

LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN EL MARCO DE LA LEY 24.441

La introducción de institutos ajenos a nuestro sistema jurídico

Por

Nestor Antenucci

Resumen

Algunas de las instituciones o reformas contenidas en la Ley 24.441 han servido en otros países, tales como Estados Unidos, Inglaterra, España o México para impulsar la industria de la construcción, y teniendo como trascendental objetivo movilizar el crédito, nuestro legislador se valió de regulaciones extranjeras pretendiendo lograr que las entidades financieras tengan liquidez.

Pero la Ley 24.441 es improvisadamente inconstitucional, llena de institutos ajenos a nuestro sistema, ideología y bases jurídicas. Además, carece de método. No usa la terminología ni emplea una técnica legislativa adecuada.

Su manifiesta influencia anglosajona se deja ver en las reiteradas remisiones al criterio judicial, dando al Juez una participación legisferante opuesta casi por completo a las funciones de un Juez de un sistema de derecho continental.

Abstract

Some of the institutions or reforms contained in the Act 24,441 have served in other countries, such as America, England, Spain or Mexico to boost the construction industry, and having as objective transcendental mobilize credit, our legislature made use of regulations pretending to get foreign financial institutions with liquidity.

But the impromptu Law 24.441 is unconstitutional, filled with institutes outside our system, ideology and legal bases. Furthermore, no method. No terminology used or employed a legislative technique properly.

His British influence manifests be seen in the repeated references to judicial discretion, giving the judge a legislator participation almost completely opposite to the functions of a judge of a civil law system.

Palabras clave

Ejecución hipotecaria, ley 24.441

Keywords

Foreclosure, law 24.441

1. Breve descripción de la ley 24.441

Es de resaltar que el título impuesto a la ley 24.441, “Financiamiento de la Vivienda y la Construcción”, no se condice con el articulado de la misma por referirse más al “financiamiento” en sí, que a la vivienda.

En tal sentido destaco que la ley se conforma por varios títulos y en el referido al fideicomiso se establece que puede recaer tanto sobre muebles como sobre inmuebles o incluso bienes no comprendidos en la noción de cosas, excediendo ampliamente de esta forma el concepto la vivienda. Sin embargo, cuando la mayor parte de la doctrina platicaba sobre el fideicomiso financiero, sus explicaciones giraban sobre el fideicomiso con destino de construcción de viviendas a través del Banco Hipotecario Nacional, ejemplo valedero sólo para ilustrar el mecanismo futuro de este tipo de fideicomiso, aunque carente de relevancia a otros fines.

En efecto, el Banco Hipotecario Nacional dispone de un régimen legal especial y sólo en lo que no está comprendido por estas normas especiales se aplica (supletoriamente) el derecho civil; así es como tiene un régimen especial para ejecuciones (la ley 24.441 en alguna forma está imbuida de los principios contenidos en la Carta Orgánica del Banco Hipotecario Nacional). También tiene una regulación diferenciada de inembargabilidad de inmuebles que se extiende más allá de la cancelación del gravamen hipotecario, y así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Asimismo, los plazos de vigencia de la hipoteca dispuestos por el Código Civil que son de veinte años, se extienden para el Banco Hipotecario hasta la efectiva cancelación de la deuda, sin importar el tiempo que transcurra. Se lo provee de un dispositivo especial para preanotaciones hipotecarias. Por último, la Carta Orgánica de dicha entidad financiera posibilita que hasta las escrituras públicas sean autorizadas por los funcionarios del Banco.

Sin perjuicio de todo lo dicho, queda en claro que el fin del fideicomiso financiero excede ampliamente el concepto de vivienda. La ley primigeniamente

incursionaba en el “leasing”¹, que también partía más allá de la vivienda ya que puede recaer tanto sobre muebles como sobre inmuebles.

Posteriormente, la norma bajo examen, legisla las “letras hipotecarias”, y por ello pensarán que por fin hemos arribado a la normativa específica, a la vivienda, pero tampoco en este aspecto justifico el nombre atribuido a la ley. Las letras hipotecarias se corresponden con cualquier tipo de hipotecas, sin ser determinante para ello el fin del contrato.

Después de las “letras” encontramos un título con rótulo muy alentador “De los créditos hipotecarios para la vivienda”, y pensamos haber encontrado los aspectos principales de la ley. Este título, identificado como Cuarto y que comprende sólo dos artículos, no cubre las expectativas pues se refiere principalmente a reducciones arancelarias (cuya aplicación en las provincias es de dudosa constitucionalidad) y establece que (ahora sí) en los “créditos hipotecarios para la vivienda el plazo se presume establecido en beneficio del deudor, salvo estipulación en contrario”.

A continuación ingresamos en el régimen especial de ejecución de hipotecas (motivo del presente trabajo), aunque para el mismo no se requiere que tengan por destino el de vivienda, por el contrario, la simple convención de las partes posibilita disponer de estas nuevas herramientas legales (art. 52²). Posteriormente introduce reformas al Código Civil, fondos comunes de inversión, Código Penal, Código Procesal Penal, régimen registral, a ciertas leyes impositivas, al régimen de la construcción en Capital Federal; pero todas estas normas tampoco tienen relación con la vivienda.

El último punto de la ley sí tiene incidencia en la “vivienda”, en tanto para el corretaje inmobiliario referido a viviendas nuevas o usadas se establecen aranceles menores a los vigentes en cualquier plaza del país.

2. Ejecución hipotecaria.

Como lo había adelantado en el punto anterior, al regular el procedimiento de ejecución especial de la hipoteca es en donde el legislador ha cometido sus principales errores en la presente ley 24.441.

¹ Ley 25.248

² Artículo 52 Ley 24.441

Para abordar con cautela el tema, es dudosa la constitucionalidad de preceptos puramente formales o procesales en materia de legislación sustantiva, y tanto más si esos preceptos pretenden arrogarse eficacia en todo el territorio nacional. En efecto, todos hemos estudiado en la facultad, que por aplicación del art. 121 de la Constitución Nacional, es que las provincias conservan todo el poder no delegado expresamente a la Nación y que, en consecuencia, todo lo relativo a la regulación procesal de las acciones es de incumbencia estrictamente provincial. Tal es lo que surge de la lectura del art. 75 inc. 12 de la Carta Magna.

La ley 24.441, no sólo regula procesalmente la ejecución hipotecaria especial, sino que me atrevería a decir que hasta incursiona en cuestiones de mero trámite, asignando plazos y cuestiones menores que sólo podríamos admitir en un código de procedimientos provincial. En esta materia pues, la ley 24.441 no cumple con el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional que sólo atribuye al Congreso de la Nación el dictado de los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social y sin que con ello se “alteren las jurisdicciones locales”.

No desconozco que transito en terreno escabroso al pretender una división tajante entre las normas sustanciales y procesales. Sin embargo, las discusiones sobre el punto generalmente han versado sobre la cuestión probatoria. Es decir que resultaría difícil separar la regulación probatoria que incumbe al ámbito sustancial de aquella que corresponda al procesal. Es respecto de estos asuntos que la Corte Suprema ha resuelto sobre la constitucionalidad de ciertas leyes que siendo sustanciales contienen disposiciones procesales. Las cuestiones de mero trámite, en general, no han estado presentes en estas discusiones.

Lo mismo ocurre respecto de los aranceles profesionales. Normas como la del art. 50 de la ley 24.441 incurren también en la inconstitucionalidad señalada; normas como la de los arts. 50, 60 y 77 de la ley 24.441, conteniendo disposiciones referentes a aranceles, transgreden la Constitución Nacional. A esta afirmación se llega con mayor facilidad que respecto a la inconstitucionalidad de sus normas procesales.

Los valores en juego, tanto en las subastas, transferencias, o en el corretaje inmobiliario, varían de un lugar a otro, tornando ineludible su regulación por leyes locales. No es lo mismo, por ejemplo el uno y medio por ciento del valor del inmueble ubicado en la localidad de “Los Quirquinchos” o “Campo Gallo”, que el mismo porcentaje de un inmueble ubicado en Capital Federal.

Pero no sólo allí se detiene la ley 24.441 respecto a sus pretensiones inconstitucionales. En el art. 75³ agrega el art. 3936 del Código Civil pautas para regular procesalmente la ejecución hipotecaria, lo que obligaría a las provincias a adecuar sus normas formales.

2.1. Etapas de la ejecución hipotecaria.

Como método de exposición del tema, vamos a dividir en cinco etapas la regulación de la ejecución hipotecaria en la ley 24.441: Supuestos de aplicación del procedimiento: Art. 52; Aspectos y diligencias previas a la subasta: Arts. 53, 54, 55, 56, 59 y 64; Subasta extrajudicial: Art. 57, 58, 61 y 62. Aspectos y diligencias posteriores: Art. 63, 65 y 66. Liquidación, rendición y pago: Art. 60, 63 y 67.

Supuestos de aplicación del procedimiento:

La ley establece que se hará aplicable el procedimiento de ejecución especial respecto de aquellas hipotecas en las que se hayan emitido letras hipotecarias, las que, en virtud de lo previsto en su art. 36⁴, sólo serán admisibles en las que se hayan constituido en primer grado. En la última parte del art. 52, sin embargo, se prevé que también pueda convenirse esta vía (la prevista por la ley 24.441) en cualquier otro tipo de título hipotecario. Sea cual fuere el objeto o la finalidad del crédito garantizado con hipoteca, las partes pueden disponer “libremente” la aplicabilidad de las normas de la presente ley referidas a la ejecución extrajudicial de la hipoteca. Aquí, aunque la ley nada diga, no juega la exigencia de ser hipoteca en primer grado.

Especialmente he ironizado al entrecomillar la palabra libremente, porque como fácilmente puede advertirse, en la generalidad de los contratos hipotecarios la parte fuerte es la acreedora. Luego la cláusula de acogimiento a las pautas del procedimiento extrajudicial previsto en la ley 24.441, puede que se haga fórmula en los contratos y será provechosamente usada por prestamistas y acreedores de toda índole con prescindencia de los supuestos fines de la ley bajo estudio (ver sobre este aspecto lo referido a la inconstitucionalidad de la subasta extrajudicial).

2.2. Aspectos y diligencias previas a la subasta:

³ Artículo 75 Ley 24.441

⁴ Artículo 36 Ley 24.441

El camino a la ejecución comienza con la mora del deudor. Cuando el deudor incurre en mora respecto de la amortización del capital o de los intereses, el acreedor deberá intimarlo de manera fehaciente para que en quince días pague lo adeudado, bajo el apercibimiento de ejercer su derecho a la subasta extrajudicial. En la misma intimación se le exigirá al deudor que denuncie a sus acreedores privilegiados, embargos que recaigan sobre la propiedad y a los ocupantes actuales del inmueble. Tal es lo que dispone el art. 53 de la ley 24.441 que impone al deudor conocer cuestiones de privilegios y saber si existen o no embargos que pesen sobre el inmueble hipotecado. ¿Cuántas veces el deudor desconoce los embargos hasta el momento de la notificación de la demanda respectiva? Merced a este dispositivo, el deudor deberá acudir al Registro de la Propiedad Inmueble para efectuar las averiguaciones del caso para cumplir con la intimación prevista en la norma citada.

Vencido el plazo de quince días previsto en el art. 53, el acreedor se presenta ante el Juez, con las letras o los cupones, según los casos, ya que cualquiera de ellos, a tenor del art. 45 de la ley 24.441, confiere esta acción ejecutiva especial. Debe tenerse presente que el art. 45, sólo parece conferir la acción al portador de la letra o de los cupones (es decir presentarse sin el título hipotecario) cuando así se hubiere convenido en el acto de constitución de la hipoteca, con lo que la ejecutabilidad de las letras y sus cupones sólo existiría frente al convenio expreso. Lógicamente, en los casos en que se hubiere convenido este procedimiento de ejecución especial en una hipoteca en la que no se hayan emitido letras, la presentación ante el Juez será sólo mediante el título hipotecario. También deberá el acreedor acompañar un certificado de dominio (art. 54 de la ley 24.441) para verificar, según expresión de la citada norma, su estado de ocupación. Pero, ¿podrá realmente acreditarse la ocupación física mediante un certificado de dominio? Por supuesto que no. El artículo en realidad refiere al supuesto de existir el llamado "tercer poseedor"; aquel que adquiere el inmueble hipotecado con posterioridad a su constitución, previsto en el art. 3162, 3163 y 3164 del Código Civil. O el supuesto en que "ab initio" de la relación hipotecaria, el constituyente de la hipoteca es un tercero y no el deudor de la obligación garantizada, previsto en el art. 3121 del Código Civil. En definitiva, todos los dispositivos previstos en el Código Civil en cuanto a la participación que le cabe al tercer poseedor adquirente del inmueble hipotecado, serán de plena aplicación en estos supuestos de ejecución hipotecaria.

Luego de la presentación ante el Juez a la que nos hemos referido en el precedente párrafo, se correrá traslado por cinco días al deudor o al tercer poseedor, a los fines de que se planteen las excepciones que correspondan y que sólo podrán versar sobre aquellos aspectos previstos en el art. 64 de la ley 24.441. Es decir: que el deudor no está en mora; que no ha sido intimado al pago; que no se ha pactado esta vía especial o que existieren graves vicios en la publicidad.

Además del traslado a los fines de las expresadas excepciones, el Juez ordenará labrar un acta, por escribano público, para verificar el estado físico del inmueble. El escribano deberá constatar el estado de ocupación y, en caso de resultar ocupado, intimará a quienes lo habiten a la desocupación del inmueble en el plazo de diez días, bajo el apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública.

Fácil resulta advertir aquí que se ha sustituido al natural funcionario público para esta función: Oficial de Justicia, por el Escribano Público. Sea por un criterio gremial (de los escribanos), sea por brindar mayor seguridad al proceso en esta etapa, el criterio del legislador es equivocado.

Si el inmueble no es desocupado en el plazo indicado, el escribano procederá al lanzamiento estando autorizado en estos casos a allanar domicilios, violentar cerraduras solicitando el auxilio de la fuerza pública, si fuera menester, entregándose la tenencia al acreedor.

También como aspectos previos a la subasta, el acreedor estará facultado para pedir informes de dominio y gravámenes en el registro respectivo, solicitar la expedición de un segundo testimonio en el archivo correspondiente. El art. 56 habla de solicitar al registro la expedición del segundo testimonio, sin embargo, ello no es lo correcto, el art. debió decir “en el archivo correspondiente” puesto que tanto puede tratarse de un título emanado de actuación notarial como de uno proveniente de actuación judicial.

Asimismo el acreedor podrá solicitar a las reparticiones correspondientes informes sobre deudas por impuestos, contribuciones y tasas y lo que corresponda a expensas en los inmuebles afectados a Propiedad Horizontal. La repartición, o el administrador en su caso, tendrá diez días hábiles para responder a estos requerimientos, caso contrario el inmueble se subastará como si estuviese libre (arts. 55 y 56 de la ley 24.441).

La subasta deberá ser notificada al deudor, al propietario (en los casos de los arts. 3121 y 3162 del Código Civil) y a los demás titulares de derechos reales, según

lo expresa el art. 59 de la ley 24.441. Esta notificación debe efectuarse con siete días hábiles de anticipación, sin contar el de la subasta.

Nada dice el art. 59 de la notificación a los embargantes, como tampoco lo hace el 3196 del Código Civil que prevé la citación de los acreedores hipotecarios. El art. 59, pues, es más amplio al hablar de titulares de derechos reales. Abarca no sólo a los acreedores en hipotecas constituidas con posterioridad a la que motiva la ejecución y aun a las anteriores, en los casos de hipotecas en segundo grado, cuando la vía extrajudicial resulta de convenio en el título no habiéndose emitido las letras (art. 52 de la ley 24.441), sino también a los titulares de servidumbres activas y a los usufructuarios, usuarios y habitantes del inmueble en cuestión.

¿Por qué la ¿A qué fines se efectuará esta notificación a los titulares de derechos reales? El tema no ofrece dificultad respecto del propietario, se cumplirá aquí con los recaudos del art. 3162 al 3166 del Código Civil. Pero, ¿para qué citar a los demás titulares de derechos reales? Si el inmueble se encuentra sujeto a una servidumbre predial pasiva, tal situación acompañará al inmueble aún en los casos de subasta extrajudicial (art. 3006 del C. C.). Lo mismo ocurrirá si existe un usufructo constituido sobre el inmueble cuya nuda propiedad puede ser objeto de hipoteca. Se subastará en este caso, sólo la nuda propiedad sobre el inmueble. En definitiva, creemos que el único supuesto en el que producirá un útil efecto la notificación prevista en el art. 59 respecto a los demás titulares de derechos reales, sería el caso de la constitución posterior de la servidumbre o del usufructo, supuesto contemplado expresamente –en materia de servidumbres prediales- en el art. 2999 del Código Civil cuando autoriza al acreedor a la ejecución de la hipoteca como si estuviese libre.

La ley no prevé la notificación a los embargantes? Sin embargo, me parece importante la diligencia de la notificación previa a los embargantes. Ellos pueden tener especial interés en embargar los fondos excedentes, deducidos que sean los gastos de la ejecución y del crédito principal.

2.3. Subasta extrajudicial:

Verificado el estado del inmueble, según los pasos antes señalados, el acreedor ordenará por sí, sin intervención judicial alguna la subasta extrajudicial. Para ello ha designado al martillero y al escribano actuante. El escribano labrará el acta de remate.

Previamente a la subasta deben publicarse avisos durante tres días en el boletín oficial y en dos diarios de circulación en el lugar de ubicación del inmueble (art. 57, ley 24.441), conteniendo la superficie cubierta, ubicación del inmueble, horario de visitas, estado de la deuda por tasas, impuestos, contribuciones y expensas, día y hora precisos de realización de la subasta. (art. 58, ley 24.441).

La base de la subasta será, dice el art. 58, el monto de la deuda. Sin embargo, a ese monto deberá sumársele también los gastos de la ejecución, según establece el art. 60 al referirse a la liquidación. Dichos gastos no podrán exceder, por todo concepto, del 3% del crédito. En caso de fracaso de la subasta, el art. 61 prevé dos posibilidades más, reduciendo en un 25% el monto en la segunda oportunidad y subastándolo sin base en la tercera. Para este último supuesto el legislador se ha colocado en la hipótesis nada improbable de ser el acreedor el adquirente del inmueble, en cuyo caso establece que deberá compensar el importe de la compra con lo que a él se le adeuda. Por lo que resta de percibir, el acreedor podrá determinarlo por el procedimiento más breve de la jurisdicción local (sumarísimo en el Código Procesal de la Nación), según prevé el art. 67 de la ley 24.441. Si el adquirente en la subasta no abona el precio en el plazo concedido, se prevé una nueva subasta cargando el incumplidor con la responsabilidad frente a la disminución de valor de la propiedad (art. 62).

2.4. Aspectos y diligencias posteriores:

El art. 63 de la ley 24.441, se refiere al perfeccionamiento del título del adquirente por esta subasta. Así, establece que el pago del precio más la entrega de la posesión determinarán el perfeccionamiento del título de adquisición, exigiéndose, para su oponibilidad a terceros, la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble. Dicha inscripción, como veremos, se realizará con la titularidad cartular constituida por la protocolización de las actuaciones.

Aun luego de esta instancia, realizada la subasta, el deudor puede impugnar la misma. En efecto, el art. 65 de la ley en estudio, establece distintas causas de impugnación. Una de ellas es la no concurrencia de los hechos que habilitan la vía. Es decir que no hay emisión de letras ni se ha pactado este procedimiento ejecutivo en el título hipotecario.

Otra causa de impugnación es la liquidación, cuando por determinadas circunstancias el deudor no está de acuerdo con los montos de la liquidación, puede

proceder, conforme a la norma citada, impugnando la subasta. Por último, en términos muy generales el artículo prevé que también pueda impugnarse cuando se ha producido el incumplimiento de los recaudos establecidos por la ley por parte del ejecutante.

En definitiva, cualquiera de las causas que hacían procedentes las excepciones (art. 64) o cualquier otra cuestión posterior, hará procedente la impugnación. Por supuesto que, en algunos de estos casos, si correspondiere, procederá la aplicación del art. 82 de la ley 24.441, que consagra un nuevo tipo penal. En efecto, la citada norma, prevé el agregado al art. 173 del Código Penal, condenando, de un mes a seis años de prisión a quien "...encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial". No creo que hubiera sido necesario consagrar este nuevo tipo penal. La redacción amplia, tanto del art. 172 como del art. 173 del Código Penal permitían ya la inclusión del supuesto aquí contemplado. Estimo que la norma cumple con una finalidad más bien demagógica al contemplar, tan siquiera en un artículo, algo que trabaje en contra de los inversores y a favor de los supuestamente amparados por la presente ley.

Aún luego de efectivizada la subasta extrajudicial puede el deudor obtener el recupero de la cosa. En efecto, el perfeccionamiento del título al que hacía alusión el art. 63 de la ley 24.441, para quedar –por así decir- “firme”, necesita el transcurrir de treinta días corridos desde la ejecución extrajudicial; pues, dentro de ese lapso, puede el deudor recuperar la propiedad del inmueble pagando al adquirente el precio obtenido en la subasta más el tres por ciento previsto en el art. 60 como gastos de ejecución. Es lo que dispone el art. 66 de la ley 24.441 imitando en parte lo ya resuelto por el Código Civil en el art. 2537 cuando prevé la posibilidad de recuperar la cosa por parte de quien la ha perdido, una vez operada la subasta. Sin embargo, es dable advertir una ventaja en el dispositivo del art. 66 de la ley 24.441 respecto a la norma del Código Civil. Mientras ésta no tiene plazo para hacerse efectivo, aquella prevé los treinta días corridos desde la ejecución.

En referencia a los motivos de la norma, la “ratio legis” se haya en la llamada “equidad de rescate” establecida por las Cortes de Equidad en los Estados Unidos de Norte América.

2.5. Liquidación (Rendición y Pago):

Cuando un solo acreedor sea titular de la totalidad del crédito, según prevé el art. 63, el pago se efectivizará a él, siendo depositado el remanente dentro del quinto día de realizado el cobro a la orden del Juez. Pero si hubiere más de un acreedor el pago deberá efectuarse al martillero interviniente, quien, previo descuento de su comisión, depositará también el saldo a la orden del Juez para que se proceda a la distribución entre los acreedores.

Para el supuesto en que el precio obtenido en la subasta no cubriera la totalidad del crédito garantizado con la hipoteca, el art. 67 de la ley 24.441 contiene una cuestionable norma que prevé la posibilidad por parte del deudor de solicitar una reducción equitativa del saldo insatisfecho “cuando el precio obtenido en ella fuera sustancialmente inferior al de plaza”. En efecto, carece por completo de fundamento la posibilidad apuntada. ¿Cuál habría de ser el argumento jurídico para privar al acreedor del cobro íntegro de su crédito? Estimo que la norma resulta incompleta y el supuesto sólo debe admitirse para el caso previsto en el art. 61 in fine; es decir, al caso en que resultare adquirente el acreedor hipotecario. Sólo en estos casos y considerando el enriquecimiento, sin causa, con el que se vería favorecido el acreedor que se hace propietario del bien subastado por un precio inferior y conserva, sin embargo, acción para cobrar el saldo no cubierto con el mismo, podrá aplicarse la norma del art. 67 con justicia. Pero el citado dispositivo no efectúa un distingo alguno y, aunque el error referido compensa, de alguna manera, el preferente trato que esta ley prodiga a los acreedores frente a los deudores, no podemos dejar de mencionarlo a la hora de efectuar un análisis crítico de sus normas.

En cuanto a la entrega de la posesión a la que hemos hecho referencia al hablar del perfeccionamiento del título, el art. 63 prevé que si el acreedor ostenta ya la tenencia del inmueble, él podrá transmitirla directamente al adquirente. Existe en esta norma una aparente contradicción.

En efecto, el acreedor ostenta la tenencia pero transmite la posesión al adquirente en la subasta. Sin embargo, si consideramos a la subasta como una venta forzosa, es admisible el dispositivo aparentemente contradictorio. El acreedor ostenta la tenencia en virtud de la representación legal que la ley asigna a todo tenedor que, como tal representa la posesión del propietario (art. 2352 del Código

Civil) y es en virtud de dicha representación que entrega al adquirente la posesión del bien.

La titularidad cartular del adquirente por subasta extrajudicial se compondrá de la protocolización de las actuaciones de ejecución. El art. 63 de la ley 24.441 dispone que contendrá la intimación al deudor (art. 53); la notificación al deudor, al propietario y a los demás titulares de derechos reales (art. 59); la publicidad efectuada (art. 57 y 58) y el acta notarial de la subasta, labrada por el escribano designado (art. 57). Toda esta documentación se agregará al protocolo, extendiéndose luego el testimonio conforme al art. 1006 del Código Civil y dicho instrumento será el que ingrese al registro para su inscripción.

La presente ley no hace mención alguna a la posesión como contenido de la protocolización. Ello nos parece correcto, estimamos que no deben incluirse en los títulos de derechos reales la acreditación relativa al modo. “Los modos, como regla general, no deben ingresar a un registro de títulos”. Al respecto, la ley 24.441 ni siquiera exige un acta posesoria. La posesión, como hecho, quedará acreditada por sí misma, ante su propia existencia fáctica. Los embargos e inhibiciones, según la última parte del art. 63, deben ser levantados por el Juez interviniente. Es decir, aquel en el cual se inició el proceso. Deberá, pues, oficiarse al Registro de la Propiedad Inmueble solicitando el levantamiento de las citadas medidas.

Nada dice el artículo sobre otras medidas cautelares, que, como bien sabemos, pueden ser tantas y de tan variada especie, como la imaginación de los actores y la variedad de las causas puedan originar. Estimo que el dispositivo deberá aplicarse a toda medida cautelar. El art. 63 exige la citación de los jueces que han trabado las medidas cautelares. Pero un Juez no debe ser citado; el levantamiento se le comunicará o notificará a los fines de que lo haga saber a las partes que hayan solicitado las precautorias.

3. Inconstitucionalidad de subasta extrajudicial:

Como hemos visto, por disposición del art. 57 de la ley 24.441, el acreedor (cumplidos los recaudos previos) ordenará por sí, sin intervención judicial alguna, la subasta del bien hipotecado. Este es, sin vacilar, el aspecto más criticable de la ley en estudio. En efecto, la citada norma choca frontalmente con el principio del art. 17 de la Constitución Nacional. “Ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”. Sin embargo, el supuesto no nos

era desconocido antes de esta ley. Ya para el Banco Hipotecario Nacional el legislador había previsto en el art. 44 de la ley 22.232, ordenada por Decreto 640, un procedimiento similar de ejecución extrajudicial, este procedimiento también se hizo extensivo a algunos supuestos para el Banco de la Nación Argentina. (ley 21.799, art. 29).

Los planteos de inconstitucionalidad de este precepto fueron numerosos, algunos con resolución favorable y otros desfavorables a esta posibilidad de ejecución extrajudicial del B.H.N. La Corte Suprema remarcando el carácter de institución pública de la entidad crediticia, lo que no se da en los casos de la ley en estudio, dictaminó que “la facultad del Banco Hipotecario Nacional para vender por sí y ante sí los bienes hipotecados con sujeción a los preceptos de su ley y reglamento, comporta una seguridad insustituible para los intereses de la Institución que no deben ser perturbados por las complicaciones y dilaciones propias de los procedimientos judiciales, no pudiendo los jueces suspender o trabar el procedimiento del Banco para el ejercicio de sus facultades o para la venta de los inmuebles hipotecados” (Corte Suprema Fallos: 249 – 393).

En verdad, son ya de antigua data las opiniones de los tratadistas que venían bregando por una vía más rápida para la ejecución de las hipotecas. Parte de la doctrina ya había manifestado que la mejor garantía de nuestro derecho civil no tiene una ejecución correlativa. Sería necesario un procedimiento de ejecución hipotecaria especial, más rápido y que posibilite menos “chicanas”, fomentando así el crédito hipotecario, tal lo expresa Ramiro Podetti, en su “Tratado de las Ejecuciones”.

Por mi parte, considero que, si el criterio era evitar la dilación del proceso mediante actitudes maliciosas del deudor, ello podría haberse solucionado acortando los plazos y limitando las excepciones; pero nunca atentando contra el derecho de propiedad de raigambre constitucional.

3.1. El acuerdo previo:

Se podría argumentar, sin embargo, que el deudor aceptó el procedimiento legal de ejecución extrajudicial al momento de contratar la garantía. En este caso él no fue sorprendido por esta circunstancia. Es más, en algunos casos, como el del segundo supuesto del art. 52 de la ley 24.441, ha debido pactar expresamente el procedimiento extrajudicial. ¿No habría allí una fuente contractual que conviene el

proceso? Se trataría, en definitiva, de aducir la existencia de un convenio previo que admite la subasta en esas condiciones.

Sin embargo, son varias las objeciones que podremos efectuar a estas argumentaciones: En primer lugar, el lado fuerte de la relación hipotecaria, será, en la generalidad de los casos, el acreedor, quien terminará por imponer la cláusula de ejecución extrajudicial con prescindencia de la voluntad del deudor que, ante la necesidad concreta, suele dejar para más adelante hallar solución a su futuro problema: La subasta de su propiedad.

Por otra parte, y con un argumento más jurídico, debemos tener presente que en varios dispositivos del Código Civil, Vélez prohíbe expresamente el comiso, o lo que en doctrina se llama el “pacto comisorio”; no entendido como la facultad resolutoria del art. 1203 y 1204 del mismo código, sino como la facultad del acreedor prendario, anticresista o hipotecario de hacerse de la cosa ofrecida en garantía (art. 3222 y 3252 del Código Civil). Sin embargo para la prenda comercial el supuesto de la venta extrajudicial se encuentra permitido por medio de un corredor, en el art. 585 del Código de Comercio. Igual ocurre, por remisión expresa al 585 del Código de Comercio, en el art. 39 de la ley 12.962. Una norma similar al 585 del C.C. existe en el Código de Comercio de Francia, mereciendo la crítica de diversos juristas franceses quienes expresaron que la ley había ido demasiado lejos al procurar las máximas garantías al acreedor.

Para mayor abundamiento recurro a la norma del art. 21 del Código Civil que, 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”, no puede dejarnos dudas sobre la inconstitucionalidad del art. 57 y la subasta extrajudicial. En efecto, el art. 17 de la Constitución Nacional es de orden público y el convenio de las partes no podrá dejarlo sin efecto.

4. Las fuentes de la subasta extrajudicial:

Para estudiar una nueva normativa nada mejor que recurrir a sus fuentes, aquellos antecedentes legislativos o jurisprudenciales, tanto nacionales como extranjeros, que habrían dado nacimiento a la nueva institución. Por nuestra parte estábamos acostumbrados, al referirnos a las fuentes de los institutos de nuestro derecho, a acudir a la legislación y doctrina de Italia, Francia, Alemania, o España. Sin embargo, como lo había adelantado, la influencia anglosajona es tan imperante y

decisiva en cada una de las normas de la ley 24.441 que debemos acudir a la legislación y jurisprudencia estadounidense.

En efecto, creemos que hubiera sido impactante, y un importante recurso didáctico, poder decir que la ley 24.441 no atentaba contra la Constitución, sino que respetaba todos y cada uno de los artículos y enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América. Sin embargo, ni ello es posible. Ocurre que también en los Estados Unidos, en su Constitución, Art. VII⁵, XIV Enmienda⁶, se exige un proceso legal con pronunciamiento judicial para obtener el desprendimiento de las propiedades (Currie, 1993).

⁵ Artículo VII CEEUU. La ratificación por las convenciones de nueve Estados bastará para que esta Constitución entre en vigor por lo que respecta a los Estados que la ratifiquen. Dado en la convención, por consentimiento unánime de los Estados presentes, el día 17 de septiembre del año de Nuestro Señor de mil setecientos ochenta y siete y duodécimo de la Independencia de los Estados Unidos de América.

⁶ Enmienda XIV CEEUU. (julio 9, 1868)

Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.

Los representantes se distribuirán proporcionalmente entre los diversos Estados de acuerdo con su población respectiva, en la que se tomará en cuenta el número total de personas que haya en cada Estado, con excepción de los indios que no paguen contribuciones. Pero cuando a los habitantes varones de un Estado que tengan veintiún años de edad y sean ciudadanos de los Estados Unidos se les niegue o se les coarte en la forma que sea el derecho de votar en cualquier elección en que se trate de escoger a los electores para Presidente y Vicepresidente de los Estados Unidos, a los representantes del Congreso, a los funcionarios ejecutivos y judiciales de un Estado o a los miembros de su legislatura, excepto con motivo de su participación en una rebelión o en algún otro delito, la base de la representación de dicho Estado se reducirá en la misma proporción en que se halle el número de los ciudadanos varones a que se hace referencia, con el número total de ciudadanos varones de veintiún años del repetido Estado.

Las personas que habiendo prestado juramento previamente en calidad de miembros del Congreso, o de funcionarios de los Estados Unidos, o de miembros de cualquier legislatura local, o como funcionarios ejecutivos o judiciales de cualquier Estado, de que sostendrían la Constitución de los Estados Unidos, hubieran participado de una insurrección o rebelión en contra de ella o proporcionando ayuda o protección a sus enemigos no podrán ser senadores o representantes en el Congreso, ni electores del Presidente o Vicepresidente, ni ocupar ningún empleo civil o militar que dependa de los Estados Unidos o de alguno de los Estados. Pero el Congreso puede derogar tal interdicción por el voto de los dos tercios de cada Cámara.

La validez de la deuda pública de los Estados Unidos que este autorizada por la ley, inclusive las deudas contraídas para el pago de pensiones y recompensas por servicios prestados al sofocar insurrecciones o rebeliones, será incuestionable. Pero ni los Estados Unidos ni ningún Estado asumirán ni pagarán deuda u obligación alguna contraída para ayuda de insurrecciones o rebeliones contra los Estados Unidos, como tampoco reclamación alguna con motivo de la pérdida o emancipación de esclavos, pues todas las deudas, obligaciones y reclamaciones de esa especie se considerarán ilegales y nulas.

El Congreso tendrá facultades para hacer cumplir las disposiciones de este Artículo por medio de leyes apropiadas.

Tradicionalmente, en los Estados Unidos, frente al “Common Law” (Tribunal de leyes), aparecían las Cortes de Equidad, cuya función sustancial radica en atemperar el rigorismo lógico de una norma abstracta para adecuarla con más justicia al caso concreto. En la garantía hipotecaria, vencido el día legal, el acreedor se transformaba “ipso facto” en propietario de la cosa; lo que chocaba abiertamente con el más elemental sentido de justicia. Por ello, las Cortes de Equidad hacen nacer la llamada “equidad de rescate” (“equity of redemption”) que nuestra ley 24.441, en conflictiva norma, resucita en su art. 66.

Días, meses y hasta años podía llegar a tener el propietario, en algunos estados, para hacer valer su equidad de rescate. En dieciocho estados, a pesar de la prohibición constitucional, se admitiría la ejecución extrajudicial. Casi todos los estados la prohíben y aún en aquellos en los que se admite, los tribunales están prestos a dejarla sin efecto ante el más mínimo reclamo de su propietario. Ello ha desprestigiado tremendamente el sistema por su precariedad y la inseguridad de los adquirentes.

Una vez más, nuestros legisladores copian del lugar equivocado, en el momento equivocado y lo que ya no sirve.

Ocurre que en los Estados Unidos, tal como acaecía en nuestro antiguo derecho romano, no se advierte con claridad, ni aún hoy, la diferencia entre una garantía real como la hipoteca y el derecho de propiedad que sobre la cosa hipotecada subsiste en cabeza de su titular. Como aclara Highton (1993)

...en el sistema del “Common Law” en un principio se convertía al acreedor en propietario de la cosa y en el sistema romano, desde muy antiguo, se tiene clara la noción del derecho sobre cosas cuando de garantía se trata, habiéndose prohibido los pactos comisorios, renunciaciones de derechos y justicia por mano propia, límites a los que los estadounidenses recién están llegando (p. 216).

5. Lex posterior... ¿derogat priori?:

No resulta valedero aplicar aquí el principio de la ley posterior. La idéntica jerarquía nacional de la ley 340 (Código Civil) frente a la 24.441 aquí estudiada, no debe enmarañarnos. Esta última, como se dijo, en violación del art. 121 de la Constitución Nacional, intuye en el contenido procesal de los derechos, alterando las jurisdicciones locales (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional). Igual ocurre con la cuestión arancelaria.

Más evidente resulta la situación respecto al art. 79 ya que por su propio título se “declara” como una modificación al Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación. Por ende, tanto el art. 54, como el 79, contradiciendo los mecanismos del Código Civil, atentan también contra el art. 31 de la Constitución Nacional que prevé el orden jerárquico de las leyes.

En tales casos el notario no sólo no puede actuar, sino que si lo hace deberá ser pasible de las sanciones legales (civiles, penales y disciplinarias) por su actuación fuera de competencia, e igualmente los actos así otorgados carecerán de eficacia por adolecer de nulidad (art. 980 y 1044 del Código Civil)

6. Modificación al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:

A partir del art. 79 de la ley 24.441 se insertan en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación casi los mismos y criticables dispositivos que hemos desarrollado en los párrafos precedentes, con la salvedad de que aquí, en el Código Procesal de la Nación, se parte ya de una “sentencia de trance y remate”, no produciéndose en consecuencia la evidente violación al art. 17 de la Constitución Nacional que criticara respecto de los supuestos de subasta extrajudicial. Por otra parte, se prohíbe expresamente en el inc. 7 del nuevo art. 598⁷ del C.P. de la Nación, “la compra en comisión” y la “indisponibilidad de los fondos de la subasta”.

Sin embargo, subsiste aquí la inconstitucionalidad de la atribución material de competencia en procedimientos contenciosos a los notarios. Estos dispositivos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación tienen vigencia en Capital Federal, territorios nacionales y en todo el país en cuestiones de competencia federal (art. 116 de la C.N.). Esta última situación producirá los conflictos de competencia notarial, pues mientras la ley nacional (Código Civil art. 980, 997 y ss.) atribuye a los notarios una competencia material determinada, reglamentada de manera aun más acabada por las leyes orgánicas del ejercicio del notariado de cada Provincia (constituyen facultades no delegadas por las Provincias a la Nación), esta ley 24.441 se excede al atribuir la competencia material al notario, según ya lo manifestado. Es más, entre las obligaciones especiales de los notarios, en las leyes orgánicas, se establece la de “prestar el servicio”. El notario pues, dentro de nuestro sistema no puede negarse a desempeñar su función en tanto dicho requerimiento no sea

⁷ Artículo 598 CPCCN.

contrario a las leyes o no se halle impedido por otras obligaciones profesionales de igual urgencia.

Esto motivará controversias al requerirse por los Tribunales la intervención notarial. Tanto más si, como lo he expresado, el notario en mi opinión debe negarse a proceder en estos casos, mereciendo la sanción legal correspondiente si obrare fuera de su competencia.

Para terminar, es de esperar la pronta declaración de inconstitucionalidad de todos los dispositivos que he criticado en el presente análisis. Ellos subvierten el orden jurídico, hieren los intereses de los argentinos y, por su arbitrariedad y lo antojadizo de sus conclusiones, le quitan el carácter de ciencia a nuestra disciplina jurídica.

7. Conclusiones:

Algunas de las instituciones o reformas contenidas en la Ley 24.441 han servido en otros países, tales como Estados Unidos, Inglaterra, España o México para impulsar la industria de la construcción, especialmente cuando la misma se dirige a la vivienda, fin logrado a través de la “movilización del crédito”.

El cuerpo legal en cuestión tiene como trascendental objetivo el de movilizar el crédito, no solamente el crédito hipotecario y así constituirse en una de las principales herramientas legales para formar un mercado de capitales en el país. Pero, ¿cuál es el sentido de formar mercados de capitales?, ¿para qué instituimos mercados de capitales cuando disponemos de entidades financieras? Éstas y muchas otras preguntas me he formulado a lo largo de este trabajo, pero debo admitir que la respuesta tiene un justificativo más que suficiente. Los bancos, las entidades financieras en general, nacen con un capital que es mínimo, es decir, no está destinado para el préstamo sino para reaseguro del mismo banco. Estas entidades trabajan en la intermediación financiera, trabajan con el dinero de los depositantes o ahorristas, y con dichos dineros conceden créditos con diversos fines.

En nuestro país generalmente han existido los créditos para el comercio o para la industria, pero ¿cuál es el porqué de estos destinos? Es que han sido créditos a corto o mediano plazo. Pero si faltaron créditos para la vivienda ya que este tipo de operaciones requiere plazos más largos de reembolso, y los depósitos bancarios en nuestro país se han caracterizado por plazos cortísimos o en las mejores épocas (tal

las viviendas) un poco más extensos, y por ello sólo sirvieron para la actividad comercial o industrial requeridas de menores plazos.

Los créditos para la vivienda necesitan extensos períodos para su devolución, piensen que en países como España o Francia se requieren más de quince años para su amortización. El único país que conocemos caracterizado por los préstamos hipotecarios para vivienda a corto plazo es Inglaterra en el cual los plazos de reintegro oscilan de los seis a los ocho años. Pero inclusive en países como Gran Bretaña se necesitó una regulación jurídica específica para posibilitar el mercado de créditos para todas las actividades.

Estas regulaciones extranjeras, de las que en alguna manera se informó nuestro legislador, pretenden lograr que las entidades financieras tengan liquidez; es decir, el dinero que hoy prestan lo puedan recuperar antes del vencimiento de las obligaciones pactadas. ¿Cómo se logra ello? Confiriéndole al banco instrumentos adecuados: posibilidad de negociar los títulos de crédito en el mercado y rehacer su capacidad de préstamo.

Hasta aquí todo parece sensato.

Pero nos estamos acostumbrando a convivir con la inconstitucionalidad. Numerosas leyes, tanto nacionales como provinciales, así como reglamentos y resoluciones administrativas, transgreden a diario nuestra Carta Magna. La comunidad acepta con llamativo sometimiento este proceder autoritario del Congreso Nacional y de las Legislaturas Provinciales. Tal ocurre en muchas normas de la Ley que he expuesto a lo largo del trabajo.

En esta parte de la llamada Ley de Financiamiento de la Vivienda, es precisamente en la ejecución hipotecaria especial, donde pueden valorarse sus principales falencias. Por ello quizá sea en esta instancia donde corresponda expresar, a manera de conclusión, que la Ley 24.441 es improvisadamente inconstitucional y sus consecuencias frente a la aplicación a los casos concretos serán nefastas a los fines de la Justicia a la que todo buen orden jurídico aspira.

Se fortalece lo expresado a lo largo de la Ley 24.441. Carece de método. No usa la terminología ni emplea una técnica legislativa adecuada. Como ejemplo de esto último puede citarse la remisión, dentro de artículos que fueron agregados al Código de Procedimiento Civil de la Nación, a normas que no han sido incorporadas al mismo, sino que seguirán perteneciendo a la 24.441. Imaginemos el desconcierto de los intérpretes de estos artículos agregados, cuando acudan al art. 64 y 54 del

Código de Procedimiento Civil y Comercial, por la remisión que efectúa el nuevo art. 598 del citado código (modificado por la Ley 24.441). Una vez más será tarea del editor con sus pertinentes y oportunas notas, cubrir las falencias del legislador.

No puedo dejar de mencionar entre los tremendos defectos de la Ley bajo estudio, la introducción de institutos completamente ajenos a nuestro sistema, ideología y bases jurídicas.

La manifiesta influencia anglosajona de la presente Ley se deja ver en las reiteradas remisiones al criterio judicial, dando al Juez una participación legisferante opuesta casi por completo a las funciones de un Juez de un sistema de derecho continental⁸.

Bibliografía

Currie, D. P. (1993). *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, Buenos Aires: Zavalía.

Highton, E. I. Régimen de las Garantías en el Derecho Estadounidense. *Garantías. Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 216.

⁸ Ver Artículo 14 de la Ley 24.441 que expresa "...si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado".