

## HIPOTECA: "CORRALITO": EJECUCIÓN HIPOTECARIA; DECRETO 214/02; "PESIFICACIÓN" DE LA DEUDA; PROCEDIMIENTO\*

### DOCTRINA:

- 1) *La aplicabilidad o no de la "pesificación de las deudas contraídas en dólares estadounidenses que hubiesen vencido con anterioridad a la fecha del decreto 214/02, sólo puede ser decidida previa audiencia de la contraria, a fin de resguardar debidamente el derecho de defensa.*
- 2) *Resulta prematuro el proveído que resuelve derechamente la "pesificación" de la deuda ejecutada, pues le ha cerrado al acreedor la posibilidad de debatir cuál es en realidad el objeto de la prestación debida; en tal contexto, cabe conceder al ejecutante la posibilidad de optar por la vía que autoriza el art. 520 in fine del rito o bien el*

*art. 521 de ese ordenamiento, pues en ambos casos el ejecutado tendrá la oportunidad de contradecir la elección y realizar los planteos correspondientes. Sin perjuicio de lo cual, debe destacarse la importancia y los beneficios que implica alentar la negociación de las partes para recomponer el impacto producido en el tipo de cambio establecido para las deudas del sector privado, tal como lo propone el art. 11 de la ley 25561, aplicable al presente por analogía. R. C.*

Cámara Nacional Civil, Sala G, marzo 15 de 2002. Autos: "Pasarín, Armando c. Menéndez de Gareca, Delia R. s/ ejecución hipotecaria".

\*Publicado en *El Derecho* del 26/04/2002, fallo 51.414.

2ª Instancia.— Buenos Aires, marzo 15 de 2002.

Y *Vistos*: y *Considerando*:

I. La cuestión de la aplicabilidad o no de la “pesificación” de las deudas contraídas en dólares estadounidenses que hubieren vencido con anterioridad a la fecha del decreto 214/02 (*EDLA* 2002, Bol. 2-25), sólo puede ser decidida previa audiencia de la contraria, a fin de resguardar debidamente el ejercicio del derecho de defensa, de raigambre constitucional.

Desde esta perspectiva, el proveído de fs. 17, mantenido a fs. 20, que resuelve derechamente la aplicación de la nueva ley resulta prematuro, pues le cierra al acreedor la posibilidad de debatir cuál es en realidad el objeto de la prestación debida.

En este contexto, coincide la Sala con el Sr. Fiscal de Cámara en que corresponde conceder al ejecutante la posibilidad de optar por la vía que autoriza el art. 520 *in fine* del rito o bien por la que implementa el art. 521 de ese ordenamiento, pues en ambos casos la contraria tendrá oportunidad de contradecir la elección y realizar los planteos que hagan a su derecho.

II. Sin perjuicio de ello, y más allá de lo que corresponda eventualmente resolver, la Sala destaca la importancia y los beneficios que implica alentar la negociación de las partes para recomponer el impacto producido en el tipo de cambio establecido para las deudas del sector privado, tal como –por otra parte– lo propone el art. 11 de la ley 25561 (*EDLA* 2002, 2-11), aplicable por analogía al presente.

Con estos limitados alcances y sin perjuicio de lo que corresponda decidir en su oportunidad en cuanto al fondo, SE RESUELVE: Revocar la providencia de fs. 17, mantenida a fs. 20, sin costas por no haber mediado contradicción. Se hace saber especialmente que deberá ofrecerse a las partes un marco adecuado para facilitar la negociación privada, tal como se señala en el considerando II). Notifíquese y al Sr. Fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente, devuélvase. *Leopoldo Montes de Oca.* — *Roberto E. Greco.* — *Carlos A. Bellucci.*—

## NOTA A FALLO

Por **Norma B. Gutiérrez Morales**

### SUMARIO

I. Hechos.- II. Hipoteca: 1. Concepto. 2. Caracteres de la hipoteca.- III. Hipoteca en moneda extranjera: 1. Código Civil. 2. Ley 21309. 3. Ley 23928.- IV. Pesificación: 1. Ley 25561. 2. Decreto 214/02.- V. Nuestra opinión.- VI. Bibliografía.

### I. Hechos

El señor Armando Pasarín, el 12 de febrero de 2002, promueve ejecución hipotecaria contra Delia Rosa Menéndez de Gareca.

Del escrito de presentación de demanda surge lo siguiente:

Que la demandada en estos autos recibió, el día 22 de diciembre de 1999,

en calidad de préstamo, la suma de u\$s 11.000 sobre un total de u\$s 16.000, obligándose a reintegrarla al cabo de un año, abonando por dicho lapso un interés del 1,5% mensual, intereses punitivos del 3% mensual sobre el total de lo adeudado.

Que la demandada, en fecha 22 de diciembre de 2000, incurre en mora.

Solicita el actor el capital de u\$s 11.000 y los intereses devengados en la suma de u\$s 3.394.

Asimismo, para el hipotético caso de que se procediere a pesificar el monto reclamado, el actor hace reserva de accionar por daños y perjuicios contra la demandada por la morosidad y ausencia de pago en legal tiempo y forma conforme a las pautas contractuales. Dice el actor que su patrimonio puede verse disminuido, producto de la norma emanada por el decreto 214/02 en su artículo 1.

El actor reclama en divisa norteamericana, atento la ausencia de norma alguna que contemple la situación de las deudas en mora.

El juzgado de primera instancia sostiene la resolución recurrida, por lo cual, a través del recurso de apelación planteado en subsidio, se llegó a la sentencia en análisis.

## II. Hipoteca

### 1. Concepto

La hipoteca está regulada en el Código Civil, en el Libro Tercero, Título 14, artículo 3108 en adelante.

El artículo 3108 del Código Civil establece: "La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor".

"La hipoteca como garantía específica, esencialmente convencional, accesorio y especial en cuanto a la cosa gravada y el crédito garantizado, naturalmente indivisible, y sólo oponible a terceros por su publicidad, constituye la mayor seguridad para el crédito y es uno de los mejores instrumentos para la certeza de los derechos subjetivos"<sup>1</sup>.

### 2. Caracteres de la hipoteca

#### La convencionalidad

Establecida en el artículo 3115 del Código Civil, es de carácter esencial (art. 3115: "No hay otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma prescripta en este Título").

#### La accesoriedad

La definición legal impone, como otro carácter esencial, la accesoriedad de la hipoteca, al establecer que debe constituirse "en seguridad de un crédito en dinero" (art. 3108). No se concibe, en nuestro ordenamiento, la existencia de un derecho real de garantía sin un crédito al cual acceda, en relación de inter-

(1) Greco, Roberto E., *Enajenación de cosa hipotecada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967.

dependencia y con la finalidad de asegurar su cumplimiento. Este carácter hace aplicable a la hipoteca el régimen de las obligaciones principales y accesorias, debiendo puntualizarse que en la última parte del art. 524 del CC se consigna: “Accesorios de la obligación vienen a ser, no sólo todas las obligaciones accesorias, sino también los derechos accesorios del acreedor, como la prenda o hipoteca”.

#### La especialidad

Tanto la cosa que se grava con hipoteca como el crédito garantizado deben estar especial y expresamente determinados (art. 3109). En ello radica el principio de la doble especialidad que adopta el Código Civil como carácter esencial de la hipoteca. En cuanto a la cosa que se grava para cumplir con tal propósito, se exige el cumplimiento del artículo 3131 del Código Civil.

#### La indivisibilidad

Es un carácter natural de la hipoteca en el derecho argentino y en defecto de acuerdo contrario acompaña a la hipoteca. Con este carácter se quiere significar que la totalidad de la deuda gravita sobre la totalidad de la cosa, de manera que la división de la deuda o su extinción parcial no implican, correlativamente, división de la garantía ni extinción parcial de la misma (art. 3112 del Código Civil).

#### La publicidad

La hipoteca que se ha constituido observando las condiciones de fondo y forma requeridas para su validez produce efectos entre las partes y demás personas que hayan concurrido al acto constitutivo, como el escribano y testigos, desde la fecha de la escritura pública (art. 3135).

Frente a terceros, sólo produce efectos por su inscripción en el registro respectivo (art. 3135), previsto en la ley de fondo para las hipotecas (art. 3134).

### III. Hipoteca en moneda extranjera

#### 1. Código Civil

Conviene recordar que nuestro Codificador consideró a las monedas extranjeras como “cosas” y dispuso que la obligación que las tuviera por objeto debía considerarse como de dar cantidad de cosas (texto originario art. 617 del Código Civil).

Lo cierto es que siempre se ha recurrido al uso de la moneda extranjera como patrón de estabilización, cláusula de reajuste o como prestación dineraria concretamente.

#### 2. La ley 21309

Establece cláusulas de estabilización o reajuste; a partir de su sanción, en fecha 07 de mayo de 1976, se hicieron legalmente admisibles las hipotecas en garantía de obligaciones de dinero sometidas a cláusulas de estabilización o reajuste.

El principio de especialidad se vio flexibilizado para los tiempos de inflación. La ley establecía que en las hipotecas sometidas a cláusulas de estabilización o reajuste, el requisito de la especialidad se consideraría cumplido al consignarse la cantidad cierta de la deuda originaria, y la cláusula de estabilización o reajuste, con expresa mención de los números índices de actualización adoptados, los períodos por los cuales se efectuaría el ajuste y el tipo de interés pactado.

Las obligaciones en oro y moneda extranjera quedaban incluidas dentro de la ley 21309, de modo tal que la cláusula de estabilización podía referirse a la cotización de éstas en determinado mercado.

En caso de hipotecas constituidas con anterioridad a la ley 21309, en que se hubiera inscripto el título hipotecario con cláusula de reajuste, ésta funcionaría con carácter retroactivo a la fecha de constitución, por tratarse de ley aclaratoria del art. 3109 del Código Civil. En suma, las cláusulas de estabilización no afectaron el principio de la especialidad de la hipoteca, sino que lo adecuaron a la realidad económica y social, en el sentido de mantener estable la relación entre el gravamen y el valor del inmueble.

### 3. La ley 23928

También llamada de convertibilidad del austral, vuelve al principio nominalista, lo que significa que cualquier intento de fijar a la moneda nacional otro valor que el establecido por la ley 23928 es nulo y no produce efecto jurídico alguno. Así lo expresa su artículo 7: "El deudor de una obligación de dar una suma determinada de australes, cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada..."

La ley 23928 deroga toda normativa que cuente con cláusulas de reajuste o indexación. Cumple con el requisito de la especialidad la hipoteca constituida en dólares toda vez que, en virtud de la sanción de la ley de convertibilidad, resulta inaplicable el régimen previsto por la ley 21309.

En su artículo 13 dice: "La presente ley es de orden público. Ninguna persona puede alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos. Derógase toda otra disposición que se oponga a lo en ella dispuesto..." En consecuencia, respecto de las hipotecas constituidas de acuerdo con el régimen de la ley 21309, la indexación corre hasta el 1º de abril de 1991.

La ley 23928 crea una nueva unidad monetaria, declara la convertibilidad de la moneda local, el austral, con el dólar estadounidense, a partir del 1/04/91 a una relación de diez mil australes por cada dólar, para la venta, relación que luego sería de uno a uno con el nuevo peso creado por decreto 2128/91 a partir del 1/1/92. Dicha ley de convertibilidad consagró un nuevo nominalismo a rajatabla, la desindexación y la inclusión de la moneda extranjera en el régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero como si se tratara de moneda nacional.

La ley 23928 reconoce a la moneda nacional como moneda de curso legal, limitado a que las obligaciones dinerarias no se hubieran pactado en moneda extranjera. No se reconoce en la moneda nacional un curso forzoso, dado que

la moneda nacional era susceptible de ser convertida a dólares estadounidenses por parte de las autoridades monetarias a simple requerimiento de su poseedor y en la paridad de 1\$ = 1u\$s.

#### IV. La pesificación de las deudas

##### 1. La ley 25561 y los arts. 617, 619 y 623 del Código Civil

Sancionada el 6 de enero de 2002, denominada de emergencia pública y de reforma del régimen cambiario, establece, entre otros “institutos”, “...reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario...”

*Del régimen cambiario.*

Artículo 2º: “El PEN queda facultado, por las razones de emergencias públicas definidas en el Art. 1, para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias”.

A partir de la sanción de la ley 25561, la moneda nacional ha vuelto a recuperar su doble carácter: de curso legal y de curso forzoso.

La ley 25561, en su art. 5, dice: “Mantiénese, con las excepciones establecidas en la presente ley la redacción dispuesta en el artículo 11 de la ley 23928, para los artículos 617, 619 y 623 del Código Civil”.

La moneda extranjera sigue siendo asimilable a dinero y, por lo tanto, las partes pueden, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, pactarla como unidad de cuenta y con efectos de pago entre las partes de las obligaciones contraídas.

La ley 25561 resuelve la pesificación de las obligaciones vinculadas al sistema financiero. Obligaciones originadas en los contratos de la administración regidos por normas de derecho público. Obligaciones originadas en los contratos entre particulares, no vinculados al sistema financiero, estableciendo el tipo de cambio a tener en cuenta.

##### 2. El decreto 214/02

Sancionado por el Poder Ejecutivo Nacional el 03 de febrero de 2002.

En su artículo 1º establece: “A partir de la fecha del presente decreto quedan transformadas a pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen –judiciales o extrajudiciales– expresadas en dólares estadounidenses, u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la ley 25561 y que no se encontrasen ya convertidas a pesos”.

El decreto pesifica lo que no se había pesificado aún. Pesifica compulsiva y arbitrariamente las obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras.

Lo expresado altera las pautas contractuales preexistentes entre particulares y, en el caso de autos, las relativas al contrato de mutuo celebrado entre el señor A. Pasarín y la señora Delia M. de Gareca, ignorando previsiones legales de fondo, como el art. 1197 y concordantes del Código Civil. Estas modifica-

ciones arbitrarias interfieren indebidamente en la relación jurídica establecida entre las partes en el contrato mencionado.

## V. Nuestra opinión

Coincido con la Cámara en que el derecho de defensa se vería conculcado al no estar la contraria notificada de la litis; así, el artículo 18 de la Constitución Nacional expresa: "...es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos..."

Creo que la Cámara realiza un control de legalidad en forma parcial ya que no tiene en cuenta el derecho de propiedad que posee el acreedor en estas actuaciones, conforme lo ha expresado la jurisprudencia: "Cuando bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por esa ley se transforma en una situación concreta e individual en cabeza del sujeto que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad consagrado por el art. 17 de la Constitución Nacional" (Cassin, J. H. y otros c/ Poder Ejecutivo de la provincia de Santa Cruz, Corte Suprema 317:1462 – 31/10/1994).

En el caso de autos, es totalmente a cargo del deudor el cumplimiento de la prestación, ya que el acreedor encuentra plenamente cumplida sus prestaciones al haber entregado la suma de dinero en la fecha de celebración del mutuo.

La ilegalidad del decreto surge clara y manifiesta, conculca los derechos consagrados en la Constitución Nacional, el debido proceso legal, la tutela judicial efectiva, el derecho de propiedad, el derecho de trabajar, el derecho de petitionar a las autoridades, entre otros derechos y garantías constitucionales. La suspensión de la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demande o accione en razón de créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras es una medida que afecta gravemente el legítimo acceso a la justicia y el derecho a trabajar de los abogados.

Haciendo una aplicación grosera de esta incongruencia jurídica, que por ventura algunos jueces de la Nación se animaron a derogar, dándoles el lugar que les corresponde, "el de su tacha" por inconstitucionales, y en este caso concreto, debo inferir que la voluntad autónoma de las partes expresada en el contrato de mutuo celebrado conforme a leyes vigentes ha quedado derogado por este nuevo "orden público económico".

Si tomamos en consideración el fallo, es acertado en cuanto a revocar la providencia que aplica la pesificación sin la participación de la contraria. Con respecto a debatir el objeto de la prestación debida conforme a los artículos 520 última parte y 521 CPCC que la Cámara ofrece como opción al ejecutante para que elija entre estas dos vías, me parece que son opciones dilatorias ya que el actor no debe probar el objeto de la prestación debida sino que ésta sur-

ge patente del contrato de mutuo celebrado en escritura pública; lo que persigue es el cobro de su crédito en moneda extranjera o, en su defecto, lo que prevé la última parte del artículo 520 CPCC, como lo peticiona en el recurso de reposición planteado.

Pudo haber esgrimido como argumento la Cámara el principio de irretroactividad de las leyes del art. 3º del Código Civil y los derechos adquiridos, ya que el decreto 214/02 no habla expresamente de la retroactividad de la misma. En situaciones de emergencia como la actual, el ordenamiento positivo podría sufrir alguna adecuación o modificación, pero tales circunstancias en modo alguno pueden atacar la sustancia de las relaciones establecidas al amparo de una legislación anterior.

Por ello, si bien la ley puede ser retroactiva sin ofender la Constitución Nacional, nunca podría respetarla si dicha retroactividad cercena un derecho incorporado al patrimonio, enervando así el derecho constitucional mencionado. Como enseña Bidart Campos: “...el Derecho Constitucional se preocupa por descubrir cuándo la retroactividad se torna inconstitucional, para prohibirla o enervarla, y no sólo respecto de las leyes, sino de cualquier norma o acto” (*Tratado de Derecho Constitucional argentino*, tº 1, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995).

Con respecto al segundo punto de doctrina sentado por la Cámara, ésta se limita a invitar a las partes a que celebren nuevo contrato de acuerdo con el nuevo “orden público económico” vigente, conforme artículo 11 de la ley 25561.

Aun cuando no se hayan derogado los artículos 617 y 619 del Código Civil, las actuales normas jurídicas que rigen desde que se implementó el llamado “corralito” provocaron una total vulneración del principio de la autonomía de la voluntad, así como del derecho de propiedad amparado por la Constitución Nacional en su artículo 17. Para resolver sus conflictos en forma inmediata, como en el caso de autos, las partes deberán –según lo entiende la Cámara– negociar la reestructuración de sus obligaciones recíprocas, de acuerdo con el art. 11 de la ley 25561, aplicada analógicamente al caso.

De aplicarse el art. 11 de la ley 25561, las partes estarían celebrando otro contrato, no el que tuvieron en miras al inicio y por el cual acudieron a la justicia.

Se estaría premiando al deudor, quien antes de la sanción de la ley 25561 se encontraba en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, y vulnerando –consiguientemente– el derecho de propiedad del acreedor por no recibir el dinero en la moneda pactada.

## VI. Bibliografía

Alterini, Jorge H., “Las cláusulas de estabilización y el principio de especialidad en la hipoteca”, *ED*, 84-799.

Bidart Campos, Germán, *Tratado de Derecho Constitucional argentino* tº 1, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995.

Barreira Delfino, Eduardo A., “Caracterología actual de la moneda nacional”, *ED*, abril de 2002.

Highton, Elena I., *Derechos reales*, volumen 6, “Derechos de garantía”, Ed. Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 1980.

Novellino, Norberto J., *Ejecución de títulos ejecutivos y ejecuciones especiales*, Ed. La Roca, Buenos Aires, 1997.

Nuta, Ana R., *Derecho hipotecario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.