

Universidad Empresarial Siglo 21

Trabajo Final de Graduación

Carrera de Abogacía

**“La inconstitucionalidad de la Ejecución hipotecaria
extrajudicial”**

Gerónimo TORRES BARROS

Año 2017

RESUMEN

La Ley N° 24.441 - de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción surge con el objetivo de convertirse en una herramienta jurídica tendiente a regular y fomentar el crédito destinado a la financiación y construcción de viviendas. No obstante, su posterior implementación suscitó, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, una polarización de las posturas en torno a sus postulados, fundamentalmente, en torno del Título V de la misma; título que otorgara carácter facultativo al Régimen especial de ejecución de hipotecas, es decir, a la figura de la ejecución hipotecaria extrajudicial (artículos 52 a 67).

Ante el presente cuadro situacional, el presente trabajo se propuso, como objetivo principal, mostrar que existen motivos para sostener la inconstitucionalidad de dicho procedimiento. Para ello, se tornó necesario abordar, desde un enfoque de tipo cualitativo, cuál es la finalidad del procedimiento de ejecución extrajudicial; analizar el carácter facultativo de tal ejecución; explicar la cuestión de la competencia territorial; analizar la pérdida anticipada de la tenencia; evaluar la limitación de defensas; indagar acerca de la viabilidad del recurso de inaplicabilidad de la Ley, entre otros elementos.

ABSTRACT

Law No. 24,441 - Financing Housing and Construction arose with the objective of becoming a legal tool to regulate and promote credit for housing finance and construction. However, its subsequent implementation raised, at both doctrinal and jurisprudential level, a polarization of the positions around its postulates, fundamentally, around Title V thereof; A title that would make the Special Mortgage Enforcement Regime optional, ie the extrajudicial foreclosure (Articles 52 to 67).

In view of the current situational picture, the main objective of this paper was to show that there are reasons to support the unconstitutionality of this procedure. To do this, it became necessary to approach, from a qualitative approach, the purpose of the extrajudicial execution procedure; Analyze the facultative character of such execution; Explain the issue of territorial competition; Analyze the anticipated loss of tenure; Evaluate the limitation of defenses; Inquire about the feasibility of the appeal of inapplicability of the Law, among other elements.

ÍNDICE

Introducción	5
Capítulo primero: Hipoteca. Conceptos asociados y antecedentes	8
1.1 Hipoteca: definición.....	8
1.2 Origen y Evolución.....	9
1.2.1 El Derecho romano.....	9
1.2.1.1 La <i>fiducia cum creditore</i>	9
1.2.1.2 La prenda o <i>pignus</i>	9
1.2.1.3 El <i>pignus</i> sin tradición o hipoteca.....	10
1.2.2 La inclusión de la figura de la hipoteca en la jurisprudencia argentina.....	11
1.2.2.1 El Código Civil Argentino.....	11
1.2.2.1.1 Cualidades de la hipoteca como derecho real.....	14
1.2.2.2 El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.....	16
1.2.2.3 La sanción de la Ley N° 24.441.....	17
1.2.2.3.1 Régimen especial de ejecución hipotecaria: la ejecución extrajudicial.....	18
1.2.3 El Derecho Hipotecario en la Ley N° 26.994.....	21
1.3 La impronta de la temática abordada.....	21
Capítulo segundo: El régimen especial de ejecución hipotecaria. Características constitutivas	24
2.1 Las formas de ejecución hipotecaria.....	24
2.1.1 Ejecución hipotecaria judicial.....	25
2.1.2 Ejecución hipotecaria extrajudicial.....	28
2.2 El régimen especial de ejecución hipotecaria según la Ley N° 24.441.....	32
2.2.1 Afectación de las partes. El rol del acreedor.....	32

Capítulo tercero: Controversias surgidas en torno a la ejecución hipotecaria extrajudicial.....	34
3.1 La Doctrina de los Actos Propios y su relación con el pacto de ejecución extrajudicial.....	35
3.1.1 La Doctrina de los Actos Propios. Definición.....	35
3.1.2 La Doctrina de los Actos Propios en el Sistema Jurídico Argentino.....	37
3.1.3 La aplicación de la Doctrina de los Actos Propios en el terreno contractual.....	38
3.1.3.1 Su aplicación en el régimen especial de ejecución de hipotecas.....	39
3.2 El Derecho del Consumidor.....	42
3.3 El Derecho a la Defensa.....	47
3.3.1 El reconocimiento constitucional del Derecho a la Defensa.....	47
3.3.2 La limitación de las defensas oponibles implementada por la Ley N° 24.441.....	48
3.4 El Derecho a la propiedad privada.....	51
3.4.1 Los principios básicos establecidos en el texto constitucional.....	52
3.4.2 La tenencia del inmueble según la Ley N° 24.441.....	52
Capítulo cuarto: La Ley N° 24.441 y el incumplimiento de las Garantías constitucionales.....	57
4.1 Análisis de los argumentos doctrinarios esbozados en contra de los postulados de la Ley.....	57
4.2 Razones de la inconstitucionalidad de la Ley N° 24.441	59
Conclusiones.....	67
Bibliografía.....	69

INTRODUCCIÓN

El 22 de diciembre de 1994, los miembros del Congreso de la Nación Argentina sancionan la Ley N° 24.441 - de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción. Tal como su nombre lo indica, dicha norma surge con el objetivo de convertirse en una herramienta jurídica tendiente a regular y fomentar el crédito destinado a la financiación y construcción de viviendas. No obstante, la promulgación de la norma, el 9 de enero de 1995, y su posterior implementación suscitarían, tanto a nivel doctrinario como a nivel jurisprudencial, una polarización de las posturas en torno a los postulados esbozados por la misma.

Por un lado, la Ley sería recibida con agrado por aquellos sectores de la jurisprudencia moderna que veían en su conformación el surgimiento de una herramienta valiosa tendiente a agilizar y tornar más eficaces a los mecanismos existentes de gestión y cobro de la mora. Por otro, llevaría al planteamiento de diferentes cuestionamientos y objeciones acerca de la constitucionalidad de los procedimientos que habilitara, fundamentalmente, respecto del carácter facultativo otorgado, en el Título V de la presente Ley, al régimen especial de ejecución de hipotecas, es decir a la figura de la ejecución extrajudicial.

Tal figura tiene lugar cuando, ante el incumplimiento por parte del deudor de su obligación de pago, el acreedor de un préstamo, garantizado con hipoteca, hace efectivo su crédito enajenando el bien y cobrando el crédito del precio de venta obtenido, pero sin que dicho proceso tenga lugar autoridad judicial alguna sino ante Notario Público.

Dentro del conjunto de detractores de dicho Título, autores como Abrevaya (1999/2004), Morello (1995) y Moreno (2014), entre otros, coinciden en señalar que la norma establece, por esta vía, un mecanismo de gestión y cobro de la deuda hipotecaria que deja de lado la seguridad jurídica que supone y caracteriza al desarrollo por vías judiciales de una ejecución hipotecaria.

El procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial atenta contra la posibilidad del deudor de mantener el uso y goce del inmueble hipotecado, que solamente debería estar limitado en lo que pueda afectar la garantía real. Este procedimiento da lugar a una expropiación del inmueble sin la intervención judicial y con la constatación e intimación de un escribano para someter el mismo a una subasta. La dinámica establecida entre acreedor y deudor enmascara, de este modo, la supremacía y poder de la voluntad del primero sobre la del

segundo, el cual no sólo se ve inmerso en una relación contractual de carácter abusivo sino limitado en su capacidad de oponer una adecuada defensa.

Frente al dilema suscitado, y partiendo de las distintas argumentaciones esbozadas a favor y en contra de dicho instrumento normativo, el presente trabajo se propone, como objetivo principal, mostrar que existen motivos para sostener la inconstitucionalidad del procedimiento o Régimen especial de ejecución de hipotecas contemplado en el Título V, de la Ley N° 24.441 (artículos 52 a 67). Para ello, se torna necesario no sólo abordar la finalidad del procedimiento de ejecución extrajudicial, sino también analizar el carácter facultativo de tal ejecución; explicar la cuestión de la competencia territorial; analizar la pérdida anticipada de la tenencia; evaluar la limitación de defensas; indagar acerca de la viabilidad del recurso de inaplicabilidad de la Ley, entre otros elementos.

Se trata, entonces, de analizar la importancia para el desarrollo económico que implica la implementación de esta nueva herramienta, pero sin desconocer los posibles condicionamientos o violaciones que la misma podría suponer para la conservación y protección de derechos esenciales ya previstos en el ordenamiento jurídico del país. Con los objetivos anteriormente descriptos, la presente labor investigativa se dividirá en cuatro partes o capítulos.

En el primero de ellos, capítulo primero, se presentarán distintos elementos que permitan comprender, en forma sintética, qué se entiende por hipoteca y cuáles han sido, históricamente, los antecedentes que influyeron en su surgimiento y conformación. Así mismo, se hará hincapié en la posibilidad de ejecución hipotecaria extrajudicial planteada por la Ley N° 24.441, en su título V.

En el capítulo segundo, se abordará lo concerniente al régimen especial de ejecución de hipotecas propiamente dicho. Se tratará de establecer cuáles son los puntos más destacados que lo caracterizan y diferencian respecto de las ejecuciones hipotecarias judiciales. Así mismo, se analizará lo concerniente a su puesta en práctica y ámbito de aplicación.

En el capítulo tercero, se buscará comparar el valor del pacto de ejecución extrajudicial con la doctrina de los actos propios. Así mismo, dar cuenta de algunas de las controversias suscitadas en el ámbito jurídico respecto de la norma y las modificaciones que supone al cuadro jurídico existente, fundamentalmente, en lo que concierne a los lineamientos establecidos en la Carta Magna del país.

En el capítulo cuarto, se ponderarán los principales argumentos esgrimidos por la jurisprudencia en lo que atañe a la inconstitucionalidad de la norma, así como se analizará el

rol asumido por los distintos tribunales de justicia del país, en lo que a la temática de las ejecuciones extrajudiciales refiere.

Hacia el final de la labor investigativa, se presentarán las principales conclusiones a las que la misma permita arribar.

A partir de lo expuesto, se vislumbra la importancia del desarrollo del presente trabajo a fin de exponer las implicancias trascendentales del tema que nos ocupa, para una amplia gama de problemas que pudiesen surgir en la práctica.

En lo que atañe a la metodología de investigación, el análisis efectuado fue de tipo cualitativo. Se trató de desarrollar un estudio de tipo exploratorio y descriptivo de las distintas documentaciones ligadas a la temática, que permitieran identificar y caracterizar las principales variables relacionadas con el fenómeno abordado (características generales del mismo).

En este marco, y con la finalidad de arribar al objetivo de investigación propuesto se trabajó con una técnica de observación y análisis de distintos documentos, como ser: el estudio de la doctrina, jurisprudencia y leyes propias del ámbito nacional y provincial vinculadas a la materia, los fallos judiciales emitidos en torno de cuestiones de esta índole (fuentes primarias); así como los textos y comentarios sobre la doctrina y los fallos extraídos de publicaciones especializadas (fuentes secundarias).

CAPÍTULO PRIMERO

Hipoteca. Conceptos asociados y antecedentes

1.1 Hipoteca: definición

A fines de conocer la relevancia que la figura de la hipoteca reviste en la actualidad, en lo que al Derecho refiere, así como de comprender la envergadura que la inclusión del régimen especial de ejecución de hipotecas en el texto de la Ley N° 24.441 supone, se torna necesario analizar los orígenes y evolución de la misma. El significado que se le otorgara a dicho término en el transcurso de sus distintas instancias constitutivas se vuelve fundamental.

Homero Rondina y Gerardo Rondina (s.f.) señalan que, etimológicamente, la palabra hipoteca deriva del término griego *hypo-teké*. La definición tradicional del término hacía referencia a los conceptos que modernamente fueron admitiéndose como: a) finca que se ofrece como garantía del pago de un empréstito y b) Derecho Real que gravita sobre un inmueble para garantizar el pago de una deuda.

De este modo, al abordar la relación comercial establecida entre dos personas (una asumiendo el rol de acreedor y la otra, de deudor), en torno de un determinado bien los juristas griegos utilizaban un término cuyo significado no permitía diferenciar la prenda de la hipoteca. Cosa que sí harían, con posterioridad, los juristas del Imperio Romano, al dejar a la prenda como expresión del gravamen o garantía que recayese sobre cosas o bienes muebles y utilizar la noción de hipoteca para hacer referencia a la garantía de deudas o créditos a través de inmueble.

El significado de la palabra hipoteca que llegara a nuestros días no guarda relación con el sentido original que se asignara a la misma, en la Antigua Grecia. Por el contrario, el concepto de hipoteca utilizado en la actualidad procede del Derecho romano.

En este marco, la hipoteca es considerada un derecho real de garantía, constituída por el acreedor, en torno de un determinado bien, para asegurar el cumplimiento de una cierta obligación por parte del deudor. Dicha relación comercial confiere a su titular (acreedor) un derecho de realización de valor de un bien, el cual, aunque gravado, permanece en poder de su propietario (deudor), pudiendo el acreedor hipotecario promover, en caso de que la deuda garantizada por el deudor no sea satisfecha en el plazo temporal pactado, la venta forzosa del bien gravado con la hipoteca a fines de que pueda cancelarse el crédito debido (Iglesias, 2010).

1.2 Origen y Evolución

En el presente apartado se hará mención a algunos de los puntos significativos en lo que a los orígenes y evolución de la hipoteca, en tanto figura jurídica, refiere.

Se trata no sólo de comprender qué se entiende por hipoteca, sino también de abordar la relevancia que dicha figura ha tenido, con el transcurso del tiempo, en el ámbito legislativo.

1.2.1 El Derecho romano

Juan Iglesias (2010) sostiene que el Derecho romano pueden encontrarse dos instituciones que anteceden a la figura de la hipoteca actual: la *fiducia cum creditore* y la prenda o *pignus*.

1.2.1.1 La *fiducia cum creditore*

La *fiducia cum creditore* era la figura utilizada, dentro del Derecho romano, para asegurar el cumplimiento de una determinada obligación o deuda. La misma consistía en un acto comercial, originado entre vivos, por el cual una persona (acreedor o fiduciante) transmitía la propiedad de un bien (bien fideicomitido) a otra persona (deudor o fiduciario), la cual se comprometía, luego de alcanzados ciertos fines y cumplido un determinado plazo temporal, a devolver la propiedad del bien al transmitente (fiduciante) o bien entregársela a un tercero (beneficiario).

A modo de garantizar la obligación adquirida, el fiduciario o deudor entregaba, así mismo, al fiduciante o acreedor un bien, transfiriéndole la propiedad del mismo a través de una *mancipatio* o *in jure cessio*. Una vez que el deudor cancelaba, dentro del período temporal convenido, el pago de la obligación adquirida, el acreedor se encontraba obligado a devolverle la propiedad del bien entregado en garantía, a través de una nueva *mancipatio* o *in jure cessio*. Caso contrario, el acreedor podía quedarse definitivamente con la propiedad de la cosa. En este marco, podía considerarse a la *fiducia* como una venta con pacto de retroventa.

1.2.1.2 La prenda o *pignus*

La prenda o *pignus* era una figura perteneciente al ámbito de los préstamos pretorios (por oposición a los préstamos civiles). Al igual que en el caso de la *fiducia cum creditore*, tal figura suponía el establecimiento de una relación contractual entre dos actores, acreedor y deudor, en virtud de la cual el segundo entregaba al primero un bien (generalmente, mueble)

en tanto garantía de que cancelaría la obligación, propia o ajena, adquirida. En caso de que el deudor (*pignorante*) extinguiese la deuda contraída, el acreedor (*pignoraticio*) tenía la obligación de restituirle la prenda que, oportunamente, otorgara.

A diferencia de lo ocurrido en las negociaciones de tipo fiduciario, el deudor conservaba la propiedad del bien otorgado en garantía (no la trasladaba al acreedor). Sin embargo, el hecho de que la prenda quedase, aunque temporalmente, en poder del acreedor pignoraticio hacía nacer en favor de éste ciertos derechos sobre el bien (derecho real de garantía).

Dichos derechos de prenda eran considerados como un derecho real en razón de los interdictos y acciones (*in rem*) que concedían al acreedor pignoraticio. En primer término, el pretor le concedía interdictos posesorios, a fin de que defendiera la posesión interdictal que adquiriría sobre la cosa (la posición civil del bien quedaba en poder del deudor o pignorante); entre de las otras facultades concedidas al acreedor cabe mencionarse el derecho a vender la prenda, el derecho de comiso y el derecho de percibir los frutos.

Con el trascurso de los años, dichas modalidades de crédito comenzaron a mostrar ciertas fallas por lo cual se tornó necesario la creación de nuevos instrumentos legales, tendientes a proteger el rol ejercido por los actores participantes en la relación contractual.

Así mismo, se estableció que cuando el valor del bien entregado por el deudor, en forma de garantía, fuese superior al valor del bien fiduciario, y no se produjera el cumplimiento de la obligación por parte de éste, el acreedor estaba autorizado a enajenarlo pero entregándole al deudor la diferencia económica que pudiese surgir de su acción.

Por su parte, se estableció que el deudor tenía derecho a reclamar la restitución del bien entregado en garantía al deudor, o a terceros en caso de que éste lo hubiese transmitido de forma ilegal antes de vencido el plazo que se estableciera.

1.2.1.3 El *pignus* sin tradición o hipoteca

El *pignus* sin tradición o hipoteca surge ante la necesidad de dotar al deudor de un instrumento eficaz para la conformación de una garantía pero que no le quitara la propiedad o posesión del bien entregado. Sólo en caso de que el deudor no cancelase su obligación, el acreedor tenía derecho de tomar posesión del bien entregado en garantía y venderlo para cobrarse el importe que se le adeudara.

Otro de los puntos de diferenciación de esta figura respecto de sus predecesoras radicaba en el hecho de que el deudor podía constituir distintas hipotecas sobre un mismo bien.

En este caso, los derechos de los acreedores se determinaban en función del orden en que se conformaran como tal.

Con el transcurrir de los años, el uso de la hipoteca se generalizó llegando a constituirse en el medio de garantía real más utilizado en lo que a materia de inmuebles refiere.

1.2.2 La inclusión de la figura de la hipoteca en la jurisprudencia argentina

Incorporada a la legislación argentina desde hace más de un siglo, la figura de la hipoteca ha vuelto a estar en el centro del debate doctrinario dadas las modificaciones, en lo que a ella atañe, que fuesen implementadas por la Ley N° 24.441; más precisamente, a partir del reconocimiento e incorporación al texto de dicha Ley del régimen especial de ejecución hipotecaria (Título V) o también denominado procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial.

Cabe señalar que hasta el momento de sanción de tal norma, la jurisprudencia argentina reconocía tan sólo la ejecución hipotecaria por vía judicial. Todo ello en el marco de brindar y garantizar el cumplimiento de ciertos parámetros de seguridad jurídica, a los actores intervinientes en este tipo de operatoria.

A continuación, se realizará un breve recorrido histórico, repasándose los puntos más significativos en torno de la materia.

1.2.2.1 El Código Civil Argentino

Redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, en el año 1869 y entrado en vigencia, tras la aprobación del Congreso Nacional, el 1 de enero de 1871, el Código Civil de la República Argentina fue el cuerpo legal que reunió las bases del ordenamiento jurídico del país, en materia civil. Su vigencia, aunque con múltiples modificaciones, se extendió hasta el 1 de agosto del año 2015; fecha en que entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Urtubi (2006) señala que, en lo que atañe a la regulación de las garantías, entendidas como aquellos instrumentos creados por las leyes y que se utilizan para asegurar el cobro de un determinado crédito, dicho Código preveía la existencia de dos tipos de garantías: a) las garantías personales (aquellas que se producen cuando una persona, distinta al propio deudor, afecta su patrimonio general para asegurar al acreedor el cobro de su crédito, es decir, de la obligación que asumiera el deudor principal) y b) las garantías reales (aquellas utilizadas para garantizar un crédito a través de la afectación de un bien mueble o inmueble).

Entre los derechos reales de garantía, el Código Civil de Vélez Sarsfield preveía: la prenda, la anticresis y la hipoteca. Esta última figura fue incorporada al Código Civil en el Libro III - De los Derechos reales, Título XIV, a través de los artículos 3108 a 3203.

En este marco, se define a la hipoteca como: "el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor" (Código Civil, art. 3108).

El privilegio que obtiene el acreedor con este derecho real de garantía es sobre la cosa una vez que ésta sea vendida; es decir, es una garantía sobre el precio obtenido en la venta que se efectuara en subasta pública de la cosa inmueble dada en garantía (Urtubi, 2006, párraf. 34).

Así mismo, el Código estipula que:

La hipoteca sólo puede ser constituida por escritura pública o por documentos, que sirviendo de títulos al dominio o derecho real, estén expedidos por autoridad competente para darlos, y deban hacer fe por sí mismos. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que acceda (Código Civil, art. 3128).

Para luego añadir que:

El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: 1º, el nombre, apellido y domicilio del deudor y las mismas designaciones relativas al acreedor, los de las personas jurídicas por su denominación legal, y el lugar de su establecimiento; 2º, la fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra; 3º, la situación de la finca y sus linderos, y si fuere rural, el distrito a que pertenece; y si fuere urbana, la ciudad o villa y la calle en que se encuentre; 4º, la cantidad cierta de la deuda (Código Civil, art. 3131).

Inspirado en la figura del Derecho romano, dicho Código establece que:

El deudor propietario del inmueble hipotecado, conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad; pero no puede, con detrimento de los derechos del acreedor hipotecario, ejercer ningún acto de desposesión material o jurídica, que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado (Código Civil, art. 3157).

Es decir, un derecho donde el deudor conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad con la salvedad de que confiere al acreedor un derecho condicional: provocar la venta de la cosa en caso de no ser cancelada la deuda u obligación en que incurriere.

En este marco, y dadas las particularidades esbozadas, Urtubi (2006) menciona algunos factores que, de acuerdo a la definición esbozada por el Código Civil, caracterizan a la figura de la hipoteca como un derecho:

a) *Real*, en tanto establece una vinculación y dependencia entre el acreedor y el inmueble, dado por el deudor, en garantía (Código Civil, arts. 3108 y 2503).

b) *Convencional*, ya que sólo puede constituirse a través del acuerdo de voluntades manifiesta entre la parte deudora y la parte acreedora (Código Civil, art. 3115).

c) *Accesorio de una obligación principal*, por tanto, una vez extinguida la obligación principal, se extingue, también, el derecho accesorio de garantía.

d) *Formal*, en tanto su constitución requiere de la existencia de una Escritura Pública vinculada al bien hipotecado.

e) *Que requiere de la inscripción en un registro especial para su oponibilidad* (Registro General de Propiedades; Código Civil, arts. 3134 y 3135).

f) *Cuya validez depende de que reúna los requisitos previstos en la ley* (Código Civil, arts. 3109 y 3131) e

g) *Indivisible* (Código Civil, art. 3112).

En tal sentido, Abrevaya (2004) cita algunos fallos en los que se dejan asentadas tales características:

La hipoteca es un derecho real necesariamente accesorio de un crédito y, por ende, no puede tener existencia desvinculada de la obligación que garantiza. (C. Nac. Civ., sala E, 30/3/1983, ED 105-503).

La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito de dinero sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor. Es un derecho real, accesorio y de garantía, que procura al acreedor de una relación obligacional mayor seguridad del cumplimiento de la prestación. (C. Nac. Civ., sala E, 7/5/1993, "Banco Sidesa SA en liq. v. Bahía del Sol SA", Revista del Notariado 840-149).

Según el art. 3108 , CCiv. la hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles que continúan en poder del deudor, quien como dispone el art. 3157, CCiv. conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad con la salvedad, entre otras limitaciones (arts. 3157 citado, segunda parte; 3158 y 3160), de que confiere al acreedor un derecho condicional: provocar la venta de la cosa en caso de no ser pagado. (C. Nac. Civ., sala E, 24/12/1969, ED 40-351)" (Abrevaya, 2004, p. 13).

Si bien modificada a través de lo dispuesto con la sanción de distintas leyes, como ser: a) La Ley N° 11.725, la cual modificó al artículo 3112, permitiendo la divisibilidad de la hipoteca y, por ende, la división del inmueble y su enajenación en lotes, si su dimensión así lo permitiera; b) la Ley N° 17.711, la cual reformuló el artículo 3113 y a través de la cual, en caso de poseer el deudor varios inmuebles hipotecados podía un juez establecer el orden de venta de los mismos o c) la Ley N° 20.089, la cual introdujo una modificación en los plazos para la registración de la hipoteca (Urtubi, 2006), lo cierto es que la hipoteca en tanto derecho real de garantía mantuvo ciertos atributos característicos, a lo largo del tiempo.

1.2.2.1.1 Cualidades de la hipoteca como derecho real

Alejandra Abrevaya (1999) menciona que el Código Civil reconoce a la hipoteca como un derecho real de garantía, el cual presenta tres aspectos que hacen a su identificación como tal:

1. Ius distrahendi

El propietario de la cosa gravada está autorizado por la ley a ejercer todas las facultades y poderes que ésta le confiere en esa condición, en cuanto a la disposición material y jurídica de la cosa. En este marco, quien constituye una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad puede realizar, en principio, todos los actos jurídicos o materiales que hacen al contenido de su derecho de dominio: enajenarlo, gravarlo, arrendarlo, darlo en comodato y también usar y gozar del mismo, disponiendo materialmente del bien, entre otros.

Cabe destacar que la amplitud de dichas facultades no es ilimitada: en caso de que las mismas produzcan la disminución del valor de la cosa hipotecada no las podrá ejercer mientras subsista el gravamen hipotecario, al menos no sin contar con la anuencia expresa del acreedor. Lo cual, paradójicamente, supone una limitación significativa al ejercicio pleno de dicho derecho de dominio.

2. Ius perseguendi

El acreedor tiene el derecho de perseguir la cosa hipotecada, en caso de que el deudor o el tercero que haya constituido la hipoteca a su favor, la enajene; exigiendo y haciendo valer su derecho frente a los terceros a quienes se les haya transmitido el bien, así como cobrándose el crédito impago a partir de lo generado o producido por el acto de enajenación.

Este carácter queda especificado en el art. 3162; artículo en el cual se estipula que: "si el deudor enajena, sea por título oneroso o lucrativo, el todo o una parte de la cosa o una desmembración de ella, que por sí sea susceptible de hipoteca, el acreedor podrá perseguirla en poder del adquirente, y pedir su ejecución y venta, como podría hacerlo contra el deudor" (Código Civil, art. 3162).

La autora señala que la persecución de la cosa enajenada por parte del acreedor es un derecho que éste puede ejercer o no. La Ley lo habilita a hacerlo pero, en caso de preferirlo, puede optar por el inicio de una acción personal contra el deudor primitivo.

3. Ius preferendi

El acreedor hipotecario goza del derecho de preferencia, es decir que adquiere la posibilidad de ser preferido en el ejercicio de su derecho frente a otros derechos reales o personales constituidos con posterioridad y según el principio *prior in tempore potior in iure*.

En correlación con lo señalado por dicha autora, López del Carril (s.f.) señala:

En definitiva, ¿qué es lo que confiere la hipoteca al acreedor? "Un derecho sobre el precio de la cosa mediante la subasta judicial".

El "jus perseguendi" concilia la faz económica-jurídica de la hipoteca ya que teniendo el acreedor hipotecario un derecho real sobre la cosa hipotecada tiene absoluta seguridad del pago de su crédito, y el deudor propietario sigue gozando de todas las facultades inherentes a su condición, con la explicable limitación de no disminuir la garantía acordada y cuya violación podrá determinar la inmediata protección de los derechos del acreedor. El "jus perseguendi" contempla y soluciona la necesidad de proporcionar al acreedor la cosa, aunque haya salido del patrimonio del deudor por cualquier título y sea quien sea el poseedor.

El "jus preferendi" hace valer el privilegio sobre el valor logrado en la subasta (p. 118).

1.2.2.2 El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Si bien sancionado y puesto en vigencia con posterioridad al dictado de la Ley sobre la cual versa la presente labor de investigación, lo cierto es que el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación supone, desde el 7 de octubre de 2014 (fecha en la que fue promulgado), una importante innovación en materia de derechos reales de garantía.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCiv. y Com.) aporta una innovadora técnica legislativa a la hora de regular los derechos reales. Estos se ubican en el Libro Cuarto, el que se divide en trece Títulos diferentes. El primero de ellos contiene una parte general de todos los derechos reales, en donde se regulan las disposiciones y principios comunes de la materia. En el segundo Título, se regulan la posesión y la tenencia. Los restantes se dedican en particular a cada derecho real, hasta llegar al Título XIII donde se encuentran las disposiciones acerca de las acciones reales.

Es importante destacar que, antes de comenzar con la regulación de cada derecho real, se han redactado disposiciones generales de acuerdo a la clasificación de los mismos. Esto ha servido para simplificar la codificación de cada derecho real y evitar repeticiones innecesarias. En cuanto a los derechos reales de garantía se observa que de los artículos 2184 al 2204 del CCiv. y Com. se encuentran veintiún artículos de disposiciones comunes que anteceden a la regulación en particular de los derechos de hipoteca, anticresis y prenda (Alberdi Imas, 2016, p. 153).

De este modo, se evidencia que el nuevo Código establece normas comunes a la clasificación de los derechos reales de garantía, así como regula, de manera específica, a cada uno de estos derechos. En lo que concierne a la figura de la hipoteca, Alberdi Imas (2016) señala que:

es interesante apreciar cómo han sido comprimidas las disposiciones de este derecho, por cuanto en la legislación anterior se le dedicaban 103 artículos, mientras que en la actual, propiamente a este derecho se lo regula en siete. Por supuesto, si se sumaran las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía, este número ascendería, pero tampoco alcanzaría a la cantidad de artículos en que Vélez la reguló. Esta reducción es entendible, puesto que actualmente a través de más de un centenar de años de aplicar e interpretar el derecho se conoce qué acontece frente a determinada circunstancia y la postura de la jurisprudencia. Mientras que el legislador del siglo XIX, no solamente codificaba el derecho, sino que también hacía escuela, al enseñar a través de los diferentes casos especiales que podían darse en esta materia (p. 153).

En lo que atañe a su definición, dicho Código Civil y Comercial sostiene:

La hipoteca es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado (C.Civ. y Com., art. 2205).

Para luego añadir, en lo que concierne a las Convenciones para la ejecución, y de acuerdo a los fines que interesan al desarrollo de la presente investigación, que: “Lo previsto en este Capítulo no obsta a la validez de las convenciones sobre ejecución de la hipoteca, reconocidas por leyes especiales (C.Civ. y Com., art. 2211). Este artículo puede aplicarse al analizar el funcionamiento y aplicación de la Ley N° 24.441

1.2.2.3 La sanción de la Ley N° 24.441

Sancionada el 22 de diciembre de 1994 y promulgada el 9 de enero de 1995, la Ley N° 24.441- de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción surge con el objetivo de convertirse en un instrumento jurídico-legal tendiente a fomentar el crédito destinado a la financiación y construcción de viviendas. Es decir, como una alternativa a las formas tradicionales de financiamiento ya existentes. Conformada en torno de la reglamentación de tres figuras de contenido comercial: fideicomiso, contrato de leasing e hipotecas, dicha norma supone, entre otros factores, una modificación legal significativa en lo que al régimen de ejecución hipotecaria refiere.

En toda obligación, el deudor tiene el deber jurídico de realizar una o más prestaciones comprometidas (que pueden ser de dar, hacer o no hacer, en forma íntegra, idéntica, localizada y temporánea, satisfaciendo así el interés del acreedor. Esta conducta se conoce, técnicamente, como *pago*, y es el medio normal y natural de extinción de las obligaciones.

Sin embargo, puede darse el caso –y a menudo ocurre- de que el deudor no desarrolle la conducta debida de acuerdo con los parámetros indicados. Ello lo hace incurrir en *responsabilidad civil*, y da lugar a diversas consecuencias jurídicas: la principal es la potestad del acreedor de demandar coactivamente, por vía judicial, la ejecución de la prestación o la indemnización del daño que el incumplimiento le hubiera causado (Brodsky, 2012, p.9).

El concepto de ejecución hipotecaria hace referencia al procedimiento ejecutivo a través del cual se ordena la venta de un bien inmueble, gravado con una hipoteca, dado el incumplimiento, por parte del deudor, de la obligación u obligaciones que dicha hipoteca garantizara. Los procedimientos de ejecución de hipotecas, entre otros, se encuentran regulados por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Libro III - de procesos de ejecución, Título II - Juicio Ejecutivo, Sección IV - Subasta de Inmuebles.

Cause y Pettis (2007) señalan que el régimen hipotecario tradicional, por vía judicial, supone el desarrollo de un procedimiento rápido y reglado, mediante el cual se busca, mediante

la intervención de un juez y de la disposición de una subasta pública, hacer efectivo el valor del bien inmueble para de ese modo pagar las deudas incumplidas ante el acreedor o acreedores. Una vez vendido el bien inmueble y pagados los deudores hipotecarios, la normativa estipula la devolución del dinero restante de la venta del bien, en caso de que lo hubiera, al propietario del mismo.

La puesta en vigencia de la Ley N° 24.441 supuso una novedad significativa en lo que a la ejecución hipotecaria refiere: el reconocimiento del régimen especial de ejecución hipotecaria o también denominado procedimiento de ejecución extrajudicial.

1.2.2.3.1 Régimen especial de ejecución hipotecaria: la ejecución extrajudicial

Contemplado en el Título V, de la Ley N° 24.441, el régimen especial de ejecución hipotecaria supone, para aquellas hipotecas en las cuales se hayan emitido letras hipotecarias o se hubiere convenido expresamente el sometimiento a las disposiciones de este título, que:

En caso de mora en el pago del servicio de amortización o intereses de deuda garantizada por un plazo de sesenta (60) días, el acreedor intimará por medio fehaciente para que se pague en un plazo no menor de quince (15) días, advirtiéndolo al deudor que, de no mediar pago íntegro de la suma intimada, el inmueble será rematado por la vía extrajudicial. En el mismo acto, se le intimará a denunciar el nombre y domicilio de los acreedores privilegiados, embargantes y ocupantes del inmueble hipotecado (Ley N° 24.441, art. 53).

Para luego añadir que:

Vencido el plazo de la intimación sin que se hubiera hecho efectivo el pago, el acreedor podrá presentarse ante el juez competente con la letra hipotecaria o los cupones exigibles si éstos hubiesen circulado, y un certificado de dominio del bien gravado, a efectos de verificar el estado de ocupación del inmueble y obtener el acreedor, si así lo solicita, la tenencia del mismo. El juez dará traslado de la presentación por cinco (5) días al deudor a los efectos de las excepciones previstas en el artículo 64. El juez ordenará verificar el estado físico y de ocupación, designando a tal fin al escribano que proponga el acreedor. Si de esa diligencia resulta que el inmueble se encuentra ocupado, en el mismo acto se intimará a su desocupación en el plazo de diez (10) días, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública. El lanzamiento no podrá suspenderse, salvo lo dispuesto en el artículo 64.

No verificada en ese plazo la desocupación, sin más trámite se procederá al lanzamiento y se entregará la tenencia al acreedor, hasta la oportunidad prevista en el artículo 63. A estos fines, el escribano actuante podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio y violentar

cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble, a costa del deudor. Todo este procedimiento tramitará in audita parte, y será de aplicación supletoria lo establecido en los códigos de forma (Ley N° 24.441, art. 54).

La Ley, así mismo, dota al acreedor de la facultad de solicitar, directamente, al Registro de la Propiedad un informe sobre el estado del dominio y gravámenes que afectaren el inmueble hipotecado, con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios (Ley N° 24.441, art. 55).

Verificado el estado del inmueble, el acreedor ordenará por sí, sin intervención judicial, la venta en remate público del inmueble afectado a la garantía, por intermedio del martillero que designe y con las condiciones usuales de plaza. Se deberán publicar avisos durante tres (3) días en el diario oficial y en dos (2) diarios de gran circulación, uno al menos en el lugar de ubicación del inmueble. El último aviso deberá realizarse con una anticipación no mayor de dos (2) días a la fecha fijada para el remate. En el remate estará presente el escribano quien levantará acta (Ley N° 24.441, art. 57).

La subasta o remate deberá iniciarse con un valor base, equivalente al monto de la deuda a la fecha de procederse a la venta (Ley N° 24.441, art. 58).

El deudor, el propietario y los demás titulares de derechos reales sobre la cosa hipotecada deberán ser notificados de la fecha de la subasta por medio fehaciente, con un mínimo de siete (7) días hábiles de anticipación, excluido el día de la subasta (Ley N° 24.441, art. 59).

Realizada la subasta, el acreedor practicará liquidación de lo adeudado según el respectivo contrato y las pautas anteriormente dispuestas, más los gastos correspondientes a la ejecución, los que por todo concepto no podrán superar el tres por ciento (3%) del crédito. Procederá a depositar el remanente del precio a la orden del juez competente junto con la correspondiente rendición de cuentas documentada dentro de los cinco (5) días siguientes. El juez dará traslado al deudor de la citada presentación de la acreedora por el término de cinco (5) días a los efectos de la impugnación o aceptación de la liquidación. De no mediar embargos, inhibiciones u otros créditos, y existiendo conformidad entre deudor y acreedor con respecto al remanente, éste podrá entregar directamente a aquél dicho remanente (Ley N° 24.441, art. 60).

Cabe mencionar que, si bien con cierto grado de intervención en lo que a la ejecución hipotecaria refiere, la actuación judicial resulta acotada a la función de apoyatura y control del sistema de ejecución privada, prevaleciendo, en este marco, la actuación extrajudicial.

El régimen especial de ejecución extrajudicial, desjudicializa parte del proceso, tornándolo más rápido. De esta manera, alienta a acreedores a recurrir a la hipoteca como garantía de los créditos, con la previsión de poder utilizar este proceso de ejecución frente al incumplimiento del deudor. Este régimen, en cuanto a la posibilidad de recurrir a él es convencional, optativo para el acreedor y puede utilizarse si el deudor no paga el servicio de amortización o los intereses de la deuda garantizada (Urtubi, 2006, párrafs. 17-18).

Así mismo, es importante señalar que, aún dotando de facultades amplias al acreedor hipotecario, la Ley N° 24.441 procura establecer mecanismos tendientes a respaldar el rol del deudor. En este marco, es que plantea:

Una vez realizada la subasta y cancelado el crédito ejecutado, el deudor podrá impugnar por la vía judicial, por el procedimiento más abreviado que solicite el deudor:

- a) La no concurrencia de los hechos que habilitan la venta;
 - b) La liquidación practicada por el acreedor;
 - c) El incumplimiento de los recaudos establecidos en el presente título por parte del ejecutante.
- En todos los casos el acreedor deberá indemnizar los daños causados, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas a que se hiciere pasible (Ley N° 24.441, art. 65).

La norma establece que:

Dentro de los treinta (30) días corridos de efectuada la ejecución extrajudicial, el deudor podrá recuperar la propiedad del inmueble si pagara al adquirente el precio obtenido en la subasta, más el tres por ciento (3%) previsto en el artículo 60 (Ley N° 24.441, art. 66).

1.2.3 El Derecho Hipotecario en la Ley N° 26.994

En la actualidad, y tras la sanción, en el año 2015, de la Ley N° 26.994, correspondiente al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, lo concerniente a las hipotecas se encuentra establecido en el Libro Cuarto- de los Derechos Reales, Título XII- de los Derechos Reales de Garantía, Capítulos 1 y 2, artículos 2182 a 2211.

De acuerdo a esta norma:

La hipoteca es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado (Ley N° 26.994, art. 2205).

Por otro lado, en el artículo 2211 del Código mencionado se estipula: “Convenciones para la ejecución. Lo previsto en este Capítulo no obsta a la validez de las convenciones sobre ejecución de la hipoteca, reconocidas por leyes especiales” (Ley N° 26.994, art. 2211).

1.3 La impronta de la temática abordada

En un contexto mundial fuertemente condicionado por los factores de índole económica, se torna necesario analizar el rol que adquiriera el crédito, en tanto elemento multiplicador de las transacciones y, por ende, facilitador del desarrollo industrial y comercial. Evaluar el valor adquirido por tal elemento, en general, y por la figura de la hipoteca, en particular, es otro de los puntos a considerar a fin de alcanzar una mirada más pormenorizada del fenómeno.

Al respecto, Alejandra Abrevaya menciona que:

La hipoteca, como derecho real de garantía, da lugar a lo que se denomina el crédito real, que facilita la circulación de capitales necesarios para ese desenvolvimiento (...) Es así que, desde siempre, se han destacado las ventajas de la hipoteca y la posibilidad de contribuir al tráfico comercial con las consecuencias que ese movimiento económico significa. Tiene el régimen hipotecario, por ello, una importancia cardinal para la economía de un país, permitiendo la movilización del crédito inmobiliario avalado por una garantía privilegiada, lo que posibilita atraer ese crédito que, de otro modo, se detraería (Abrevaya, 2004, pp. 8-9).

Para luego señalar que:

En nuestro país, el crédito hipotecario se dio, durante muchos años, mayoritariamente como inversión de pequeños ahorristas que colocaban su dinero en préstamos hipotecarios (generalmente a través de las escribanías), para luego decaer, a raíz de los efectos que traía aparejada la inflación y la consecuente depreciación de la moneda y pérdida de su poder

adquisitivo, con lo cual los ahorristas ya no estaban interesados en invertir su dinero en préstamos hipotecarios, colocándolo en inversiones financieras que resultaban menos riesgosas.

El crédito aparece otorgado a partir de ese momento (que además coincide con una nueva y más fuerte proyección de la banca en los esquemas económicos y financieros) y en términos generales, por un banco o una financiera a los que deben acudir, mayoritariamente, quienes requieren de un préstamo dinerario y, de ese modo, la hipoteca constituida como garantía cobra un nuevo auge adquiriendo nuevas aristas jurídicas y acomodándose a las nuevas modalidades económicas (Abrevaya, A. D, 2004, p. 9).

La autora remarca, finalmente, que:

Para posibilitar, mantener y sostener esta forma de circulación económica (debemos destacar como principio), es menester, ahora, la coordinación de normas de fondo y procesales que faciliten la constitución hipotecaria, consultando y protegiendo los intereses de quienes habrán de permitir el crédito (evitando la posibilidad de argucias y conductas dilatorias por parte del deudor) en igual medida que los de aquellos que acceden al crédito, pues es el interés general el que está en juego.

Y ello sólo es posible en el marco de un control judicial (Abrevaya, 2004, p. 9).

En la actualidad, tras haberse cumplido más de dos décadas de la sanción de la Ley N° 24.441 – Financiamiento de la Vivienda y Construcción, puede vislumbrarse el modo en que dicha norma ha presentado una importante consolidación en el mercado.

Creada con la intención de convertirse en una herramienta jurídica de utilidad y conveniencia para las partes intervinientes en los distintos tipos de relación contractual, surgidas en torno del financiamiento de la vivienda y la construcción, se torna necesario analizar los puntos más significativos que la conforman.

El presente trabajo se propone ahondar en dichos puntos a fin de poder alcanzar un mayor conocimiento acerca de la materia y de los posibles conflictos que su aplicación pudiese suscitar. Se trata, además, de analizar la naturaleza de los cambios propuestos a fin de determinar si éstos se conforman en contraposición a disposiciones legales preexistentes, rozando de este modo el grado de inconstitucionalidad.

CAPÍTULO SEGUNDO

El régimen especial de ejecución hipotecaria. Características constitutivas

La Ley N° 24.441 – de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción es una norma compleja, de tipo macroeconómico, que busca legislar diversas cuestiones, asociadas a la temática habitacional.

Augusto Morello (1995) señala que la norma, orientada a fomentar la financiación del crédito así como a asegurarle garantías eficaces y efectivas al mismo, puede caracterizarse como una ley ómnibus, en lo que refiere a su conformación. Al encontrarse constituida por varios títulos, su sanción supuso un impacto significativo en un frente jurídico amplio.

En este marco, el desarrollo de un estudio profundo y reflexivo en torno de la materia se torna fundamental. En el presente capítulo, se abordará lo dispuesto en torno de la Régimen especial de ejecución de hipotecas (Título V); ejecución especial que se desarrolla por fuera de los tribunales y sin una orden judicial que lo avale, adquiriendo el carácter extrajudicial con el que se le identifica.

2.1 Las formas de ejecución hipotecaria

La hipoteca es un derecho real de garantía, que se constituye para asegurar el cumplimiento y cancelación, por parte del deudor, de una cierta obligación hacia su acreedor (Rondina y Rondina: s.f; Iglesias: 2010). El marco jurídico vigente en el ámbito de la República Argentina estipula que, en caso de que la deuda garantizada por el deudor no sea satisfecha en el plazo pactado, queda expedita la vía legal para que el acreedor ejerza su derecho real sobre el bien hipotecado.

Ejecución hipotecaria es el nombre que adquiere, en el Derecho procesal, el procedimiento ejecutivo a través del cual el acreedor requiere, ante el incumplimiento de la deuda por parte de su deudor, la venta del bien gravado con una hipoteca. Se trata de un procedimiento mediante el cual se busca hacer efectivo el valor del bien inmueble, para de este modo cancelar, en forma total o parcial, la deuda incumplida. En este marco, puede estipularse que la ejecución hipotecaria persigue, como finalidad principal, el cobro del crédito, del cual la garantía es un accesorio.

En la actualidad, puede observarse la existencia de dos tipos o modos de ejecución hipotecaria: a) la ejecución hipotecaria judicial y b) la ejecución hipotecaria extrajudicial.

2.1.1 Ejecución hipotecaria judicial

Tal como su nombre lo indica, la ejecución hipotecaria judicial supone el acreedor o entidad acreedora recurra al desarrollo de un procedimiento judicial de ejecución, así como requiera de la intervención de un juez, para poder recobrar los importes pendientes de pago por parte del deudor. En forma simplificada, y de acuerdo a lo establecido en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCC), Parte Especial, Libro III - de los Procesos de Ejecución, Título III - de Ejecuciones Especiales, Artículos 597 a 599, puede señalarse que las ejecuciones hipotecarias se desarrollan en base al siguiente esquema:

- 1) ***Demanda ejecutiva***: Incumplida la obligación a cargo del deudor, y tras la obtención de un resultado negativo a las negociaciones o tratativas para la regularización de su deuda, queda expedita la vía para el ejercicio de la acción real. El acreedor presenta una demanda contra el deudor ante los Juzgados de Primera Instancia correspondientes a la jurisdicción donde se localice el inmueble hipotecado.

- 2) ***Notificación de la demanda al deudor***: El deudor es notificado acerca del inicio del procedimiento judicial en su contra. Esta instancia le permite al deudor oponer excepciones al proceso iniciado, a partir de la presentación de los instrumentos públicos que avalen su postura. Dentro del plazo para oponer excepciones podrá invocarse también la caducidad de la inscripción hipotecaria, con los efectos que determina el Código Civil. (CPCC, art. 597). Así mismo, en el art. 599, de dicho Código se establece que:

Si del informe o de la denuncia a que se refiere el artículo anterior, resultare que el deudor transfirió el inmueble hipotecado, dictada la sentencia de remate contra aquél, se intimará al tercer poseedor para que dentro del plazo de CINCO (5) días pague la deuda o haga abandono del inmueble, bajo apercibimiento de que la ejecución se seguirá también contra él (CPCC, art. 599).

- 3) ***Certificación del Registro de la Propiedad***: El Juez interviniente en la causa deberá solicitar al Registro de la Propiedad una certificación de la inscripción de la hipoteca y

relación de las demás cargas que graven el bien. Así mismo, el magistrado deberá ordenar la verificación del estado físico y de ocupación del inmueble hipotecado.

Si de esa diligencia resulta que el inmueble se encuentra ocupado, en el mismo acto se intimará a su desocupación en el plazo de diez (10) días, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública (CPCC, art 598, inc.1).

Por su parte:

El acreedor estará facultado para solicitar directamente al Registro de la Propiedad un informe sobre el estado y gravámenes que afectaren el inmueble hipotecado, con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios (CPCC, art 598, inc.2).

- 4) **Remate del bien hipotecado y pago a la entidad acreedora:** Una vez efectuada la venta del bien hipotecado, el pago podrá realizarse directamente al acreedor, quien deberá depositar el remanente dentro del quinto día de verificado el cobro.

Si el acreedor ostenta la tenencia del inmueble subastado, podrá transmitirla directamente al comprador; caso contrario y no habiendo mediado desposesión como lo prevé el inciso 1 deberá ser entregado con intervención del juez. La protocolización de las actuaciones será extendida por intermedio del escribano designado por el comprador, sin que sea necesaria la comparecencia del ejecutado (CPCC, art. 598, inc. 4).

- 5) **Posibilidad de Impugnación por vía judicial:** Una vez realizada la subasta y cancelado el crédito ejecutado, el deudor podrá recurrir, también, a la vía judicial para impugnar la liquidación practicada por el acreedor o el incumplimiento de los recaudos establecidos, por parte del ejecutante. “En todos los casos el acreedor deberá indemnizar los perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas de que se hiciera pasible” (CPCC, art. 598, inc. 6).

En este marco, y según lo establecido en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Libro III – Procesos de Ejecución, Título II – Juicio Ejecutivo, Capítulo II – Disposiciones específicas, Sección I – Ejecución Hipotecaria, las excepciones admisibles que puede oponer el deudor son:

Además de las excepciones procesales autorizadas por los incisos 1, 2, 3, 4 y 9 del artículo 544¹ y en el artículo 545², el deudor podrá oponer, únicamente, las de prescripción, pago total o parcial, quita, espera y remisión. Las CUATRO (4) últimas sólo podrán probarse por instrumentos públicos o privados o actuaciones judiciales que deberán presentarse en sus originales, o testimoniadas, al oponerlas.

Dentro del plazo para oponer excepciones podrá invocarse también la caducidad de la inscripción hipotecaria, con los efectos que determina el Código Civil (CPCC, art. 597).

Para luego añadir que:

Una vez realizada la subasta y cancelado el crédito ejecutado, el deudor podrá impugnar por la vía judicial:

a) La liquidación practicada por el acreedor, y

¹ Las únicas excepciones admisibles en el juicio ejecutivo son:

- 1) Incompetencia.
- 2) Falta de personería en el ejecutante, en el ejecutado o en sus representantes, por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente.
- 3) Litispendencia en otro juzgado o tribunal competente.
- 4) Falsedad o inhabilidad de título con que se pide la ejecución. La primera podrá fundarse únicamente en la adulteración del documento; la segunda se limitará a las formas extrínsecas del título, sin que pueda discutirse la legitimidad de la causa. El reconocimiento expreso de la firma no impide la admisibilidad de la excepción de falsedad fundada en la adulteración del documento. Estas excepciones son inadmisibles si no se ha negado la existencia de la deuda (...)
- 9) Cosa juzgada (CPCC, art. 544).

² El ejecutado podrá solicitar, dentro del plazo fijado en el artículo 542, por vía de excepción o de incidente, que se declare la nulidad de la ejecución.

Podrá fundarse únicamente en:

- 1) No haberse hecho legalmente la intimación de pago, siempre que en el acto de pedir la declaración de nulidad, el ejecutado depositara la suma fijada en el mandamiento u opusiere excepciones.
- 2) Incumplimiento de las normas establecidas para la preparación de la vía ejecutiva, siempre que el ejecutado desconozca la obligación, niegue la autenticidad de la firma, el carácter de locatario, o el cumplimiento de la condición o de la prestación.

Es inadmisibles el pedido de nulidad si el ejecutado no mencionare las excepciones que no ha podido deducir, en términos que demuestren la seriedad de su petición (CPCC, art. 545).

b) El incumplimiento de los recaudos establecidos en el presente artículo por parte del ejecutante.

En todos los casos el acreedor deberá indemnizar los perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas de que se hiciera pasible (CPCC, art. 598, inc.6).

Respecto de la ejecución de la hipoteca en la etapa judicial, Highton (1995) sostiene que: “las actuaciones comienzan con una petición del acreedor, emplazándose brevemente al ejecutado para oponer defensas, con lo cual se contempla que la contradicción surja al sustanciarse judicialmente la petición del acreedor” (p. 816).

Castro Hernández (1996), por su parte, considera que: “se establece a continuación de la presentación del acreedor una pequeña etapa de cognición judicial y solo después de cumplimentados los requisitos enunciados precedentemente, el juez ordenará la verificación del estado físico y de ocupación del inmueble” (p.160).

Así mismo, Highton afirma que:

Considerando que la hipoteca es un derecho real no hay duda que la acción es real, se dirige contra el deudor o contra el tercero, sin perjuicio de ello vemos que también existe una acción personal emanada de la relación creditoria, que se ejerce al mismo tiempo. La intención de pago al deudor no parece tener nada que ver con la acción real: se pide al deudor el cumplimiento de la obligación personal. Si el deudor no cumple con la intimación queda expedito el camino para continuar con la acción real, para obtener directamente el valor de la cosa (Highton, 1995, p. 72).

2.1.2 Ejecución hipotecaria extrajudicial

La puesta en vigencia del régimen especial de ejecución hipotecaria previsto en la Ley N° 24.441 supone una reforma de trascendencia en lo que a la materia de ejecución hipotecaria refiere.

Conforme el régimen instaurado por la Ley N° 24.441, pueden quedar incluidas en el sistema extrajudicial de ejecución tanto: a) las hipotecas reguladas especialmente en la ley, es decir aquellas en que se hayan emitido títulos valores hipotecarios, como b) las clásicas hipotecas en que no se haya acudido a la emisión de títulos valores, aunque la aplicación del procedimiento ejecutivo extrajudicial debe pactarse. Así mismo, el régimen especial de

ejecución de hipotecas rige en todos aquellos casos en que, expresamente, así lo hubieran pactado las partes al momento de celebrarse el acto constitutivo de la hipoteca, ya sea en las hipotecas clásicas, como en aquellas acompañadas de la emisión de letras hipotecarias (Ley N° 24.441, art. 52).

Esta forma de ejecución de la garantía real no opera en forma automática, sino que debe estar previa y expresamente convenida por las partes contratantes. Para que un inmueble otorgado en garantía de un préstamo hipotecario pueda ser ejecutado mediante un procedimiento extrajudicial ante Notario, es necesario que ambas partes hubiesen acordado esta posibilidad en la escritura pública del préstamo hipotecario. En tal sentido, el procedimiento que llevará a cabo el acreedor o entidad acreedora para el recobro de los importes adeudados por el deudor, en caso de impago, será el siguiente:

1. **Notificación de la mora al deudor:** Verificado el incumplimiento de los pagos por parte del deudor, por un plazo mayor a 60 (sesenta) días, el acreedor deberá intimarlo de forma directa y por un medio fehaciente, al cumplimiento de la obligación en un plazo no mayor a 15 (quince) días. Dicha intimación debe contener:

El requerimiento concreto de pago de la suma que deberá ser consignada expresamente, el plazo para pagarla con la advertencia de que el inmueble será rematado, y que ello se hará por vía extrajudicial. Incluirá, además, el requerimiento para que el deudor denuncie el nombre y domicilio de los acreedores privilegiados, embargantes y ocupantes del inmueble hipotecado (Abrevaya, 2004, p. 311).

Por dicha vía, también deberá advertirle que, en caso de no mediar pago íntegro de la suma intimada, quedará expedita la vía de la ejecución extrajudicial del inmueble (Ley N° 24.441, art. 53).

2. **Presentación ante el Juez competente:** Vencido el plazo de la etapa preparatoria prevista e incumplido por el deudor el pago, el acreedor queda habilitado para presentarse ante el juez competente con la letra o cupones -o con la respectiva escritura de hipoteca si se trata de una en la que no se hayan emitido títulos valores pero se haya pactado la ejecución especial- a fin de requerir medidas de aseguramiento del bien gravado: la verificación del estado físico y

de ocupación del bien y la desocupación del mismo, si resulta que se encuentra ocupado.

3. **Presentación de Defensas por parte del deudor:** Examinando el título (la letra y/o los cupones) el juez dará traslado -de la pretensión ejecutiva hipotecaria especial- por 5 (cinco) días al deudor a los efectos de que éste pueda proponer, si así lo considera sustentable, las defensas y excepciones previstas en el art. 64 de la Ley analizada (Ley N° 24.441, art. 54).

El ejecutado sólo podrá interponer defensas o recurso alguno tendiente a interrumpir el lanzamiento o la subasta, en caso de que acredite que: a) no está en mora; b) no ha sido intimado de pago; c) no se hubiera pactado la vía elegida (régimen especial de ejecución); o d) existieran vicios graves en la publicidad. En tales casos el juez competente ordenará la suspensión cautelar del lanzamiento o de la subasta. Si el acreedor lograra controvertir las afirmaciones del ejecutado, la cuestión se sustanciará por el procedimiento más abreviado que consienta la ley local. Si por el contrario reconociese la existencia de los supuestos invocados por el ejecutado, el juez, dejará sin efecto lo actuado por el acreedor y dispondrá el archivo de las actuaciones. (Ley N° 24.441, art. 64)

4. **Remate del bien hipotecado:** Verificado el estado del inmueble, el acreedor ordenará por sí, sin intervención judicial, la venta en remate público del inmueble afectado a la garantía, por intermedio del martillero que designe y con las condiciones usuales de plaza. Se deberán publicar avisos durante tres (3) días en el diario oficial y en dos (2) diarios de gran circulación, uno al menos en el lugar de ubicación del inmueble. El último aviso deberá realizarse con una anticipación no mayor de dos (2) días a la fecha fijada para el remate (Ley N° 24.441, art. 57).

La base de la subasta será el monto de la deuda a la fecha de procederse a la venta del inmueble (Ley N° 24.441, art. 58). Así mismo, el deudor deberá ser notificado, de forma fehaciente, de la fecha de su realización con un mínimo de 7 (siete) días hábiles de anticipación (Ley N° 24.441, art. 59).

5. **Liquidación de los importes obtenidos:** Una vez consumada la subasta, el acreedor deberá practicar la liquidación de los importes obtenidos. Tras descontar los importes vinculados a la cancelación de la deuda existente y de los costos asociados, deberá proceder a depositar el remanente existente (en caso de que lo hubiera) a la orden del juez competente junto con la correspondiente rendición de cuentas documentada dentro de los cinco (5) días siguientes a realizado el cobro.

El juez dará traslado al deudor de la citada presentación de la acreedora por el término de cinco (5) días a los efectos de la impugnación o aceptación de la liquidación. (Ley N° 24.441, art. 60)

6. **Posibilidad de reclamo por vía judicial:** Cancelado el crédito ejecutado, el deudor podrá impugnar por vía judicial, el procedimiento desarrollado, aduciendo: a) la no concurrencia de los hechos que habilitan la venta; b) la liquidación practicada por el acreedor o c) el incumplimiento de los recaudos establecidos en el presente título por parte del ejecutante. En todos los casos el acreedor deberá indemnizar los daños causados, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas a que se hiciere pasible (Ley N° 24.441, art. 65).

La ejecución hipotecaria extrajudicial requiere y supone de la intervención judicial para su desarrollo, más no de forma integral durante el proceso. La participación que cabe al órgano jurisdiccional en este tipo de trámites se encuentra limitada a determinados aspectos, como lo son: el requerimiento de medidas de aseguramiento del bien gravado, por parte del acreedor, y la presentación de defensas por parte del deudor; de allí el carácter extrajudicial adquirido por este régimen.

Cabe destacar, así mismo, que:

En la práctica el sistema se ha visto excedido y desdibujados sus contornos de modo tal que hoy queda como un híbrido; y se acude (...) constantemente a la jurisdicción para resolver diferentes cuestiones suscitadas por la ejecución, o porque simplemente el acreedor no desea hacerse cargo de algunos aspectos del remate y requiere de pronunciamientos determinados de los tribunales.

De manera que el trámite se ha transformado en un procedimiento mixto sin características muy definidas, obra de la práctica, que contiene una importante porción del mismo actuado en sede judicial y una reservada al acreedor, cual es precisamente el remate del inmueble hipotecado. Se han tomado elementos de una y otra acercándolo cada vez más a la ejecución judicial y sería conveniente que se optara directamente por la judicialización total del procedimiento. Sin embargo, no estaba pensado de ese modo y aspectos tan importantes como la subasta fueron excluidos del ámbito judicial (Abrevaya, 2004, p. 307).

2.2 El régimen especial de ejecución hipotecaria según la Ley N° 24.441

En el presente apartado, se buscará ahondar en el análisis de las características constitutivas del Título V de la Ley N° 24.441. Así mismo, indagar en qué modo tales características pueden incidir en los procesos en que se utilice este tipo de ejecución hipotecaria.

2.2.1 Afectación de las partes. El rol del acreedor

Todo contrato hipotecario supone la existencia de al menos dos partes intervinientes: la parte acreedora y la parte deudora.

La Ley N° 24.441 dispone un sistema abreviado de ejecución hipotecaria, a través del cual el acreedor puede, casi sin intervención judicial, llegar al desalojo del deudor, al remate del inmueble, cobro del precio, para que, recién después de todo ello, el deudor ejecutado pueda, eventualmente, plantear los vicios del procedimiento.

A criterio de sus detractores, la Ley N° 24.441 crea un escenario donde a actuación del deudor empalidece, ostensiblemente, por la dinámica del trámite y la dependencia apuntada respecto del acreedor.

Augusto Morello (1995) señala al respecto que:

Para la mejor comprensión del sistema implementado en la ley 24441 importará reparar en lo que sigue:

1) la situación del deudor es extremadamente dependiente (subordinada) a la del acreedor.

2) busca explícitamente concretar la función `realizadora de la ejecución' (Rosenberg, Taruffo), de suerte que la garantía real en la faz instrumental juega decididamente a favor del acreedor. Ello se logra (se procura lograr) a través del modelo `de la oposición' más que de un régimen de excepciones (art. 64), aunque la ley siga denominándolas así (excepciones).

3) dentro de la controvertida gama de posiciones de la moderna doctrina acerca de la caracterización y modalidad ejecutiva (Carnelutti, Satta, Liebman, etc.) restringe notablemente la estructura contradictoria, aunque respeta sí la bilateralidad, pero la audiencia reduce sensiblemente los poderes procesales instrumentales del deudor. Todo el sistema se centra (art. 54 y peculiaridades de la subasta extrajudicial) en la inmediata agresión del patrimonio del deudor, o para decirlo con la explicación de Satta (que aquí predomina sobre la concepción de Carnelutti) `no se está frente a un acreedor y deudor como sujetos activo y pasivo de un conflicto jurídico sino como que aquél (el Banco, etc.) es portador de un interés económico preferente'.

4) Ello atenuará sensiblemente el perfil del contradictorio y los alcances de la bilateralidad en este tipo acelerado de ejecución especial. La cognición (léase el tantas veces citado art. 64) está estrictamente actuada (admitida) sólo en modo compatible con la estructura y fines de este procedimiento. El contradictorio efectivo se ha fugado a otros momentos ulteriores habida cuenta de que `la oposición' compatibiliza funcionalmente más con una estructura no contradictoria que contradictoria (p. s.n.).

En este marco, la estructura contradictoria prevista tiende a un procedimiento unilateral con amagos de bilateralidad en aspectos muy específicos y por demás reducidos.

CAPÍTULO TERCERO

Controversias surgidas en torno a la ejecución hipotecaria extrajudicial

La Ley N° 24.441 surge con el objetivo de convertirse en una herramienta útil para el desarrollo de las formas de financiamiento asociadas a la vivienda y la construcción, así como para asegurar la celeridad y seguridad del cobro de los créditos vinculados a los mismos. La inclusión del régimen especial de ejecución hipotecaria al texto normativo constituye un claro ejemplo de ello.

Al igual que lo acontecido con las distintas normas dictadas al interior del territorio nacional, lo postulado en la Ley N° 24.441 debe encontrarse en correspondencia con los principios estipulados en la Constitución Nacional. Cabe mencionarse que la noción de supremacía constitucional queda definida en la Carta Magna del país, al señalarse:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859 (Constitución Nacional, art. 31).

La Reforma constitucional, efectuada en el año 1994, por su parte, amplió la cobertura jerárquica a los tratados constitucionalizados enumerados en el art. 75, inc. 22.

En este contexto, el control de constitucionalidad de las normas refiere a una labor técnica, que no tiene por finalidad juzgar acerca de si la disposición objetada es buena o mala, conveniente o inconveniente, sino si, simplemente, guarda correspondencia con lo establecido en la Ley Suprema de la Nación. En lo que concierne a la estructura jurídica vigente en el país, y de conformidad con lo dispuesto por la Constitución Nacional Argentina, artículo 116, ese control es facultad del Poder Judicial de la Nación.

A lo largo de los siglos, el acceder a un estado de seguridad jurídica que lo ponga a resguardo de las inclemencias que pueda depararle la violación de sus derechos, sea que ella provenga del Estado o de otro particular, ha sido una de las preocupaciones cruciales del hombre. En este marco es que, en el contexto republicano, se encuentra vedado a los poderes ejecutivo y legislativo el dictado de normas que alteren los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados con igual jerarquía.

En el presente apartado, se buscará ahondar en tales cuestiones, mediante la investigación y análisis de los postulados presentes en el Título V de la Ley N° 24.441, así como de la presentación de distintos argumentos esbozados en torno de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de lo previsto en el mismo. Para ello se abordarán distintas definiciones concernientes a la Doctrina de los Actos Propios, Derecho del Consumidor, Derecho a la Defensa y Derecho a la propiedad privada, así como su vinculación con la figura del Régimen especial de ejecución hipotecaria al que se hace mención.

3.1 La Doctrina de los Actos Propios y su relación con el pacto de ejecución extrajudicial

3.1.1 La Doctrina de los Actos Propios. Definición

Existe un consenso generalizado, entre los distintos miembros de la jurisprudencia, en vincular el surgimiento de la Teoría de los Actos Propios con el adagio latino “*venire contra factum proprium non valet*”. Principio que haya sus raíces en el Derecho Romano y se deduce del principio de la buena fe.

Borda (1999) señala que: “el principio de la buena fe impone a las personas el deber de obrar correctamente, como lo haría una persona honorable y diligente. La ley lo toma en cuenta para proteger la honestidad en la circulación de los bienes (p. 27). En lo que concierne al ámbito contractual:

los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Buena fe en la celebración. Esto impone a las partes la obligación de hablar claro. Es por ello que los tribunales tienen decidido que las cláusulas oscuras no deben favorecer al autor de la

declaración, principio especialmente importante en los contratos con cláusulas predispuestas o de adhesión (...)

Buena fe en la interpretación del acto. Esto significa que los hombres deben creer y confiar en que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales (...)

Finalmente, la norma que comentamos exige también buena fe en la ejecución del contrato. Es siempre el principio de que los contratantes deben obrar como personas honorables y correctas (p. 27).

Alterini y López Cabana (1984) señalan que, en el Derecho romano regía el principio de que cada individuo era responsable de sus propios actos y de los efectos que éstos produjeran. Cabe mencionarse que sólo se establecía una excepción legal a este principio, en el caso del padre en vinculación con los actos de sus hijos menores. Así mismo, a nivel doctrinario, este principio era igualmente aceptado para el caso del derecho público como privado.

En este marco, todo acto propio del sujeto lo obligaba a sus consecuencias. No era lícito ir en contra de actos propios precedentes, en tanto cada individuo debía sufrir la ley que él mismo había establecido, ya sea a través de sus actos o de sus contratos; encontrándose, de este modo, en vigencia el adagio antes citado.

La regla del “*venire contra factum proprium non valet*” refleja la importancia del comportamiento coherente en el tráfico jurídico y su impronta se remonta desde el Derecho romano hasta la actualidad. Escobar (1989) señala que, de acuerdo a la aplicación contemporánea de dicha regla, a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando ésta, interpretada objetivamente según la ley, justifica la conclusión de que no se hará valer tal derecho. Es decir, nadie puede variar de comportamiento injustificadamente, cuando ha generado en otro la expectativa de un cierto accionar a futuro.

Tal como señala Borda, de acuerdo a la Teoría de los actos propios:

nadie puede asumir en sus relaciones con otras personas, una conducta que contradiga otra suya anterior, cuando ésta haya despertado una legítima confianza en esas personas de que mantendrá

una línea coherente con sus propios y anteriores actos. Es también una aplicación de la buena fe lealtad (1999, p. 28)

Se constituye de este modo un límite al ejercicio del derecho subjetivo, con el fin de obtener un comportamiento consecuente de las personas y el respeto del principio de la buena fe, en lo que a las relaciones jurídicas refiere. Dicho principio, se ha, tradicionalmente, equiparado en el sistema jurídico argentino con la Doctrina de los Actos Propios.

3.1.2 La Doctrina de los Actos Propios en el Sistema Jurídico Argentino

La Doctrina de los actos propios ha estado presente en el sistema jurídico argentino desde hace más de dos siglos. Su incorporación al cuadro normativo del país se produjo el 25 de septiembre de 1869, fecha en la que el Congreso de la Nación aprobó, mediante la Ley N° 340, el Código Civil desarrollado por Dalmasio Vélez Sarsfield; Código que entrase en vigencia a partir del 1 de enero de 1871.

En el Libro II – de los Derechos Personales en las Relaciones Civiles, Sección Segunda – de los Hechos y Actos Jurídicos que producen la Adquisición, Modificación, Transferencia o Extinción de los Derechos y Obligaciones, Título I – de los Hechos, el Código Civil señalaba que: “La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria” (Código Civil, art. 918).

Tal artículo incluyó un dispositivo genérico sobre la manifestación tácita de la voluntad que permitió solucionar la mayor parte de los casos que, en algún tiempo, fueron considerados como hipótesis de aplicación de la teoría de los actos propios. La sanción de la Ley N° 26.994 permitió dar un nuevo paso en esta área al establecerse en el Libro Tercero – de los Derechos Personales, Título II – de los Contratos en General, del Código Civil y Comercial: “Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto” (Código Civil y Comercial; art. 1067).

De este modo, la Doctrina de los Actos Propios quedó estipulada, en el texto de la ley, de manera positiva, refiriéndose a los actos realizados y no ya a las expresiones tácitas de cada sujeto de derechos.

3.1.3 La aplicación de la Doctrina de los Actos Propios en el terreno contractual

Considerándose que dicha Doctrina es, con frecuencia, invocada y utilizada en las decisiones adoptadas por los miembros del sistema judicial, se plantea la necesidad de analizar su contenido, así como la forma en que la misma puede utilizarse como una herramienta jurídica importante en la interpretación de los contratos; entendiéndose por interpretación a la operación que busca el significado jurídicamente relevante del acuerdo contractual establecido. En este sentido, la constatación de la voluntad traducida en el acuerdo, y no la voluntad de cada contratante en particular, es lo que hace que la interpretación sea objetiva y refleje la expresión socialmente relevante del acuerdo de las partes.

Tal como mencionan Rondina y Rondina (s.f.), se torna necesario que, ante todo acuerdo contractual, las partes intervinientes en el contrato observen un comportamiento coherente en las diferentes fases del mismo ya que, en muchas ocasiones, la conducta de una de ellas puede determinar la de la otra, a través de sus actos. Se trata, entonces, de lograr alcanzar un cierto equilibrio entre la libertad, la seguridad y la coherencia contractual.

Ahora bien, al interpretar el contrato pueden presentarse situaciones de contradicción, ya sea debido al comportamiento observado por las partes o en torno a las disposiciones mismas del acuerdo, que vuelvan aún más compleja esta labor. Una de las dificultades que puede mencionarse, a modo de ejemplo, es aquella que surge de la interpretación de lo dispuesto en el artículo 1067, del Código Civil y Comercial de la Nación en tanto principio que debe de aplicarse a toda relación contractual, independientemente de la situación que le diera origen o no.

Esta última postura se basa en la argumentación de que la regla del “*venire contra factum proprium*” tiene diversas manifestaciones, cada una de las cuales presenta particularidades que las hacen distinguirse unas de otras y que requieren de una cierta acción a determinarse en cada caso. En este marco, se torna necesario indagar respecto de su aplicación en lo que al régimen especial de ejecución hipotecaria, o ejecución extrajudicial, refiere.

3.1.3.1 Su aplicación en el régimen especial de ejecución de hipotecas

En concordancia con lo anteriormente esbozado, surgen en torno de la aplicación de la Doctrina de los Actos Propios a los actos del régimen especial de ejecución hipotecaria, dos posturas diametralmente opuestas. Por un lado, se encuentran aquellos representantes de la doctrina y de la jurisprudencia que consideran la aceptación explícita, en el contrato hipotecario, por parte del deudor, de las cláusulas concernientes al régimen especial de ejecución hipotecaria, en caso de producirse un incumplimiento de los pagos, constituye un acto volitivo por el cual el deudor debe hacerse responsable; acto que genera, además, una cierta expectativa en la parte acreedora.

En tal sentido, al hacer referencia al régimen especial de ejecución hipotecaria, Urtubi (2006) señala que:

Este régimen en nada altera al derecho real de garantía hipotecaria en su esencia; lo que viene a permitir es que frente al incumplimiento del deudor que había garantizado su obligación con esta garantía; el acreedor pueda ejecutar el inmueble gravado recurriendo a este régimen especial.

Este régimen de ejecución es convencional por excelencia, ya que los artículos 52 y 45 de la citada ley prevén que solamente podrán ejecutarse según las reglas del título V. aquellas hipotecas que expresamente hayan convenido el sometimiento al presente régimen.

Otra característica de este régimen es que el mismo es optativo para el acreedor, ya que éste podrá elegirlo o no, al momento de ejecutar la hipoteca ante el incumplimiento del deudor (siempre que se hubiera acordado que podía utilizarse este mecanismo).

Finalmente prevé la ley que este régimen es aplicable siempre y cuando el deudor haya incumplido el pago del servicio de amortización o intereses de deuda garantizada (párrafs. 88-91).

En este punto, regiría plenamente la Doctrina de los Actos Propios, en tanto el sujeto que asume la deuda debe hacerse responsable por la misma y por los actos en que esta derivara, en caso de incumplimiento de la obligación contraída.

Por otra parte, se encuentran aquellos sectores que consideran que, aún a partir de la conformación de un acuerdo contractual previo y de carácter explícito, el deudor se encuentra siempre en una situación de inferioridad respecto del acreedor y, por ende, el acto volitivo no es pleno. En tal sentido, Nicolau (1995) menciona que, al ponerse énfasis en el análisis de ciertas tendencias que se advierten en el país desde la década de 1990 en adelante, se observa la existencia de una relación tensa entre deudor, por un lado, y crédito, por otro.

Pero el paradigma de la protección del crédito y el olvido del deudor aparece en la ley 24.441, publicada el 16 de enero de 1995. Tratándose de una ley destinada especialmente al fomento de la vivienda, se incluyeron sin ningún problema en ella normas como las contenidas en los artículos 34 y 52 a 67, la primera referida al contrato de leasing y las otras al régimen de ejecución de hipoteca, que otorgan al acreedor facultades tan amplias para el desalojo y la ejecución por vía extrajudicial, que sorprenden al jurista argentino.

Todo ello muestra que el legislador se ha preocupado de manera especial por actualizar y dar mayores posibilidades y certezas a las garantías reales y personales (Nicolau, 1995, pp. 11-12).

La autora añade que:

En la economía de mercado está bien proteger el crédito, porque ello supone *confianza* en la voluntad de cumplir una promesa y *creencia* en la capacidad de pago del deudor. Nadie duda que *crédito es derecho a cobrar*, y que su protección es una de las mayores preocupaciones de juristas y economistas; pero, en la relación obligatoria, junto al crédito está *la deuda, que es necesidad de pagar*, también merecedora de tutela (Nicolau, 1995, p.12).

A criterio de dicha autora, esta tensión pone de manifiesto la existencia de una desigualdad entre las partes actoras. Así mismo, Rondina y Rondina (s.f.) sostienen que la Doctrina de los actos propios no podría aplicarse al Régimen especial de ejecución de hipotecas, dado el rango de inconstitucionalidad que éste, en sí mismo, supone y que precede a su aplicación: la dinámica establecida entre acreedor y deudor enmascara, de este modo, la supremacía y poder de la voluntad del primero sobre la del segundo, el cual no sólo se ve inmerso en una relación contractual de carácter abusivo sino limitado en su capacidad de oponer una adecuada defensa.

En lo que concierne al ámbito de la jurisprudencia, los miembros de los Tribunales, frecuentemente, han desacordado respecto de la aplicación o no de la Doctrina de los actos propios. En autos caratulados “Rodríguez Ramona Esther c/ PEN, la parte actora reclamaba al Poder Ejecutivo de la Nación un resarcimiento económico, ya que la ahorrista había aceptado la opción de recibir sus fondos pesificados según el tipo de cambio propuesto por las autoridades (paridad \$1,40 por dólar depositado, siendo que la devaluación del peso respecto del dólar americano acabaría siendo mayor.

Frente a la demanda efectuada, los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN):

se propusieron revisar, con carácter de excepción, el criterio sentado por el mismo tribunal con respecto a la aplicación de la Teoría de los Actos Propios en la aceptación de la propuesta de devolución de los fondos retenidos por las entidades bancarias en el denominado “Corralito Financiero” según la paridad \$1,40 por cada Dólar depositado.-

En efecto en el denominado caso “Cabrera” se había puntualizado que el voluntario sometimiento a un régimen jurídico impedía su posterior impugnación o cuestionamiento.-

Sin embargo, la CSJN decidió la inaplicabilidad del precedente “Cabrera” haciendo hincapié en la avanzada edad del amparista (que tenía 75 años al momento de realizar la opción). El voto suscripto por los Ministros Petrachi, Zaffaroni y Argibay, puntualiza que, para que el caso pueda encuadrar dentro del caso “Cabrera”, la opción debe haber sido tomada en forma deliberada, es decir con discernimiento, intención y libertad, extremos que no se presentaron en el caso concreto debido a la situación de debilidad que presentaba el amparista al momento de suscribir la opción.-

Asimismo se destacó que la misma normativa de crisis buscó distinguir situaciones excepcionales que quedan excluidas de su aplicación en resguardo de situaciones particulares, como son la avanzada edad y los problemas de salud.-

En su voto el Dr. Lorenzetti considera que para que sea aplicable la doctrina de los actos propios es necesario que se presente una situación de verdadera negociación, en la que una de las partes pueda someterse voluntariamente a un régimen jurídico, y que esto no sucedió en el caso concreto ya que la entidad bancaria presentó una propuesta inmodificable y predispuesta que el amparista sólo podía aceptar in totum. Por lo que el análisis de esta modalidad de operación lleva a la aplicación de las reglas de la transacción y de la renuncia que son de interpretación restrictiva.

Independientemente de todo lo dicho, el Dr. Lorenzetti consideró que la propuesta de adhesión era, desde el inicio, abusiva, máxime teniendo en cuenta el contexto de crisis y temor en el que se realizó la adhesión.- (Gatica & Chasseing, 2008, párraf. 12-17).

3.2 El Derecho del Consumidor

Desde épocas remotas, la necesidad de las personas de intercambiar bienes con terceros para así lograr satisfacer sus necesidades propias ha llevado al surgimiento de distintos mecanismos legales tendientes a regular el comercio. La economía del trueque, la economía de cambio y, con posterioridad, la economía de mercado llevaron a las autoridades a la necesidad de establecer mecanismos que permitieran organizar y regular lo referido tanto a la producción como al consumo de los bienes y servicios presentes en el mercado.

En el marco de complejidad que caracteriza a la vida moderna y al advenimiento de la sociedad industrial, los mecanismos de producción, distribución y consumo desarrollados en la sociedad actual propiciaron el terreno para la concreción de relaciones de intercambio comercial signadas, en oportunidades, por cierto grado de inseguridad jurídica. En tal contexto, la importancia que la evolución de las normas vinculadas a la protección del derecho del consumidor de bienes y servicios ha tenido a nivel internacional, fundamentalmente, a partir de la década de 1960.

Cabe destacar que, si bien los Códigos clásicos desarrollados hasta el siglo XIX giraban en torno de las relaciones comerciales, no se ocupaban de regular lo que a la figura de quien, en una determinada relación comercial, ejercía el rol de consumidor atañe. Dicho escenario cambió, radicalmente, hacia la segunda mitad del siglo XX, al producirse una fuerte expansión del Derecho del Consumidor.

En lo que refiere a la República Argentina, a partir de la reforma constitucional sancionada el 15 de diciembre de 1994, y que fuese promulgada el 3 de enero de 1995, el Congreso Constituyente incorporó al texto de la Carta Magna del país un capítulo titulado “Nuevos derechos y garantías”. En el mismo, el Estado contempla la relación de consumo, así como la protección de usuarios y consumidores.

La Constitución Nacional Argentina garantiza, a partir de lo expresado en el texto del artículo 42, el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios al plantear:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno (Constitución Nacional, art. 42).

Así mismo, establece que:

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control (Constitución Nacional, art. 42).

En este contexto, la necesidad de que las autoridades no sólo reconozcan el derecho mencionado sino también adopten las medidas necesarias, ya sea a nivel nacional, provincial y/o municipal, para reglamentarlo y asegurar de ese modo su observación y respeto.

Debe señalarse que con antelación a la reforma constitucional del año 1994, los derechos de los consumidores estaban siendo ya insinuados en la jurisprudencia, a través del establecimiento de principios que luego serían incorporados al texto constitucional. Un claro ejemplo de ello es el de la Ley N° 24.240 – de Defensa del Consumidor.

Nicolau (1995) señala que si bien la resolución de los conflictos de índole comercial que pudieran suscitarse resulta de interés para el conjunto social, en general, y para el sector de los juristas que cultivan el Derecho privado, en particular, lo cierto es que:

no todos ponen el énfasis en los mismos aspectos. Mientras los comercialistas prestan mucha mayor atención a la tutela del crédito, los civilistas, preocupados prioritariamente, de manera

especial en nuestra época, por la protección integral de la persona humana, no dejan de atender también los problemas propios del deudor, sobre todo cuando éste se encuentra en una situación de notoria debilidad frente a sus acreedores (...) En nuestros días, movidos por la misma preocupación, los civilistas han abrazado sin vacilaciones la causa de la defensa de los derechos del consumidor, es decir, de la tutela de la parte débil en las relaciones de consumo, causa en la que, a diferencia de lo ocurrido en otros países, la mayoría de nuestros comercialistas no ha tomado parte hasta ahora (Nicolau, 1995, pp. 12-13).

Desde ciertos sectores de la jurisprudencia se ha señalado, también, que las normas dispuestas en el Título V, de la Ley N° 24.441 se encuentra en pugna con lo establecido en la Ley de Defensa del Consumidor, dado que, si bien los sujetos intervinientes han emitido su declaración y expresado su consentimiento respecto de las normas a aplicar en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor, lo cierto es que se plantea una desigualdad económico-social en virtud de la cual no hay discusión, ni negociación, sino un aprovechamiento de la parte más fuerte de la relación y una mera adhesión de la más débil.

En concordancia con tal perspectiva, Liliana Moreno (2014) menciona que:

El carácter abusivo de una determinada relación jurídica, existe en la medida en que producen restricciones de la libertad de actuación del sujeto pasivo. Cuando este contexto es creado por el autor (acreedor hipotecario) para desnaturalizar, obstaculizar o impedir el ejercicio de tal facultad, hay una situación abusiva (p. s.n).

En tal sentido, Nicolau (1995) añade que si bien en toda economía de mercado, preocupada por impulsar actividades económicas poco desarrolladas (como en su momento, lo fue, en la República Argentina, la actividad asociada al desarrollo de la vivienda y la construcción), el cuidado de lo que concierne al crédito y a la postura del acreedor se justifica, en tanto se trata de brindar seguridad a los capitales de inversión, lo cierto es que la preservación del orden necesario para asegurar un desarrollo económico sostenido no implica el descuido de los intereses y derechos de la parte deudora.

Aún cuando la Ley N° 24.240 señale, en su Capítulo IX - De los términos abusivos y cláusulas ineficaces, que:

Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenientes: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario." (Ley N° 24.240; art. 37)

Lo cierto es que, para los sectores de la doctrina y de la jurisprudencia contrarios a la normativa, lo expuesto por la Ley N° 24.441 presenta un claro abuso del derecho, que no puede ser justificado en la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad (Doctrina de los actos propios), dado que la Ley de Defensa del Consumidor es de orden público (Ley N° 24.240; art.65) y por ende, superior a la manifestación de dicha voluntad.

La cláusula diecisiete de la escritura acompañada resulta contraria al art. 37 del mencionado cuerpo legal (...), trata de proteger a una de las partes restableciendo el equilibrio contractual, que ha sido quebrantado, en este caso, por la conducta abusiva de la entidad bancaria.

Los sujetos intervinientes han emitido correctamente su declaración y expresado el consentimiento (en este caso en la cláusula 17 - art. 1197 del Cód. Civil), pero hay una desigualdad económico-social en virtud de la cual no hay discusión, negociación, sino un aprovechamiento de la parte más fuerte de la relación y una mera adhesión de la más débil (art. 37 de la ley de Defensa del Consumidor - 24.240). (...) Conforme ya lo expresara más arriba, nos encontramos frente a un claro abuso de derecho, que no puede ser justificado en la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad -art. 1197 del Cód. Civil-, toda vez que la ley de Defensa del Consumidor es de orden público (art. 65 de la ley 24.240)." (CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 17/06/2004, Citibank NA v. Pozzi, Adolfo H)

En una línea jurisprudencial diametralmente opuesta, La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul se pronunció, en autos caratulados "Banco Hipotecario S.A. C/ Horr Silvina Susana y Otro/a S/ ejecución hipotecaria" (tramitado en el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1 – Tandil) sobre la aplicación del régimen de consumo de la ley 24.240 a la ejecución de una letra hipotecaria escritural que reconoce su origen en una operación estatal de fomento de la vivienda (el plan Pro.Cre.Ar).

Tras analizar la pluralidad de fuentes presentes en la causa: el régimen especial de la ejecución hipotecaria (Ley N° 24.441), el régimen del consumidor y el régimen de protección de la vivienda instituida por el Decreto N° 902/12 (Plan Pro.Cre.Ar), el Tribunal concluyó que en el fallo apelado se respetaban tanto los derechos del consumidor, las normas del fomento de planes de vivienda y la circulación del crédito que también está alcanzado por la tutela constitucional de la propiedad. "Concluyó que la letra hipotecaria integrada con la escritura de otorgamiento del crédito cumple adecuadamente con el deber de información y de tutela del consumidor previsto en el art. 36 de la LDC" (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, 2017).

3.3 El Derecho a la Defensa

Tal como su nombre lo indica, el Derecho a la defensa refiere al derecho fundamental del que toda persona (ya sea de tipo física o jurídica) o grupo personas es portador y por el cual puede defenderse, ante un tribunal de justicia, de los cargos que se le imputen, en un contexto de plenas garantías.

El Derecho a la defensa debe de aplicarse en todos los órdenes jurisdiccionales, así como en las distintas fases del procedimiento civil y penal. Se trata de evitar la existencia de desequilibrios en la posición procesal de las partes involucradas; es decir, impedir que las limitaciones de alguna de las partes puedan desembocar en una situación de indefensión de la misma respecto de su contraparte.

3.3.1 El reconocimiento constitucional del Derecho a la Defensa

La inviolabilidad de la defensa en juicio constituye un elemento fundamental para los ciudadanos, dado que ésta garantiza el ejercicio de todo proceso, ya sea de tipo civil o penal, en el marco del cumplimiento de las garantías constitucionales previstas.

En lo que refiere a la República Argentina, el derecho a la defensa se encuentra contemplado en el artículo 18 de la Carta Magna. Desde el mismo se establece que:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos (...) (Constitución Nacional, art. 18).

El art. 18 en forma genérica consagra el derecho a la jurisdicción, es decir, a recurrir a un órgano de justicia para la resolución de las controversias que se susciten. En este marco, el texto constitucional consagra, entre las garantías procesales, a los siguientes principios: a) Juicio previo; b) intervención del Juez Natural; c) Ley anterior (irretroactividad de la ley); d) Inviolabilidad de la defensa en juicio; y e) Declaración contra sí mismo.

El hecho de que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, ni ser castigado sin haber sido previamente juzgado y sentenciado mediante el debido proceso implica que todo individuo acusado de la comisión de un hecho ilícito concreto, presentándose pruebas en su contra, debe tener la oportunidad de defenderse alegando sus derechos y presentando las pruebas que tenga para demostrar su inocencia.

Debe señalarse que el concepto de debido proceso refiere y engloba a un conjunto de garantías que tienen por objeto asistir a los individuos durante el desarrollo del proceso, así como protegerlos de los abusos en los que pudiere incurrir la autoridad, a partir del reconocimiento y defensa de sus derechos.

3.3.2 La limitación de las defensas oponibles implementada por la Ley N° 24.441

Morello (1995) hace mención a que, desde distintos sectores de la jurisprudencia, se ha señalado el avasallamiento del derecho a la legítima defensa que lo estipulado en el Título V de la Ley N° 24.441 supone.

Al respecto, Antenucci (2013) postula que, en regla general, en lo que refiere a la Ley N° 24.441, el fin querido por el legislador fue el de flexibilizar las normas tradicionales y facilitar la pronta realización del bien hipotecado, cimentado en dos pilares: el lanzamiento anticipado y la inmediata subasta. Por ello, la normativa tiende a impedir que frente a tales decisiones del acreedor haya mayor espacio de controversia, a cuyo fin se recortan las defensas que la parte deudora pudiera oponer a tal accionar.

En tal sentido, la norma dispone que el ejecutado no puede interponer defensas, incidente o recurso alguno tendiente a interrumpir el lanzamiento ni la subasta, salvo que acredite verosímelmente alguno de los supuestos taxativamente enumerados en la misma.

Al prever que:

El ejecutado no podrá interponer defensas, incidente o recurso alguno tendiente a interrumpir el lanzamiento previsto por el artículo 54 ni la subasta, salvo que acredite verosímelmente alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que no está en mora;
- b) Que no ha sido intimado de pago;
- c) Que no se hubiera pactado la vía elegida; o
- d) Que existieran vicios graves en la publicidad (Ley N° 24.441, art. 64).

La Ley analizada limita el número de las defensas autorizadas, evitando la posibilidad de desarrollo de una estructura contradictoria verdadera o plena, en la cual cada parte pueda esgrimir las pruebas que validen su postura. En dicho sentido, Morello (1995) añade que, tal como está redactada la norma, debe entenderse que la enumeración de las defensas es cerrada y taxativa. La etapa cognoscitiva es por demás estrecha, circunscripta a las circunstancias especialmente establecidas en la ley, no hay lugar a debate y prueba para todo lo que exceda ese marco, y que deberá postergarse para un juicio posterior.

Como se mencionara, dichos autores retoman las cuatro únicas defensas a las que el texto de la norma hace referencia:

a) ***Ausencia de mora:*** Ésta parecería ser la única opción a través de la cual el deudor puede oponer una defensa sustancial al accionar del acreedor. El presupuesto indispensable de la mora es el incumplimiento de la obligación principal, que precede a ese retardo que se considera jurídicamente relevante. Por lo tanto, si no hay incumplimiento de la deuda, no hay mora. En este marco, podrán plantearse las defensas tradicionales que se relacionan con la inexigibilidad de la deuda: el pago documentado, que sólo será admitido en los términos legales (CPCCN, art. 542).

b) ***Omisión de la intimación de pago:*** La intimación extrajudicial de pago es un trámite irrenunciable y debe ser efectuado por un medio fehaciente. El deudor sólo podrá oponerse si demuestra que no ha sido fehacientemente intimado. Puede ocurrir por otra parte, que no se hayan observado en la intimación algunos de los recaudos establecidos en la Ley en cuyo caso podrá cuestionarse, también, la procedencia del trámite iniciado.

Llegado este punto, es necesario hacer una salvedad: por esta vía, la intimación constituye solamente una advertencia al deudor de que si no paga se rematará el inmueble gravado, alejándose de la concepción tradicional que considera a la intimación de pago y citación para oponer excepciones como un trámite irrenunciable y de orden público, por encontrarse comprometida la defensa en juicio.

c) ***Inexistencia de pacto de ejecución extrajudicial:*** la aplicación del régimen especial de ejecución de hipotecas sólo puede aplicarse en aquellos casos, cuyas partes intervinientes lo hayan pactado expresamente; es decir, hayan dejado registrada su voluntad a favor de este tipo de ejecución, de forma escrita, en la escritura hipotecaria o en las letras hipotecarias. De manera que, si de tales títulos no surge la convención expresa del sometimiento de las partes a las disposiciones de la Ley N° 24.441 corresponderá la juez interviniente archivar las actuaciones.

- d) ***Existencia de vicios graves de publicidad:*** Esta defensa refiere, únicamente, al remate, por lo que no es de aplicación en esta etapa del trámite y se relaciona con la publicidad inadecuada que pueda devenir en una subasta fracasada o en una venta a precio vil.
- e) ***Planteos de inconstitucionalidad:*** Ésta parece ser la defensa de más difícil aplicación. Si bien en el ámbito de un juicio de ejecución es factible discutir la constitucionalidad de las normas que dan fundamento al proceso, el interesado en obtener tal declaración (deudor) deberá demostrar claramente de qué manera la normativa impugnada contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, y debe probar, además, que ello ocurre en el caso concreto.

En este contexto, Morello (1995) sostiene que las excepciones señaladas se relacionan casi exclusivamente con que se haya dado cumplimiento a los requisitos formales que habilitan la vía de ejecución extrajudicial; de este modo, la Ley analizada tendería a un procedimiento unilateral con amagues de cierta bilateralidad, en aspectos muy específicos y por demás reducidos, que afectan al desarrollo de la efectividad de una adecuada defensa en juicio de la parte deudora. No se trata de establecer mecanismos tendientes a dilatar los procesos, sino de permitir la presentación de los argumentos esgrimidos por ambas partes. La necesidad del desarrollo de un juicio a través del cual el deudor pueda esgrimir su defensa se torna insoslayable. La grave amputación que la Ley N° 24.441 produce en relación de los derechos inalienables del demandado y del indispensable contralor judicial, con más el otorgamiento de facultades excesivas que la ley cuestionada pone en cabeza del reclamante, no produce otra conclusión que la de su evidente inconstitucionalidad.

Así mismo, se añade que debe tenerse en cuenta que la restricción a los derechos superiores (garantías constitucionales) sólo puede emanar del dictado de la norma particular para el caso (sentencia dictada por juez competente y basada en la ley como consecuencia de un debido proceso judicial), que contraponiéndose a la voluntad particular del deudor permita la actuación de la voluntad de la ley.

La restricción a los derechos superiores (garantías constitucionales) sólo puede emanar del dictado de la norma particular para el caso (sentencia dictada por juez competente basada en la ley y como consecuencia de un debido proceso judicial), que contraponiéndose a la voluntad particular del deudor permita la actuación de la voluntad de la ley.

El procedimiento bajo examen se encuentra lejos de ser considerado "contradictorio", toda vez que se aproxima y tiende a un procedimiento unilateral con amagues de bilateralidad en aspectos muy específicos y por demás reducidos, que lesionan ostensiblemente el derecho de defensa en juicio (...) El artículo "sub examine" es violatorio de la garantía contemplada en el art. 18 de la Constitución Nacional, 15 de la Constitución de la Prov. de Buenos Aires y Tratados Internacionales citados -art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 8, 10 y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 8, 21 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); y el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 17/06/2004, Citibank NA v. Pozzi, Adolfo H.).

3.4 El Derecho a la propiedad privada

En todo sistema capitalista ajustado a la condición de jurídico, serio y coherente, el derecho a la propiedad privada debe integrar, insoslayablemente, los contenidos propios de la supralegalidad. Cabe destacar que su carácter supralegal le presta a una norma o principio una fuente de producción, y por lo tanto de modificación, jerárquicamente superior a la de cualquier otra ley presente en el territorio en el que se sanciona.

En este marco, resulta de suma relevancia evaluar en qué modo lo establecido por la Ley N° 24.441 puede contrariar, o no, lo dispuesto en el texto constitucional en torno de esta temática.

3.4.1 Los principios básicos establecidos en el texto constitucional

En concordancia con lo manifestado en la Constitución Nacional Argentina:

La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que

se expresan en el Artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley (...) La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie (Constitución Nacional, art. 17).

El derecho hipotecario argentino se asienta sobre la base de la posibilidad, por parte del deudor, de mantener el uso y goce de la cosa hipotecada, ejerciendo el derecho de dominio en plenitud, aunque limitándolo en cuanto afecte la garantía real.

3.4.2 La Ley N° 24.441 y sus indicaciones respecto del bien hipotecado

La Ley N° 24.441 establece que:

Vencido el plazo de la intimación sin que se hubiera hecho efectivo el pago, el acreedor podrá presentarse ante el juez competente con la letra hipotecaria o los cupones exigibles si éstos hubiesen circulado, y un certificado de dominio del bien gravado, a efectos de verificar el estado de ocupación del inmueble y obtener el acreedor, si así lo solicita, la tenencia del mismo. El juez dará traslado de la presentación por cinco (5) días al deudor a los efectos de las excepciones previstas en el artículo 64. El juez ordenará verificar el estado físico y de ocupación, designando a tal fin al escribano que proponga el acreedor. Si de esa diligencia resulta que el inmueble se encuentra ocupado, en el mismo acto se intimará a su desocupación en el plazo de diez (10) días, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública. El lanzamiento no podrá suspenderse, salvo lo dispuesto en el artículo 64.

No verificada en ese plazo la desocupación, sin más trámite se procederá al lanzamiento y se entregará la tenencia al acreedor, hasta la oportunidad prevista en el artículo 63. A estos fines, el escribano actuante podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio y violentar cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble, a costa del deudor. Todo este procedimiento tramitará in audita parte, y será de aplicación supletoria lo establecido en los códigos de forma (art. 54).

Autores tales como Morello (1995), Antenucci (2013) y Nicolau (1995), entre otros, indican que lo expresado y establecido en dicho artículo entra en oposición con la garantía

contemplada en el artículo 17 de la Constitución Nacional, en tanto la inviolabilidad de la propiedad supone que sólo a través de una sentencia fundada en ley es que puede privarse a un individuo de la propiedad. Este principio, es aplicable a aquellos casos judiciales o de pleito, en los que el ejercicio de una acción obliga a un deudor, propietario de un bien, al pago de una suma de dinero, y éste se resiste a efectuarlo. En estos casos, el magistrado se encuentra facultado para dictaminar el procedimiento de embargo y posterior remate público del bien, a fines de hacer efectivo el pago de lo adeudado, a través de lo producido de la venta judicialmente ordenada.

En dichos casos, se produce una privación o desapoderamiento de un bien a su titular originario, pero dicha acción no es aleatoria o arbitraria, sino que se efectúa en virtud de sentencia fundada en ley. El principio constitucional, aludido en el artículo 17 de la Carta Magna nacional, ampara a los habitantes del país contra cualquier privación indebida de la propiedad, sea que la misma provenga de los particulares o del Estado mismo; para ello requiere de la intervención de un tribunal competente y de la observación de las formas procesales correspondientes.

A criterio de los detractores de la Ley N° 24.441, si bien el principio de inviolabilidad de la propiedad no es absoluto y cualquier ciudadano puede ser privado de su propiedad, siempre deben estar dadas ciertas condiciones legales que en el caso del régimen especial de ejecución hipotecaria (artículo 54 de la norma) se encuentran ausentes. Principalmente, la presencia de una sentencia fundada en ley que, consecuencia del desarrollo de un juicio previo, se constituya como antecedente necesario para todo acto de decisorio de ejecución.

Al establecer que acompañado por los instrumentos exigidos por dicha Ley, el acreedor o entidad acreedora puede obtener la tenencia del inmueble sin que existe una sentencia judicial previa que lo avale; al facultar al acreedor al lanzamiento de los ocupantes del inmueble (en caso de que este estuviera ocupado) mediante la mera intervención de un escribano designado para tal fin y el auxilio de la fuerza pública, en caso de que esta situación se tornase necesaria, el contenido del artículo 54 de la Ley N° 24.441 resulta, decididamente, a criterio de tales sectores, violatorio de la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad.

Ante la argumentación de que el deudor aceptó el procedimiento legal de ejecución extrajudicial al momento de contratar la garantía, de hecho ha debido pactar expresamente el procedimiento extrajudicial, dichos sectores esbozan que son varias las objeciones que pueden efectuarse en sentido contrario.

En primer lugar, el lado fuerte de la relación hipotecaria estará representado por el acreedor quien terminará por imponer la cláusula de ejecución extrajudicial con prescindencia de la voluntad del deudor quien, ante la necesidad concreta, suele tomar cualquier opción con tal de solucionar su problema en lo inmediato (Morello: 1995; Moreno: 2014). Así mismo, se recurre a lo señalado en el Código Civil el cual, al establecer que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres (Código Civil, at. 21), no deja dudas sobre la inconstitucionalidad de lo establecido en el artículo 57 de la Ley analizada (subasta extrajudicial). En efecto, el artículo 17 de la Constitución Nacional es de orden público y el convenio de las partes no podrá dejarlo sin efecto (Antenucci, 2013).

En tal sentido, los lineamientos establecidos en el Título V de la Ley analizada, no constituirían un juicio o proceso en el sentido atribuido por la ciencia procesalista, dado que se trata de actos, a cargo de particulares (acreedor, escribano), destinados a la realización de bienes del deudor, que sólo cuentan con la participación del juez para ordenar el mandamiento de constatación e intimación al deudor, más la orden de lanzamiento (con facultad para pedir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio, etc.) si fuera el caso, para el notario interviniente.

Uno de los primeros fallos que giraran en torno de la constitucionalidad o no del régimen especial de ejecución de hipotecas, planteado por la Ley N° 24.441, fue el emitido, en el mes de junio de 2004, por la Sala II, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata. En autos caratulados "Citibank NA c/ Pozzi, Adolfo H s/ejecución hipotecaria", se plantea disputa judicial, entre las partes actantes: Sr. Adolfo Héctor Pozzi, por un lado, y Citibank NA, por otro, en torno de un crédito otorgado por la suma de dólares 17.600, sobre vivienda única, familiar y de ocupación permanente ubicada en la ciudad y Partido de La Plata.

En fallo emitido al respecto, los miembros del Tribunal de Sala II, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata - Dres. Nélide I. Zampini; Rafael F. Oteriño y Raúl O. Dalmaso- confirman el fallo de primera instancia que había declarado la invalidez del artículo 54 de la Ley N° 24.441- de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, así como rechazan el recurso de apelación contra el pronunciamiento que interpusiera la entidad bancaria, al considerar el mismo no se ajustaba a derecho.

Así mismo, en un acto histórico en lo que concierne a la materia, proceden a declarar la inconstitucionalidad, de oficio, del artículo 54 de la Ley N° 24.441 , el cual permite la subasta extrajudicial sin sentencia previa.

Si bien el principio de inviolabilidad de la propiedad no es absoluto y cualquier ciudadano puede ser privado de su propiedad, siempre deben estar dadas ciertas condiciones legales. Una de ellas es que debe precederle una "sentencia fundada en ley" que sea consecuencia de un "juicio previo". Esto constituye el antecedente necesario de todo decisorio que incurriere en los derechos subjetivos de los ciudadanos (argto. arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional; 15 y 31 de la Constitución de la Provincia de Bs. As.; art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 8, 10 y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 8, 21 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; y el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 17/06/2004, Citibank NA v. Pozzi, Adolfo H.).

En este marco:

El artículo 54 de la ley 24.441 resulta decididamente violatorio de la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad (art. 17 de la Const. Nacional y 31 de nuestra Provincia) (CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 17/06/2004, Citibank NA v. Pozzi, Adolfo H.).

Dicha sentencia se asienta en el hecho de que, a criterio de dicho Tribunal, la norma atenta contra el Derecho de Propiedad, así como contra el Derecho de Defensa en juicio, garantizado en la Carta Magna de la República Argentina, constituyendo un abuso de derecho, que se encuentra penado por el Código Civil y la Ley N° 24.240 - de Defensa del Consumidor.

CAPÍTULO CUARTO

La Ley N° 24.441 y el incumplimiento de las Garantías constitucionales

4.1 Análisis de los argumentos doctrinarios esbozados en contra de los postulados de la Ley

El Régimen especial de ejecución de hipotecas se encuentra contemplado en el Título V de la Ley N° 24.441 - de financiamiento de la vivienda y la construcción (artículos 52 al 67). Dicho Título establece un procedimiento especial de ejecución para el caso en el cual se hubieran emitido letras hipotecarias, como así también para las hipotecas en general que, expresamente, hubieran sido sometidas a lo estipulado en el mismo.

Tras el análisis realizado, se observa la existencia de diferentes cuestionamientos y objeciones acerca de la constitucionalidad de la norma analizada. Tal como se señalase a lo largo de la presente labor académica, desde distintos sectores de la jurisprudencia y la doctrina se ha coincidido en señalar los modos en que el Título V, de la Ley N° 24.441 - Régimen especial de ejecución de hipotecas viola varios de los derechos y garantías establecidas en el texto constitucional del país.

Recapitulando lo analizado, se observa que las críticas al contenido de dicho apartado giran en torno de la presunta inconstitucionalidad que el mismo supone, en tanto afecta las siguientes potestades constitucionales:

- a) ***El Derecho a la Defensa***: La norma analizada procura establecer un procedimiento de ejecución hipotecaria que de mayor seguridad y celeridad a los procesos. Sin embargo, algunos de los conceptos incorporados, al impedir al deudor oponer las excepciones previstas en los códigos de procedimiento y admitir la subasta extrajudicial sin sentencia, entran en contradicción con el Derecho a la Defensa previsto en la Carta Magna de la Nación, artículo 18.

- b) ***El Derecho del Consumidor***: La norma analizada se encuentra en pugna con lo establecido en la Ley de Defensa del Consumidor, dado que, si bien los sujetos intervinientes han emitido su declaración y expresado su consentimiento respecto de las normas a aplicar en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor, lo cierto es que se plantea una desigualdad económico-social en virtud de la cual no hay discusión, ni negociación, sino un aprovechamiento de la parte más fuerte de la relación y una mera adhesión de la más débil.
- c) ***El Derecho a la Propiedad privada***: La posibilidad de que el acreedor pueda rematar extrajudicialmente la propiedad comprometida sin que exista una condena judicial previa contra el deudor y que diera basamento al procedimiento ulterior de remate contraviene lo expresamente dispuesto en el artículo 17 de la Constitución Nacional, según el cual ningún habitante puede ser privado de su propiedad, sin la existencia de una sentencia previa, fundada en ley.

Desde tal perspectiva, el contenido del Título V de la Ley N° 24.441 también resulta violatorio de lo dispuesto en ciertos Tratados Internacionales que fuesen incorporados al texto constitucional argentino tras la reforma del año 1994. Entre ellos, pueden mencionarse a:

- ❖ ***La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre***: El artículo 18 de dicha Declaración postula que: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.”

Así mismo, se reconoce el derecho del hombre a satisfacer sus necesidades esenciales para el desarrollo de una vida decorosa y, por ende, a la propiedad privada (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 23)

- ❖ ***La Declaración Universal de Derechos Humanos:*** Dicha Declaración reconoce el derecho de toda persona a acceder a la justicia en caso de que se violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley (art. 8), en condiciones de plena igualdad y ante un tribunal independiente e imparcial, que vele por sus derechos en materia penal (art. 10).

Así también, se señala: “toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.” (Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 17)

- ❖ ***La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica):*** De acuerdo a lo pactado por los Estados firmantes:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (Pacto de San José de Costa Rica, art.8).

Habiéndose reconocido el Derecho a la Propiedad Privada (art. 21), se indica que:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (Pacto de San José de Costa Rica, art.25).

4.2 Razones de inconstitucionalidad de la Ley N° 24.441

El Derecho Hipotecario que rige en el territorio de la República Argentina, se asienta sobre la base de la posibilidad que conserva el deudor de mantener el uso y goce de la cosa hipotecada, ejerciendo el derecho de dominio en plenitud. Tal derecho se encuentra limitado sólo en cuanto afecte la garantía real, siendo necesaria la existencia de una

condena judicial previa contra dicho deudor para que el acreedor hipotecario pueda perseguir el inmueble garantizado.

La sanción de la Ley N° 24.441 supuso, a partir de los artículos contenidos en su Título V, un cambio significativo en lo que refiere al procedimiento mencionado. Dicha norma otorgó un marco legal al procedimiento de expropiación de la propiedad sin la segura intervención de un Tribunal; procedimiento que, si bien ya existente, no se encontraba normalizado.

Creada con la intención de convertirse en una herramienta jurídica de utilidad y conveniencia para las partes intervinientes en los distintos tipos de relación contractual, surgidas en torno del financiamiento de la vivienda y la construcción, se torna necesario analizar los puntos más significativos que conforman dicha norma a fin de dar cuenta de los excesos que pudiesen suscitarse a través de su aplicación, así como de los vacíos legislativos existentes al respecto.

En forma abreviada puede señalarse que, en lo que al régimen especial de ejecución de hipotecas atañe, dicha normativa omite considerar, a partir de lo esbozado en el texto de la Ley, aspectos significativos, como ser lo concerniente a: el rol establecido teóricamente a cada una de las partes intervinientes; el poder de negociación que estas poseen, efectivamente, en la práctica; las implicancias surgidas de la dinámica entre acreedor y deudor; la concordancia con los lineamientos establecidos por el texto constitucional del país, así como con las normativas preexistentes, entre otros. Aspectos a los que, generalmente, no se les presta demasiada atención al momento de redacción de los contratos de hipoteca, pero que, sin embargo, demuestran su relevancia toda vez que, por uno u otro motivo, éste se frustra o surgen conflictos en torno de su desarrollo o aplicación.

La constitución de todo crédito hipotecario supone, de por sí, el establecimiento y consolidación de una determinada desigualdad social, de origen económico, a partir de la cual la parte más fuerte, el acreedor, dicta las pautas del contrato hipotecario al deudor. El régimen especial de ejecución hipotecaria viene a sumar un elemento de presión y poder en manos del acreedor, al atentar contra la posibilidad del deudor de mantener el uso y goce del inmueble hipotecado, que solamente debería estar limitado en lo que pueda afectar a la garantía real.

De este modo el nuevo régimen constituye, a criterio de ciertos sectores de la jurisprudencia, un abuso de derecho. Postura con la cual, tras realizarse un análisis y evaluación de los argumentos esbozados, se concuerda.

Motivado por la búsqueda de una cierta celeridad en lo que a los procesos de ejecución hipotecaria atañe, lo postulado de la Ley N° 24.441 resultan endeble o incluso contrarios a los principios de seguridad jurídica que a este tipo de procedimientos ejecutivos deberían de asociarse.

Todo contrato hipotecario supone la existencia de al menos dos partes intervinientes: la parte acreedora y la parte deudora. De acuerdo al modo en que se encuentra establecido en la Ley N° 24.441, el régimen especial de ejecución de hipotecas no repercute de igual modo sobre cada una de estas partes, así como no le asigna un ejercicio de derecho semejante. Dicha afirmación se sustenta, entre otros, en los presentes hechos:

- a) Durante todo el proceso de ejecución, la situación del deudor se encuentra, notablemente, subordinada a la voluntad del acreedor.

- b) La ejecución de la garantía real busca favorecer al acreedor, a partir del establecimiento de un sistema de oposición más que de excepciones; es decir, de un sistema donde el derecho a la defensa, por parte del deudor, se encuentra sumamente limitado.

- c) Se restringe la estructura contradictoria que todo proceso debe de contener. La bilateralidad parece respetada pero tan sólo en términos formales, pudiendo hacerse efectiva, realmente, con posterioridad a la ejecución hipotecaria que se desarrollara.

En tal sentido es que algunos juristas coinciden en señalar la configuración de un abuso del derecho, dado que el procedimiento contemplado en la Ley N° 24.441 deja librada a la voluntad del acreedor hipotecario la mayor parte del procedimiento (que en cualquier instancia judicial se encuentra en manos del juez a cargo de la causa), sin imponerle a éste plazos, condiciones o controles sobre las medidas que puede adoptar a los fines de arribar al cobro de su crédito, de forma expeditiva.

En lo que atañe al Título V de la Ley N° 24.441, aún cuando los sujetos intervinientes han emitido su declaración y expresado su consentimiento respecto de las normas a aplicar en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor, lo cierto es que se plantea una desigualdad económico-social en virtud de la cual no hay discusión, ni negociación,

sino un aprovechamiento de la parte más fuerte de la relación (parte acreedora) y una mera adhesión de la más débil (parte deudora).

Cabe recordar que en los momentos originarios de este tipo de contrato o figura comercial, y de sus antecesores, se le otorgaba al acreedor hipotecario el derecho de dominio pleno y total, así como la posesión del inmueble gravado: ello obedecía a razones históricas, como la prohibición absoluta de cualquier interés sobre el préstamo del dinero.

Con el transcurso de los años, no sólo las costumbres fueron evolucionando, sino que la práctica demostró la necesidad de que el deudor conservase la posesión de la cosa hipotecada, para evitar, de este modo, posibles abusos por parte del acreedor.

En dicho estado situacional, no es de sorprender que el régimen especial de ejecución de hipotecas sea considerado como un retroceso en torno de dicha materia. Las modificaciones que se intentan introducir al Código de Procedimientos Civil tienden a asegurar el negocio del acreedor pero dejan indefenso al deudor.

El contenido de los artículos 52 a 67 de la presente Ley (Ley N° 24.441) vulnera determinados preceptos fundamentales de la Constitución Nacional, entre ellos el Derecho a la propiedad, mostrándose de este modo como inconstitucional, en lo que refiere a esta materia.

La concepción de que el sometimiento voluntario, por parte del deudor, al régimen especial de ejecución, propuesto por el acreedor y presente en la escritura de la hipoteca, invalida cualquier planteo constitucional posterior, en torno de su aplicación, es errónea. Tal perspectiva ignora el juego de fuerzas presente en la relación hipotecaria, y como se demostrara anteriormente, la preponderancia de la voluntad del acreedor por sobre su contraparte. Es cierto que al someterse las partes contratantes, tanto deudora como acreedora, a este régimen especial de ejecución hipotecaria, manifiestan conocer y comprender los términos estrictos de dicha ejecución. Sin embargo, se torna necesario sopesar el contexto en el cual dicha dinámica se produce.

Así también, se torna necesario observar lo acontecido en torno a otros dos elementos considerados importantes para el análisis. Por un lado, analizar lo concerniente a la garantía de acceso al Juez Natural, garantía fundamental consagrada en el principio de sometimiento de todos los justiciables a sus jueces naturales: el régimen de la Ley N° 24.441 implica sustraer del ámbito del Juez Natural aspectos relevantes de la relación entre acreedor y deudor, contraviniendo, en consecuencia, la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional. Por otro, abordar lo concerniente al territorio de aplicación de los postulados de dicha Ley.

Al abordar lo concerniente a las atribuciones de los gobiernos provinciales, el texto constitucional de la Nación estipula que: “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación” (Constitución Nacional, art. 121). En este marco, queda establecido que las cuestiones relativas a la regulación procesal de las acciones se tornan de incumbencia, estrictamente, provincial.

No obstante, es menester señalar que la Ley N° 24.441 no sólo regula procesalmente la ejecución hipotecaria especial, sino que incursiona en cuestiones administrativas o de mero trámite, asignando plazos y cuestiones menores que sólo podrían admitirse en un código de procedimientos provincial.

En este punto, la Ley analizada incumpliría lo establecido en el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, que sólo atribuye al Congreso de la Nación el:

Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados (Constitución Nacional, art. 75, inc. 12).

Por último, el derecho a la jurisdicción es irrenunciable, así como lo es el derecho a la propiedad. El orden público puede verse afectado en tanto el seguimiento de la letra pura de la ley, puede aparejar la vulneración de tales derechos.

En lo que concierne al derecho de la jurisdicción, este posee una afectación directa del orden público en tanto refiere a uno de los tres poderes del Estado, que garantiza los derechos del ciudadano común: el poder judicial. Quitar de la órbita de la jurisdicción cuestiones de tanta trascendencia, como ser la expropiación de una propiedad, afecta el orden público al limitar la posibilidad de su efectivo control por parte de los jueces, así como de la garantía que ello comporta. La constitucionalidad de preceptos puramente formales o procesales en materia de legislación sustantiva se torna dudosa y, tanto más, si esos preceptos pretenden arrogarse eficacia en todo el territorio nacional.

Dado el presente cuadro situacional, se torna necesario analizar qué pasos seguir para la subsanación del conflicto jurídico al que dicha norma diera lugar. En primera instancia, surgen dos posibles alternativas de resolución del conflicto: a) la derogación de la Ley a partir del establecimiento de determinados mecanismos legales con intervención del Poder Legislativo o b) la declaración de inconstitucionalidad de la Ley por parte del Poder Judicial, a pedido de parte o de oficio.

En lo que refiere a la derogación de la Ley o de un título de la misma, como se plantea en el caso analizado, a partir de la intervención del Poder Legislativo de la Nación, ésta se encuentra supeditada a la aparición de la voluntad política para poder proceder a tal modificación. Cabe destacarse que ninguna ley es inocente, en el sentido de que no surge por *motus* propio sino estrechamente vinculada a un determinado contexto espacio-temporal, así como social. En la misma, se plasman ciertos elementos tendientes a proteger o a favorecer a ciertos intereses, en detrimento de otros. La declaración de inconstitucionalidad de la Ley por parte del Poder Judicial, a pedido de parte o de oficio, parecería ser el modo más veloz de alcanzar la declaración de inconstitucionalidad planteada. Todo individuo tiene la facultad de invocar ante los representantes del Poder Judicial, aquellos derechos y garantías que, otorgados de forma constitucional, considera se están avasallando. Tal como deviene de la separación de poderes que caracteriza a la conformación de los Estados modernos, al Poder Judicial es a quien corresponde la tarea de administrar la justicia, y quien, en este marco, se encuentra facultado para llevar a cabo el control constitucional, necesario para velar por el respeto de las disposiciones y principios que emanan del Carta Magna del país, por parte de los representantes del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo del mismo.

Es menester señalar que no obstante la posibilidad de desarrollarse, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una de las funciones más delicadas que puede encomendarse a un tribunal de justicia y, por ende, tan sólo debe recurrirse a la misma cuando la violación del principio constitucional sea manifiesto.

En razón del criterio expuesto y en base a los principios constitucionales que la Ley N° 24.441 viola es que, distintos sectores de la jurisprudencia, bregan por la intervención de los tribunales para decretar, de oficio, la inconstitucionalidad de los artículos comprendidos en I Título V de la Ley analizada (Ley N° 24.441, art.52 a 67). Derogado el Título V de la Ley N° 24.441, los Tribunales de Justicia deberían aplicar, en la resolución de los conflictos, la normativa proveniente del Código Procesal Civil y Comercial correspondiente a la jurisdicción donde se suscitó el inconveniente.

En el marco de estructuración del Estado moderno corresponde al Poder Judicial la facultad de preservar los derechos de los ciudadanos, imprimiendo un marco de equidad a escala social, que se vea reflejado en cada uno de los actos desarrollados. En lo que refiere al análisis de la constitucionalidad de las disposiciones vinculadas al Título V de la Ley N° 24.441 (art. 52 a 67), también a nivel jurisprudencial se ha producido una polarización de posturas.

En el mayor número de casos, y ante el pedido expreso de intervención por parte del deudor, los representantes del Tribunal judicial interviniente en la causa han optado por declarar la constitucionalidad de la norma analizada. Los argumentos esbozados para tal decisión han sido múltiples. Sin embargo, los magistrados parecen coincidir en la apreciación de que, aún estableciendo el angostamiento defensivo del deudor, la norma analizada no supone una violación de los principios y garantías constitucionales.

Por un lado, en la Justicia Nacional se ha declarado la constitucionalidad del desalojo previo en la ejecución especial reglada en los arts. 52 y siguientes de la mentada ley, habida cuenta de que ello entra en el marco de la autonomía privada, reconocida a los particulares en el principio general del art. 1197 del Código Civil, sin embargo, se decretó la inconstitucionalidad de los arts. 3936 del Código Civil y 598 del C.P.C.N. atento que resultan violatorios del art. 17 de la Constitución Nacional (argto. C.N.Civ., Sala D, 23-12-98, causa "Banco Tornquist SA c/ Pérez de Guglieri, María del Carmen s/ Ejecución hipotecaria"; cit. en Revista de Derecho Procesal, "Procesos de Ejecución-I", Edit. Rubinzal-Culzoni, 2001, pág. 251 y ss).

Por el otro lado, se ha declarado la constitucionalidad del art. 598 del C.P.C.N. por considerar que sólo se ha adelantado la etapa de desocupación del bien y no conculca los principios básicos contemplados en el art. 17 de la Constitución Nacional (argto. C.N.Civ. Sala E, 24-2-98, causa "National Marshall SA c/ International Iron SA s/ Ejecución hipotecaria"; cit. en Revista Derecho procesal, "Procesos de...", pág. 259).

La jurisprudencia provincial se ha declarado en contra de la aplicación del art. 3936 del Código Civil, por considerar que nuestro ordenamiento adjetivo vigente no contempla el régimen especial de ejecución de hipotecas que prescribe la ley 24.441, sin perjuicio de lo acordado por las partes (argto. Cám. Civ. San Martín, causa N° 53.050, RSD-215-3 del 8/5/2003; Cám. Civ. de Quilmes, Sala II, causa N° 491, RSI-58-96 del 12/7/1996).

Sin embargo, también se ha contemplado la viabilidad de la ley 24.441 por estimar que tal procedimiento abreviado es consecuencia directa del acto volitivo consagrado por las partes en

el instrumento suscripto por las mismas (Esta Cámara, Sala I, causa N° 108.231 RSI-1399-98 del 9/12/98) (CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 17/06/2004, Citibank NA v. Pozzi, Adolfo H.)

Si bien en reglas generales, la jurisprudencia de los tribunales se ha manifestado a favor de la constitucionalidad del régimen especial de ejecución de hipotecas, existen algunos casos en los que se ha torcido dicha dirección, al plantearse el procedimiento contemplado en la Ley configura un abuso del derecho.

CONCLUSIONES

La Ley N° 24.441- de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción surgió en un marco económico-político caracterizado por la búsqueda de incentivos a la inversión inmobiliaria, mediante el establecimiento de formas alternativas de financiamiento. Conformada en torno de la reglamentación de tres figuras de contenido comercial: fideicomiso, contrato de leasing e hipotecas, el contenido del Título V de dicha norma (art. 52 a 67) supuso una modificación legal significativa en lo que al régimen de ejecución hipotecaria refiere.

El carácter facultativo otorgado al Régimen especial de ejecución de hipoteca, plantea un marco legal a la posibilidad de desarrollo de la figura de la ejecución extrajudicial; mecanismo de gestión y de cobro de la deuda hipotecaria que deja de lado la seguridad jurídica que supone y caracteriza al desarrollo por vías judiciales de una ejecución de este tipo. El procedimiento de ejecución extrajudicial habilita al acreedor a que pueda expropiar al deudor del bien hipotecado, sin que medie sentencia judicial previa. En este punto, vale señalar que si bien la actuación judicial no se encuentra erradicada en su totalidad de dicho proceso, lo cierto es que su presencia adquiere un carácter meramente accesorio.

Un análisis pormenorizado de la letra de la norma permite vislumbrar como, lejos de colaborar al establecimiento de un sistema jurídico más seguro y ágil, la misma fomenta la violación sistemática de derechos y garantías de índole constitucional. Argumentar, basándose en lo establecido por la Doctrina de los actos propios, que cada individuo interviniente en la relación hipotecaria es responsable de sus propios actos y de los efectos que estos produjeran, por ejemplo al aceptar la conformación de una relación contractual que permita la posibilidad de la ejecución extrajudicial, sería obviar los posibles condicionamientos y violaciones que dicho tipo de ejecución supone para la conservación y protección de derechos esenciales ya previstos en el ordenamiento jurídico del país.

Al producirse el incumplimiento, por parte del deudor, de la obligación contraída, el acreedor está facultado para ejercer su derecho sobre el bien hipotecado. No obstante, se deben de seguir ciertos principios consagrados por la Constitución Nacional del país, para de ese modo respetar la supremacía jurídica asignada a dicha norma. A ningún individuo debe de quitársele la posibilidad de acceder al debido proceso. Así mismo, debe de garantizársele la posibilidad de oponer defensas previamente a la realización del acto de ejecución y no con

posterioridad, conforme lo planteado por la Ley N° 24.441, ya que ello supone un avasallamiento del Derecho a la Defensa, planteado en el artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina y en algunos de los Tratados Internacionales incorporados a la Carta Magna tras la reforma constitucional del año 1994.

El Derecho a la Propiedad, ya fuese individual o colectiva, es otro de los derechos fundamentales reconocidos al Hombre. Proceder a la quita de tal propiedad sin que medie decisión judicial alguna constituye una violación al principio establecido en el artículo 17 del mismo texto constitucional. Por su parte, todo contrato hipotecario supone el establecimiento de una relación contractual, la cual debe respetar los parámetros establecidos en la Ley N° 24.240 – de Defensa del Consumidor.

Insertos en un contexto mundial fuertemente condicionado por los factores de índole económica, se torna imposible negar el rol que adquiere el crédito, en tanto elemento multiplicador de las transacciones y, por ende, facilitador del desarrollo industrial y comercial. Así como también resulta imprudente negar la necesidad de que exista un proceso de ejecución hipotecaria segura, ágil y expeditiva, en beneficio de ambas partes involucradas en la relación contractual. Si bien se hace patente la necesidad de reformar el proceso ejecutivo existente, evitándose la presencia de artilugios que, originados fundamentalmente por la parte deudora, pudiesen entorpecer la gestión y llevar a la dilación de los procesos, es necesario que esta reforma se suscite en un marco de respeto pleno de los derechos y garantías de rango constitucional; derechos y garantías que los postulados de la Ley N° 24.441 violan. De allí la necesidad de que los magistrados decreten, de oficio, la inconstitucionalidad del contenido del Título V de dicha Ley.

BIBLIOGRAFÍA

I) Doctrina

a) Libros

1. Abrevaya, A. D. (1999). *Ejecución Hipotecaria*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
2. Abrevaya, A. D. (2004). *Ejecución Hipotecaria*. Buenos Aires, Argentina: LexisNexis.
3. Alterini, A.A. y López Cabana, R. M. (1984). *La virtualidad de los actos propios en el derecho argentino*. Buenos Aires, Argentina.
4. Borda, G. (1999). *Tratado de Derecho Civil – Parte General*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot. Disponible en: <http://www.cedesyc.com.ar/Material%20de%20estudio%20UNR/Facultad%20de%20derecho/Primer%20a%20F1o/Tratado%20de%20Derecho%20Civil%20-%20Parte%20General%20-%20Tomo%20I%20Borda.pdf>
5. Causse, F.J. y Pettis, C. R. (2007). *Subasta Judicial de Inmuebles*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
6. Castro Hernández, M. H. (1996). *Consideraciones sobre el régimen hipotecario en la ley 24.441*. Buenos Aires, Argentina: E.D.
7. Escobar, E. (1989). *La doctrina de los actos propios: el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica Chilena.
8. Highton, E. (1995). *Juicio Hipotecario - Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
9. Highton, E. (1995). *Juicio Hipotecario - Tomo II*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
10. Iglesias, J. (2010). *Derecho romano: historia e instituciones*. Madrid, España: Sello Editorial.
11. Rondina, H. y Rondina, G. (s.f.). Derechos Reales de Garantía: Hipoteca. En: *Derechos Reales*. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/20948805/HIPOTECA-Derechos-Reales-DE-GARANTIA>

b) Revistas

1. Alberdi Imas, L. (2016). “La hipoteca y sus caracteres en el Código Civil y Comercial de la Nación”. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 13 (46), pp.

- 152-167. Disponible en:
http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/58099/Documento_completo__pdf-PDFA.pdf?sequence=1
2. Causse, F. J. (1998). "Hipoteca y cláusulas (supuesto de locación). *Revista Jurídica La Ley*, (1998 B)
3. Brodsky, J. M. (2012). "La constitución en mora del deudor en el Derecho argentino". *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, 6 (9), pp. 7-29
4. López del Carril, N. J. (s.f.). "Introducción". *Naturaleza jurídica de la hipoteca*, pp. 109-124. Disponible en:
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/15/naturaleza-juridica-de-la-hipoteca.pdf>
5. Morello, A. M. (1995). Aspectos procesales de la ley 24441, de financiamiento y construcción de viviendas. *LexisNexis Jurisprudencia Argentina*. Disponible en:
<http://www.cnmza.org.ar/archivo/documento/Aspectos%20procesales%20de%20la%20ley%2024441.txt>
6. Moreno, L. (2014/Marzo). Régimen especial de ejecución de hipotecas. Ley N° 24.441. *Revista de Derecho Procesal civil y comercial*. Disponible en:
<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=68125&print=1>
7. Nicolau, N. L. (1995). "La tutela del deudor frente a la tutela del crédito". *Cartapacio de Derecho. Revista Electrónica de la Facultad de Derecho - UNICEN, Trabajos del Centro, I*, pp. 11-18. Disponible en:
<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/viewFile/1006/912>

II) Legislación

a) Internacional

1. Declaración Universal de Derechos Humanos
2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
3. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

b) Nacional

1. Código Civil Argentino

2. Código Civil y Comercial de la Nación
3. Constitución Nacional Argentina
4. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
5. Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor
6. Ley N° 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción

III) Jurisprudencia Nacional

1. CCiv. y Com. Mar del Plata - sala II. "Citibank NA v. Pozzi, Adolfo H" (2004).
2. CSJN. "Rodríguez Ramona Esther c/ PEN" (2008)
3. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II. "Banco Hipotecario S.A. C/ Horr Silvina Susana y Otro/a S/ejecución hipotecaria" (2017).

IV) Otros

1. Antenucci, N. (2013). "La ejecución hipotecaria en el marco de la Ley 24.441" en *UCES*, Buenos Aires. Disponible en: <https://www.uces.edu.ar/journalsopenaccess/index.php/ratioiurisB/article/.../57/57>
2. Gatica & Chasseing. (2008). "Recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de pesificación" en *Gatica & Chasseing Newsletter*. Disponible en: <http://gatica-chasseing.com/es/newsletter-online-leyes-jurisprudencia-estudio-juridico-gatica-chasseing-abogados-en-cordoba-argentina?post=9-recientes-pronunciamientos-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion-en-materia-de-pesificacion>
3. Urtubi, V. (2006). "Vigencia de la hipoteca como derecho real de garantía" en *Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ)*. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/victoria-urtubi-vigencia-hipoteca-como-derecho-real-garantia-dasc060103-2006/123456789-0abc-defg3010-60csanirtcod>