



REGISTRO Nro. 274-S FOLIO Nro. 1205/17

Expediente N° 154558 Juzgado N° 10

En la ciudad de Mar del Plata, a los 31 días del mes de octubre de 2013, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "*BANCO FRANCES S.A. c. ULLUA, María Celia s. EJECUCION*", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es justa la sentencia de fs. 340?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Loustaunau dijo:

I. En lo que aquí concierne de la resolución cuestionada, la Sra. Jueza *a quo* suspendió el trámite de ejecución de sentencia en los términos del art. 2 de la ley 14.432, tomando en cuenta a tal fin, el resultado del mandamiento de constatación de fs. 202 y la valuación fiscal del inmueble de fs. 325.

Mediante el escrito de fs. 344/346, el letrado apoderado del banco ejecutante interpuso y fundó recurso de apelación contra dicho auto donde se agravia de la suspensión,



solicitando que sea revocada, en la medida que la ley 14.432 no puede ser aplicada retroactivamente.

Afirma que no son de aplicación los criterios sustentados en la sentencia para la aplicación de las leyes de emergencia económica y que, en todo caso, se no ha reparado que se está frente a un ejecución hipotecaria y que no se acreditó la inscripción en el registro de deudores (ley 14.360)

La ejecutada contestó el memorial a fs. 348/353 y pidió la confirmación de lo decidido.

III. A mi entender, la ley provincial 14.432 debe ser declarada inconstitucional.

1. No obstante, en primer lugar corresponde señalar que el juez *a quo* no ha aplicado en forma retroactiva la ley sino siguiendo el efecto inmediato contenido en el art. 3 del Cód. Civil, conforme al cual las nuevas leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Tal efecto consiste en que la nueva ley toma la relación o situación en el estado en que se encontraba al tiempo de ser sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos, en tanto que a los cumplidos se los considera regidos por la ley vigente al tiempo que se desarrollaron.

En la causa n° 140.178 (RSD 142 del 29-4-2008) explicamos, a propósito del agravio referido a la "aplicación



retroactiva de la ley", que "la reforma de la ley 17.711 a ese artículo 3, dejó de lado la teoría de los derechos adquiridos -adoptada por Vélez Sársfield- asumiendo la de los "hechos cumplidos" cuya primera formulación orgánica llega a nosotros a través de los italianos Chironi y Abello, y fundamentalmente de Coviello (postura que recepta Busso Eduardo, "Código Civil Anotado", Ed. Ediar, Tomo I, pág. 24).

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)

Por lo tanto, los efectos de la relación o situación jurídica anteriores a la nueva ley quedan sujetos a la antigua ley, mientras que los efectos posteriores serán regidos por la nueva ley.

En ese entendimiento, la ejecución de la sentencia de trance y remate mediante el pertinente decreto de subasta, constituye una consecuencia existente a la que se aplica el efecto inmediato de la nueva ley vigente n° 14.432.

2. No obstante lo expuesto, y tal como lo adelanté, considero que debe declararse la inconstitucionalidad de la ley mencionada.

Si bien es cierto que el análisis de su validez constitucional no ha sido pedido, la declaración de oficio igualmente es procedente de acuerdo a la doctrina vigente tanto de la Corte



Federal, como de la Suprema Corte Provincial.

2.1. La doctrina clásica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el rechazo del control de constitucionalidad sin petición de parte, fue establecida en 1941 en “S.A. Ganadera Los Lagos” (Fallos:190:142 (1941); en 1946, en “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Rodríguez” (Fallos: 204:671 (1946), la Corte rehusó declarar una inconstitucionalidad de oficio por violación del derecho de defensa. Esta doctrina y sus fundamentos –la autolimitación en el ejercicio del control por parte de la judicatura y la garantía de la defensa en juicio- se mantuvieron por sesenta años en el país.

A partir del retorno de la democracia, las primeras disidencias con esta postura se produjeron –si bien en una contienda de competencia positiva entre un juez de instrucción de Rosario y un juez de instrucción militar-, con el voto de los Dres. Fayt y Belluscio en la causa “Juzgado de Instrucción Militar N°50 de Rosario” (Fallos:306:303, en LL-1984-B-426), quienes las fundaron en que si bien es cierto que los jueces no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad en abstracto, fuera de una causa concreta *“de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho no de hecho”* (considerando 4). Se trata en consecuencia de que el juez debe suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erróneamente, incluido el deber de mantener la supremacía constitucional, deber que pesa, para este voto, sobre todos los jueces de la República (Gelli María Angélica, Gozaíni Osvaldo y Sagüés Néstor P., “Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad”, en La Ley del 16-3-2011).



La sentencia dictada en “Mill de Pereyra Rita Aurora y otros c. Provincia de Corrientes” (Fallos:324:3219, en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 30-11-2001, en la que finalmente se estableció la constitucionalidad de la ley 23.928), fue un verdadero gozne en el control de oficio al considerar la procedencia constitucional de la declaración de inconstitucionalidad sin petición de parte.

En el voto de los Dres. Fayt y Belluscio se establecieron los requisitos de procedencia (considerandos 9 y 10), que, estimo se encuentran reunidos en autos:

a) que no exista ningún otro medio para la solución adecuada del conflicto;

b) que no se trate de una declaración de inconstitucionalidad en abstracto, sino en un caso o conflicto contencioso;

c) que produzca efecto en la causa específica y nada mas, pues esa declaración no tiene efecto derogatorio de la normativa en cuestión.

La doctrina de la pertinencia constitucional del control de oficio fue reiterada por la Corte, con otra integración, en “Banco Comercial de Finanzas” (Fallos: 327:3117), en el que aplicó el principio según el cual los jueces deben suplir el derecho no invocado o invocado de manera errónea por las partes (considerandos 2 y 3 de la mayoría de fundamentos integrada por los Jueces Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez, Zaffaroni y Highton de Nolasco).

El criterio, según Gelli (ob, cit., Pág. 4), parece afianzado, pero no obstante, la Corte ha añadido un recaudo más a la



admisión del control constitucional de oficio: el aseguramiento enfático del principio de congruencia, ligado de modo manifiesto al derecho de defensa y al derecho de propiedad. En los casos “Gómez Carlos Alberto c. Argercard” (Fallos:329:5903), y “Strangio Domingo” (Fallos S.1781.XLI del 12-5-2009), la mayoría del Tribunal (integrada por Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco, Zaffaroni y Maqueda), sostuvo que ese principio es vulnerado por un Tribunal de Alzada si el juez de grado no se expidió acerca de la validez de las normas oficiosamente declaradas inconstitucionales –caso Strangio-, o se obtiene un resultado económico superior al pretendido por la parte que se benefició con la declaración de inconstitucionalidad de oficio –caso Gómez- (ver el análisis de las distintas posturas en la Corte, en Bianchi Alberto B., “¿Quién ha dicho que el control de oficio esta muerto?”, en JA-2007-IV-1266; Vitantonio Marina, “La cuestión de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes” en La Ley del 19-6-2009, comentario a “Strangio”).

Ninguna de esas violaciones se presentan en el caso, por cuanto el Sr. Juez de primera instancia se pronunció sobre el régimen legal que consideraba aplicable y tampoco se supera el resultado económico pretendido.

La regla sentada en “Gómez” según la formulación que sugiere Gelli (ob. cit., Pág. 4) es: *“las expresas manifestaciones de una de las partes aceptando la norma cuya inconstitucionalidad se declaró en su favor, impide mantener esa inconstitucionalidad sin violar el principio de congruencia y de defensa de la otra parte y ello aunque el tribunal de grado haya emitido un precedente en aquel sentido”* (considerandos 2 y 6 del voto de la mayoría, destaco que el actor no sólo no había solicitado la inconstitucionalidad de las normas sobre pesificación, sino que atendido a ellas reclamaba el cumplimiento de sus disposiciones), por lo que resulta inaplicable a este caso.



El control de constitucionalidad de oficio ha sido reafirmado por el Tribunal en la causa “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis c. Ejército Argentino s. Daños y perjuicios” (sentencia del 27/11/12, R.401.XLIII).

2.2. Idéntica postura advierto en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, desde “Correa Oscar c. Carboclor Industrias Químicas” (causa N°64.712 del 19-2-2002), dictada luego de que la Corte Nacional modificara su postura tradicional en “Mill de Pereyra”, en que los Sres. Jueces Hitters, De Lazzari, Pettigiani, Negri, y Ghione, por mayoría, se pronunciaron a favor de la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

En él destaco, además de las citas de profusa doctrina favorable a tal control y los lineamientos del voto del Dr. Ghione, que en el voto del Dr. Pettigiani se hace referencia a la garantía de ejercicio del derecho de defensa, si los litigantes han tenido oportunidad de ser oídos, ya sea, como sucedió en “Mill de Pereyra” en el remedio federal y su escrito de contestación, o con la deducción, en ese caso, del recurso de inaplicabilidad de ley (en igual sentido, Sagüés Néstor P, “ Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad”, con María Angélica Gelli y Osvaldo Gozaini, en La Ley del 16-3-2011).

La postura fue reiterada luego en la causa n°81.577, "Guzmán Carlos Alfredo c. Ministerio de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires s. Indemnización por accidente de trabajo", sent. del 8-6-2005, en la que el Dr. Hitters desarrolla en su voto los antecedentes de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, y el Dr. Roncoroni al adherir manifiesta:



“Sin embargo, conocida es mi posición en cuanto a que si existe planteo de parte al respecto, el mismo debe bilateralizarse conforme el principio de contradicción, en salvaguarda del debido proceso adjetivo y el derecho de defensa en juicio (arts. 18 de la Constitución nacional; 15 de la local; 8 de la C.A.D.H. y 34 inc. 5º 'c' del C.P.C. C.), sin que ello implique que el planteo deba efectuarse con los escritos postulatorios

Ello así pues, en mi parecer, cualquier momento del proceso que permita la plena vigencia de aquel principio de bilateralidad de la acción es adecuado para introducir la cuestión.

En ese andarivel de pensamiento encuentro que aún es oportuno su planteo cuando se lo hace al deducir recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, como en el presente caso, toda vez que si bien éste no se bilateraliza en la etapa de admisibilidad ante el tribunal a quo, sí permite oír al recurrido en ocasión de la memoria prevista en el art. 284 del Código Procesal Civil y Comercial.

No debemos perder de vista que el control de constitucionalidad de una norma es una cuestión de derecho y que, por lo demás, en su caso, debe realizarlo el juez o tribunal de intervención aún de oficio (arts. 31, Constitución nacional; 3 y 57 de la local; doct. C.S.J.N. in re, "Mill de Pereyra", "Fallos", 324:3219 y "Banco Comercial de Finanzas", sent. del 19-VIII-2004, "La Ley", 30-VIII-2004), pues como he sostenido, la Constitución no rige cuando alguien lo pide, sino siempre (causa L. 77.727, "Vallini", sent. del 10-IX-2003, entre otras)" (el resaltado no es del original, en igual sentido, causa 83.781, "Zaniratto Mabel Beatriz c. Dirección General de Escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires s. Enfermedad accidente", sent. del 22-12-2004; causa L. 84.131, "Barreto Ricardo c. Dirección General de Cultura y Educación s. Enfermedad laboral", sent. del 8-6-2005).

La doctrina sobre la declaración de inconstitucionalidad de oficio no cambió tampoco en la causa



n*104.710, “F. H. J. s. Recurso de casación”, del 25-8-2010, donde se estableció el recaudo de la oportunidad del planteo constitucional cuando ha sido efectuado por la parte, dejando a salvo “... la atribución de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de oficio de las normas respectivas cuando así corresponda” (votos de los Dres. Hitters y Genoud, en disidencia Dr. Negri, para quien el reclamo, aún tardío, debe ser atendido).

Ha sido ratificada en un reciente pronunciamiento en causa L. 97.573, "Pini Ana María c. Club Atlético Once Unidos s. Diferencias salariales", sent. del 23-11-2011, en la que los ministros Hitters, Pettigiani y Kogan adhieren al voto del Dr. De Lázari, que sostiene:

“... tal como lo señalé en la causa "Onchalo" -L. 77.386, sent. del 6-VII-2003- en ocasión de emitir mi voto, el arduo debate en torno al control constitucional de oficio ha concluido a partir de la decisión de la Corte Suprema de la Nación recaída por mayoría en la causa "Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/ Provincia de Corrientes", del 27-IX-2001 (L.L., 2001-F-891), criterio ratificado fehacientemente en la causa "Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina s/ quiebra)" (B. 1160 XXXVI).

En efecto, ha terminado prevaleciendo el criterio según el cual: a) la declaración oficiosa de inconstitucionalidad no implica un avasallamiento del Poder Judicial sobre los demás poderes, pues dicha tarea es de la esencia de aquél, siendo una de sus funciones específicas la de controlar la constitucionalidad de la actividad desarrollada por el Ejecutivo y el Legislativo, a fin de mantener la supremacía de la Constitución; b) la presunción de validez de los actos estatales en general no se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio toda vez que, en tanto mera presunción que es, cede cuando los actos estatales contrarían una norma de jerarquía superior; c) finalmente, no cabe aducir quebrantamiento de la



garantía de la defensa de la contraparte. El control de constitucionalidad constituye una cuestión de derecho que, en cuanto tal, puede ser resuelta por el juez mediante la facultad de suplir el derecho no invocado por las partes (iura novit curia). La aplicación de este principio incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (conf. Guillermo López, "El control de constitucionalidad de oficio", "La Ley", supl. del 28-X-2002, pág. 1 y sgts.; Alberto Bianchi, "¿Se ha admitido finalmente el control constitucional de oficio?" en "La Ley", supl. del 5-XII-2001, pág. 6 y sgts.; Claudio Gómez, "Control de constitucionalidad de oficio en la C.S.J.N.", "La Ley", supl. de Derecho Constitucional, 2-XII-2002, p. 24 y sgts.; Ana M. Bestard, "El caso Mill de Pereyra y la declaración de inconstitucionalidad de oficio", "La Ley", supl. de Derecho Constitucional, 30-XI-2001, p. 16 y sgts.).

3. Al efectuar el control de oficio y explicar los motivos que sustentan mi posición, me remito a lo expuesto recientemente en un caso similar al presente en el que fue declarada la inconstitucionalidad de la ley 14.432 (esta Sala, causa nro. 1427.50, "Rabaza, Luis Francisco c. Cooperativa de Trabajo Alfin Mar Ltada y otro s. cobro ejecutivo de alquileres", sentencia del 24/09/13 Reg. 230 S, nº1015/1022).

Las ideas que sustentaron aquella decisión, son las que a continuación reproduzco:

3.1. No se me escapa que la cuestión planteada posee una particular importancia, dada la índole de los derechos en juego. Por un lado, el del acreedor de hacer efectiva la garantía que supone el patrimonio de su deudor y, por el otro, el de este último, a preservar su vivienda única, asiento del núcleo familiar.

La ley provincial 14.432 cuestionada, al disponer la



inembargabilidad e inejecutabilidad de todo inmueble ubicado en nuestra provincia destinado a vivienda única y de ocupación permanente salvo renuncia expresa del titular, resuelve la tensión entre estos derechos a favor del deudor.

Los fundamentos de la nota de elevación de la ley son, sintéticamente, los siguientes:

- La solución se encuadra en la protección de los derechos llamados de segunda generación, reconocidos en el art. 14 bis de la Constitución Nacional tras el advenimiento del constitucionalismo social - proceso que luego fue profundizado y expandido con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el bloque Constitucional Federal (art. 75 inc. 22)- y en lo dispuesto por el art. 36 inc. 7 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que garantiza el derecho a la vivienda, en el marco de la protección integral de la familia.

- El propósito de la norma trasciende la protección de la vivienda familiar de la cual se encarga la ley nacional 14.394, pues se persigue asegurar el derecho a la vivienda digna del individuo social y comunitario, el cual, para cumplir con su proyecto de vida e interrelacionarse, requiere de condiciones de vida dignas que propicien tal desarrollo. Sobre este punto, se considera que la ley de bien de familia ha demostrado un funcionamiento deficitario como consecuencia del desconocimiento del régimen tuitivo.

- Otras provincias han avanzado con iniciativas similares.



- Las sucesivas leyes de suspensión de las ejecuciones hipotecarias, tendientes a los mismos fines tuitivos, no fueron invalidadas judicialmente.

- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha inspirado el espíritu de la ley al reivindicar la operatividad del derecho constitucional a una vivienda digna como uno de los derechos económicos, sociales y culturales íntimamente relacionado con otros derechos fundamentales.

3.2. Pero aún cuando sea elogiado en tal sentido la intención del legislador provincial, no por ello puede pasarse por alto que esta tensión entre ambos derechos fue ya resuelta por la Corte Federal en el caso *“Banco de Suquía S.A. c. Tomassini, Juan Carlos”* (causa B. 737.XXXVI, Fallos: 325:428 del 19 de marzo de 2002) en el cual declaró la inconstitucionalidad del art. 58 *in fine* de la Constitución de la Provincia de Córdoba y de su ley reglamentaria 8067 que abordan la temática de una manera similar que la ley 14.432.

La norma constitucional de esa provincia, incorporada en la reforma del año 1987, dice que textualmente: *“Todos los habitantes de la provincia tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, la que, junto a los servicios con ella conexos y la tierra necesaria para su asentamiento, tienen un valor social fundamental. La vivienda única es inembargable, en las condiciones que fija la ley.”*

Por su parte, la ley 8067, de agosto de 1991, dispone en su artículo 1ero: *“Considérase automáticamente inscripta de pleno derecho como bien de familia a partir de la vigencia de esta*



Ley, a los fines previstos en el artículo 58 de la Constitución Provincial, la vivienda única que cumpla con los requisitos establecidos en la Ley Nacional N° 14.394 y en la Ley Provincial N° 6074”.

El fallo de la Corte se centra en que estas normas invadieron las facultades expresamente delegadas al Congreso Nacional por el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, pues no se trata de una norma de la seguridad social, sino de fondo o de derecho común y que la cuestión se encuentra regulada por la ley 14.394 de bien de familia (art. 34 y sgtes)

3.3. Considero que debe seguirse tal criterio.

3.3.1. En primer lugar, porque sin desconocer que las decisiones de la Corte Suprema se circunscriben a los casos en concreto que se someten a su conocimiento, no cabe desentenderse de la fuerza moral de las mismas dado el carácter de tribunal supremo.

La autoridad institucional de sus fallos en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y las leyes, provoca el deber de someterse a sus precedentes (fallos: 315:2386)

3.3.2. En segundo lugar, porque pese a ser compartibles los fundamentos y la intención de la ley cuestionada, teniendo en miras la necesidad de establecer nuevos y más eficaces mecanismos de protección de la vivienda familiar, considero que tal tarea corresponde al legislador nacional. Concuero con la solución adoptada por la Corte Federal en cuanto a que es principio constitutivo del derecho que el patrimonio es prenda de los acreedores y que la cuestión está regulada en el derecho común (arts.



505 inc. 3º, 546, 955, 961, 1196, 2321, 3474, 3875 a 3938 del Cód. Civil, arts. 1, 107y 108 de la ley 24.522, entre otros)

De tal modo que, si no existe una ley nacional que disponga la inembargabilidad e inejecutabilidad de todo inmueble destinado a vivienda única y de ocupación permanente de manera automática como la hace la ley provincial 14.432, ésta deviene en inconstitucional por tratarse de una materia delegada en los términos del art. 75 inc. 12 de la ley fundamental.

La Corte sostuvo en la causa mencionada que, *“Determinar qué bienes del deudor están sujetos al poder de agresión patrimonial del acreedor – y cuáles, en cambio, no lo están- es materia de legislación común, y, como tal, prerrogativa única el Congreso Nacional, lo cual impone concluir que no corresponde que las provincias incursionen en ese ámbito. Ese poder ha sido delegado por ellas a la Nación al sancionarse la Constitución y esta distribución de competencias no podría alterarse sin reformar la Ley Fundamental.”*

Esta doctrina sobre la inconstitucionalidad del art. 58 de la Constitución cordobesa y su reglamentación, fue luego ratificada en las sentencias dictadas en la causas *“Banco de la Nación Argentina c. Martín Miguel* (causa nro B 3949 XXXVIII del 27/05/04) y *“Romero, Carlos c. Andrés F. Lema* (causa R.756.XLIII del 23/06/2009)

Incluso el Máximo Tribunal, en cuanto a la ejecución de sentencias dictadas en contra de las provincias, ha sostenido en reiteradas oportunidades que cualquiera que sean las disposiciones que contengan las leyes locales tendientes a sustraer de



la acción de los acreedores los bienes, recursos y rentas del Estado contrariando los derechos y garantías que acuerda la ley civil, no pueden ser válidamente invocadas, pues las relaciones entre acreedor y deudor son de la exclusiva legislación del Congreso Nacional (Fallos: 188: 381; 311:1795; 321: 3508; 322:447, consid.11º, citados por Procurador General de la Nación en el dictamen emitido en la causa "F.N (AFIP-DGI) c. Empresa Provincia de Energía s. ejecución fiscal-incidente de levantamiento de embargo" - F. 11. XXXVIII-que fue tomando íntegramente por la Corte en la sentencia dictada el 6/04/04)

Es que en el esquema constitucional argentino, en el cual las provincias han delegado ciertas facultades al Estado Nacional, por principio es éste y no aquellas quien debe ejercerlas a través de sus órganos. La cuestión aquí planteada se encuentra alcanzada por esa delegación, de modo que en la medida en que una ley del Congreso Nacional no derogue o modifique la ley 14.394, la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda familiar debe ser juzgada conforme a sus prescripciones.

Muestra de esta competencia exclusiva son dos proyectos de ley sobre la cuestión. Uno, presentado en la Cámara de Diputados (fecha 22/05/12 expte nro. 3244-D-2012) con el cual se pretende modificar la ley 14.394, estableciendo un sistema de tutela automático. El otro, incorporado en el texto del proyecto de Código Civil y Comercial unificado (dec. 191/2011), que prevé la afectación voluntaria similar a la ley vigente, aunque con algunas variantes, recogiendo inquietudes de la doctrina y jurisprudencia modernas sobre afectaciones parciales, beneficiarios, sustitución, etc -sección 3, capítulos 2 y 3, libro primero-. (tal como lo explica Juan Carlos Pandiella Molina "Vivienda Protegida", Revista de Derecho Privado y Comunitario 2012-2 "Proyecto de Código Civil y Comercial I", p.245 y sgtes, Ed. Rubinzal Culzoni)



3.3.3. Por lo demás, y más allá de estar convencido sobre la necesidad de establecer un sistema automático como el que prevé la ley cuestionada, encuentro que la afectación voluntaria de la ley nacional de bien de familia 14.394 igualmente cumple con el estándar contenido en los pactos y tratados internacionales.

No se discute hoy en día que al controlar la validez constitucional de las normas, es preciso también efectuar el control de convencionalidad que, como explica Gil Domínguez, *“en sede interna opera como un eficaz suavizador de eventuales casos que pueden ser juzgados en el ámbito del control de convencionalidad en sede internacional. En otras palabras, a mayor control de convencionalidad en sede interna, menor espacio para la responsabilidad internacional del Estado respecto de la plena vigencia de los derechos humanos”* (“El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio: ¿una tensión difícil de superar?”, La Ley 16/03/2010)

La Corte Nacional, ya desde el caso "Ekmekdjian c. Sofovich" (Fallos 315:1492 -1992-), sostuvo en cuanto al control de *convencionalidad*, en el sentido de que los jueces deben usar la jurisprudencia internacional como guía de interpretación de la Convención Americana, y que luego fuera reiterado en la causa "Mazzeo" (M. 2333. XLII -2007) sosteniendo que *“los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”* y también en la sentencia dictada en la causa “Videla, Jorge Rafael y



Massera, Emilio Eduardo“ (v. 281. XLV., 31/082010) en la que sostuvo que *"a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia"* y **"Rodríguez Pereyra, Jorge Luis c. Ejército Argentino s. Daños y perjuicios"** (sentencia del 27/11/12, R.401.XLIII), en la cual se dijo que en el control *ex officio* de convencionalidad, *"los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solo el tratado, sino la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina del 29 de noviembre de 2011)"* entre otras.

Hablo de control de convencionalidad –en atención a la aludida violación entre otros, de los arts. 21 y 24 de la CADH-, porque *"de comprobar el juez local en un proceso sometido a su decisión la incompatibilidad de una norma interna de cualquier rango, tanto con la letra de la Convención como con la interpretación realizada por la Corte Interamericana, debe ex officio declararla "inconvencional" y abstenerse de aplicarla a los fines de asegurar el "efecto útil" de la carta internacional. De lo contrario se comprometería la responsabilidad internacional del estado"* (Monterisi Ricardo, "El derecho al recurso como garantía constitucional en el proceso civil", en La Ley on line-marzo de 2011; CIDH, "Caso Almonacid Arellano y ot. vs. Chile", 26-11-2006, Serie C, N°154, párraf. 124; "Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", 24-11-2006, Serie C, N°158, párraf. 128).

Y, tal como lo ha expuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *la garantía de estas normas convencionales no sólo se aplica a los derechos reconocidos por la Convención sino*



también a aquellos que estén reconocidos por la Constitución y la ley.
(conf. reseña efectuada en los puntos 50 a 52 de la sentencia dictada el caso “Cantos vs. Argentina” del 28 de noviembre de 2002)

Al efectuar tal tarea de confronte, no advierto que la ley de bien de familia 14.394 vulnere los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales ni en la Carta Magna. La garantía del art. 14 bis de la Constitución Nacional importa una obligación de fuente constitucional y convencional consistente en desarrollar políticas públicas que posibiliten el acceso a la vivienda digna, pero de ella no se puede inferir la necesidad de que su inembargabilidad o inejecutabilidad sea automática (art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 6 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica; art. 14 inc h de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

Es que la tutela de instrumentos internacionales apunta a proteger a la familia, obligando a que los Estados aseguren el acceso a la vivienda digna y adecuada, lo cual no impone la conservación del derecho de propiedad del techo familiar, aunque nada quita que puedan hacerlo.

La obligación asumida por el Estado se resume en el diseño de políticas públicas de desarrollo habitacional, que puede promoverse a través de viviendas sociales dadas en comodato o alquiler por el Estado, promoción de cooperativas o subsidios para alquileres, tal como lo explica María Angélica Gelli (“Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada” tºI p.226, 4ta edición ampliada y actualizada, Edit. La Ley, 2011) lo cual no supone, *per se*, garantizar el derecho de propiedad privada.



Este el alcance que la Corte Nacional le ha dado a la garantía de la vivienda digna analizada tanto en el plano constitucional como en el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en la sentencia dictada en la causa “*Q.C.Y. c. Gobierno de la Ciudad s. amparo*” en la que ordenó al demandado a: 1) intervenir con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar a que el hijo de la actora (que sufre una encefalopatía crónica no evolutiva) disponga de la atención y el cuidado que su estado requiera y 2) garantizar a la actora – aún en forma no definitiva- un alojamiento en condiciones edilicias adecuadas a la patología del niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación excepcional de necesidad planteada (causa Q 64 XLVI sentencia del 24/04/2012)

Explica Pablo Manili que, al analizar la tutela legal de la vivienda de la familia, es preciso distinguir el “acceso” a la misma y su “protección”. El primero apunta a facilitar la consecución de una vivienda, mientras que el segundo, a asegurar la ya conseguida. (“Bien de Familia”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2011-1, “Bien de familia” p. 38, Ed. Rubinzal Culzoni)

Para este autor se trata de un mismo derecho, aunque considerado en dos momentos diferentes y la primera faz alude a la obligación asumida por el Estado, sujeto a la cláusula del artículo 2.1 del PIDESC, según el cual los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios



apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos.

En cambio, para el segundo de los aspectos, continúa diciendo que *“es muy sencillo garantizar en los hechos, dado que se trata de crear una red de protección en torno a la vivienda ya adquirida por una familia o un miembro de ella, por lo cual alcanza con el dictado de una ley que regule los pormenores de esa protección, de acuerdo al margen de apreciación nacional que cada Estado posee en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de acuerdo al alcance que quiera darle a esa protección: inembargabilidad, inejecutabilidad, disponibilidad, etcétera”* (la letra negrita no es de origen)

La promoción de la vivienda y el derecho consagrado en los instrumentos internacionales de rango constitucional (art. 75 inc 22 CN), admiten para su protección y concreción, entre otros, el recurso de la inembargabilidad e inejecutabilidad. Nuestro país cumple con la exigencia internacional, estableciéndolo a través de un mecanismo que se genera a través de una petición del particular regulada por una ley nacional, de acuerdo al régimen constitucional de reparto de competencia.

Idéntico criterio sostiene Emilio Ibarlucía y agrega que si bien en nuestro país los Estados Provinciales pueden mejorar el “piso” de garantías y derechos individuales y colectivos contenidos en la Constitución Nacional, ensanchándolos frente a sí mismos, ello de manera alguna supone que puedan crear obligaciones a los ciudadanos fuera de las contempladas por las normas dictadas por el



órgano federal competente (“El debate constitucional acerca de la inembargabilidad de la vivienda única”, La ley Córdoba 2002, p. 1391/1402)

Dice Ibarlucía: *“Con la inembargabilidad de la “vivienda única” ocurre exactamente lo mismo. Los Estados provinciales pueden obligarse constitucionalmente a brindar una vivienda digna a todos sus habitantes, o a asegurarles un “techo”, para lo cual deberán tomar las previsiones presupuestarias necesarias (recursos, ahorros de gastos en otras áreas del estado, etc), crear organismos al efecto (v.g. Institutos de Vivienda), atribuir planes sociales, otorgar líneas de crédito a largo plazo y baja tasa de interés, fomentar el cooperativismo y mutualismo de la vivienda, etc. Pero lo que no pueden hacer es pretender el logro de esos fines en desmedro de los legítimos derechos de otros ciudadanos. Impedir que un particular cobre un crédito reconocido judicialmente es imponerle una carga, o una obligación”...*. Impedir, entonces, a un legítimo acreedor embargar y ejecutar un bien del patrimonio de su deudor implica un menoscabo de su derecho de propiedad (surgido de un contrato, de un reconocimiento legal o de una sentencia judicial), que de ninguna manera pueden las provincias establecer” (artículo mencionado p.1397)

4. Por todo lo expuesto, en la medida que el sistema de inembargabilidad e inejecutabilidad “automática” o de inmunidad de la vivienda única que prevé la ley impugnada difiere del “voluntario” contenido en la ley nacional de bien de familia y que ésta, a su vez, cumple con los estándares de la Carta Magna y de los instrumentos internacionales, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley provincial 14.432.



Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Loustaunau dijo:

De acuerdo al modo en que ha quedado resuelta la cuestión anterior, corresponde dejar sin efecto la resolución apelada, declarando al caso la inconstitucionalidad de la ley provincial 14.432. Las costas deben imponerse en el orden causado, teniendo en cuenta que se trata de una cuestión novedosa de derecho (art.68 2do. Párrafo del CPC)

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente

S E N T E N C I A

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: I: Revocar la sentencia de fs. 340 y declarando al caso la inconstitucionalidad de la ley provincial 14.432; II: Imponer las costas en el orden causado, teniendo en cuenta que se trata de una cuestión novedosa de derecho (art.68 2do. Párrafo del CPC); III. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 dec-ley 8904). REGISTRESE y NOTIFÍQUESE personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). DEVUÉLVASE.



ROBERTO J. LOUSTAUNAU

RICARDO MONTERISI

Alexis A. Ferrairone
Secretario