

Título: **Medida precauteladora contra el procedimiento administrativo de ejecución hipotecaria del Banco de la Provincia de Buenos Aires**

Autores: Cabral, Pablo O. - Rivas, Leopoldo

Publicado en: SJASJA 5/5/2004; JAJA 2004-II-578;

Cita Online: 0003/010510

#### SUMARIO:

I. El caso.- II. La normativa que sustenta el actuar del Banco de la Provincia de Buenos Aires.- III. Los derechos constitucionales afectados.- IV. La división de poderes y el control judicial de la Administración Pública.- V. La decisión del tribunal.- VI. Conclusiones

#### I. EL CASO

La causa tiene su inicio en la demanda de inconstitucionalidad entablada por Héctor Bravo y Graciela Bravo, dos hermanos que, con el patrocinio de un abogado de la Defensoría Ciudadana de la Municipalidad de La Plata, solicitan al supremo tribunal provincial que declare la inconstitucionalidad de los arts. 65, 71 y 75 de la Carta Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires, en tanto habilitan a dicho banco a realizar subastas de inmuebles afectados en garantía hipotecaria, a hacer efectivo el desapoderamiento de los inmuebles y realizar allanamientos, todo ello sin intervención del Poder Judicial.

Asimismo, solicitaron medida cautelar de no innovar a efectos de lograr la suspensión del procedimiento de subasta hasta tanto se resuelve en definitiva la inconstitucionalidad planteada, teniendo en vista la urgencia dada por la fecha inminente de realización del acto de remate.

#### II. LA NORMATIVA QUE SUSTENTA EL ACTUAR DEL BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

La Carta Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires fue dictada durante el último gobierno de facto mediante decreto ley 9434/1979 (t.o. por decreto 9166/1988 [LA 1987-A-753]) y contiene normas que pretenden la total exclusión del control del Poder Judicial sobre el accionar de dicha entidad bancaria estatal.

Es por ello que la actora solicita mediante la interposición de la acción de inconstitucionalidad que se declare que los arts. 65, 71 y 75 de dicha Carta Orgánica son contrarios a las disposiciones de nuestras Cartas Magnas local (LA 1994-C-3809) y Nacional (LA 1995-A026). Estas normas contienen un procedimiento administrativo de ejecución hipotecaria que excluye toda intervención judicial.

El art. 65 decreto ley 9434 establece que: "En todos los casos en que el banco tenga derecho a ordenar el remate del inmueble hipotecado procederá a ello por sí, sin forma alguna de juicio, al mayor postor y con base de la deuda por todo concepto...".

El art. 71, a su vez, establece el allanamiento de morada y desalojo por la autoridad bancaria con el solo auxilio de la fuerza pública y sin mediar orden alguna de juez competente.

Por último, el art. 75 decreto ley 9434 dispone que: "Los jueces bajo ningún motivo podrán suspender o trabar el procedimiento del banco para la venta en remate de los inmuebles hipotecados, a menos que se trate de tercerías de dominio, ni acordar término al deudor, ni detener por oposición de un tercero la percepción del crédito del banco".

#### III. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS

En su presentación los actores alegan la violación del derecho a defensa en juicio garantizado por el art. 18 CN. ("...es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos") y protegido bajo el concepto más abarcador de tutela judicial continua y efectiva en el art. 15 Const. Bs. As.

La facultad del Banco de la Provincia de Buenos Aires de ingresar al domicilio de los deudores establecida en el art. 71 de la Carta Orgánica afecta la inviolabilidad del domicilio garantizada en las Cartas Magnas Federal (1) y local (2).

Se vulneran además los llamados derechos sociales, tutelados en el art. 36 incs. 1 y 7 Const. prov. (3), que expresamente se refieren a la protección de la familia como núcleo primario y fundamental de la sociedad y la protección de la vivienda única.

#### IV. LA DIVISIÓN DE PODERES Y EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Desde el plano institucional, el principio de división de poderes es, por antonomasia, la técnica más eficaz de control que se encuentra disponible en los países de occidente. Este principio rector de nuestra organización jurídica se originó en los pensadores prerrevolucionarios que a fines del siglo XVIII buscaron racionalizar el gobierno y limitar las facultades absolutas del monarca (4). Luego fue el derecho constitucional en su devenir

histórico quien tuvo la misión de instrumentar los medios para hacer efectivo ese control del poder.

Afirma Carl Schmitt que la división de poderes es: "...la garantía orgánica contra el abuso del poder del Estado... Allí donde no se ha introducido o donde se ha suprimido domina eo ipso, según esta concepción, el despotismo, el absolutismo, la dictadura" (5).

Fueron los propios revolucionarios franceses quienes al alcanzar el poder, y por la desconfianza que los jueces del antiguo régimen les generaban, dispusieron en la ley 16/24 de agosto de 1790 que: "Las funciones judiciales están y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos, ni emplazar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones" (6). Esta idea fue expuesta nuevamente, cinco años más tarde, en el decreto del 16 fructidor del año III (3/9/1795). Esta particular concepción del principio de división de poderes dio origen al régimen administrativo francés.

En nuestro país es el Poder Judicial el encargado de revisar la legitimidad de la actuación administrativa del Estado y controlar la constitucionalidad de las leyes, asegurando con dicha actividad el derecho de los ciudadanos de acceder a la justicia (7). Inés D'Argenio ha expresado con acierto que: "...la Constitución Nacional no establece la separación de poderes por la mera preservación del ejercicio de un poder respecto de otro, sino en función de la declaración de derechos y garantías contenidas en su primera parte y como aseguramiento de ellos" (8).

Por su parte, el art. 15 de la Carta Magna local asegura a la ciudadanía expresamente la tutela judicial continua y efectiva y el acceso irrestricto a la justicia.

Es por ello que normas como las establecidas en la Carta Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires que, al igual que los revolucionarios franceses, pretenden excluir del control judicial el accionar de la Administración alteran nuestras instituciones democráticas, violando la Constitución y degradando nuestro Estado de Derecho.

## VI. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires adopta un criterio novedoso en torno a la solución temporal del caso, suspendiendo el acto de remate hasta tanto se produzca el informe del banco demandado sobre la situación del crédito hipotecario contratado por los accionantes y los motivos de la resolución que ordena el remate de la vivienda. Contestado dicho informe, la Corte se expedirá respecto de la medida cautelar solicitada.

Tal suspensión se ordena como una medida cautelar distinta de la peticionada (denominada precautelar), aunque con los efectos deseados por los solicitantes, dejando así sin efecto lo dispuesto en el art. 75 de la citada Carta Orgánica.

Cita el tribunal como antecedente del citado fallo el decisorio "Consortio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca", causa B 66578, donde se arriba a una solución precautelar similar a la apuntada (9).

## VII. CONCLUSIONES

La resolución adoptada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires hace a la tutela efectiva del derecho de peticionar justicia, ordenando con celeridad la suspensión del remate en pos de preservar adecuadamente los derechos de los deudores, atento a que la sentencia definitiva en la causa podría diluirse por haberse consumado el procedimiento cuestionado.

En esta causa el tribunal permite que el sistema cautelar le otorgue eficacia al posterior control judicial sobre la constitucionalidad de las normas en que fundó su accionar el Banco de la Provincia de Buenos Aires (10).

Cerramos la presente nota con las enseñanzas de Alejandro Nieto, quien ha expresado que: "La verdadera frontera entre un sistema democrático y un sistema dictatorial -tanto político como jurídico- no está en la amplitud de las funciones administrativas, puesto que en ambos casos son -y deben ser- desmesuradas en la sociedad presente, sino más bien en la posibilidad de su control. Un control jurisdiccional, tan amplio como sea posible de la Administración es, como se sabe, una de las claves imprescindibles del Estado de Derecho" (11).

## NOTAS:

(1) Art. 18 CN.: "El domicilio es inviolable... y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación..." (LA 1994-B-1587).

(2) Art. 24 Const. Bs. As.: "El domicilio de una persona no podrá ser allanado sino por orden escrita de juez o de las autoridades municipales encargadas de vigilar la ejecución de los reglamentos de salubridad pública y a este solo objeto" (LA 1994-C-3809).

(3) Art. 36 inc. 1 Const. Bs. As.: "La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. La provincia establecerá políticas que procuren su fortalecimiento y protección moral y material..."; y art. 36 inc. 7: "La provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia..." (LA 1994-C-3809).

(4) Ampliar en García de Enterría, Eduardo, "Revolución Francesa y administración contemporánea", 1994, Madrid, Ed. Civitas.

(5) Schmitt, Carl, "Teoría de la Constitución", 1982, Madrid, Ed. Alianza, p. 60.

(6) Ampliar en Tawil, Guido S., "Administración y justicia", t. 1, 1993, Ed. Depalma, p. 52.

(7) Fayt, Carlos, "La supremacía judicial y la independencia de los jueces", 1994, Ed. Ediciones Depalma.

(8) D'Argenio, Inés, "La justicia administrativa en Argentina. Situación actual. Necesidad de su adaptación a nuestro sistema institucional", 2003, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, p. 90.

(9) Ver comentario al fallo del profesor Botassi, Carlos A., "Un cambio sustancial en el proceso administrativo bonaerense", JA 2002-IV-69 .

(10) Vallefín, Carlos A., "Protección cautelar frente al Estado", 2003, Ed. Abeledo-Perrot.

(11) Nieto, Alejandro, "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso administrativo", Madrid, Revista de Administración Pública (RAP.), p. 78, n. 37.