

**EL JUICIO EJECUTIVO Y LA EXCESIVA
ONEROSIDAD SOBREVINIENTE.
DESINDEXACION EN JUICIO EJECUTIVO**

1. Los fallos anotados	141
2. La revisión del título ejecutivo frente a las contingencias inflacionarias recesivas	147
3. La revisión por pérdida del poder adquisitivo. Los argumentos de la corriente opositora. La tesis triunfante	150
4. La revisión por indexación abusiva. Los argumentos de la corriente negadora	153
5. Las razones que se oponen son las mismas en ambos casos	156
6. El abuso, la mala fe, el aprovechamiento usurario, no pueden ser convalidados con el pretexto de la índole ejecutiva del juicio	157
7. El caso de autos. Las sentencias del Inferior y de la Sala ...	158

EL JUICIO EJECUTIVO Y LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE

(DESINDEXACION EN JUICIO EJECUTIVO)

SUMARIO: 1. Los fallos anotados. a) Primera instancia. b) Segunda instancia. 2. La revisión del título ejecutivo frente a las contingencias inflacionarias recesivas. 3. La revisión por pérdida del poder adquisitivo. Los argumentos de la corriente opositora. La tesis triunfante. 4. La revisión por indexación abusiva. Los argumentos de la corriente negadora. 5. Las razones que se oponen son las mismas en ambos casos. 6. El abuso, la mala fe, el aprovechamiento usurario, no pueden ser convalidados con el pretexto de la índole ejecutiva del juicio. 7. El caso de autos. Las sentencias del Inferior y de la Sala.

1. LOS FALLOS ANOTADOS

- a) Juzgado Nacional Especial en lo Civil y Comercial de Primera Instancia N° 29 de la Capital Federal. Barman, Leonardo c. Alvarez, Joaquín s. Ejecución hipotecaria.

Buenos Aires, noviembre dos de 1981.

Y VISTOS:

Estos autos para dictar sentencia;

Y CONSIDERANDO:

I. A fojas 23 se presenta Leonardo Barman y promueve ejecución hipotecaria contra Joaquín Alvarez, a fin de que se lo condene a pagar 33.480 dólares estadounidenses o su equivalente en pesos argentinos al tipo de cambio vendedor en el mercado financiero vigente al día del efectivo pago, más intereses compensatorios y punitivos y costas, fundado en el incumplimiento por parte del demandado del contrato de mutuo con garantía hipotecaria, celebrado el 8 de abril de 1981.

II. El demandado solicita que se reajuste el capital e intereses del contrato que motiva este juicio, por aplicación de la teoría de la imprevisión.

Como es sabido, esta teoría ha sido incorporada a nuestra legislación positiva en el año 1968, mediante

la ley 17.711 de reformas al Código Civil, que estableció que “en los contratos bilaterales conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato... No procederá la resolución si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato” (art. 1198 del código citado).

Toda vez que en el caso, el demandado considera que debe aplicarse la teoría de la imprevisión pues el cambio del valor del dólar producido en el corriente año constituyó, según afirma, un acontecimiento extraordinario e imprevisible que provocó una notable desproporción en las prestaciones, tornando excesivamente onerosa la prestación a su cargo, analizaré el fenómeno de la inflación y las medidas económicas adoptadas por el gobierno en los primeros meses de este año, en relación con la norma contenida en el citado artículo 1198.

Nuestros tribunales han sostenido en forma reiterada que cuando el contrato se celebra en época de inflación, el deterioro del precio no es imprevisible y por lo tanto no es de aplicación el artículo 1198 del Código Civil.

Pero cuando el proceso inflacionario sufre una brusca alteración o adquiere un ritmo desenfrenado, es indiscutible que constituye el “acontecimiento extraordinario e imprevisible” que menciona la norma citada.

En este sentido se ha orientado firmemente la jurisprudencia con relación al proceso de junio de 1975 de conformidad al criterio de nuestra doctrina (CNFesp. Civ. y Com. Sala V, Rep. L.L. XXXIX, 1955,

sum. 158; Sala VI, L.L. 1978-B. 639; CNCiv. Sala A L.L. 1978-B, 145; Sala C, L.L. 1977-C, 539, Sala B, L.L. 1980-C. 531; etc. Llambías, J. J., *Hacia la indexación de las deudas de dinero*, F.D. 63-881; Mosset Iturraspe, J., *Justicia contractual*, p. 222, N° 7 y *El reajuste por excesiva onerosidad sobreviniente* (*), J.A. 1977-III, p. 545; Borda, *La Reforma del Código Civil. Teoría de la imprevisión*, E.D., 30-831; Spota, A. G., *Teoría de la imprevisión contractual y su aplicación en época de inflación sostenida*, L.L., 140-452, etc.).

Corresponde entonces, analizar si durante el curso del corriente año se ha producido una situación similar a la ocurrida en 1975.

En primer término, quiero señalar que en esta materia no se deben establecer soluciones rígidas ya que existe una innumerable cantidad de situaciones distintas de modo de que el Juez debe estudiar las circunstancias especiales de cada juicio para resolverlo receptando en su caso, la teoría de la imprevisión como aplicación de la justicia correctiva, llamada así por Aristóteles, o conmutativa según Santo Tomás.

Ello sentado, es evidente que deben distinguirse los casos que pueden plantearse según el momento en que se efectuó el contrato, ya que durante el corriente año se produjeron sucesivas devaluaciones del peso con relación a la moneda norteamericana, que alteraron la política cambiaria iniciada el 31 de diciembre de 1978. A partir de esta fecha, mediante circulares del Banco Central, se daba a conocer en forma anticipada la cotización diaria del dólar estadounidense durante varios meses. El valor del dólar sólo aumentaría en la medida establecida por aquellas famosas "tablitas". El 2 de

(*) Publicado en esta obra, tomo II, pág. 47

febrero del corriente año el Banco Central dispuso una devaluación del peso de un 10 % y fijó las cotizaciones que regirían hasta el 21 de agosto de 1981, fecha en que el dólar estadounidense se cotizaría en \$ 2.757 vendedor. Se dijo entonces que esta devaluación se adoptaba “de común acuerdo entre las autoridades actuales y futuras del Gobierno Nacional”.

Poco después de asumir las nuevas autoridades, se anunció una nueva devaluación del peso, 30,4 % que regiría a partir del 2 de abril; el 2 de junio se produjo otra devaluación del 30 % y el 28 de junio se desdobló el mercado cambiario lo que significó una nueva devaluación del 32 %.

Parece claro que, habiéndose seguido una política cambiaria de devaluación gradual y anticipada, durante dos años las devaluaciones ocurridas a partir del 2 de febrero eran imprevisibles en enero de 1981.

Sería aplicable entonces la teoría de la imprevisión a los contratos celebrados con anterioridad al 2 de febrero de 1981 (conf. Mosset Iturraspe, J., *Dólar e imprevisión* [°°] L.L. del 14-9-81; Vítolo, D. R., *El valor de la moneda y la imprevisión*, L.L. del 14-9-81; Morello y Tróccoli, J. A. del 18-9-81). Y si puede existir alguna duda con respecto a los contratos celebrados después del 2 de febrero y antes del 2 de abril en cuanto a la aplicación del artículo 1198 del Código Civil, no ocurre lo mismo con los contratos celebrados con posterioridad al 2 de abril del corriente año pues a esa altura de los acontecimientos nadie podía, razonablemente, creer en la estabilidad del mercado cambiario.

Tal el caso de autos, ya que el contrato de mutuo que motiva el presente juicio fue celebrado el 8 de

(°°) Publicado en esta obra, tomo III, pág. 297.

abril de 1981, es decir, una vez roto el sistema de devaluación gradual y anticipada de las "tablitas" mediante la devaluación del 30,4 % anunciada por el ministro Sigaut y que entró a regir a partir del 2 de abril.

En consecuencia, corresponde rechazar el pedido de reajuste fundado en la teoría de la imprevisión que formula el demandado y desestimar, por tanto, las excepciones que en ella se fundan.

III. En cuanto a los intereses compensatorios pactados, corresponde señalar que éstos pueden considerarse como normales en las operaciones realizadas en dólares.

En cambio considero elevados y violatorios del artículo 953 del Código Civil, los intereses compensatorios y punitivos fijados en el contrato que nos ocupa, para el caso de mora.

Por ello corresponde reducirlos y establecer la suma de compensatorios y punitivos que corren a partir de la mora en el 20 % anual.

Por las razones expuestas, FALLO:

Rechazando las excepciones opuestas. En consecuencia, mando llevar adelante la ejecución hasta hacer el acreedor íntegro pago de la suma reclamada con los intereses fijados en la presente sentencia y con costas.

Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Borda de Radaelli, Juez; Mario J. Isola, Secretario.

b) Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial de la Capital Federal, Sala IV.

Buenos Aires, febrero 25 de 1982.

VISTOS y CONSIDERANDO:

I. Contra la sentencia de fojas 43/44, que manda llevar adelante la ejecución y rechaza las excepciones opuestas se alza la ejecutada fundando su recurso a fojas 53/57.

II. En primer lugar la excepción de inhabilidad de título debe referirse en principio a las formas extrínsecas del instrumento con que se inicia la ejecución, debiéndose también admitirla cuando se pone de manifiesto la falta de alguno de los presupuestos básicos de la acción ejecutiva, sin que bajo ningún supuesto pueda discutirse la legitimidad de la causa de la obligación.

No es admisible la excepción de inhabilidad de título si no se ha negado la existencia de la deuda (art. 544, inc. 4º, última parte), con mayor razón cuando se la ha admitido como en el caso de autos.

Finalmente resulta sabido que no puede constituir tema de la materia propia del juicio ejecutivo la defensa de "abuso de derecho" (cf. C.N.Civ., Sala B, E.D. 41-484, 42-698; Sala C, E.D. 29-403; Sala D, E.D. 49-462). El interesado puede hacerla valer en juicio de conocimiento posterior, ya que el debate que requiere desnaturalizaría la estructura de la ejecución (C.N.Civ., Sala B, L.L. 148-698 [29.673-S]; E.D. 38-244, E.D. 34-352, E.D. 38-804; Sala C, L.L. 138-993 [23.925-S]; Sala D, E.D. 45-171 y 551, E.D. 36-467, E.D. 34-352). Idénticas consideraciones cabría efectuar respecto a la de-

fensa fundada en el artículo 1198 del Código Civil, ha bida cuenta que el pedido de reajuste no debe articularse en el juicio ejecutivo sino por la vía y forma pertinente, y de ningún modo como excepción en el proceso ejecutivo.

Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución recurrida. Con costas.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. *Luis M. Ambrosioni Bosch. Hugo M. Galtieri. Ana María Moyano Escalera de Izurieta y Sea* (Sec.: Miguel G. Lemega).

2. LA REVISION DEL TITULO EJECUTIVO FRENTE A LA INFLACION

En los últimos años se ha opuesto al progreso de las acciones dirigidas a la corrección de la deuda de dinero, sea que ésta se hubiera vuelto excesiva, sea que ocurriera la pérdida del poder adquisitivo, la índole ejecutiva del proceso, al que da pie un título ejecutivo.

No titubeamos en calificar criterios semejantes como incursos en "exceso procedimental manifiesto". Ellos concurren, lisa y llanamente, a negar el servicio de justicia, en la medida en que la distribución a cada uno de lo suyo es enervada por el tipo de procedimiento legal elegido para el cobro del crédito. De ahí que contradigan motivaciones de raigambre constitucional.

Y no es verdad, a nuestro juicio, que la cuestión encuentra solución cabal en el proceso de conocimiento ordinario o sumario posterior ⁽¹⁾, en la medida en que

(1) MORELLO, Augusto M., *Prólogo* a la primera edición de BUSTOS BERRONDO, H., *Juicio Ejecutivo*, edit. Platense, 3ª edic. La Plata, 1981, pág. XXV; recuerda el jurista distinguido que: "...en la rectificación iniciada en *Hacia un nuevo tipo de proceso*, por Lascano, hace tres décadas y que ampliara con énfasis la ley 14.237 (art. 59) y una juris-

dicho juicio enfrente “hechos consumados”, situaciones irreversibles, daños irreparables, como acontece en las ejecuciones hipotecarias o prendarias luego de que, en virtud de la sentencia de remate, que manda llevar adelante la ejecución, se ha producido la subasta del bien embargado (2).

Es conocido el debate entre los partidarios de la tesis amplia y los defensores de la restrictiva, en orden a la procedencia de la excepción de inhabilidad de título fundada en la falsedad o en la falta de causa de la obligación (3). La Corte Suprema de la Nación, con el voto de los ministros Roberto Repetto, Antonio Sagarna y Francisco Ramos Mejía, sostuvo, en 1941, que la excepción de inhabilidad de título debe emanar del título mismo, “salvo casos especiales” (4). Y en sentido coincidente se expresó la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires por el voto del vocal Argañaras: “Un juicio es sumario —se ha dicho— no tanto por la limitación de las defensas que se permitan, como por la brevedad de sus trámites. El juicio ejecutivo lo es

prudencia restrictiva que formó rígido valladar a los desbordes ‘causalistas’, parece entonces que ha de confirmarse que la esencia, estructura y función de este proceso es el de ejecución más que de conocimiento sumario, pues la posibilidad lógica que se inserte en una etapa de cognición no lo desdibuja si ese tramo, y sobremanera su razón de ser, emerge bien delimitada e infranqueable: oposición del ejecutado nada más que sobre los ‘defectos’ del título ejecutivo, que obstan a la continuación de la ejecución comenzada precisamente sobre la base de ese título”.

(2) Recordemos que, de acuerdo con la mayoría de los códigos procesales: “...el ejecutado podrá promover el ordinario, una vez cumplidas las condenas impuestas en aquélla” (la sentencia que recaiga en el juicio ejecutivo). ¿Es reparable el daño originado en la venta judicial del bien hipotecado, la vivienda única y permanente?

(3) BUSTOS BERRONDO menciona entre los partidarios de la tesis amplia —del debate sobre la causa en el juicio ejecutivo— a: DE LA COLINA, CARAVANTES, VIVANTE, LIEBMANN, ALSINA, Hugo; COLOMBO, MORELLO, BERGEL; y, a favor de la tesis restrictiva, a: CALVENTO, CASTRO, JOFRÉ, RODRÍGUEZ, FERNÁNDEZ, SPOTA y LASCANO.

(4) CSN, “Machado c/ Pcia. de San Juan”, J. A., 74-114.

porque se sigue por trámites que no son los del juicio ordinario. Las excepciones que se permiten pueden ser más o menos numerosas sin que por ello se altere o desnaturalice el carácter sumario del juicio. No se ve por qué la prueba de la falsedad material ha de ser factible y no ha de serlo la de falsedad de la causa, que a veces puede resultar de un contradocumento o de fácil comprobación. Si la cuestión es de puro derecho en nada se entorpece la ejecución porque esa cuestión sea resuelta en la sentencia de remate; y si se requiere prueba no ha de demorarse más que con cualquier otra excepción. Si la obligación que se ejecuta es nula, no es lógico y jurídico excluir esa nulidad de la ejecución para autorizar no obstante ella que se continúen los procedimientos, con el consiguiente daño que comporta para el ejecutado la venta de sus bienes, inconveniente que no se salva con la acción ordinaria que no impide el remate ni repara muchas veces el perjuicio moral y material ocasionado” (5).

Para concluir esta introducción digamos que si bien, por una parte, la necesidad de preservar a los papeles de comercio, “la moneda de los comerciantes”, de la discusión de la causa, orientó a un importante sector de la doctrina y jurisprudencia a favor de la tesis restrictiva, la necesidad, no menos sentida, de luchar contra la usura, golpea con fuerza la conciencia de los juristas, clamando a favor de la tesis amplia.

Y recordemos, al pasar, que configura usura tanto la pretensión de no indexar, que equivale a la de pagar con una moneda envilecida, como la pretensión de no desindexar, o sea de no reconocer el aprovechamiento que se esconde detrás de la aplicación de ciertos índices.

(5) SCBA, “Basso c/ F.C.S.”, voto del Dr. Argañaras, en L.L. 17-572.

La mayor economía procesal y el afianzamiento de los propósitos moralizadores del proceso, que fueron las razones de las reformas procesales de las leyes 17.454 y 7.425, no se compadecen, a nuestro entender, con el dictado de una resolución, la sentencia de remate, que se apoya en la ficción de que la obligación existe; que por esa vía es apta para llevar adelante pretensiones usurarias, contrarias, por ende, a la moral y buenas costumbres; y, por último, que so capa de no hacer cosa juzgada ni terminar con la jurisdicción del juez, obliga a una duplicación de procesos, en cuestiones de evidencia palmaria.

3. LA REVISION POR PERDIDA DEL PODER ADQUISITIVO

El difícil equilibrio entre la celeridad del juicio ejecutivo y la suficiente amplitud de la defensa se vio sacudido, nuevamente, a partir de la agudización del proceso inflacionario, en plena década del 70.

La cuestión se plantea entonces en términos más limitados; no se trata ahora de discutir la causa de la obligación en todo su riquísimo espectro, sino, meramente, de la pretensión de reajustar la deuda dineraria, a favor del acreedor, como resultas de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, consecuencia, a su vez, del proceso inflacionario.

Empero, ello no es obstáculo para que los argumentos en favor y en contra se reediten en la ocasión recordada. Básicamente se sostuvo, por los opositores a la indexación, que la limitación de defensas impuesta en el proceso ejecutivo impedía entrar en un problema de fondo, como era el del reajuste (⁶).

(⁶) La nómina de tribunales que en su hora adhirieron a esta tesis es muy extensa. Puede consultarse en cualquier repertorio. Aconsejamos

Dentro de esta discusión, en su momento muy ardua, rescatamos las enseñanzas del maestro Andorno: “A tal efecto corresponde poner de relieve, en primer lugar, que nuestro Código de Procedimiento Civil —el de Santa Fe— siguiendo los lineamientos generales de la legislación procesal, establece una división fundamental entre los procesos de cognición y los procesos de ejecución. Pero ello no impide, a nuestro entender, que pueda hablarse del juicio ejecutivo como de un proceso de conocimiento restringido, básicamente con limitaciones en cuanto a los plazos y a las defensas respecto del juicio ordinario. Así se ha sostenido que aunque la ‘demanda’ por excelencia es la introductiva del juicio ordinario, el escrito de promoción del juicio ejecutivo no deja de ser demanda, en una de las acepciones que corresponde atribuir a este acto procesal (Colombo, *Cód. Procesal Civil y Comercial*, t. III, p. 840, edición 1969). Siendo ello así, con ajuste a pacífica doctrina y jurisprudencia imperantes al respecto, en el proceso ejecutivo el juez puede y debe examinar la habilidad del título con que se acciona, aun de oficio, tanto en oportunidad de promoverse la demanda, como al dictar sentencia, debido a que en este tipo de proceso no se procura la declaración, sino la realización de un derecho, cuya existencia se da por presupuesta y debe estar acreditada preliminarmente mediante el correspondiente título hábil que, para serlo, debe reunir diversos requisitos recogidos por la ley”. Andorno concluye afirmando que: “La verdad es que el proble-

compulsarla en el *Complemento de Actualización de Jurisprudencia*, de *La Ley*, tomos XII y XIV, Bs. As., 1979, p. 495 y ss. BARBERO. O. U., dedica al tema un capítulo: *Indexación en el juicio ejecutivo*, en la obra *Indexación de las deudas de dinero*, edit. La Ley, Bs. As., 1980, p. 139 y ss.; el tema está tratado con precisión, asimismo, en las obras de MOISSET DE ESPANÉS, PIZARRO y VALLESPINOS; de CAZEAUX y TEJERINA, *Reajuste de obligaciones dinerarias*, 2ª edic., Bs. As., edit. Abeledo - Perrot, 1981.

ma relacionado con la necesidad de computar la depreciación monetaria en las obligaciones dinerarias en caso de mora, es una cuestión que se halla regida por principios propios que no tienen relación con la clase de procedimiento que se elija a los efectos del cobro de lo adeudado" (7).

Fue necesario, como en otras tantas cuestiones, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijera su opinión al respecto, para poner un punto final al debate; ello ocurrió en 22 de setiembre de 1977, en la causa: "Provincia de Neuquén c/ Sport 2.000 S.A.". Dijo la Corte: "Nada obsta a que la doctrina de la Corte, que admitió el reajuste de los créditos por desvalorización monetaria, sea aplicable a los créditos reclamados por vía ejecutiva, no sólo porque en el ejercicio de ésta también concurren los presupuestos fácticos tenidos en cuenta en aquélla —hecho notorio de emergencia inflacionaria y mora del deudor— sino porque motivaciones de raigambre constitucional que sustentan los precedentes del tribunal hacen que el reajuste así decidido no pueda ser enervado por el tipo de procedimiento legal elegido para el cobro del crédito". Y agregó más adelante: "El hecho de que el juicio ejecutivo sea un proceso con etapa de conocimiento sumamente limitado, que haya de estarse en él a los derechos que surjan literalmente del título y no pueda discutirse la causa de la obligación, no impide el reajuste, toda vez que éste no implica una obligación nueva o accesoría ni la indemnización del daño causado, sino que

(7) CApel. CC Rosario, sala II, agosto 19-976, en *La Ley*, 1976, D, p. 386 y ss., con un importante comentario de CASIELLO, J. J., *Sobre el reclamo de "indexación" en la deuda de dinero dentro del juicio ejecutivo*. En el mismo sentido las "Jornadas sobre Indexación en el Derecho Argentino y Comparado", Comisión de Derecho Civil y la mayoría de la Comisión de Derecho Procesal: "El reajuste por depreciación o devaluación monetaria debe acordarse en cualquier tipo de proceso".

se trata de la misma obligación sólo corregida en su signo monetario nominal para adecuarla a la realidad de los valores que originariamente con aquél fueron representados, a fin de salvaguardar la igualdad estricta exigida por la justicia conmutativa. Siendo así, en nada se afectan los mencionados caracteres del juicio ejecutivo, habida cuenta de que sólo es necesaria una corrección aritmética de la suma que aparece en el título, sin alterar la sustancia de su literalidad ni la naturaleza de los derechos que de él pueden surgir y sin que sea menester un proceso de cognición más amplio ni discutir la causa de la obligación” (8).

Como bien lo señala Barbero no es la “causa” sino los “efectos” de la obligación los que son discutidos. Es el alcance o cuantía de la deuda o crédito, su poder adquisitivo o de mercado.

4. LA REVISION POR INDEXACION ABUSIVA

Y bien, asistimos en la hora actual a un replanteo del debate; ya no en sus términos generales, ni con motivo de la pérdida del poder adquisitivo; vuelve traído por la necesidad de “desindexar” o sea de reajustar a límites justos y equitativos una deuda incrementada excesivamente por la presencia de índices inadecuados o impropios, extraños o ajenos a la situación del deudor, que es quien debe pagar la obligación.

¿Es posible desindexar en el juicio ejecutivo? ¿Puede el juez, dentro del limitado proceso de cognición que

(8) CSN, L.L. 1977-D-329; J.A. 1977-IV-295; E.D., 75-160. Como no es éste nuestro tema central, aunque su consideración por analogía es de importancia suma, nos limitamos a un tratamiento reducido o sintetizado de la cuestión de la indexación en el juicio ejecutivo.

el mismo implica, conocer y resolver sobre la excesiva onerosidad que el índice elegido conlleva? Esa es la cuestión.

Demás está señalar que los argumentos de los defensores de la tesis restrictiva —a la cual aludimos primero— y de la enemiga de la indexación en semejantes procesos —que consideramos luego— vuelven; siempre los mismos.

El tema es de primerísima importancia, por las razones recordadas: hechos consumados; subasta judicial; ejecución hipotecaria, con la remota posibilidad de una limitada compensación de daños en el juicio ordinario posterior.

Como si fuera poco, lo apuntado, se suma a ello el criterio, receptado por diversos tribunales, que podemos denominar de la “no interferencia” del juez a quien se plantea la revisión del contrato que incorporó el índice —contrato de mutuo con uno accesorio de hipoteca—, respecto del juez que conoce —si la causa está ya promovida— o puede conocer —cuando ella se promueva— la acción nacida del título ejecutivo (?).

Vale decir que se le cierran al deudor, víctima de la usura indexatoria, los dos caminos que puede transitar para arribar a la desindexación:

- a) El juicio de revisión, con base en la excesiva onerosidad sobreviniente (art. 1198, 2ª parte); o en el desarrollo de una cláusula lesiva (art. 954); o en el ejercicio abusivo de una prerrogativa (artículo 1071); y,

(?) Ponemos el ejemplo del mutuo por ser el más frecuente, pero los supuestos pueden multiplicarse.

b) La excepción de inhabilidad de título en el juicio ejecutivo (10).

Cuando el ejecutivo está promovido se alega que plantear un juicio paralelo de revisión importa tanto como quitar al juez del ejecutivo algo que es de su competencia, para por medio de otro juez interferir en su accionar; cuando aún no se ha iniciado el ejecutivo, se dice, por algunos tribunales, que el ordinario de revisión no es anterior sino posterior y previo pago de la deuda.

De donde, lesión, imprevisión, abuso, buena fe y equidad, encuentran una barrera infranqueable en el título ejecutivo y en el proceso que le es específico. Se trataría de un coto donde reina soberana la injusticia,

(10) PEYRANO, J. W., dedica al tema un Capítulo, el 12 de su obra: *El proceso desindexatorio*, edit. Hammurabi, Bs. As., 1982, p. 75 y ss. Lo denomina: *¿Cómo hacer valer la pretensión desindexatoria dentro de un procedimiento de ejecución hipotecaria?* Dice el jurista rosarino: "Por de pronto cabe consignar que el ámbito del juicio ejecutivo, en general, y el de la ejecución hipotecaria en particular, no son aptos para el ejercicio de una demanda reconvenzional... Peor aún sería que el deudor intentara hacer valer su pretensión desindexatoria ante otro Tribunal y por la vía, por ejemplo, del juicio ordinario. Es que resulta pacífico el criterio según el cual el órgano jurisdiccional no puede interferir, conforme a los principios de prevención y de continenencia de la causa— ni siquiera de manera indirecta en lo que es materia de asuntos ya sometidos a conocimientos de otros Tribunales. ¿Qué hacer entonces? Pues entendemos que lo más adecuado sería quizás, que el deudor -demandado del ejemplo interpusiera excepción de inhabilidad parcial de título para así obtener por su conducto la desindexación deseada. Y ello porque —en puridad— el deudor-demandado está sosteniendo (al ejercer una pretensión desindexatoria) que el actor le intenta cobrar más de lo que adeuda conforme a derecho y que —por ende— el título ejecutivo esgrimido en su contra sería inhábil parcialmente. Tal es, por lo demás, la solución aconsejable en todos los casos en que se intenta resistir la fuerza de un título ejecutivo con cuyo auxilio su titular pretende percibir más de lo realmente adeudado por el ejecutado. Tal es, por ejemplo, el caso de la excepción de pago parcial; pago parcial que puede hacerse valer mediante una excepción de inhabilidad parcial de título". Puede consultarse, en el mismo sentido, COLOMBO, C., *Código de Procedimientos...*, t. II, p. 875. Del mismo

la iniquidad, el abuso y la mala fe. Por lo menos en una primera instancia, ficcionista. Con el consuelo de un segundo juicio...

5. ARGUMENTOS PARA RECHAZAR Y PARA SOSTENER LA DESINDEXACION

Hay, para nosotros, un paralelo muy grande entre el planteamiento de la indexación en el juicio ejecutivo y el que ahora se origina, el de la desindexación en tales procesos. Así como, para rebatir semejante posibilidad, la presente, se invocan los mismos argumentos esgrimidos antes, para rechazar la indexación:

- a) No se trata de discutir la causa de la obligación sino sus efectos o alcances cuantitativos;
- b) no se trata de invocar una obligación nueva o distinta, sino de corregir la misma obligación, en sus excesos;
- c) es, una vez más, la búsqueda de la justicia conmutativa, la reciprocidad de los cambios, la adecuada relación de los valores;
- d) estamos frente a hechos notorios, puesto que lo son, indudablemente, la inadecuación entre los ingresos y los índices financieros o monetaristas;
- e) la corrección que se pretende es puramente matemática, aunque a veces tenga que ver con la matemática financiera;
- f) los intereses en juego alcanzan al orden económico, a la paz social, al bien común;

PEYRANO, J. W., *Remando contra la corriente: la admisibilidad de la excepción de pago parcial en juicio ejecutivo*, en *Apostillas procesales*, edit. Orbir, Rosario, 1981, p. 36.

- g) lo que puede perderse con una sentencia que mande llevar adelante la ejecución, no se recupera luego; en un proceso posterior.

6. ABUSO, MALA FE Y APROVECHAMIENTO USURARIO EN JUICIO EJECUTIVO

Ocurre, tal vez, que la usura que se logra con base en tales o cuales índices —el de la Circular 1050 del Banco Central de la República Argentina, por vía de ejemplo— no es tan evidente como la usura de los intereses elevados o del anatocismo; que la inmoralidad esté algo más oculta, pero existe lo mismo.

Conviene recordar que el mismo Bustos Berrondo, partidario de un equilibrio entre las tesis encontradas, pero quizás más cerca de la restrictiva, admite que: “igualmente podrá ser admisible la excepción si del mismo título resultare que se ha pactado un interés usurario, pero solamente en la medida en que el interés excediere lo lícito y razonable, a criterio del juez; lo que podría discutirse también en la etapa de liquidación en el proceso ejecutivo” (11).

Y no olvidar lo que la sala E, de la Cámara Nacional Civil, ha dicho en fallo reciente: “Si bien la defensa basada en que el contrato es inmoral y abusivo no es de las expresamente previstas por el artículo 544 del Código Procesal, ello no obsta a que sea considerada en el proceso ejecutivo (ejecución hipotecaria), por cuanto el juez debe ineludiblemente ponderar la licitud del contrato cuyo cumplimiento se reclama antes de dictar la pertinente sentencia. Con mayor razón debe observarse esa conducta ante la formal denuncia de la deudora (en

(11) BUSTOS BERRONDO, *ob. cit.*, p. 185 y la abundante jurisprudencia allí citada.

el caso se cuestiona la validez de las cláusulas que conforman el mutuo hipotecario fundada en la excesiva onerosidad de las prestaciones a su cargo)" (12).

Conviene rescatar una afirmación trascendente del fallo que suscriben los jueces Mirás, Lloveras y Padilla: el juez debe ponderar la licitud del contrato cuyo cumplimiento se reclama; sea un proceso ordinario o ejecutivo; no puede, sin más, mandar llevar adelante una ejecución con base en un título ilícito o teñido de antijuridicidad.

7. EL CASO DE AUTOS

El caso de autos se vincula con la cláusula de estabilización o reajuste con base en la moneda americana o "cláusula dólar". La Jueza de Primera Instancia, en un fallo erudito y particularizado a las circunstancias del contrato de mutuo, que diera pie al entuerto, rechaza el pedido de reajuste; entiende que a la fecha del acuerdo, 8 de abril de 1981, se encontraba "roto el sistema de devaluación gradual y anticipada" de las "tablitas"; no obstante entender que otra hubiera sido la solución de haberse contratado antes del 2 de febrero de 1981. Compartimos sus conclusiones.

La Sala confirma la sentencia pero expone fundamentos diametralmente distintos. Comienza adhiriendo a la tesis restringida respecto de las defensas en el juicio ejecutivo; a la extrema y no a la equilibradora:

(12) En La Ley 1981-D-334. Para el tema específico de los contratos de hipoteca con cláusula de reajuste, el trabajo de ALTERINI, Jorge H., *Las cláusulas de estabilización y el principio de especialidad en la hipoteca*, en "El Derecho", tomo 84, p. 799; en particular la afirmación, a ps. 813, acerca de que "dichas operaciones quedan sometidas a los principios generales y a la consiguiente construcción jurisprudencial que reduce la tasa de intereses cuando se aplica en operaciones hipotecarias en las cuales se reajusta el capital".

“...sin que bajo ningún supuesto pueda discutirse la legitimidad de la causa de la obligación”.

Y luego rechaza dogmáticamente la posibilidad de discutir en un ejecutivo tanto la excesiva onerosidad sobreviniente como el abuso del derecho; sin admitir distingo alguno. Olvidando que el abuso se conecta con la moral y buenas costumbres, con la buena fe y el ejercicio finalista de los derechos. Que puede tratarse de cuestiones de puro derecho o de prueba reducida o escasa; y, por último, que “el juicio de conocimiento posterior”, al cual remite al actor, puede chocar con situaciones irreversibles, que no puedan volver al estado o condición que tuvieran antes.