

¿Admite nuestro ordenamiento la “ejecución extrajudicial”?

(A propósito del régimen especial de ejecución de hipotecas, ley 24.441)

Por Hernán H. Pagés

1. Exordio

La geométrica progresión de los conocimientos técnicos ha llevado a la civilización en la que nos hallamos inmersos a lanzarse a una paradójica escalada evolutiva en la que se observa, por un lado, un loable y genuino avance en materia de defensa de los derechos del hombre, los que han adoptado una jerarquía supranacional, apareciendo la humanidad toda como garante de ciertas libertades y principios fundamentales. Pero, por otra parte, también las nuevas perspectivas del adelanto científico han aportado recicladas formas de agresión contra la dignidad del ser humano¹.

En este contradictorio mundo globalizado, el derecho posee la fundamental misión de ir encontrando nuevas herramientas jurídicas que permitan hacer frente a las modernas lides que se suscitan, buscando reciclar el valor justicia con una visión atenta a los signos de los tiempos.

Desde esta perspectiva, debemos fomentar la creación de nuevos institutos que permitan adecuar el servicio de justicia a la realidad de hoy, tremendamente distanciada de los tribunales. Creemos que la ley 24.441 ha intentado, desde muchos aspectos, crear nuevos mecanismos tendientes a respaldar saludablemente el tráfico mercantil y el crédito. No es el objetivo de estas reflexiones analizar en su integridad esta abarcadora norma, ni sus efectos dentro del plano socioeconómico, sino centrarnos en el estudio del capítulo referente al trámite especial de ejecución hipotecaria, fijando ciertos alcances y limitaciones que debemos clarificar a la hora de avanzar sobre el anfractuoso terreno de la “privatización” de ciertas actividades procesales y de lo que se ha dado en llamar la “ejecución extrajudicial”.

2. El régimen especial de ejecución de hipotecas previsto en la ley 24.441

Conviene destacar, a modo de introito, que esta vía de ejecución ha sido legislada en el marco de una ley de las llamadas “ómnibus”² cuyas implicancias han sido

¹ Innumerables serían las muestras que podrían citarse a los fines de ilustrar esta paradoja. Baste señalar, sólo a título de ejemplo, el revuelo internacional recientemente generado al denunciarse la posibilidad de que un cargamento de “niños esclavos” habría zarpado de Cotonou, Benin (ver, diarios La Nación de los días 14 a 22 de abril de 2001). Por un lado, la humanidad entera se vio consternada por este acontecimiento, poniendo en marcha mecanismos tendientes a hacer cesar tal tráfico. Pero por otro, adentrándonos apenas en el análisis del hecho, observamos que el macabro cuadro que nos interpela a todos es hijo de una histórica situación de injusticia internacional a la que el mundo no ha sabido dar respuesta, la que se multiplica día a día como consecuencia del creciente abismo cultural y socioeconómico que aleja cada vez más a los países que dominan el desarrollo científico y técnico de los que carecen absolutamente de él.

² Recuérdese que la ley 24.441 consta de 98 artículos en trece capítulos, uno solo de los cuales se refiere al “régimen especial de ejecución hipotecaria”. Sus diferentes títulos ponen en evidencia el

prolijamente estudiadas –aunque nunca agotadas– por ilustrados juristas de nuestro medio³. Esta norma, cuyas raíces se afirman en las mudables arenas de la política macroeconómica⁴, ha sido sancionada en enero de 1995 a instancias del Poder Ejecutivo. No sin retadores, campeaban desde algún tiempo atrás en la liza oficial, vientos que hacían flamear como estandarte incuestionable que este tipo de normas aportarían una considerable cuota de fortalecimiento de la seguridad jurídica nacional, demanda básica que los capitales extranjeros exigían ver cumplida antes de efectuar sus inversiones en la Argentina.

En dicho contexto, fue sancionado el “régimen especial de ejecución de hipotecas”⁵ (arts. 52 a 67). Entre sus fuentes inspiradoras se destaca la normativa vigente en alrededor de treinta Estados de los Estados Unidos de América⁶, como así tam-

alcance abarcativo de la norma: I. Del fideicomiso, II. Del contrato de “leasing”, III. De las letras hipotecarias, IV. De los créditos hipotecarios para la vivienda, V. Régimen especial de ejecución de hipotecas, VI. Reformas al Código Civil, VII. Modificaciones al régimen de corretaje, VIII. Modificación a la ley de fondos comunes de inversión, IX. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, X. Modificaciones al régimen registral, XI. Modificaciones al Código Penal, XII. Modificaciones a las leyes impositivas, XIII. Desregulación de aspectos vinculados a la construcción en el ámbito de la Capital Federal.

³ Morello, Augusto M., *Aspectos procesales de la ley 24.441, de financiamiento y construcción de viviendas*, JA, 1995-II-765; Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Ejecución hipotecaria. Nuevas garantías en la Argentina actual y crisis de los dogmas*, en “Estudios de derecho privado moderno”, p. 297 y ss.; Highton, Elena I. - Mosset Iturraspe, Jorge - Paolantonio, Martín E. - Rivera, Julio C., *Reformas al derecho privado. Ley 24.441*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995; Acquarone, María, *Trust o fideicomiso de garantía (Aproximación al fideicomiso en la actual ley de financiación de la vivienda)*, LL, 1995-B-997; Guastavino, Elías P., *Fideicomisos, “leasings”, letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24.441*, LL, 1995-B-1061; Gherzi, Carlos A., *La ley 24.441 de financiamiento y construcción de viviendas y la reforma a los Códigos Civil y Comercial (Economía y derecho: los nuevos lineamientos del neoliberalismo)*, LL, 1995-B-1112; Del Pino (h.), Miguel, *El contrato de “leasing” según la ley 24.441*, LL, 1995-C-929; Azpiri, Jorge O. - Requeijo, Oscar, *El fideicomiso y el derecho sucesorio*, LL, 1995-D, 1127; Gregorini Clusellas, Eduardo L., *Fideicomiso, apreciaciones sobre las nuevas normas*, LL, 1995-E-1226; Lisoprawski, Silvio V., *Fideicomiso financiero y fondos fiduciarios de capitalización bancaria. Desarrollo provincial*, LL, 1996-A-1061; Baglietto, Sebastián J., *Aplicación y problemática del contrato de fideicomiso*, LL, 1996-A-1265; Allende, Lisando A. - Hoffmann, Mónica, *El ahora nominado contrato de “leasing”*, LL, 1996-A-1511; Castro Madero, Fermín O., *Contrato de “leasing” (Ahora sí existe una regulación legal)*, LL, 1996-A-920; Villanustre, Cecilia A., *Letras y pagarés hipotecarios (Su tratamiento en la ley 24.441. Financiamiento de la vivienda y la construcción)*, LL, 1996-B-961; Iturbide, Gabriela A., *Regulación del contrato de “leasing” en la ley 24.441*, LL, 1997-B-933; López de Zavalía, Fernando J., *Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecaria, contratos de consumición*, Bs. As., Zavalía, 1996; Amallo, Daniela N., *El fiduciario en la ley 24.441. El fideicomiso, los fondos comunes de inversión y las sociedades de objeto especial como instrumentos de financiamiento*, “Cuadernos de la Universidad Austral”, n° 2, Bs. As., Depalma; Cura Grassi, Domingo, *Retro, plano y perspectiva del fideicomiso con motivo de la ley 24.441*, DJ, 1997-3-155; Giraldi, Pedro M., *Fideicomiso (Ley 24.441)*, Bs. As., Depalma, 1998; Saucedo, Ricardo - Herrero Pons, Jorge, *Ejecución Hipotecaria*; entre muchos otros.

⁴ Tanto de los antecedentes parlamentarios como del texto de la propia ley surge claramente que la norma intenta ser una herramienta tendiente a fomentar el crédito destinado a la financiación de la construcción de viviendas, garantizándolo con mecanismos que procuran hacer hincapié en lo expedito y eficaz del sistema.

⁵ La denominación originaria de este título dada en el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo y luego adoptada por el dictamen de Comisión en mayoría de la Cámara de origen (Diputados) era “Régimen especial de ejecución extrajudicial de hipotecas”. Tal titulación fue modificada a sugerencia del bloque de diputados radicales (ver, Antecedentes Parlamentarios, La Ley, año 1995, n° 4, p. 129, § 157).

⁶ “Salvo ciertas particularidades (el régimen) es el vigente en alrededor de treinta (30) Estados de los Estados Unidos de América –país que en los últimos cincuenta (50) años se halla a la vanguar-

bién “la tendencia universal de desjudicializar aquellas tramitaciones procesales que como las ejecuciones pueden desarrollarse en principio fuera de los tribunales de justicia, posibilitando, mediante su descongestión, que los magistrados se concentren en los verdaderos casos de Administración de justicia”⁷.

Su ámbito de aplicación se circunscribe a la ejecución de las letras hipotecarias o de cualquier otro crédito hipotecario, siempre que se hubiere convenido en el acto de constitución de la garantía el sometimiento al régimen especial previsto por la ley (art. 52).

Entre sus características fundamentales se destaca que el sistema lleva ínsita una renuncia a la jurisdicción, posibilitándose arribar al remate sin sentencia judicial. El contradictorio queda postergado casi en su totalidad a etapas ulteriores, centrándose todo el trámite en la inmediata agresión del patrimonio del deudor a quien sólo le cabe “oponerse”⁸ a su progreso acreditando alguno de los infrecuentes extremos previstos por el art. 64⁹.

El procedimiento se inicia con una etapa preparatoria en la cual el acreedor –luego de transcurridos sesenta días de mora– debe intimar fehacientemente al obligado para que pague lo adeudado en un plazo no menor de quince días, advirtiéndole que, de no mediar pago íntegro de la suma intimada, el inmueble será rematado extrajudicialmente (art. 53)¹⁰.

Vencido el plazo de la intimación e incumplido el pago, el acreedor queda facultado para recurrir al juez a efectos de ejercitar dos actividades orientadas al aseguramiento del bien: a) la verificación del estado físico y de ocupación del inmueble; b) la obtención, si así lo solicita el acreedor, de la tenencia del mismo. Ambas actividades serán llevadas a cabo sin sustanciación a través del notario que proponga el acreedor. Se observa entonces, que ni el magistrado, ni sus funcionarios, ni delegado alguno del tribunal será quien cumpla la medida. Lo hará el escribano propuesto por el acreedor –a quien el juez se limita a designar– expresamente facultado para ello por la ley (art. 54). Si de la diligencia resulta que hay ocupantes, el escribano debe intimar a desocupar el inmueble en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento. De todo lo cumplido se debe labrar acta. Si transcurridos los diez días no han desalojado, con el auxilio de la fuerza pública, el notario procederá al desahucio y a la entrega libre de ocupantes de la tenencia al acreedor (art. 54, párr. 2°). Nótese que es el escribano quien está habilitado por sí a recabar el concurso de la fuerza

dia en materia de financiamiento hipotecario para la vivienda–...”. Ver, Mensaje del Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación del 1/7/94, título IV, párr. 3°.

⁷ Ver, Mensaje del Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación del 1/7/94, título IV, párr. 12.

⁸ Conforme Morello, *Aspectos procesales de la ley 24.441, de financiamiento y construcción de viviendas*, JA, 1995-II-770.

⁹ Art. 64. “El ejecutado no podrá interponer defensas, incidente o recurso alguno tendiente a interrumpir el lanzamiento previsto por el art. 54 ni la subasta, salvo que acreditare verosímilmente 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. En tales casos el juez competente ordenará la suspensión cautelar del lanzamiento o de la subasta...”.

¹⁰ Art. 53. “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, advirtiéndole al deudor que, de no mediar pago íntegro de la suma intimada, el inmueble será rematado por la vía extrajudicial...”.

pública, allanar domicilio, violentar cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que encuentre en el inmueble, a costa del deudor¹¹.

Se observa aquí la relevancia fundamental que la ley le confiere al mecanismo precedentemente reseñado, orientado a una pronta obtención del inmueble libre de ocupantes como paso previo enfocado a una mejor y más rentable subasta.

Una vez cumplido lo expuesto y entrando en la etapa de la ejecución propiamente dicha, el juez –luego de haber examinado el título¹²– da traslado de la pretensión ejecutiva hipotecaria especial por cinco días al deudor a los efectos de que éste pueda ejercer el derecho de oposición previsto por el art. 64. En caso de que el deudor articule alguna de las limitadas defensas enumeradas por la norma, y siendo que la oposición fuera acreditada verosímilmente, el juez dispondrá la suspensión cautelar del lanzamiento o de la subasta (de acuerdo a la etapa alcanzada en el trámite).

Entendemos que si ya se llevó a cabo el lanzamiento, el juez podrá restituir las cosas al *statu quo ante* si, de acuerdo a las circunstancias de la causa, ello resultare apropiado a la luz de las reglas de la sana crítica (art. 386, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación)¹³. Si el acreedor controvierte las afirmaciones del ejecutado, la cuestión se sustanciará por el procedimiento más abreviado que consienta la ley local¹⁴; 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, salvo el caso en que la defensa se fundare en la existencia de vicios graves en la publicidad (art. 64, inc. *d*), hipótesis en la cual el magistrado determinará la difusión que habrá de llevarse a cabo antes de la subasta (art. 64, párr. último).

Una vez cumplida la etapa probatoria, se dictará sentencia poniendo fin al incidente tramitado por vía sumarísima. En ella el juez hará lugar a la oposición o la rechazará ordenando el levantamiento de la suspensión que había dispuesto. Si bien se ha equiparado esta resolución con la sentencia de remate (art. 551, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación), entendemos que tal asimilación violentaría la substancia que dimana de la ley. En efecto, es tal la fuerza que la norma le otorga a este tipo de títulos hipotecarios que ha querido ir más allá de todo lo conocido hasta ahora en nuestro sistema jurídico. Veamos porqué:

Al legislarse el procedimiento a seguir en caso de no haber mediado defensas por parte del ejecutado, el art. 57 establece que, una vez verificado el estado del bien “el acreedor ordenará por sí, sin intervención judicial, la venta en remate público del

¹¹ Cabe puntualizar que la Sala D de la Cámara Civil de la Capital Federal, es decir, la misma que ha dictado el fallo que se anota, se ha expedido por la inconstitucionalidad del desahucio previo contemplado por el art. 598 del Código Procesal, cuyas características son asimilables a las propias del trámite extrajudicial que se reseñan en este análisis (CNCiv, Sala D, 23/12/98, *in re* “Banco Tornquist SA c/Pérez de Guglieri, María del Carmen s/ejecución hipotecaria”, ED, 183-175).

¹² Entiéndase que el análisis del título por parte del órgano jurisdiccional debe llevarse a cabo con carácter previo al dictado de las medidas cautelares del art. 54 y no recién a la hora de disponerse el traslado. Ello así, por cuanto estimamos que hace a la verosimilitud del derecho, como presupuesto de toda cautelar, el que el título sea idóneo.

¹³ Coincidimos con el maestro Morello cuando dice “no habría razón para mantener una situación (la que hizo entrega de la tenencia del inmueble al acreedor) por circunstancias que a la vista de las razones de la oposición (el grado de verosimilitud suficiente) parecen enervadas por el deudor o el ocupante” (Morello, *Aspectos procesales de la ley 24.441, de financiamiento y construcción de viviendas*, JA, 1995-II-776).

¹⁴ Debe entenderse que es el proceso sumarísimo y no el incidental el que debe dar cauce a la contienda por ser aquél más compendiado.

inmueble afectado a la garantía”. De ello se sigue que nos encontramos ante una suerte de “megatítulo” sin precedentes –único en nuestro ordenamiento que sin tratarse de una sentencia judicial posee fuerza ejecutoria– con el que se habilita sin más la mayor sanción legal en la órbita del derecho civil, cual es la realización forzada de bienes.

La intención del legislador ha sido la de crear un trámite extrajudicial en el que el juez, cual convidado de piedra en una escena que le resulta extraña, se ve determinado a avalar la designación del escribano efectuada por el acreedor para pasar luego a ser un referente prácticamente ausente al que se le da noticia de las actuaciones cumplidas por el notario.

Paralelamente, y como modo de introducir un limitadísimo derecho de defensa, se admite la posibilidad de que cautelarmente el juez disponga la suspensión del trámite extrajudicial que corre por sus propios carriles, ajeno a la actividad del magistrado. Es entonces cuando cobra cierto protagonismo el tribunal que deberá resolver, previa sustanciación, la estimación o el rechazo de la defensa que dio pábulo a la suspensión dispuesta. En el primer caso, dejará sin efecto lo actuado por el acreedor disponiendo el archivo de las actuaciones (salvo el caso del inc. d del art. 64) y en el segundo, como dijimos, ordenará el levantamiento de la suspensión. En ningún momento la ley hace referencia a que, en esta hipótesis, el juez deba mandar llevar adelante la ejecución por lo que consideramos que la sentencia de trance y remate, propia de toda ejecución hipotecaria¹⁵, ha querido ser erradicada de este tipo de procesos¹⁶.

3. Un caso concluyente

Merece analizarse, a la hora de escudriñar una acertada interpretación de la ley en cuestión, un reciente fallo de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de fecha 5 de octubre de 2000¹⁷. En esta ocasión, intervino la alzada en virtud de la apelación interpuesta contra la resolución de primera instancia que rechazaba una medida de no innovar impetrada por el ejecutado, tendiente a detener la subasta en un proceso seguido según el régimen especial de ejecución extrajudicial de hipotecas previsto por la ley 24.441. De la lectura del decisorio surge que el total del capital reclamado por el acreedor había sido depositado en el expediente por el recurrente, quien había solicitado que se practicara liquidación fijándose la tasa de interés a fin de poder saldar la deuda, intentando evitar de ese modo el remate del inmueble. Podríamos sintetizar el marco fáctico del conflicto diciendo que se daba en la causa una incomprensible situación: pese a que el deudor había integrado el total del capital comprometido, no encontraba modo de detener el remate de su propiedad. Tal encrucijada no debemos interpretarla necesariamente como obra de una acerba actitud del acreedor sino que deriva de la estricta aplicación de la ley 24.441.

¹⁵ Aún luego de la reforma introducida por la misma ley 24.441 al Código Procesal, el nuevo proceso de ejecución hipotecaria normal (no especial o extrajudicial) continúa previendo la sentencia de trance y remate como título ejecutorio que habilita la venta forzada del bien gravado (arts. 597 y 598, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación).

¹⁶ Ver al respecto la opinión de Morello, en el sentido de que la resolución que se dicte en los términos de art. 64 “mandará seguir la ejecución especial hipotecaria, o hará lugar a la oposición”.

¹⁷ CNCiv, Sala D, 5/10/00, *in re* “Saragusti, Diana I. c/Bonifacio, Ricardo M. s/ejecución hipotecaria”, LL, 2001-B-703.

Frente a la obligatoria doctrina que objeta la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de las normas¹⁸, no podía el tribunal interviniente expedirse respecto de tan delicado asunto¹⁹, ya que la cuestión federal no había sido introducida. Sin embargo, marginando una exégesis literal de la ley cuestionada, los sentenciantes armonizaron su texto con principios de mayor jerarquía en una hermenéutica integradora de la normativa aplicable al caso.

Justipreció el Tribunal que la subasta judicial que establece la ley 24.441 requiere como acto esencial previo el dictado de la sentencia de remate. Se arribó a tal conclusión a través del siguiente razonamiento: el régimen “extrajudicial” de ejecución hipotecaria, en los casos en los que el deudor plantea defensas en los términos del art. 64, prevé la necesidad de que el juez elucide la procedencia de tales excepciones acogiendo o rechazando. En este último supuesto, la desestimación conllevaría el dictado de una resolución que mande llevar adelante la ejecución especial, lo que constituye una sentencia de trance y remate. La presencia de esta sentencia, como título ejecutorio que habilita la venta compulsiva del bien, debe hacerse extensiva a los casos en los que no existe planteo defensivo por parte del ejecutado ya que un criterio contrario chocaría de bruces con principios muy arraigados en nuestro ordenamiento.

En tal sentido, ha establecido la Cámara que, tal como se encuentra estructurado nuestro ordenamiento, la subasta es un acto de ejecución forzada, aún en los casos de tramitación extrajudicial, la que “sólo puede emanar de quien detenta [sic] el monopolio de la fuerza al servicio del derecho. Lo contrario, supondría transferir esa potestad, por excelencia estatal, a un tercero (el acreedor hipotecario) en desmedro del sistema institucional que únicamente le otorga a los jueces la actividad jurisdiccional descripta”.

4. Acerca de la “privatización” de la jurisdicción

Cabría razonar entonces que, en esencia, la doctrina sentada ataca directamente la aspiración de “convencionalizar” la jurisdicción civil ensayada por la ley. Sobre el particular podría sostenerse que la ejecución especial tiene por origen el contrato, es decir, la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento extrajudicial. Sus promotores refuerzan la importancia de la autonomía de la voluntad como elemento determinante de la viabilidad de tan expedito procedimiento de autocomposición de los derechos.

Maguer lo poco convincente de tal explicación (de más está decir que en la mayoría de los casos el deudor, a la hora de pactar, no se encuentra en condiciones de “negociar” hallándose frente a una suerte de “contrato de adhesión”), lo cierto es que –pese a la habilitación legislativa– los particulares carecen de capacidad para dispo-

¹⁸ Pese a que la postura mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido reiteradamente que no corresponde la declaración de la inconstitucionalidad de las normas sin petición de parte, merece destacarse la criteriosa opinión adversa sostenida reiteradamente por los ministros Fayt y Belluscio en sus disidencias (CSJN, 24/4/84, LL, 1984-B-426; JA, 1984-II-342, y ED, 108-477; CSJN, 13/9/88, “Cóppola, Rubén O. y otros”, LL, 1988-E-528; CSJN, 28/4/98, “Ricci, Oscar F. A. c/Autolatina Argentina SA y otro”, LL, 1998-E-233, entre otros).

¹⁹ “...más allá de los móviles que dictaron la sanción de la ley 24.441 –que no mereció en autos reparos acerca de su constitucionalidad–...”.

ner de las normas imperativas del derecho público que hacen al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, de carácter inderogable²⁰. Por otra parte, la aspiración legal colisionaría con los principios que confieren al Estado el monopolio de la fuerza, admitiéndose una suerte de involución que nos retrogradaría a las remotas épocas de la ejecución privada germánica, superadas ya lejanamente luego del edicto de Teodorico²¹.

En ese orden de ideas, valioso es el aporte que con contundente solvencia efectuó el Tribunal Superior español en su pronunciamiento del 4/5/98²² en el que derogó por inconstitucional el art. 129 de la ley hipotecaria de ese país referente al procedimiento extrajudicial de ejecución, de características similares al nuestro²³. Sostuvo el máximo órgano del foro peninsular que “el Poder Judicial se traduce como función estatal en la jurisdicción o actividad que despliega el Estado para hacer valer la eficacia del ordenamiento jurídico en los casos concretos controvertidos mediante la aplicación judicial del derecho” y que “la función de ejecución y, por tanto, la atribución del conocimiento del proceso de ejecución son cometidos propios de los jueces y tribunales integrantes del ‘Poder Judicial’, directriz que, además, se asienta, como explica la doctrina científica en una arraigada línea histórica española que, a diferencia de otros ordenamientos extranjeros, no contempla la existencia de órganos de la ejecución autónomos, diferentes del juez”. Concluye, entre otros conceptos, sosteniendo que “la función notarial (tan valiosa, por otra parte) no puede sustituir a la estrictamente jurisdiccional, como es la actividad de ejecución”.

5. La interpretación propuesta

Por lo anteriormente reseñado, entendemos que la correcta interpretación de la ley 24.441, si pretendemos que continúe vigente en nuestro medio, lleva a exigir la presencia indefectible de sentencia judicial que mande llevar adelante la ejecución, como paso previo al trámite de subasta, el que nada obsta que sea guiado por cauces extrajudiciales. Esta limitación resulta una lúcida moderación del ávido texto legal a la luz de principios ineluctables que hacen a la esencia del sistema.

Como ya hemos reseñado en el capítulo específico, la locución “sin intervención judicial” inserta en el art. 57, sumada al carácter que la ley le ha conferido a la actividad defensiva del ejecutado (art. 64) y a la ausencia de necesidad de una sentencia que mande llevar adelante la ejecución (conceptos analizados con mayor detenimiento *supra*), nos llevan a afirmar que la letra de la ley, tal como se encuentra redactada, ha aspirado a demasiado, queriendo avasallar conceptos que se requiere sean resta-

²⁰ “Tratándose de un poder-deber que emana de la soberanía, los particulares carecen de potestad de disponer de ella (de la jurisdicción)”, Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal*, T. II-A, Bs. As., Abeledo Perrot, 1972, p. 25.

²¹ No parece casual que hasta en el más antiguo derecho romano –origen de nuestro pensamiento jurídico– se requería del pronunciamiento previo de sentencia para ejercer la *manus iniectio iudicati*, mediante la cual el acreedor tomaba la posesión de la persona del deudor. Entre tanto, el primitivo derecho germánico –raíz del sistema anglosajón, fuente de la ley en estudio– admitía la ejecución en forma absolutamente privada. El edicto de Teodorico y la legislación carolingia imponen que las medidas correspondientes sean peticionadas al juez.

²² “Actualidad Jurídica Aranzadi”, año VIII, n° 342, Madrid, 1998.

²³ España se encuentra entre los países citados en el Mensaje del Poder Ejecutivo como ejemplo de moderna legislación en materia de ejecución hipotecaria extrajudicial (Antecedentes Parlamentarios, La Ley, año 1995, n° 4, p. 71).

blecidos en su lugar. La solución “conciliadora” propuesta, consideramos que es la única que logra orientar la norma hacia una desenlace compatible con el ordenamiento.

Sucede que, en definitiva, más allá del significado que quisieron darle sus impulsores, las leyes suelen ser como la poesía: una vez que el autor cinceló su obra, se proyectarán desde ella tantos sueños como lectores se detengan a gozarla; muchos, de una onírica muy diferente a la que inspiró al poeta.

6. Acerca de la constitucionalidad del régimen especial de ejecución hipotecaria

Siguiendo la veta argumental que venimos exponiendo, consideramos provechoso aportar alguna arista que alimente el debate acerca de la constitucionalidad del régimen de ejecución hipotecaria especial.

En ese sentido, merece rescatarse el razonamiento puesto de relieve en el debate parlamentario en el que se sancionó la ley²⁴. Allí se sostuvo que, tal como ya mencionáramos, la norma se inspiró en el modelo vigente en los Estados Unidos cuya Constitución posee una sustancial diferencia respecto de la argentina en lo referente a la garantía del derecho de propiedad. Se establece en la enmienda quinta que “a nadie se le privará de la propiedad sin el debido proceso legal”, debiéndose entender por tal un concepto mucho más amplio que el admitido por el art. 17 de la Constitución nacional al decir que “la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”.

La ejecución extrajudicial llevada a cabo en virtud de la fuerza dada a la voluntad de las partes contratantes se encuentra abarcada por el concepto de “debido proceso legal” del derecho norteamericano²⁵. En cambio, no encontramos que la apreciación pueda hallar su correlato en nuestro ordenamiento. La “sentencia fundada en ley” pétreamente enclavada en nuestra norma fundamental pareciera alzarse como una indisimulable voz de alto que llama a poner frenos a la aplicación del art. 57 de la ley 24.441, tal como se encuentra redactado. No obstante, de generalizarse la interpretación que proponemos, la cuestión federal quedaría superada.

7. Conclusiones

De lo expuesto precedentemente, podemos deducir las siguientes conclusiones, las dos primeras *de lege lata* y la tercera, *de lege ferenda*:

a) El proceso especial de ejecución hipotecaria previsto por la ley 24.441 no constituye un trámite netamente extrajudicial, debiendo interpretarse en el sentido de que no puede existir ejecución sin sentencia de trance y remate, la que en una hermenéutica integradora de nuestra legislación se encuentra como presupuesto implícito en la ley. En otras palabras, la ejecución no es extrajudicial por cuanto el título eje-

²⁴ Ver, Antecedentes Parlamentarios, La Ley, año 1995, n° 4, p. 117 y 118, exposición del diputado Leconte.

²⁵ Valga el ejemplo referido a un contrato de “alquiler de útero” citado en Antecedentes Parlamentarios, La Ley, año 1995, n° 4, p. 117, n° 88, en el que se pone en evidencia la peculiar idiosincrasia del pueblo norteamericano –muy distinta de la nuestra– al momento de evaluar el alcance de la libertad contractual.

cutorio lo constituye una sentencia judicial, imperiosa como paso previo para arribar a la subasta.

b) Sí admitimos la saludable existencia de un procedimiento expeditivo y ágil de subasta extrajudicial, el que se desarrolla y se lleva a término en virtud del título ejecutorio que lo habilita: la sentencia judicial.

c) El régimen especial previsto en la ley 24.441 se pensó y se sancionó con la firme y clara intención de dejar de lado la sentencia judicial como presupuesto de la ejecución hipotecaria. No obstante, tal propósito no puede lograrse sin avasallar principios de raigambre constitucional que hacen al ejercicio de la función jurisdiccional y a la garantía consagrada por el art. 17 de la carta magna. Es por ello que, si bien la ejecución hipotecaria extrajudicial se encuentra en plena vigencia, su aplicación tal y como surge de la normativa la torna un instituto claudicante que traiciona uno de los prístinos objetivos blandidos por sus mentores, cual era el de otorgar seguridad jurídica al sistema de ejecución de hipotecas. Ello debe operar como voz de alerta al legislador para que al crear o modificar leyes tenga en cuenta que la presencia de título ejecutorio emanado del órgano jurisdiccional es un elemento esencial e ineludible en toda ejecución forzada.

© Editorial Astrea, 2003. Todos los derechos reservados.

