



1-59024-2014 -

"LOSPICE ROBERTO MARIO C/ JUAIEK JORGE LUIS Y OT.
S/EJECUCION DE SENTENCIA-CUADERNILLO DE APELACIÓN"
JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nº1 - OLAVARRIA

Nº Reg.

Nº Folio

En la Ciudad de Azul, a los 4 días del mes de Septiembre de 2014 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Lucrecia Inés Comparato, Ricardo César Bagú y Esteban Louge Emiliozzi, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"LOSPICE ROBERTO MARIO C/ JUAIEK JORGE LUIS Y OT. S/EJECUCION DE SENTENCIA-CUADERNILLO DE APELACIÓN "**, (Causa Nº 1-59024-2014), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores COMPARATO - LOUGE EMILIOZZI - BAGU .-**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES-

1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 91/92vta.?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-VOTACION-

A LA PRIMERA CUESTION: la Señora Juez Doctora **COMPARATO** dijo:

I.a) Que, a fs. 8 se presenta el actor Sr. Roberto Mario Lospice a

efectos de iniciar el trámite de subasta del inmueble sito en calle Las Heras 2946 de la ciudad de Olavarría, Matrícula 42767 que constituye garantía hipotecaria, peticionando se libre mandamiento de constatación de dicho bien.

Que, a fs. 9 la Sra. Juez de la instancia de origen ordenó librar mandamiento de constatación del estado de ocupación del bien embargado, destacando que en tal diligencia debería indicarse si la finca está habitada por el propietario ejecutado, por terceros poseedores con ánimo de dueño, por terceros tenedores puestos por el propietario ejecutado o por otros terceros cuyo título o la ocupación se les requeriría que aclararen.

En el acta de mandamiento de constatación N° 356 y que obra a fs. 12 de estos actuados el oficial notificador es atendido por la Sra. Josefina Benitez que manifiesta residir en el inmueble (vivienda familiar) junto a sus dos hijos menores Juana y Pedro Juaiek y a su hermano Mauricio Benitez, en calidad de co propietaria, correspondiendo la parte restante al Sr. Jorge Luis Juaiek.

b) A fs. 23/23vta. se presenta la Sra. Benitez invocando la aplicación de la ley 14432 y solicita la suspensión y/ o paralización del proceso y/o declaración de inejecutabilidad del inmueble a subastarse.-

Para ello, destaca que la vivienda objeto de la presente ejecución identificada catastralmente como: Circ. I, sección D, manzana 95 c, parcela 2 B, matrícula 42767 constituye vivienda única y de ocupación permanente para ella y su grupo familiar. Agrega que además de habitar sus dos hijos menores habita con ella su hermano de 49 años que sufre Síndrome de Down que si bien está a cargo de sus padres, dada la edad avanzada de ellos y serios problemas de salud, durante periodos alternados vive con ella que además reviste la calidad de curadora suplente.

Finalmente refiere que si bien en el registro de la Propiedad Inmueble figuraba como de su titularidad otro bien inmueble, lo cierto es que el mismo fue adquirido en el año 1996 pero fue transferido inmediatamente a favor de la Sra. Nora Leonor Pullol, resultando la persona que tomó

posesión, la ocupó y comenzó a pagar las cuotas –que venían a su nombre– ante el Banco Hipotecario Nacional. Que, nunca recibió suma alguna por dicha transferencia. Que, luego de unos años la vivienda fue vendida por la Sra. Pullol a la Sra. Romina Gonzalez, operación que se llevó a cabo en marzo de 2008.

Indica que durante años solicitó a la compradora Pullol y luego a su sucesora Gonzalez que gestionaran la realización de las escrituras de transferencia dominial sin resultado efectivo, logrando su objetivo en tiempo antes de iniciada la presente acción.

Ofrece prueba.-

A fs. 29/30vta. se presenta el demandado Sr. Jorge Luis Juaiak invocando la aplicación de la ley 14432 y solicitando la suspensión del proceso y/o declaración judicial de inejecutabilidad del inmueble a subastarse.-

Considera que la misma cuenta con todos los requisitos legales que habilitan su protección: 1) Vivienda única y de ocupación permanente de su grupo familiar directo, 2) único inmueble de su titularidad, 3) inmueble que guarda relativa y razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar en los términos del art. 3 de la ley 14432, 4) el inmueble poseía un valor fiscal inferior al fijado por la reglamentación de la ley a la fecha de formalización del contrato de mutuo con garantía hipotecaria.

Ofrece prueba.

A fs. 42 el actor solicita se amplíe la medida para mejor proveer, librándose oficio al Registro de la propiedad Inmueble de la Pcia. de Bs. As. a efectos que informe el estado de dominio del inmueble en cuestión desde la fecha de la hipoteca (15/11/2007) hasta la fecha.

c) A fs. 91/92vta. la señora Juez a-quo resolvió declarar la inconstitucionalidad de la ley 14432 y en consecuencia rechazar el incidente de inembargabilidad e inejecutabilidad promovido por los accionados, con costas. Asimismo no hizo lugar al planteo de la parte actora en los términos de lo normado por los arts. 36 inc. 6 y 45 del CPCC, difiriendo la regulación

de los honorarios para la oportunidad prevista por el art. 51 de la ley 8904.-

Esta resolución fue apelada a fs. 94 por la Sra. Josefina Benitez, a fs. 97 por el Sr. Juaiek, siendo ambos recursos concedidos a fs. 95 y 99 respectivamente.

La Sra. Benitez fundó su recurso a fs. 100/109vta. recibiendo responde de la contraparte a fs. 111/118; haciendo lo propio el Sr. Juaiek a fs. 119/123 con contestación del actor a fs. 125/125vta.

Cuestiona la Sra. Benitez respecto de la decisión de la Sra. Juez de declarar de oficio la inconstitucionalidad de la ley por no surgir petición de la contraria al respecto, siendo que según constancia de autos previo a todo pronunciamiento se solicitó como medida y previo a todo trámite y a los fines de meritar el pedido de suspensión del trámite librar oficio al Registro de la Propiedad a efectos de que informe sobre el bien en cuestión para luego desechar y echar por tierra toda posibilidad de análisis de la cuestión planteada y declarar oficiosamente la inconstitucionalidad de la ley que en principio consideró aplicar.

Destaca que resulta de vital importancia la necesidad de la vivienda a fin de garantizar a sus hijos menores y a su hermano con capacidades diferentes, de quien es curadora, una morada que les permita mínimamente llevar una vida digna y acorde a las necesidades especiales de los mismos.

Señala que, claramente se desprende de la reglamentación de la ley invocada por la ejecutada, no solo la vigencia de la misma sino la validez de su aplicación respecto de casos concretos que merezcan el análisis del juzgador. Que, la sentenciante se basa en el fallo del 24/09/2013 de la Sala II de la Cámara de apelaciones de Mar del Plata "Rabaza...", donde se analiza una cuestión entre locador y locatario/garante, muy distinto al de marras.-

Considera que la declaración de inconstitucionalidad, es disidente con los fundamentos esbozados conforme ley y decreto de la provincia que se encuentran amparados por el art. 14 bis, 75 inc. 22 de la C.N., tratados

Internacionales y el decreto ley N° 6687/62.-

Solicita se revoque la resolución en crisis a fin de declarar la inejecutabilidad del inmueble habitado por la Sra. Benitez junto a sus dos hijos menores y su hermano con capacidad diferente.

Finalmente se agravia de la imposición de costas, considerando que dado el modo en que se resolvió la cuestión, las mismas deben ser impuestas en el orden causado por resultar una cuestión novedosa.-

En tanto, en la fundamentación de su recurso el Sr. Jauiet, por razones similares a las vertidas por la otra recurrente solicita se revoque la sentencia en crisis con costas.-

II) Que a fin de abordar las cuestiones traídas a resolver, he de decir en primer lugar que anticipo al acuerdo que he de propiciar la confirmación de la decisión arribada en primera instancia, aunque por argumentos distintos, ya que entiendo que existe una cuestión fáctico-jurídica -sobre la que seguidamente me explayaré- que sella la suerte adversa de la apelación interpuesta por los demandados y que desplaza la fundamentación de la instancia de origen.-

En relación a este tema ya se ha referido mi estimado colega Dr. Esteban Louge Emiliozzi en causa n° 58316 "Mespolet..." del 10 de diciembre de 2013, allí dijo: *"Sobre el particular, la doctrina y la jurisprudencia tienen dicho que "...el tribunal (en referencia a la Alzada) no está cercado en su razonamiento por la argumentación del recurrente; debe ceñirse a los puntos objetados, oportunamente planteados, pero girando alrededor de ellos tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia tenía el juez de primer grado"* (Azpelicueta, Juan José y Tessone, Alberto *"La Alzada. Poderes y Deberes"*, pág. 189, y jurisprudencia allí citada; esta Cámara, Sala II, causas n° 49.720 y 51.123, *"Sabella"*, del 06.06.06. y 28.06.07., respectivamente; esta Sala, causas n° 53.113, *"Marrese"*, del 05.08.09.; n° 54.756, *"Municipalidad de Rauch"*, del 05.05.11.; n° 56.038, *"Maistruarena"* del 06.03.12.; n° 56575, *"Ebarlin"*, del 30.08.12., entre otras). Prosiguen diciendo estos autores que *"...no es necesario que*

coincida el razonamiento de la Alzada con el volcado por la parte en el recurso. Eso sí, se insiste, para no trasponer la valla infranqueable que supone el ejercicio de la congruencia, las nuevas razones que oficiosamente aporte el tribunal no deben desembocar en una transformación o modificación de los elementos de la pretensión u oposición”.

En la misma orientación, ha dicho nuestro Superior Tribunal que “El hecho de que la Cámara desestime el recurso interpuesto (...) utilizando argumentos diversos a los señalados por el juez de primera instancia, no implicó vulneración de la regla estatuida en el art. 272 del Código Procesal Civil y Comercial. En efecto, rechazar la apelación (...) por fundamentos distintos a los tenidos en cuenta por el peticionante (luego apelante) (...) y por el magistrado de origen al resolver dicho escrito, importó por parte de la alzada anticipar la recomposición positiva de la litis, tarea que debe emprender al tratar los recursos que se someten a su conocimiento. Es decir, que lo que el a quo hizo fue saltar el paso del iudicium rescindens. Si bien es de buena técnica revisar la corrección de lo decidido por el judicante de primera instancia, para recién después fallar positivamente y sin reenvío sobre la procedencia del planteo articulado, lo cierto es que resolver apartándose de tal pauta de estilo no ha importado en este caso vulneración del postulado de congruencia. Como es sabido, tal último principio tiene raigambre constitucional en tanto se encuentra íntimamente vinculado con la garantía de defensa en juicio (doct. arts. 163 inc. 6 y 272, C.P.C.C.; 18, Const. nac.; 8, Conv. Americana de Derechos Humanos). En este orden de ideas, no advierto que, al resolver del modo en que lo hizo, el a quo haya violentado dicha premisa fundamental del proceso. No debe confundirse esta situación con la que se presentaría si el tribunal de alzada revoca lo decidido en la instancia anterior apartándose de los agravios deducidos ante sus estrados, caso en el cual se estaría infringiendo la regla que limita la competencia del sentenciante a los capítulos planteados en el recurso y que hubieran sido llevados oportunamente ante el juez de origen (art. 272, C.P.C.C.). En el sub discussio, la modalidad sentencial del a quo (...) partió

de considerar que, más allá de la fundamentación utilizada por el juez de origen y del acierto que pueda tener la crítica del apelante, el embate no podía prosperar toda vez que lo pretendido por el peticionante ante la instancia de origen debía de todos modos ser desestimado.” (C. 88.683, “Monterisi”, del 12.12.2007, primer voto del Dr. Hitters).

Siguiendo asimismo lo dicho por mi estimado colega en la causa citada, es lo cierto que *“Desde luego que no paso por alto que, como se desprende de la propia transcripción que antecede, es de mejor técnica revisar previamente la corrección de lo decidido. Sin embargo, entiendo que dadas las especiales circunstancias de esta causa ello importaría un dispendio jurisdiccional innecesario que haría aún más extenso este voto, siendo que –conforme lo anticipé- advierto que existe un primer elemento que desplaza claramente los razonamientos de primera instancia, sobre los que naturalmente se estructuran los agravios.”*

A ello se suma que, conforme ya lo señalara la Sra. Juez de grado declaró la inconstitucionalidad de la ley 14.432. Ahora, bien es lo cierto que declarar la inconstitucionalidad de una ley es la última ratio, oportunamente en causa n° 57.380 del 26/02/2013, dije: “Tal como lo resolviera esta Sala en su anterior composición “La declaración de insconstitucionalidad de una norma de jerarquía legal constituye la mas delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de gravedad institucional que debe considerarse como ultima ratio de orden jurídico (SCBA L. 38835 del 10-05-88, "Lataron Daniel Emilio c/ Banco Español del Rio de la Plata s/ Indemnizaciones", pub. DJBA tomo 134, p. 367; L. 45582 del 02-04-91, "Facin, Jorge Luis c/ John Wyeth Laboratorios s/ Indemnización" pub. DJBA tomo 142, p. 113)".- Asimismo he de agregar que uno de los requisitos establecidos por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia es que no exista ningún otro medio para la solución adecuada del conflicto (CSJN fallo 324:3219 "Mill de Pereyra Rita Aurora y ot. c/ Provincia de Corrientes" , public. en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 30/11/2001).-

Como lo adelantara en el sub-lite se presenta una situación fáctico jurídica que ha de analizarse previamente a la constitucionalidad y esto es si resulta la ley 14.423 aplicable al presente caso.- Veamos, el presente incidente de ejecución de sentencia se inició con fecha 23/04/2013, el mismo resulta consecuencia de la causa principal caratulada "Lospice Roberto Mario c/ Juaiek Jorge Luis s/ Ejecución Hipotecaria" iniciada con fecha 7/04/2010, resultando el título que se ejecuta una hipoteca celebrada con fecha 15/11/2006, habiéndose dictado sentencia de trance y remate con fecha 7/2/2012, y luego de distintas contingencias procesales, se inicia el presente incidente de ejecución.- La ley invocada por los demandados fue dictada el día 29 de noviembre de 2012, promulgada el 28/12/2012 por Decreto 1622/12 y publicada el 8/1/2013 (BOPBA 26.984- Suplemento) -

Conforme surge de las fechas antes expuestas, podemos decir que, la escritura hipotecaria, por medio de la cual los demandados voluntariamente ofrecieron como garantía real el bien que por el presente se ejecuta resulta a todas luces anterior a la ley 14.432, lo mismo el inicio de la ejecución hipotecaria y la sentencia de trance y remate que ordena llevar adelante la ejecución.-

Que el art. 3 del Código Civil dispone: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean a o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias (Texto según Ley 17.711)."- El principio consagrado por la norma mencionada es el de la irretroactividad de la ley, en su caso y si el legislador considera que debe aplicarse retroactivamente así deberá establecerlo en la ley que dicte (más allá de su revisión a la luz de los principios constitucionales y la seguridad jurídica), la ley 14.432 y más allá de tratarse de una ley de orden público en ningún momento dispone su aplicación retroactiva.-

Otro concepto que hemos de evaluar y que emana de la norma citada es la aplicación inmediata de la ley (conf. ref. ley 17.711), tal aplicación inmediata se refiere a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.- En relación a éste último concepto se expidió la Excma. Cámara de apelaciones de Mar del Plata sala 2° en causa n° 154.558 del 31/10/2013 "Banco Frances c/ Ullua Maria Celia S/ ejecucion" , a fin de resolver que resultaba aplicable la ley 14.432, más allá de declarar luego su inconstitucionalidad.- Allí se resolvió: *"La doctrina distingue entre los hechos cumplidos y sus consecuencias, y entre la retroactividad y aplicación inmediata de la ley. Sobre esa base, es que Paul Roubier en Francia, en la segunda edición de su obra ("El derecho transitorio (conflicto de las leyes en el tiempo)", París, 1960) propuso un sistema que establece la irretroactividad de la ley respecto de los hechos cumplidos y el efecto inmediato sobre las situaciones jurídicas. Así determinó que en toda situación jurídica los aspectos dinámicos son los de la creación o constitución y de la extinción; cuando una de estas fases está concluida es un hecho cumplido y la nueva ley no puede volver sobre ella. No obstante, la situación jurídica tiene también una fase estática durante la cual ella produce sus efectos: los efectos posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley son regulados por ella, aunque se hayan generado durante la vigencia de la ley anterior (Rivera Julio C., "Instituciones de derecho civil. Parte general", Ed. Abeledo Perrot, Tomo I, pág. 215 y sgtes.; Cifuentes Santos, "Elementos de Derecho Civil. Parte general", Ed. Astrea, pág. 31/32) y solo se extinguen con el ejercicio de los derechos o cumplimiento de las obligaciones que emanan de ellas. Explicaba Guillermo Borda que una ley tiene efectos inmediatos cuando anula o modifica, acrece o disminuye los efectos en curso de las relaciones o situaciones jurídicas o cuando vuelve sin retroactividad sobre la constitución o extinción en curso de una relación jurídica, por ejemplo, cuando se modifica el término de la prescripción no cumplida. Entonces al regular los efectos que se producen después de su entrada en vigencia, pero que resultan de relaciones jurídicas nacidas bajo el*

imperio de la ley antigua, no hay aplicación retroactiva, sino inmediata de la nueva ley. Esto ocurre al alterarse el contenido del derecho de propiedad, del régimen del matrimonio o si la nueva ley modifica los efectos de los contratos en curso de ejecución al momento de dictarse la ley (“Efectos de la ley con relación al tiempo”, ED 28 p.809/810)”

Ahora bien, corresponde distinguir entre efecto inmediato y retroactividad.- Me permito citar para tal fin a Rivera quien claramente expone: *“El primer párrafo del artículo bajo comentario sienta el principio de que, a partir de su entrada en vigencia, las leyes deben aplicarse con la máxima extensión. No sólo ya a los hechos y relaciones futuras, sino también a los que hayan nacido al amparo de la ley anterior y se encuentren en plena vigencia al dictarse la nueva ley (Borda)...Con este párrafo, nuestro Código adopta de manera expresa la regla del efecto inmediato de la nueva ley, la que se aplicará a las situaciones y relaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ella y a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes al tiempo de su entrada en vigor del nuevo texto legal (Rivera). Es importante destacar que las consecuencias son todos los efectos –de hecho o de derecho- que reconocen como causa a una situación o relación jurídica existente. De manera que las nuevas leyes se aplicarán a las consecuencias que se producen después de la sanción de la nueva ley...El principio de irretroactividad significa que las leyes rigen para el futuro. La irretroactividad implica que la nueva ley no puede volver sobre situaciones o relaciones jurídicas ya agotadas, ni sobre los efectos ya producidos de situaciones o relaciones aún existentes (Ferreira Rubio)...Los hechos pasados que han agotado la virtualidad que les es propia no pueden ser alcanzados por la nueva ley, conforme a la noción de “consumo jurídico”, y si se los afectara se incurriría en retroactividad (Llambías)...Por lo tanto la ley será retroactiva cuando pretenda su aplicación a la constitución o extinción de una situación jurídica constituida o extinguida bajo el amparo de la ley anterior, o a los efectos de una situación jurídica que se han producido también bajo la vigencia de la ley sustituida . En la práctica no siempre es*

sencillo distinguir entre efecto inmediato y retroactividad.” (autor citado, Código Civil Comentado, “Títulos Preliminares. Personas” págs. 29 y 30).-

Resulta claro entonces que, el efecto inmediato dispuesto por el art. 3° del Código Civil no puede modificar y/o afectar situaciones jurídicas ya consolidadas, toda vez que en ese caso se trataría de una aplicación retroactiva de la ley y vulneraría el principio de seguridad jurídica que la norma intenta proteger.- Santos Cifuentes en el Tratado Jurisprudencial y doctrinario - Derecho Civil, T° 1 dice: *“El primer párrafo del artículo 3 del Código Civil, sienta el principio de que a partir de su entrada en vigencia (art. 2), las leyes deben aplicarse con la máxima extensión.*

No solo para el futuro sino también a los hechos y relaciones producidos durante la ley anterior vigente al dictarse la nueva ley.

El segundo párrafo de este artículo prevé que las leyes cualquiera sea su naturaleza, no tienen efectos retroactivos salvo disposición en contrario, lo cual está limitada para que no se afecten derechos comparados por garantías constitucionales.

La retroactividad de la ley es, en definitiva un principio general del ordenamiento jurídico; pues de lo contrario afectaría la seguridad jurídica objeto necesario en que se funda el Estado y la República.

Este principio fundamental debe ser estrictamente cuidado por el legislador y amparado en toda su extensión por los Tribunales.” (obra citada, pág. 6).-

A propósito de una cuestión relativa a la aplicación inmediata de las leyes procesales mi estimado colega el Dr. Louge Emiliozzi se refirió a la aplicación de la ley de fondo en causa 56.267 del 26/06/2012, "Ocampo..." vertiendo los conceptos que oportunamente compartí y que me permito citar: *“Si lo expuesto hasta aquí es compartido, sólo resta analizar si al caso le resulta aplicable el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor modificado por la ley 26.361. He de señalar, como punto de partida, que si bien este argumento tampoco fue sostenido por el actor en primera instancia, en este caso sí puede ser tenido en cuenta por este tribunal en*

razón de tratarse de una ley de orden público (art. 65 ley cit.; Excma. Suprema Corte Provincial, C. 109.305, “Cuevas” del 01.09.2010). En efecto, sabido es que la Alzada debe aplicar aún de oficio las normas de orden público, sin estar obligada a ceñirse a los propios términos del recurso, por cuanto el principio de congruencia que gobierna el proceso civil sufre excepción frente a leyes que revisten tal naturaleza (Azpelicueta, Juan José – Tessone, Alberto “La Alzada. Poderes y Deberes”, pág. 195; esta Sala, causas n° 53.261, “Macaya”, del 01.10.2009, voto del estimado ex colega Dr. Guillermo L. Céspedes; n° 54.487, “Isasa”, del 07.10.2010; n° 54.465 “Banega” y 54646 “González” (acumuladas) del 15.12.2010.; n° 55.527, “Hidalgo”, del 20.10.2011, voto de la estimada colega Dra. Lucrecia Comparato; n° 55.750 “Banco de la Nación Argentina”, del 17.11.11., entre otras). Así las cosas, con mayor razón es posible analizar la cuestión cuando, como en el caso, ésta ha sido planteada en el recurso”.

“Despejado lo anterior, es preciso mencionar que si bien el contrato que da origen a estas actuaciones se celebró el día 29.12.06. (fs. 41vta.), es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.361 (B.O. 7-4-2008), el inicio de este proceso es posterior a dicha fecha (13.10.2010, conf. fs. 51vta.), con lo cual el nuevo texto de la norma –que en lo que aquí interesa delimita competencia jurisdiccional- le resulta inmediatamente aplicable en atención al carácter de orden público que ostentan por tender a la organización de la actividad jurisdiccional, con efectos inmediatos sobre las situaciones jurídicas no consumidas al comienzo de su vigencia, siempre que –como en el caso- no contengan disposiciones de las que resulte un criterio distinto (arts. 2 y 3 del Código Civil; Excma. Suprema Corte Provincial, C. 109.305, “Cuevas” del 01.09.2010, voto del Dr. Pettigiani, con sus citas).

Sin embargo, por ser el negocio que da origen a estas actuaciones anterior a la entrada en vigencia de la ley 26.361, otros aspectos que interesan para la resolución de la litis –puntualmente, el ámbito subjetivo de la aplicación de la ley 24.240- no pueden evaluarse bajo el

prisma de la nueva ley, **pues ello importaría su aplicación retroactiva a etapas ya consumadas** (el destacado me pertenece). Así lo entendió un tribunal cordobés en un caso que tenía algunas aristas similares al presente, por tratarse de un reclamo de daños y perjuicios incoado por una persona jurídica dedicada a la explotación agropecuaria que había adquirido un rodado que por sus características no podía descartarse que su uso estuviera vinculado con algunas de las actividades habituales a su firma y que hacen a su objeto social. En lo que particularmente interesa, el tribunal emisor del fallo sostuvo lo siguiente: "... habiendo entrado en vigencia la modificación introducida a la Ley de Defensa del Consumidor por la ley 26.361 en abril de 2008, esto es, con posterioridad al acaecimiento de los hechos que sustentan la demanda, **en modo alguno puede retrotraerse la aplicación de sus disposiciones ya que, no obstante la aplicación inmediata de la nueva ley a los efectos de la relación contractual, carece –por regla- de eficacia retroactiva como para permitir aplicarla al tramo del contrato cuya consumación se había producido con anterioridad** (el destacado me pertenece). En lo que aquí nos ocupa, la irretroactividad de la ley 26.361 impide que consideremos la eliminación del último párrafo del art. 2 de la ley 24.240 que establecía que no tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes adquieran, almacenen o utilicen bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros" (Cámara Civil, Comercial y Contencioso-administrativo de la 1ª Nom., Río Cuarto, "La Pampa Gringa S.A. y Antonio Tavella c/ Centro Automotores S.A. s/ abreviado", del 21.12.2011, en La Ley Córdoba, mayo de 2012, pág. 450)."

Aplicando los conceptos antes vertidos al sub-lite he de decir que, la hipoteca, conforme lo prevé el art. 3108 del Código Civil, es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles que continúan en poder del deudor.- Esto es que resulta un elemento esencial del mutuo hipotecario, el bien inmueble ofrecido por el deudor como garantía del crédito, sin tal elemento no estaríamos frente a un

mutuo hipotecario sino en su caso quirografario.- El artículo 3109 del Código Civil, en lo que aquí interesa dispone: "No puede constituirse hipoteca sino sobre cosa inmueble, especial y expresamente determinada, por una suma de dinero también cierta y determinada...", al respecto Elena Highton señala: *"Los caracteres de la hipoteca pueden ser esenciales o naturales. La especialidad es de carácter esencial.*

Lo esencial se refiere a algo permanente y sustancial. Es decir, que los caracteres esenciales de la hipoteca son cualidades que la distinguen, sin las cuales dejaría de ser tal, en nuestro Derecho positivo.

Su importancia, en un sistema que como el nuestro adopta el numerus clausus, principio conforme al cual los derechos reales sólo pueden ser creados por ley, es fundamental; pues si el derecho creado no cumple con alguno de estos caracteres esenciales no será hipoteca; y por ende tampoco será derecho real.

La condición de la especialidad de la hipoteca tanto respecto al inmueble hipotecado cuanto al crédito garantizado, es esencial para su constitución válida y si falta este requisito sería nula por aplicación de lo dispuesto por el art. 1004 del Cód. Civil. Por ello, se ha entendido que cuando se ha omitido en la escritura hipotecaria toda mención a la naturaleza del contrato a que accede la garantía, el acto constitutivo adolece del defecto de no respetar la especialidad de la hipoteca, lo que importa su nulidad.....

....."La hipoteca (de grado mayor) es el derecho real temporario sobre bien ajeno, exclusivamente constituido por convención, accesorio de una obligación de dar una suma de dinero, o en dinero estimado, que grava uno o varios inmuebles que permanecen en poder del propietario, y que impide a éste realizar sobre los bienes gravados cualquier acto de disposición material o jurídica que importe la disminución de su valor venal y que concede al acreedor el derecho de ejecutar la garantía en manos de cualquier poseedor para lograr su venta y cobrarse con el producido hasta la concurrencia de lo que le es debido; así como también un derecho de

preferencia para cobrar su crédito o conservar su garantía, respecto de otros acreedores sobre el producido de la venta, sólo oponible a terceros de estar inscripto en el registro organizado por la ley. “Es una garantía real que, sin llevar consigo desposesión actual del propietario de un inmueble, le permite al acreedor, si no es pagado al vencimiento, embargar ese inmueble en poder de quien se encuentre, rematarlo y cobrar él primero sobre el precio”. (“Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial.” Alberto J. Bueres-Elena I. Highton, Tº 5”C” págs.. 225 y 216).

La doctrina y jurisprudencia en forma mayoritaria entiende que la hipoteca resulta un derecho real sobre la cosa ajena (arts. 2503 inc. 5º, 3108 del C.C.), el que constituye limitación al dominio, y para algunos autores hasta una desmembración del mismo (Bueres-Highton, ob. cit. pág. 218).-

De ello que, desde el inicio de la relación contractual el acreedor posee un derecho real de garantía sobre el bien hipotecado, tal derecho no nace con la deuda impaga, tampoco con la sentencia de trance y remate (que no está demás decir también fue dictada con anterioridad a la ley en ciernes) sino que se encuentra ab initio de la relación que une a las partes.- Todo acreedor hipotecario desde el inicio de la relación contractual tiene un derecho mixto, es acreedor de un derecho personal y tiene, además, un derecho real como garantía de su crédito respecto del inmueble (pueden ser más de uno) que oportunamente ofreciera el deudor y subsiste aun cuando el deudor haya hecho transferencia del inmueble. - De allí que no puede aplicarse la ley 14.432 al mutuo hipotecario que por el presente se ejecuta, desde que el mismo fue constituido con fecha 15 de noviembre de 2006 y desde dicha fecha el acreedor tiene el derecho de embargabilidad y ejecutabilidad del bien que garantiza su crédito.-

Tal relación jurídica consolidada lleva a concluir que no resulta aplicable la primer parte del art. 3 del Código Civil y por el principio de irretroactividad de las leyes no resulta aplicable la ley 14.432 al sub lite por lo

que corresponde rechazar los recursos interpuestos.-

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, no puede dejar de señalarse otro argumento coadyuvante, y que tiene que ver con la buena fe contractual y la doctrina de los actos propios.- Al invocar los demandados la aplicación de la ley 14.432 al sub-lite no solo están vulnerando la buena fe contractual sino que están contradiciendo sus propios actos, vulnerando así la doctrina que indica *“nemo potest contra factum venire”* la que se asienta en la directriz de la buena fe-probidad (art. 1198 C.Civil).-

Ello fue abordado por mi estimado colega Dr. Ricardo Bagú en causa 55.718 del 03/05/2012 en la que no está demás decirlo un deudor hipotecario se oponía a la subasta del bien alegando la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda única y familiar adquirida con un préstamo del Banco Hipotecario Nacional *“La conducta del deudor generó derechos en expectativa a favor del acreedor quien, en base a la confianza, a la buena fe y a la apariencia de cumplimiento de las obligaciones, dio por descontado que el inmueble garantizaba el pago de la deuda (arts. 499, 1197, 1198 y concc.Cód. Civil). De esta manera está en juego también la seguridad en las transacciones y la confianza en el crédito, público y privado, con base en el principio de moralidad que preside las relaciones contractuales (art. 21, 953 y nota 530 Cód. Civil). Esta aplicación de la doctrina de los actos propios tiene dicho este Tribunal que “no es aludible el obrar de quien primero exterioriza su voluntad, eficaz y válida admitiendo las consecuencias de un vínculo contractual y luego procura cancelar esos efectos desandando sus propios y efectivos actos de relevancia jurídica, desconociendo el sustrato fáctico ya admitido”* (esta Sala, causa N° 47191, 04.11.04, *“Esquerdo y Figueroa, Elena Aixa...”*). La regla *“nemo potest contra factum venire”* se asienta en la directriz de la buena fe-probidad(art. 1198 C.Civil), es de carácter residual (Alterini-Lopez Cabana, *“La virtualidad de los actos propios en el Derecho Argentino”*, en L.L., 1984-A-899) y constituye un principio general del derecho en cuanto *“norma recupero o standard”* (Morello-Stiglitz, *“La doctrina del acto propio”*, L.L., 1984-A-865) con proyección-entre otros

tantos aspectos del iter contractual- a pretensiones incompatibles con los efectos de un negocio jurídico celebrado por una persona y que produjo una determinada eficacia que está obligada a observar (Safontás, "Doctrina de los actos propios", Rev. Jus Nº5, p.31, con cita de Diez Picaso; en idéntico sentido:IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983, ponencias de Salas-Tejerina; Mosset Iturraspe, entre otros; también Morello, "Prueba. Incongruencia.Defensa en juicios", p.25; en "Código...", Tº I,p.79 y en "Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso", TºII,p.711). Con palabras de la Casación Bonaerense: "las partes no están habilitadas para colocarse en contradicción con su propia conducta anterior"(conf.S.C.B.A., causa Nº 29.195; "Moar, Genoveva c/ Guerrero, Miguel. Rescisión Contrato", D.J.J., Tº 121, p.227; también S.C.B.A.; Ac. 29.714, "Olivieri.."; "Maltz..."; Ac.33.818, "Silvestre...";D.J.J., Tº 126,9.313 "Alvarez..."; C.S.Fallos Tº 266,p.274; 276 p.40; Tº 280, p.395).

En el cotejo y confronte entre los derechos en conflicto-el interés particular del deudor e idéntico derecho de propiedad del acreedor-, la renunciabilidad de derechos disponibles y la tutela y estabilidad de la buena fe negocial, conllevan a admitir, en el juicio de ponderación, la mayor atendibilidad y protección de éste último. Tratándose ahora de derechos patrimoniales paritarios-insisto deudor y acreedor-, sin estar involucrado el interés público y social originario, el conflicto debe dirimirse a favor de quien obró con buena fe, conforme a las prácticas negociales (arts. 16, 17, 18 Const.Nac.; art. 15 Const. Pcia. Bs.As.; arts. 1197, 1198 y conchs.Cód.Civil). En esta línea interpretativa, y con distintos y convergentes fundamentos, se pronunció la jurisprudencia -no muy abundante, por cierto- que abordó el tema. Se sostuvo que en tal caso no se puede avalar "el ejercicio abusivo de un derecho en perjuicio del acreedor"(C.N.Civ., sala F, 31/12/97, "Affonso, Roberto M. C/ Garrido, Carlos E.", L.L., t.1998-D,p.50), debiendo asumir las consecuencias-que no podía desconocer- derivadas del contrato que firmó voluntaria y libremente(C.N.Civ., Sala H, 15/3/2002, "Lando, Raúl C. Y otro c/ Patri, Héctor L. Y otro", L.L., 2002-D, p.546). El deudor "no puede ocasionar

un desbaratamiento de los derechos del tercero contratante, de acuerdo con los arts. 868, 1197 y conchs. del Cód. Civil”(Cám.Civ. y Com. Rosario, Sala I, 30/09/92, “Levy, Aarón c/ Farias Crespo s/ Cobro de Australes. Levantamiento de embargo”(inédito), cit. Por Kemelmajer de Carlucci Aída, “Protección jurídica de la vivienda familiar”, p.168, nota 15 y por Highton Elena I., “Juicio Hipotecario”, Tº 3, p.363, Nº 24; en ese sentido: Cám. Apel. Civ. Y Com. Mar del Plata cit.por Cazeaux, José, Saravia, Silvina y Redi, Gustavo, “Gravámenes constituidos sobre bienes inembargables y ejecutabilidad de los mismos”, D.J., 1998-3, p.303; ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Inembargabilidad de la vivienda adquirida con intervención del Banco Hipotecario Nacional (ley 22.232) y crédito por expensas comunes”, L.L. Litoral, 2000-472, ver L.L.1998-D, 50 y en Rev. Notarial Nº 854, p.235 con comentario favorable de Ceravolo, Angel Francisco, “Cláusulas de inembargabilidad. Un fallo atinado”).

“Son contundentes las reflexiones que señalan que “quien decide hipotecar un inmueble está disponiendo de una parte de sus atribuciones en carácter de dueño (arts. 2506, 2507, 2513, 2515, 3108, 3157 a 3161 y conchs. Cód. Civil)”(ver Cazeaux, José, Saravia, Silvina, y Redi Gustavo, “Gravámenes constituidos sobre bienes inembargables y ejecutabilidad de los mismos”, D.J., 1998-3, p.303, cit.supra)... Finalmente la solución dirimente que propicio tuvo -recientemente- un gravitante espaldarazo con el pronunciamiento dictado por la Suprema Corte de Mendoza con primer voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, y cuyos fundamentos traigo como argumento de autoridad (Sup. Corte de Mendoza, causa Nº 80379, “Giunta de Asmar, Liliana E...”). En ese caso, de similar base fáctica, se analizó “la ejecutabilidad de una hipoteca de primer grado, constituida después de la cancelación de la primera hipoteca, habiendo informado el registro que sobre el inmueble no recaen gravámenes”. Se repasaron otros antecedentes jurisprudenciales, y se señaló-en síntesis- que podría sostenerse que “la ejecutabilidad del inmueble hipotecado en primer grado, que presupone admitir que el deudor ha prestado válidamente

conformidad tácita para la desafectación, presenta los siguientes aspectos positivos: protege la seguridad jurídica dinámica, es decir, la del tráfico, y el derecho de propiedad del acreedor que prestó dinero y tuvo la diligencia de pedir una garantía. Sin embargo, tiene un efecto negativo: permite a un tercero, independientemente de su situación económico social, acceder a través e la subasta judicial a una vivienda que el Estado quiso reservar a personas que se encuentran en una posición de debilidad”. Empero, y atendiendo al orden público comprometido y a la seguridad (estática y dinámica) tuvo en cuenta, también, los efectos de la cancelación registral de la cláusula de inembargabilidad, ya que el “art. 36 de la ley 17.801 dispone que las inscripciones y anotaciones se cancelarán... por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscripto a favor de otra persona” (Trib.cit.voto Dra. Kemelmajer de Carlucci). En definitiva, y para no auspiciar conductas contrarias a las normas en las que deben desenvolverse las relaciones negociales, ante el conflicto entre el derecho del deudor y el del acreedor-en el marco del régimen finalístico de la protección de la vivienda familiar adquirida con fondos públicos- no puede atenderse la contradictoria postura de quien hipotecó el inmueble, renunciando frente a su acreedor en la misma escritura pública a su inembargabilidad (cuando esa cláusula ya estaba extinguida por el Banco Hipotecario), y luego, -para no cumplir con su obligación-alega que ese bien no es garantía válida, sin brindar siquiera argumentos para sustentar ese compartiendo dual y abusivo” ...

“En la misma posición debe ubicarse al trabajo titulado “Proyección de los Derechos reales en el Derecho de Familia” escrito por Lily R. Flah, publicado en J.A.2007-I-1127, al señalar, sobre la inembargabilidad de ciertos inmuebles, que “Guarda relación con la protección de la vivienda única del deudor la ley 22.232, que dispone la inembargabilidad de los inmuebles destinados a vivienda propia con préstamos otorgados por el Banco hipotecario Nacional, beneficio que subsiste con posterioridad a la cancelación del crédito. Dicha inafectabilidad se mantiene si el inmueble continúa en la misma situación: vivienda única del titular del crédito. Esa

*finalidad social y tuitiva cede en **caso de haber renunciado a aquellos beneficios en forma expresa, asertiva e indudable al constituir nuevas hipotecas a favor de acreedores privados***” (causa nº 51349 “María Manuel” (SD) del 18.12.08, con primer voto del Dr. Guillermo Céspedes).-

Por los argumentos expuestos, habiendo el recurrente renunciado tácitamente a la inembargabilidad o inejecutabilidad (arts. 873 y 918 Cód. Civil) del inmueble al constituir hipoteca en favor del actor con posterioridad a la cancelación de la inembargabilidad (ver fs. 26), la nulidad pretendida resulta improcedente. Por tanto la sentencia recurrida, en cuanto a que desestima la nulidad de la hipoteca, entiendo debe ser confirmada.”.-

Por todo lo expuesto, citas doctrinarias y legales en especial conforme lo normado por los arts. 3, 3108, 3109, 1198 y cctes. del Código Civil, propongo al acuerdo rechazar los agravios de la parte demandada hasta aquí abordados.-

III) En cuanto al agravio referido a la imposición de costas, la co demandada Josefina Benítez a fs. 109 solicita que las mismas se impongan en el orden causado por ser la cuestión traída novedosa de derecho.- Estimo que tampoco este agravio ha de prosperar, toda vez que conforme lo propongo al acuerdo, el tratamiento de la cuestión se refiere a la inaplicabilidad de la ley 14.432 al caso de autos lo que no resulta una cuestión novedosa de derecho sino la aplicación sin más de la normativa emanada del Código Civil relativa a la temporalidad de las leyes lo que no resulta una cuestión novedosa, por lo que no he de apartarme del principio de la derrota, a fin de confirmar las costas impuestas en la instancia de origen (art. 68 cpcc).-

Por lo expuesto propongo al acuerdo desestimar los recursos de apelación interpuestos a fs. 94 y 97.

Así lo voto

Los Señores Jueces Doctores **LOUGE EMILIOZZI y BAGU,** adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION: la Señora Juez Doctora

COMPARATO dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo: **1)** Desestimar los recursos de apelación interpuestos a fs. 94 y 97, confirmándose así lo resuelto a fs. 91/92vta. conforme los argumentos en el presente expuestos, **2)** Con costas a los apelantes perdedores (art. 68 cpcc), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad prevista en el art. 31 de la ley 8904.-

Así lo voto.-

Los Señores Jueces Doctores **LOUGE EMILIOZZI y BAGU,** adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

- S E N T E N C I A -

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC, **se RESUELVE:1)** Desestimar los recursos de apelación interpuestos a fs. 94 y 97, confirmándose así lo resuelto a fs. 91/92vta. conforme los argumentos en el presente expuestos, **2)** Con costas a los apelantes perdedores (art. 68 cpcc), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad prevista en el art. 31 de la ley 8904.- Notifíquese y devuélvase.-

Lucrecia Inés Comparato
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ricardo César Bagú
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Esteban Louge Emiliozzi
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ante mi

Dolores Irigoyen
Secretaria
-Sala 1-
-Cam.Civ.Azul-

