

HIPOTECA. EJECUCIÓN. HABILIDAD DEL TÍTULO. COMPETENCIA. CIVIL. MEDIACIÓN. OPCIÓN LEGAL DEL EJECUTANTE. INTERESES. TASA. MUTUO EN DÓLARES CON GARANTÍA HIPOTECARIA*

HECHOS:

En una ejecución hipotecaria, el juez de primera instancia dictó sentencia de trance y remate desestimando las excepciones de incompetencia e inhabilidad de título y el planteo de nulidad por no haberse cumplido el trámite de mediación previa. El ejecutado dedujo recurso de apelación. La Cámara confirmó en lo sustancial el pronunciamiento de grado, reduciendo al 15% anual la tasa de interés por todo concepto, que el juez de la instancia anterior había fijado en 24%.

DOCTRINA:

1) *La hipoteca que contiene el monto prestado y la forma de amortización –mediante el pago de su-*

mas exigibles y líquidas o fácilmente liquidables– es título ejecutivo hábil, debiendo posponerse para la liquidación posterior la discusión sobre los pagos parciales invocados por el deudor.

- 2) *La ejecución hipotecaria debe llevarse adelante por el monto total de la deuda –suma que surgirá recién de la liquidación posterior– y no solamente por el capital reclamado por el actor en la demanda.*
- 3) *Por razones de celeridad y economía procesal, corresponde que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil declare la competencia de su fuero para entender en una ejecución hipotecaria, habiéndose encuadrado la pretensión en las*

*Publicado en *La Ley* del 24/12/2001, fallo 103.121.

acciones derivadas del derecho real de hipoteca, aun cuando el tribunal no comparta dicha solución, toda vez que la misma ha sido adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

- 4) *La interposición de la demanda ejecutiva sin haberse requerido al demandado que concurriera a la instancia previa de mediación es suficiente a efectos de tener por ejercida la opción legal concedida al ejecutante para iniciar o no dicho trámite –conforme art. 3º, ley*

24573 (Adla, LV-E, 5894)–.

- 5) *Los intereses por la ejecución de un mutuo celebrado en moneda extranjera y con garantía hipotecaria no pueden superar la tasa del quince por ciento por todo concepto.*

Cámara Nacional Civil, Sala K, noviembre 30 de 2001, Autos: “Bank Boston National Association c. Bertone, Pasquale”.

2ª Instancia. – Buenos Aires, noviembre 30 de 2001.

Considerando: I. Contra la sentencia de fs. 104/6, en cuanto rechazó las nulidades y excepciones que interpusiera y mandó llevar adelante la ejecución, se alza el demandado expresando agravios a fs. 110/25, cuyo traslado fuera contestado a fs 127/8, obrando a fs. 135/7 el dictamen del representante del fisco.

II. Como ha dicho esta Sala en ocasión similar al resolver en la causa N° 64.621/99, caratulada “Citibank N. A. c. Herjo, Alberto Leopoldo y otro s/ ejecución hipotecaria” (27/6/01), con relación a la desestimación que el sentenciante determinara en relación con la nulidad de lo actuado, requerida por el quejoso con fundamento en la falta de ejercicio expreso por parte de la actora de opción por la vía ejecutiva sin haber cumplido con la etapa previa de mediación obligatoria establecida por la ley 24573, no es exacto que lo determinado en la decisión de grado carezca de fundamentación suficiente en tanto se aprecia que el magistrado interviniente puntualizó que esa instancia es optativa en los procesos de ejecución, en virtud de lo cual tuvo por no configurada la causal de invalidez de trámite alegada.

Lo decidido se ajusta a derecho en tanto el art. 3º de la normativa mencionada establece que, en el caso de los procesos de ejecución y juicios de desalojo, el régimen que establece “será optativo para el reclamante”, lo cual quiere decir claramente que quien habrá de ser parte en una causa de tal naturaleza puede recurrir o no a la vía previa allí establecida, sin que se requiera para ello exteriorización expresa alguna, desde que la interposición de la demanda ejecutiva sin haber requerido a la demandada a concurrir a tal instancia denota claramente que se ha hecho ejercicio de la opción que permite el régimen legal en dicho sentido, por lo que no cabía efectuar advertencia alguna a la parte actora, quien no ha incurrido en omisión desde que la ley no exige instrumentar el ejercicio de la opción, el que no es obligatorio y previo a todo juicio por cuanto reconoce numerosas excepciones (art. 2º) y permite la opción que establece el art. 3º, encuadrando el caso de autos en esta última disposición, siendo suficiente la presentación de la demanda ejecutiva en el juzgado com-

petente para intervenir en ella para tener por ejercido el derecho que allí se establece, en tanto la comunicación directa entre las partes para la solución de la controversia se aplica a los casos en que la misma es obligatoria, pero no a los exceptuados ni a los optativos, como resulta ser el presente.

Terminológicamente, la palabra “opción” contiene una acción de elegir y la accionante lo ha hecho, decidiendo iniciar la demanda sin recurrir al proceso de mediación, tal como le permite hacerlo la misma normativa legal, según se ha analizado precedentemente, por lo que no existe la nulidad pretendida ni se ha incumplido con ningún requisito legal previo imprescindible.

Por lo antedicho, el agravio en estudio habrá de desestimarse.

III. En cuanto a la excepción de incompetencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido reiteradamente sobre el tema, estableciendo que es competente este fuero para entender en la ejecución hipotecaria si el actor encuadró la acción centralmente en el marco de las acciones derivadas de un derecho real de garantía, como es la hipoteca, en tanto la dilucidación de tales asuntos resultan regidos por las leyes civiles (conf. CSJN, 6/10/92, “Banco del Exterior S. A. Uruguay c. Carlos Damm SACIF”, *La Ley*, 1993-C, 488, sum. 2291).

Teniendo ello en consideración hemos decidido, por razones de economía procesal aunque dejando a salvo la opinión de la Sala, seguir el criterio evidenciado por el Supremo Tribunal, coincidiendo con la opinión del Fiscal de Cámara y la jurisprudencia mayoritaria que él mismo cita en su dictamen, entre la que se encuentra un precedente de esta Sala.

Por lo antedicho, encuadrando la demanda entablada en los presupuestos mencionados, por cuanto cabe estar a sus términos para decidir en la materia y no a las defensas interpuestas por los demandados (conf. art. 5, Cód. Proc.), aun cuando éstos consideren que las mismas revisten neto carácter comercial, por lo cual los agravios vertidos por los accionados sobre este particular habrán de ser desestimados.

IV. El recurrente requirió la declaración de inhabilidad del título, lo que ha sido también desestimado en forma indudablemente acertada por el sentenciante toda vez que el cuestionamiento del capital reclamado sobre la base de los resúmenes de cuenta acompañados no resulta suficiente para tener por inválido el instrumento en que se asentara el mutuo, en tanto el mismo cumple las prescripciones establecidas por el ritual, surgiendo del mismo la suma prestada y su forma de amortización, por lo que surge de allí la existencia de sumas exigibles de dinero líquidas o fácilmente liquidables (art. 520 Cód. Proc.).

El accionado no ha demostrado con los pagos efectuados que no deba lo que se le reclama en concepto de capital y el accionante tampoco ha acompañado los cálculos pertinentes de los que surja la imputación que ha dado a los pagos efectuados de acuerdo con el sistema que fuera pactado al contratar, lo cual no obsta a la habilidad del título, por cuanto basta la constatación de la existencia de una suma adeudada (el demandado no ha manifestado en momento alguno que abonó totalmente la deuda) para que la ejecución se lleve

adelante (art. 551 Cód. Proc.), quedando diferida para el momento de practicar la liquidación correspondiente la discusión que propone el recurrente. Ello es lo que hace concebible que un título ejecutivo que no expresa el monto de la deuda y que no ha tenido en cuenta pagos realizados puede ser título hábil.

A ello cabe agregar que el título instrumenta la existencia de una deuda de las características señaladas, no los pagos que se realizan con posterioridad a su ejecución, por lo cual, comprobada la misma aun cuando existan pagos parciales, la sentencia debe mandar adelante la ejecución por la suma adeudada que, en definitiva, surgirá de la liquidación a practicar. En este sentido debe modificarse parcialmente la sentencia recurrida en tanto declara procedente la ejecución por la suma de capital reclamado (U\$S 126.213).

V. El contrato no es nulo por la mera enunciación que el recurrente efectúe de cláusulas que considera abusivas, lo que no es más que una invocación de la propia torpeza en tanto y en cuanto nada lo obligaba a aceptarlas y, si lo hizo, fue en uso de su libre albedrío ya que existen en plaza numerosas instituciones y particulares que ofrecen dinero en préstamo sujetos a otras obligaciones contractuales, con los cuales se puede contratar en condiciones diferentes de las cuestionadas.

No se comprende la cita de un fallo de la justicia comercial, referida a la especialidad como condición esencial de la hipoteca, por cuanto no resulta aplicable al caso de autos en que la garantía de que se trata es accesoria de un crédito determinado e individualizado, consistente en el préstamo que el banco accionante hiciera al demandado de la suma de U\$S 137.000 en billetes de la moneda expresada, destinados a la refacción de su vivienda familiar que allí mismo se identifica, estableciéndose la tasa de interés y la forma de amortización, por lo que no se trata en el caso de una “hipoteca abierta” ni de un crédito indeterminado, lo que torna totalmente irrelevante la transcripción efectuada.

En cuanto a la inconciliable disparidad entre el monto que se reclama y el realmente adeudado, ya se dijo que tal cuestión deberá dilucidarse mediante la pertinente liquidación en el momento procesal oportuno.

Por lo demás, no se ha determinado fehacientemente que se haya pretendido la aplicación de las cláusulas cuya validez se cuestiona, sino que se acciona por la falta de pago del crédito otorgado, lo que habilita al acreedor a dar por decaídos los plazos en virtud de la mora que ello importa (cl. sexta), circunstancia que el recurrente no ha desconocido aun cuando cuestiona el monto que se le reclama y cuya aplicación es habitual en cualquier tipo de mutuo que se contrate.

V. En cuanto al monto del interés, que el sentenciante fijó en el 24%, esta Sala ha sostenido en anteriores oportunidades que las cuestiones que se suscitan en torno a los réditos pactados y al monto cuyo cobro se pretende en concepto de capital no justifican la interposición de excepciones ni nulidades (conf. 29/8/95, *La Ley*, 1996-A, 379, N° 93.960).

Ello por cuanto, tratándose de accesorios, bastará adecuar la cláusula de que se trata si se la considera abusiva, lo que no afecta a los demás elementos

del título que resulta igualmente hábil para fundar la pretensión ejecutiva deducida.

Sentado lo expuesto, debemos señalar que no se encuentra en tela de juicio el hecho de que el sentenciante haya hecho uso de la facultad reductoria que le otorgan los arts. 656, apartado segundo y 953 del Cód. Civil al considerar que los réditos contractualmente fijados violan el orden público, la moral y buenas costumbres.

Pero, aun en dicha circunstancia, consideramos que lo dispuesto resulta insuficiente para reparar el exceso advertido con relación al instrumento en ejecución y a lo requerido en la demanda.

En efecto, el magistrado de grado ha admitido los intereses compensatorios y punitivos reduciéndolos a la tasa única del 24% anual, tasa que, a nuestro entender, resulta excesiva si se tiene en cuenta que se transita por un período de estabilidad monetaria y cambiaria que no justifica el alto valor asignado al costo del dinero por las entidades o personas que lo proporcionan en préstamo y acogido por la sentencia en estudio.

Ello ha llevado a esta Sala a establecer en situaciones similares que la tasa que debe aplicarse es del 15% anual por todo concepto, con más razón cuando en operaciones de la naturaleza de la que motiva la presente las tasas bancarias compensatorias rondan en torno a un 12% anual, existiendo entidades que establecen porcentajes aún menores.

Por lo demás, es menester señalar que se trata de una cuestión de apreciación, existiendo en esta Cámara divergencia entre las diversas Salas que la componen sobre el particular, pudiendo observarse porcentajes que van desde el que hemos juzgado procedente hasta el establecido en la sentencia, pasando por toda la gama intermedia, aun cuando algunas de ellas comparten el criterio aquí sustentado (conf. Sala M, expte. N° 81.415, 20/3/91; íd. Sala I, expte. N° 88.956, 20/6/95).

Por lo antedicho, habrá de acogerse el agravio relacionado con el porcentual de interés fijado, reduciéndolo en la forma que hemos considerado procedente precedentemente.

VII. El hecho de que el *a quo* no haya dejado sin efecto el embargo que requiere el accionante no puede influir en la sentencia dictada ni mucho menos determinar su nulidad, ya que ello no hace al decisorio en sí mismo sino a la traba de la medida cautelar previa requerida por el accionante, la cual, por lo demás, no se ha demostrado que se haya trabado, pudiendo tal levantamiento requerirse en cualquier momento sin afectar el trámite de las actuaciones.

VIII. La suerte de los agravios anteriores no determina la imposición de costas a la accionante sino que, en el caso, deberá aplicarse lo establecido en el art. 558 del ritual.

Por lo antedicho, el tribunal resuelve: Modificar la sentencia recurrida, mandando llevar adelante la ejecución hasta hacerse íntegro pago al acreedor de la suma que en concepto de capital surja de la liquidación a practicar en el momento procesal oportuno, con más un interés anual del 15% por todo concepto desde el momento en que la mora se produjo y hasta el efectivo pago,

con las costas de la anterior instancia al demandado, con excepción de las correspondientes a las pretensiones de la accionante que hayan sido desestimadas, las que estarán a cargo de la accionante (art. 558 Cód. Proc.). Las costas de alzada se imponen en un 80% al demandado, en un 10% al accionante y en un 10% en el orden causado, por no existir jurisprudencia uniforme en materia de intereses. Regístrese y devuélvase a su juzgado de origen para su ulterior tramitación, previa notificación al Fiscal de Cámara en su despacho. — *Carlos R. Degiorgis*. — *Julio R. Moreno Hueyo*. — *Teresa M. Estévez Brasa*.