



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:
Carlos Raúl Sanz

Consejo de Redacción:
José María Medrano
Fernando M. Bosch
Guillermo Yacobucci
Julio Conte-Grand

La emergencia en la ejecución hipotecaria y la cosa juzgada

por RAFAEL RESNICK BRENNER

Sumario: I. LA LEY 26.167 Y LA COSA JUZGADA. — II. LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD Y JUSTICIA. — III. APLICABILIDAD. — IV. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES.

I La ley 26.167 y la cosa juzgada

Con el dictado de la ley 26.167, se pone fin a la serie de leyes “parches” que se fueron sucediendo, luego de la hecatombe sucedida en los años 2001/2002, en materia de ejecuciones hipotecarias.

La nueva normativa tendrá, sin lugar a duda, una gran repercusión en aquellos procesos en trámite, en los que se hubieran dictado resoluciones, debiéndose las mismas readecuarse a la nueva normativa.

Ello así, toda vez que la eventual cosa juzgada es únicamente de carácter formal, la cual deberá ceder ante cuestiones de trascendencia que se introduzcan y den mérito a otorgar al proceso una solución que resulte lo más justa posible.

El tema de la cosa juzgada resulta una cuestión ampliamente debatida, tomándose modernamente, como enseña PEYRANO⁽¹⁾, a la tesis de la “inmutabilidad y santidad de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada”, como mito propio de una ideología exacerbadamente individualista.

Actualmente, prevalece el criterio favorable a la revisabilidad de la cosa juzgada meramente aparente, conforme los despachos del X Congreso Nacional de Derecho Procesal⁽²⁾ y toda la doctrina más reciente⁽³⁾.

Y ello así, fundamentalmente, en los procesos ejecutivos, toda vez que los mismos poseen un campo de conocimiento, debate y prueba muy limitado, justamente por su objeto, limitando así el alcance de la cosa juzgada, dándose una desproporción del tipo de proceso y la fuerza de la cosa juzgada que alcance la sentencia⁽⁴⁾.

Debe tenerse especial consideración de que las circunstancias tenidas en cuenta por el juzgador deben ser alcanzadas por el principio *rebus sic stantibus*.

(1) PEYRANO, JORGE W., *Acción de nulidad de sentencia “firme”*, en “La impugnación de la sentencia firme”, Teoría General, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, t. I, pág. 15.

(2) Actas y ponencias del X Congreso Nacional de Derecho Procesal, pág. 58.

(3) MAURINO, ALBERTO L., *Nulidades procesales*, Astrea, 1982, pág. 234, RODRÍGUEZ, LUIS, *Nulidades procesales*, Buenos Aires, Universidad, 1983, pág. 203 y sigs.

(4) En ese sentido ver QUIROZ FERNÁNDEZ, JUAN CARLOS, *Congresos Nacionales de Derecho Procesal. Conclusiones (1993-1997)*, Asociación Argentina de Derecho Procesal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 137.

II Los principios de seguridad y justicia

Muchas veces, se presenta la cuestión como “seguridad vs. justicia”; destaco que no nos encontramos ante valores antagónicos, sino complementarios, debiéndose balancear equilibradamente ambos valores, para llegar a una solución armoniosa⁽⁵⁾.

La invariabilidad de las providencias judiciales no es un principio absoluto, ya que si bien habrán de ser respetadas, no resulta prudente exagerar las cuestiones jurídicas haciendo de ellas un tabú sagrado⁽⁶⁾.

Ya el maestro uruguayo EDUARDO COUTURE, quien se ha destacado por simplificar las cuestiones del derecho procesal, ha reflexionado que “la vida es más compleja que el derecho: ¿qué sucede cuando se observa que entre las redes de la cosa juzgada ha quedado atrapada la justicia?”⁽⁷⁾.

A su vez, CHIOVENDA⁽⁸⁾ sostiene la alteración de sentencias ejecutoriadas, toda vez que la *res judicata* no es absoluta pues se ha establecido por cuestiones de oportunidad y utilidad, y por esas mismas razones pueden, a veces, aconsejar su sacrificio.

También CARNELUTTI⁽⁹⁾ predicaba que, la cosa juzgada “...no es absoluta y necesaria, sino establecida por consideraciones de utilidad y oportunidad de tal manera que estas mismas consideraciones pueden a veces aconsejar su sacrificio, para evitar el desorden y el mayor daño que se derivaría de la conservación de una sentencia intolerablemente injusta...”.

Ello así es lo que entendió el legislador, al meritar las cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia para el dictado de la ley 26.167, cuestiones éstas fuera del alcance del juzgador.

En efecto, el legislador planteó una preeminencia de carácter axiológico, cuando la ley 26.167, manda aplicar “...retroactivamente a todos los supuestos contemplados en la presente, salvo que se hubiere perfeccionado la venta en los términos y condiciones del segundo párrafo, del art. 9º de esta ley y siempre que no se afecten derechos amparados por garantías constitucionales, por constituir directa derivación del art. 14 bis de la Constitución Nacional, en

(5) Ver HITTERS, JUAN CARLOS, *Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual*, ponencia XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Libro de ponencias pág. 130.

(6) Conf. KHOLER, cit. por HITTERS, JUAN CARLOS, *Ponencias* pág. 130.

(7) COUTURE, EDUARDO, *Estudios de Derecho Procesal*, pág. 414.

(8) CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Reus, 1922/25, t. II, pág. 511.

(9) Citado por HITTERS, JUAN CARLOS, *Revisión de la cosa juzgada*, 2ª ed., La Plata, Librería Editora Platense, 2006, prólogo.

cuanto ordena al Congreso Nacional la protección integral de la familia y el establecimiento del acceso a una vivienda digna...”.

Cabe destacar lo resuelto por nuestra Corte Suprema, en el sentido de que “...la institución de la cosa juzgada, como todas las instituciones debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales...”⁽¹⁰⁾ y que “...los motivos de la seguridad jurídica, economía procesal, necesidad de evitar sentencias contradictorias, no son absolutos y ceden frente al deber de afirmar otros valores jurídicos de raigambre constitucional...”⁽¹¹⁾ porque “...los loables principios que inspiran la inmutabilidad de las sentencias no son absolutos, y deben ceder frente a la necesidad de afirmar otros valores jurídicos...”⁽¹²⁾.

III Aplicabilidad

Resulta menester detenerse en el análisis de la aplicabilidad de la ley 26.167, toda vez que podría sostenerse que el art. 17 de la ley podría afectar derechos amparados por las garantías constitucionales.

Cabe destacar, que si por “...derechos amparados por la garantías constitucionales...” se entiende resoluciones pasadas en autoridad de cosa juzgada *meramente formal*, resulta evidente que se estaría dando preeminencia a la cuestión formal, abstracta y revisable, en perjuicio de una situación sustancial, real, y estable, como lo es el derecho amparado por garantías constitucionales de la protección la familia a través de la protección de la vivienda familiar.

Si bien el constituyente no ha establecido preeminencias de derechos, podemos observar que algunos derechos son renunciabiles (ej. *el de propiedad*), y otros irrenunciabiles (ej. *la protección de la familia y la vivienda familiar*), dando así la pauta de la desigualdad axiológica de cada uno.

Siendo deber del juzgador, en caso de conflictos, de “cotización de derechos”⁽¹³⁾, o sea, a cuál se va a dar preferencia, dar la coordinación armoniosa, la cual no se debe buscar a partir de premisas abstractas, sino que ha de referirse a las situaciones concretas, y apreciarse en relación con las circunstancias particulares⁽¹⁴⁾.

Nótese que dentro de un proceso ejecutivo, la resolución que fija los parámetros de deuda no resulta ser un derecho adquirido, ya que en realidad es un derecho en expectativa y de carácter renunciabie —*como antes refiriera*— en contraposición a un derecho fundamental irrenunciabie, como lo es la protección de la familia a través de la protección de la vivienda familiar.

(10) Fallos, 238:18; 281:421.

(11) Fallos, 281:421.

(12) Del voto del Dr. Augusto César Belluscio y disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petrachi y Jorge Antonio Bacqué, en Fallos, 309:1.

(13) GÓMEZ, CLAUDIO D., *La Corte Suprema brinda protección a la ‘vivienda única familiar’*, Suplemento especial del diario La Ley, “Pesificación de créditos hipotecarios”, 21-3-07, pág. 28.

(14) Fallos, 305:956.

CONTENIDO

DOCTRINA

La emergencia en la ejecución hipotecaria y la cosa juzgada, por Rafael Resnick Brenner..... 1

JURISPRUDENCIA

FEDERAL

Moneda: Contratos de compraventa a futuro de moneda extranjera: concepto; ley aplicable; pesificación; procedencia; cumplimiento tardío; intereses; pago; decreto 992/02; constitucionalidad; CER; inaplicabilidad (CNCiv. y Com. Fed., sala III, octubre 27-2006) (Conclusión del diario del 23 de julio de 2007) 2

COMERCIAL

Seguro: De vida colectivo anejo a una operación bancaria: siniestro; rechazo; falta de cobertura; banco contratante; responsabilidad; aseguradora; condena en costas.
Daño Moral: Incumplimiento contractual: resarcimiento; apreciación restrictiva (CNCom., sala B, agosto 16-2006) (Continuará en el próximo diario del 25 de julio de 2007) .. 7

OPINIONES Y DOCUMENTOS

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Proyecto de Ley. Procedimiento en casos de aborto..... 8

IV

Constitucionalización de los derechos civiles

Lamentablemente, somos protagonistas cada vez con mayor frecuencia de lo que podría denominar, “la codificación del pensamiento”, es decir, el ajustarse estrictamente a lo codificado, escrito, o mejor dicho “pacíficamente aceptado”; es como si fuese necesario una prelación axiológica determinada para evitar “salirse” de lo común.

El maestro platense ROBERTO BERIZONCE, predicó, que el abogado es el motor anónimo de la jurisprudencia, quien provoca el análisis jurisdiccional de cuestiones novedosas.

Cada vez es más reiterada la doctrina respecto de la constitucionalización de los derechos civiles, situación ésta acogida en el reciente fallo de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación⁽¹⁵⁾ en nuestro ámbito, podemos destacar el trabajo de la doctora AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI⁽¹⁶⁾, a quien a continuación me permito referir.

No se puede poner en duda que existe un proceso de constitucionalización de los derechos civiles⁽¹⁷⁾, así, por ejemplo, hay acuerdo en que los derechos personalísimos (*la identidad, la intimidad, etc.*) están hoy expresa o implícitamente contenidos en los ordenamientos fundamentales de los estados.

Más concretamente, la protección del *hábitat* se muestra como una verdadera necesidad humana, a tal punto que se incluye en las declaraciones internacionales y en las constituciones de numerosos países.

El art. 14 bis de la Constitución Nacional declara “la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”⁽¹⁸⁾.

En opinión de algunos autores, la formulación del art. 14 bis es insuficiente, por lo que se propuso sustituirla por una cláusula que declare la “protección constitucional del hogar familiar”⁽¹⁹⁾.

Si bien la oportunidad de esa reforma pudo haberse perdido en 1994, como refiriera anteriormente, en el reciente fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha materializado el sentido y alcance que la doctrina viene dándole a la protección de la vivienda familiar.

Protección ésta que eleva el grado de valiosidad del derecho de protección de la vivienda familiar a un rango de derecho fundamental.

Cabe recordar lo sostenido por la Corte, respecto de que los derechos fundados en cláusulas constitucionales tienen igual jerarquía, y que la interpretación debe armonizarlos y no confrontarlos⁽²⁰⁾.

Pero esa “igual jerarquía de los derechos ha de entenderse”, al decir de BIDART CAMPOS⁽²¹⁾, referida a “la igualdad de la jerarquía de normas de la Constitución que reconocen derechos, pero no a la idéntica valiosidad de los derechos en sí mismos”.

Correspondiendo al juzgador la tarea armonizadora de los derechos constitucionales, sobre la base de la valiosidad dada por el legislador a través de la norma.

También el maestro GERMÁN BIDART CAMPOS enseñaba que la función de los jueces es la de administrar justicia, con la ley, sin la ley o contra la ley, porque así lo manda nuestra Constitución Nacional, cuando en su preámbulo ordena “...Afianzar la Justicia...”, cuestión muy distinta a sólo, afianzar mecánicamente el derecho.

En el mismo sentido, también GERMÁN BIDART CAMPOS expresaba que: “toda garantía constitucional debe ser tan elástica cuanto la realidad de una situación determinada lo demande; y ello a efecto de que rinda su efecto tutelar respecto del derecho que a través de esa misma garantía se pretende. Como en tantas otras cosas, nada de rigideces, estrangulamientos, reduccionismos, ni cosa semejante. Las ga-

rantías deben holgarse (...) hay que buscar con aperturismo y activismo procesal y judicial la mejor vía conducente, en cada caso, para que haya una o más garantías a disposición de quien invoca aquel derecho. Si las garantías no sirven para el fin por el cual existen, no sirven para nada...”⁽²²⁾.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “no se trata de desconocer los términos de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos precedentemente enunciados, arribe a condiciones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia”⁽²³⁾.

Es necesario que las distintas Sedes Judiciales, merituando los valores en juego, arribe a soluciones que permitan llegar a *afianzar la justicia*, lo que posibilitará sin duda lograr la *paz interior*.

Paz interior ésta que calmará la angustiosa situación de miles de familias que vienen soportando el estado de incertidumbre respecto del destino de sus hogares.

Ya que es claro que la vocación debe preceder a la ocupación. Y que quien adquiere identidad ocupacional podrá ser un buen “técnico racional”⁽²⁴⁾, pero sólo si tal adquisición se encuentra insuflada por una cabal respuesta a los interrogantes de cuño vocacional *—por qué y para qué—* tendrá alma de magistrado y podrá hallar la fuerza interior que lo asista en el noble y muchas veces áspero camino de administrar justicia. Ya que no puede ser un buen juez quien no tenga vocación por la justicia.

VOCES: HIPOTECA - MUTUO - MONEDA - PROCESOS DE EJECUCIÓN

(22) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *¿Hábeas data o qué? ¿Derecho a la 'verdad', o qué?*, LL, 1999-A-212.

(23) CS, Fallos, 302:1284; LL, 1981-A-397.

(24) Así entiende ALF ROSS “como un técnico racional”— el papel que, en la medida de lo posible, debe desempeñar el jurista como político jurídico (*Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pág. 364). Similar cortedad, en relación con la *iurisdictio*, nos sugiere la regla Romana que circunscribe el quehacer del “buen juez” a “resolver según las situaciones personales y las circunstancias de los casos” (*Bonus iudex varie ex personis causisque constituet*, D. 6, 1, 38, Cels. 3 dig.). Citado por TINANT, EDUARDO LUIS en *La mirada de la aptitud vocacional* en homenaje a CARLOS COSSIO, publicado en revista La Ley, Suplemento de Actualidad, págs. 1 y 2, 16-3-99.

JURISPRUDENCIA

Moneda:
Contratos de compraventa a futuro de moneda extranjera: concepto; ley aplicable; pesificación; procedencia; cumplimiento tardío; intereses; pago; decreto 992/02; constitucionalidad; CER; inaplicabilidad.

(Conclusión del diario del 23 de julio de 2007)

Considero que el ejemplo no tiene ninguna semejanza con el caso traído a decisión, ya que el objeto del contrato citado es el seguro, por ello el precio de la moneda extranjera es fijo y además está realizado para asegurar una operación de *comodities* o de compraventa de mercaderías. Mientras que el contrato de autos tiene como objeto la especulación y no la aseguración, por eso se deja libre el precio de la moneda al valor de cambio por un año. En el caso ejemplo hay una vulneración al derecho de propiedad, mientras que en el segundo no la hay, ya que ambas partes especularon con el valor de cambio.

Un ejemplo de la realidad argentina aclarará aún más la cuestión. En un contrato de futuro una de las partes compradoras —refinería— se compromete a otra —vendedora— banco quien se obliga a vender, determinada cantidad de moneda extranjera a un tipo de cambio fijado al momento de celebrar el contrato. Mediante este instrumento, la compradora

se asegura contar al término de su plazo con determinada cantidad de dólares estadounidenses a un costo cierto, todo lo cual de conformidad con la política de cobertura descrita, le permitirá afrontar adecuadamente obligaciones comerciales (generalmente importaciones o préstamos bancarios) denominados en moneda extranjera (laudo arbitral de la Bolsa de Comercio, expte. N° 541/02). En este caso se advierte el fin de aseguramiento al comprar la moneda.

Diferente es la situación cuando el contrato celebrado por las partes ha sido el de compraventa de divisas, en tanto la prestación a plazo comprometida por el Banco Galicia no implicaba la forzosa entrega en especie de moneda extranjera a cambio de un precio, sino que el cumplimiento de la convención atípica e innominada resulta de la entrega (ya sea por el Banco Galicia al BEAL o la inversa, según que el peso se devalúe o revalúe respecto al dólar) de una suma de pesos igual a la diferencia en pesos que pudiera existir entre la cotización de la divisa pactada y la cotización al día de vencimiento, multiplicado por la cantidad de divisas negociadas. Éste es un neto contrato de especulación.

En este contrato el BEAL cobró del Banco Galicia, sin aportar nada, la suma de \$ 7.365.400 por la diferencia del valor de la moneda establecida por el Estado y la dada por el pacto que unió a las partes.

XII. CER. La parte actora solicita que en subsidio le sea aplicado el CER; tal pretensión no tiene respuesta por la demandada.

Cabe recordar que el CER es un coeficiente de actualización de referencia que se determina sobre la tasa media geométrica calculada sobre la variación del índice de precios al consumidor del mes anterior; es decir es un índice de actualización basado en variables que no se ajustan a los salarios, y se aplica en principio a los contratos originariamente contraídos en dólares, que fueron pesificados.

El CER tiene como objeto compensar la devaluación de la acreencia fijada originalmente en moneda extranjera y luego pesificada.

Entiendo que el CER no se aplica a los contratos que se ejecutan en el presente porque como lo he explicado, se trataba de determinar la diferencia entre el precio fijado a la moneda en el año 2001 y el precio que el dólar tuviera en el 2002. Y el precio establecido por el gobierno en febrero del 2002 fue de \$ 140 por cada divisa norteamericana. Éste es el valor a tener en cuenta y sobre este monto se debe establecer la diferencia. Ello implica restar a 1,40 en un caso 1,047, en otro 1,052, y en el otro 1,50.

En este tipo de contrato, que reitero era de especulación nada tiene que ver el CER, que como ya dije, es un coeficiente de estabilización para cuando existieran prestaciones fijadas en una moneda distinta a la nuestra.

Hay que tener en cuenta que el coeficiente de estabilización de referencia publicado por el BCRA (CER) se compone por la tasa de variación diaria obtenida de la evolución mensual del índice de precios al consumidor publicado por el INDEC, que en principio no tiene relación con el valor del dólar estadounidense y que se utiliza y utilizó fundamentalmente en los contratos en que el dólar había sido establecido como una moneda para dar estabilidad o una forma de seguro, cuestión ajena al fin objetivo de los acuerdos que regían a las partes.

Como acá nada se dió, sino que se estableció que se entregaría la diferencia entre el valor de la moneda en un momento histórico y en otro, no se aplica la actualización dada por la variación del índice de precios al consumidor que tenía un sentido completamente diferente.

Es más, como argumento supletorio puedo agregar que en la comunicación del BCRA A- 3461 se excluyó a las obligaciones a futuro de la pesificación y del CER (esta circular se dictó antes que el decreto 992) y cuando en la circular A 3697 y B 7463 se las incluyó en la pesificación, no se estableció que se les adicionara el CER, ni se previó el mecanismo para su cálculo.

Desde una interpretación finalista de la norma no se puede incluir el CER que es una fórmula de actualización, en el precio de la moneda extranjera, en un momento determinado.

El CER es una variable que se construye como media geométrica a partir del IPC (Índice de Precios al Consumidor). Este último es una variable estadística que realiza el INDEC teniendo en cuenta una canasta básica familiar y su relación en períodos de tiempo, respecto de su precio de compra.

La variación de precios de la canasta de productos y servicios, determina cómo una persona puede adquirirla de acuerdo a su remuneración.

(15) R. 320. XLII — Recurso de hecho — “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c. Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ejecución hipotecaria”, CS, 15-3-07.

(16) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Protección Jurídica de la Vivienda Familiar*, Hammurabi.

(17) Este acierto rige aún en los países en los cuales el “juez del derecho civil” no tiene el control de constitucionalidad de las leyes (FRANGI; *Constitution et droit privé*, pág. 9).

(18) Para los alcances de esta expresión y otras similares, ver BIDART CAMPOS, *Reflexiones sobre los derechos humanos y las obligaciones correlativas en el derecho constitucional*, ED, 124-883.

(19) LLOVERAS, *La protección constitucional de la vivienda familiar*, LL, 1993-E-812, conf. Ponencia de la doctora Sara Cadoche de Azvalinsky a las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, Junín 1992.

(20) Fallos, 255:293.

(21) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *¿Hay un orden jerárquico en los derechos personales?*, ED, 116-800.