moral o buenas costumbres, se configura el fundamento que permite corregir cualquier exceso que medie en la convención atento que la libertad contractual no debe ser protegida en la medida que afecte estos intereses (conf. c. 144.575 del 4/3/94, c. 144.432 del 4/3/94, c. 144.983 del 16/3/94, c. 181.189 del 11/10/95, c. 540.181 del 2/10/09 y c. 81.119 del 17/12/13, entre muchos otros). En tales condiciones, toda vez que la ejecución promovida es en moneda estadounidense, esta Sala ha considerado, en supuestos análogos al presente, que la tasa fijada por la anterior magistrada, en tanto ha mediado agravio sólo por la ejecutante, resulta ajustada, ya que supera la que aplica, por todo concepto, este Tribunal para el supuesto en que se manda llevar adelante la ejecución en dicha moneda (conf. C.N.Civil, esta Sala, c. 421.141 del 31/3/05, c. 419.614 del 29/3/05, c. 422.807 del 22/3/05, c. 469.790 del 9/11/06, c. 494.190 del 30/10/07, c. 507.767 del 29/05/08, c. 511.053 del 14/07/08 y c. 81.119 del 17/12/13, entre muchos otros). Adviértase que el nuevo Código también concede a los jueces amplia potestad para intervenir -aún de oficio- a fin de reducir la tasa de interés. En esa línea sigue la tendencia mayoritaria, tanto la doctrina como la jurisprudencia (conf. Rivera ? Medina, op. cit., tº III, pág. 102, comen. art. 771) y se establece un criterio netamente objetivo para proceder a la readecuación que resulta excesiva y si bien la cuestión demanda la mayor prudencia, el juez puede, a pedido de parte y de oficio, morigerar la tasa (conf. Lorenzetti Ricardo Luis; op y loc. cits., pág. 102, comen. arts. 771). La cláusula es amplia, aplicable tanto si la tasa es excesiva como cuando el procedimiento de liquidación de intereses produce desequilibrios importantes, aunque la tasa sea moderada (conf. Márquez José Fernando ?Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial, publicado en La Ley 09/03/2015; AR/DOC/684/2.015; Drucaroff Aguilar Alejandro, ?Los intereses en los contratos bancarios y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación?, publicado en RCC Y C 2.015 (agosto), 17/08/15; AR/DOC/2595/2.015). En consecuencia, corresponde desestimar la queja allí vertida sin más trámite. Por estas consideraciones, SE RESUELVE: I) Confirmar la resolución de fs. 364/366, con el alcance del presente pronunciamiento. Las costas de Alzada se imponen en el orden causado en atención a las particularidades que ofrece la cuestión debatida y a que la vencida pudo creerse con derecho a peticionar en la forma en que lo hizo (art. 68 segundo párrafo del Código Procesal). II) Confirmar la resolución de fs. 370, en lo que fue materia de agravio y con el alcance del presente pronunciamiento. Las costas de Alzada se imponen en el orden causado en atención a las particularidades de la cuestión debatida y a la falta de uniformidad de criterio que impera en la materia (conf. art. 68 2do. párrafo del Código Procesal). Notifíquese y devuélvase.-

Firmado por: MARIO PEDRO CALATAYUD, JUEZ DE CAMARA Firmado por: JUAN CARLOS GUILLERMO DUPUIS, JUEZ DE CAMARA Firmado por: FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CAMARA

004270E