

La protección a los deudores hipotecarios: soluciones e interrogantes en la ley israelí

por

PABLO LERNER

Abogado (Universidad de Buenos Aires)

Doctor en Derecho (Universidad de Jerusalén)

Profesor en el Academic Center of Law and Business (Ramat Gan, Israel)

SUMARIO

PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO.

I. LA HIPOTECA Y LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA.

II. EL EMBARGO DE LA VIVIENDA DEL DEUDOR:

1. LA EJECUCIÓN DE LAS DEUDAS EN ISRAEL.
2. SOBRE LOS BIENES INEMBARGABLES.
3. EL CASO PARTICULAR DEL EMBARGO Y EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA:
 - i) Arreglo habitacional alternativo (*sidur jalufi*).
 - ii) Arrendatario protegido (*daiar mugan*).

III. EVOLUCIÓN DE LA DEFENSA A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS EN ISRAEL:

1. PROTECCIÓN A LOS GARANTES HIPOTECARIOS.
2. LIMITACIÓN A LA INICIACIÓN DEL PROCESO DE EJECUCIÓN.

IV. SOLUCIÓN HABITACIONAL PARA EL DEUDOR HIPOTECARIO.

V. INTERPRETACIÓN DE LA RENUNCIA A LA ACOMODACIÓN ALTERNATIVA.

VI. LA REFORMA A LA LEY DE EJECUCIONES: ACOMODACIÓN ALTERNATIVA «PARA TODOS».

VII. LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA DEL DEUDOR.

VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES (TENTATIVAS) SOBRE LA REFORMA.

IX. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN.

BIBLIOGRAFÍA.

PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO¹

El Derecho Hipotecario y más precisamente la protección del deudor han dejado de ser una cuestión técnica para pasar a ser un motivo central en el derecho del consumidor y en el análisis de los derechos sociales, tema que interesa en todas partes del mundo. De ahí la importancia del enfoque comparativo. Desde ya que, como en otros temas, la comparación en cuestiones hipotecarias no puede obviar las diferencias económicas entre los distintos países y las condiciones en las que trabaja el sistema financiero. De ahí que no planteo que haya que adoptar las soluciones de Israel. Pero sí es interesante tener en cuenta ciertos puntos que no están en otros sistemas y que han sido adoptados por el derecho israelí.

Cuando hablamos de mercado hipotecario, habitualmente pensamos en términos de créditos, intereses y condiciones de evolución. Sin embargo, no menos importante es también entender cuál es el marco de protección que el deudor hipotecario tiene en el caso que el crédito no sea reembolsado y el deudor pueda perder la vivienda.

Como nota previa, me parece importante señalar que este trabajo se centra en la protección del deudor hipotecario para el caso de incumplimiento del contrato. No trato aquí una cuestión cercana: la situación de quien ha comprado una vivienda —generalmente en construcción— cuyo vendedor no cumple con el contrato sin haber garantizado suficientemente los derechos del comprador. Este tema tiene aristas muy interesantes en el Derecho israelí², pero no está ligado a los temas que trataré en este trabajo.

Este artículo se concentra en los derechos del acreedor hipotecario, que está bajo un régimen distinto del deudor común. Así y todo, es necesario encuadrar el tema dentro del contexto más general de protección de la vivienda en caso de no pago de deudas no hipotecarias, y por ello dedico una parte del artículo a explicar qué defensas tienen tales deudores en caso de ejecución o de quiebra. Comienzo el artículo con una referencia al significado del crédito hipotecario. La sección II trata en general sobre los bienes inembargables en el Derecho israelí.

¹ La traducción del hebreo al español del nombre de las leyes o del texto de los artículos citados a lo largo de este trabajo ha sido hecha por el autor y no constituye una traducción oficial. La jurisprudencia citada (en hebreo) puede ser encontrada en el sitio <www.nevo.co.il>.

² Tema regulado por la Ley de Ventas de Viviendas (Aseguramiento de la Inversión del Comprador) (1974).

A continuación me centraré en el tema de la ejecución hipotecaria. Al referirme a la protección de los deudores reseñaré tres disposiciones centrales en la materia: la Ley de Garantías, que acuerda protección a los garantes de hipotecas; el artículo 81(b) de la Ley de Ejecuciones, que establece una serie de recaudos contra una apertura intempestiva del proceso de ejecución; y la tercera es el artículo 38(c) de la Ley de Ejecuciones, que concede defensas al deudor hipotecario para el caso de no pago de la hipoteca. Divido esa sección en dos partes: la jurisprudencia anterior a la reforma de la Ley de Ejecuciones³ y el análisis de la reforma que establece un particular marco de acomodación alternativo para el deudor hipotecario.

El trabajo finaliza con ciertas consideraciones sobre la probable influencia de esta normativa en el mercado hipotecario.

I. LA HIPOTECA Y LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA

Es superfluo señalar la importancia de la vivienda para la persona y para la familia desde el punto de vista social, económico e incluso psicológico⁴.

En una sociedad como la israelí, en la que gran parte de la gente aspira a su vivienda propia, la hipoteca se destaca como un camino casi obligatorio. La cuestión está ligada a tendencias del mercado: cuanto mayor es el acceso al crédito hipotecario, desde ya que existen mayores probabilidades de que mayor cantidad de deudores no paguen. En mercados en los que el crédito hipotecario es más selectivo (por ejemplo, sólo para clientes de altos recursos), desde ya que los riesgos son menores. Pero podemos entrar en un círculo vicioso: si es tan difícil obtener un crédito hipotecario, ¿cómo se financia la vivienda?

Alquilar es ciertamente una opción, pero los alquileres caros y la incomodidad inherente a no ser propietario (incluido el hecho de que es necesario de tanto en tanto cambiar de vivienda) no la hacen una opción particularmente atractiva, sobre todo para una familia. El sistema de vivienda pública, subsidiada por el Estado, es bastante precario y sólo alcanza a quienes están en serias dificultades económicas o de salud, y no es viable para la mayoría de la población, desde ya no para el segmento social que podríamos definir como «clase media». Entonces, entrar en el pago de una hipoteca aparece como un camino razonable para tener un techo. Pero no siempre la transacción termina exitosamente.

³ Reforma número 29 a la Ley de Ejecuciones (1967). La ley fue publicada el 16-11-2008 (Anales de Legislación 2188) pero entró en vigencia seis meses después (mayo de 2009). En adelante me referiré a la misma como la «reforma de 2009».

⁴ BARROS B. (2009), «Legal Questions for the Psychology of Home», en *Tulane Law Rev.*, vol. 83, págs. 645, 656; MORGAN J. (2007), *Aspects of Housing Law*, London: Routledge-Cavendish, pág. 8; RADIN M. (1982), «Property and Personhood», en *Stanford Law Rev.*, vol. 34, pág. 957.

El crédito hipotecario tiene características particulares: se trata de un crédito a muy largo plazo, entre dos partes totalmente desiguales (el banco⁵ y el deudor hipotecario). Desde el punto de vista contractual, hay una diferencia no sólo en el poderío económico de ambos, sino en su posibilidad tanto de absorber riesgos como de tener información sobre las condiciones del mercado y sobre los cambios que pueden acontecer.

Estudios realizados demuestran que muchos de los deudores son demasiado optimistas y asumen riesgos por encima de sus posibilidades⁶. Aun aquellos que son cuidadosos y miden los riesgos, ciertamente no pueden prever cómo evolucionará la situación en diez o quince años, cuando todavía estén debiendo la hipoteca. Cambios en el mercado, crisis económicas profundas o cuestiones personales no previstas (despido, enfermedad, desencuentros matrimoniales que conducen al divorcio) pueden poner en serio peligro la capacidad de un deudor de seguir pagando la hipoteca y llevar a la venta forzada del inmueble. Así, el crédito hipotecario puede desembocar en un problema para quienes, no pudiendo pagar la hipoteca, pierden sus ahorros y también la vivienda.

Antes de referirme específicamente al tema de la ejecución hipotecaria, haré algunas acotaciones con respecto a la cuestión de la inembargabilidad de los bienes del deudor.

II. EL EMBARGO DE LA VIVIENDA DEL DEUDOR

1. LA EJECUCIÓN DE LAS DEUDAS EN ISRAEL

A mero título informativo para aquellos que no conocen el sistema de ejecución en Israel, señalaré algunos de sus principios.

En el Derecho israelí existen dos mecanismos centrales de ejecución de obligaciones: la Ley de Ejecuciones⁷ y la Ordenanza de Quiebras⁸. Las ejecuciones son realizadas por las Oficinas de Ejecución que funcionan anexas a los

⁵ En Israel parte de la hipoteca es otorgada por el Ministerio de la Construcción a través del sistema bancario. Teóricamente esta parte de la hipoteca es «subsidiada» por el estado (de acuerdo a distintos criterios del deudor, tales como edad, servicio militar, número de hijos, zona en la que se encuentra la vivienda a comprar, etc.) y el interés a pagar es menor. En los hechos, las diferencias de interés entre la parte subsidiada y la parte que se recibe directamente del banco no son muy grandes. De todos modos, estas distinciones no son relevantes a los efectos del análisis que hacemos en este trabajo.

⁶ HARRIS R., ALBIN E. (2006), «Bankruptcy Policy in Light of Manipulation in Credit Advertising», en *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 7, pág. 431 (volveré a ocuparme del tema de los riesgos en el cap. VIII).

⁷ Sancionada en 1967.

⁸ El texto originario fue sancionado durante el mandato británico. El texto nuevo y reordenado es del año 1980.

tribunales de primera instancia. Los procesos de quiebras se sustancian en los tribunales de distrito⁹. La oficina de ejecución se ocupa de ejecutar sentencias (de distintos tribunales y de distintas instancias), títulos de créditos (letras de cambio y cheques), promesas de pago por escrito (hasta una suma determinada)¹⁰ y prendas e hipotecas.

En cuestiones de ejecución (a diferencia de los procesos de quiebra) no hay cuestiones de competencia territorial y el legajo de ejecución puede ser abierto en cualquier oficina, sin relación con la competencia territorial que rigió al juicio¹¹. Al frente de la oficina de ejecución se encuentra el oficial de ejecución¹², quien a pesar de ejercer funciones judiciales no tiene nombramiento formal de juez¹³.

En el caso de una prenda (sobre muebles) o una hipoteca (sobre inmuebles), si el deudor no cumple los términos del contrato (generalmente incumplimiento de pago), basta con presentar una solicitud de ejecución; el acreedor no necesita presentar una demanda y obtener una sentencia, sino que puede iniciar la ejecución directamente en cualquier oficina de ejecución¹⁴. Para ello es necesario que la hipoteca (o la prenda) haya sido registrada en el correspondiente Registro de la Propiedad¹⁵. Generalmente el oficial de ejecución nombrará al abogado del acreedor para que se ocupe de la ejecución del bien y él se desempeñará como liquidador del mismo¹⁶. En el proceso de ejecución de hipotecas o prendas el deudor no puede ofrecer otra defensa que la de pago (que de todos modos es una defensa bastante amplia, pues incluye en los hechos los diversos casos de cumplimiento de la obligación)¹⁷. Si el deudor tiene otras defensas substanciales (por ejemplo, si sostiene que hubo fraude por parte del acreedor), éstas deben ser presentadas en un proceso especial ante los tribunales competentes y no ante el oficial de ejecución.

⁹ La insolvencia del deudor lleva a un procedimiento colectivo de liquidación de bienes, sea por iniciativa del mismo deudor, sea a consecuencia del pedido de uno o más acreedores.

¹⁰ Aproximadamente unos 13.000 US\$. De acuerdo a la ley de ejecuciones, estas promesas de pago reciben un régimen algo similar a la ejecución de un título de crédito. Si el deudor se opone a la ejecución, el juicio es derivado al juez competente.

¹¹ BAR OFIR, D. (2011), *Juicio ejecutivo, teoría y práctica*, 7.ª ed., Tel Aviv: Ginossar (en hebreo), *passim*.

¹² Traducción que doy al término *rasham hotzahah lepoal*.

¹³ La última reforma a la ley de ejecuciones ha disminuido todavía más el estatus jurídico de los oficiales de ejecución, ya que están ahora bajo la órbita de la Autoridad de Ejecución y Cobro y no de la Administración de los Tribunales.

¹⁴ En Israel no hay necesidad de respetar una determinada competencia territorial: el acreedor puede presentar la solicitud de ejecución en cualquiera de las oficinas de ejecución que se encuentran en el país, aunque el inmueble se encuentre en otra ciudad y ni el deudor ni el acreedor tengan residencia en la ciudad o distrito de esa oficina.

¹⁵ Ley de Prenda (1967), artículo 17 (2).

¹⁶ Lo que se denomina en hebreo *kones nejasim*, traducción no literal del término inglés *receiver*.

¹⁷ Artículo 19 de la Ley de Ejecuciones. Véase BAR OPHIR, *op. cit.*, págs. 265 y sigs.

En el caso de que la venta del bien hipotecado sea llevada a cabo durante una quiebra, la misma será realizada separadamente de los bienes restantes y, tal como sucede en distintos sistemas jurídicos, el acreedor hipotecario cobrará independientemente de los acreedores quirografarios y sin competir con ellos, en el reparto de la masa de bienes del deudor¹⁸.

2. SOBRE LOS BIENES INEMBARGABLES¹⁹

En líneas generales, todos los sistemas jurídicos reconocen una cierta lista de bienes que están excluidos de la ejecución²⁰. Ya en la misma Biblia encontramos claras referencias a la necesidad de un cierto grado de protección al deudor²¹. En épocas más modernas, cuando la ejecución pasó de la ejecución personal (prisión)²² a la ejecución real (ejecución de bienes), se planteó el límite de esta ejecución asumiendo que el deudor debe en todo caso retener un cierto número de bienes indispensables²³.

¹⁸ Sin embargo, el síndico de la quiebra está autorizado a inspeccionar el bien antes de que el acreedor prendario o hipotecario disponga su venta. Ordenanza de Quiebras, artículo 129.

¹⁹ A los efectos de simplificar el tratamiento del tema, me refiero a bienes inembargables como aquellos que no pueden ser objeto de embargo en procesos de ejecución o aquellos que están fuera del alcance del síndico de la quiebra.

²⁰ Véase, por ejemplo, entre otros, BROWN, J. (2010), *Judgment Enforcement*, 3.^a ed., Austin: Wolter Kluwer, *passim*; FLETCHER, I. (2009), *The Law of Insolvency*, 4.^a ed., London: Sweet and Maxwell, págs. 261 y sigs.; JASPERS, M. (2000), *The Law of Attachment and Garnishment*, New York: Oceana, pág. 85; ATENCIO, J., GRANDE, M. (2006), *Tratado jurisprudencial del embargo*, Rosario (Arg.): Juris, págs. 131 y sigs.; PERROT, R., THERRY, Ph. (2005), *Procédure Civile d'Exécution*, París: Dalloz, 2.^a ed., pág. 205; ROY RYDEN, A. (1975), «Coercitive Collection and Exempt Property in Texas: A Debtor's Paradise or a Living Hell?», en *Houston Law Review*, vol. 13, pág. 84; AHERN III L. (2005), «Homestead and Other Exemptions Under the Bankruptcy Abuse Prevention Act and Consumer Protection Act: Observations on "Asset Protection" After 2005», en *Amer. Bank. Inst. Law Review*, vol. 13, págs. 585, 595. En hebreo puede consultarse LERNER, P. (2013), *Bienes inembargables*, Tel Aviv: Bursi, *passim*.

²¹ En el Antiguo Testamento encontramos diversos preceptos sociales referidos a la protección de los deudores. Por ejemplo, leemos: «No tomarás en prenda el molino ni la muela del molino; porque sería tomar en prenda la vida del hombre [...] Cuando entregares a tu prójimo alguna cosa prestada, no entrarás en su casa para tomarle prenda. Te quedarás fuera, y el hombre a quien prestaste te sacará la prenda. Y si el hombre fuere pobre, no te acosarás reteniendo su prenda. Sin falta le devolverás la prenda cuando el sol se ponga [...]». *Deuteronomio* 24: 6, 10 y sigs.

²² Al momento de escribir este trabajo, la prisión por deudas está suspendida en Israel (salvo para el caso de alimentos, en que se puede pedir una orden de arresto de hasta veintidós días). Hasta la reforma de 2009 era posible poner en prisión al deudor por periodos de siete días y hasta un máximo de treinta. Véase también nota 59.

²³ LERNER, P. (2011), «La caracterización de los bienes inembargables», en *Alei Mishpat*, vol. 9, pág. 479 (en hebreo).

A partir del siglo XIX y sobre todo en el siglo XX empieza a desarrollarse un concepto más amplio sobre la inembargabilidad. La misma no sólo parece ligada a la necesidad de proteger valores esenciales del deudor, sino también como un medio de servir el interés del acreedor de cobrar su dinero. Es conveniente dejar al deudor un mínimo nivel de subsistencia para que no caiga en tal desazón y abandono que no le permitan la mínima interacción social requerida para trabajar. Así concebida, la inembargabilidad no sólo es una cuestión de respeto a la dignidad del deudor sino que está en buena medida ligada a una concepción utilitaria con respecto al acreedor: si el deudor queda en una situación de indigencia total, no podrá devolver las deudas.

Es dable distinguir entre bienes inembargables en forma absoluta y bienes inembargables en forma relativa: bienes inembargables en forma relativa son aquellos cuya inembargabilidad está limitada a cierta suma. Como en la mayoría de los sistemas jurídicos, la mayoría de los bienes inembargables en el derecho israelí son inembargables hasta determinada suma. Si el bien protegido excede esta suma, entonces es embargable²⁴. La idea es que la defensa del deudor está limitada a bienes indispensables y no a objetos que pueden presumirse como suntuarios. Por otro lado, si el bien tiene un valor muy pequeño no tiene sentido embargarlo y la ley israelí establece que con respecto a muebles de escaso valor (en términos de la ley israelí hasta 40 US\$) los mismos no serán embargados, aun cuando no estén en la lista de bienes inembargables detallada en la ley²⁵.

Dentro de la lista de los bienes inembargables en el Derecho israelí²⁶ encontramos productos alimenticios, vestimentas imprescindibles, mobiliario básico incluidos el lavarropas, el televisor y la computadora²⁷, e instrumentos o herramientas necesarios para que el deudor pueda desempeñar su oficio o industria. Si el deudor es una persona discapacitada, los accesorios necesarios

²⁴ La excepción es el caso de los animales domésticos, que no pueden ser embargados aunque se trate de animales caros. Artículo 22 (a 6) de la Ley de Ejecuciones.

²⁵ Artículo 22 (a 8) de la Ley de Ejecuciones. Asimismo el oficial de ejecuciones está autorizado a no ordenar el embargo si el mismo no tiene utilidad. Artículo 22 (e) de la Ley de Ejecuciones.

²⁶ Ley de Ejecuciones (1967), artículo 22. Comp. el Derecho alemán, artículo 811 ZPO, artículo 36 IO; en Grecia, artículo 953 del Código de Procedimiento. Véase YESSIOU FALTSI, P. (1995), *Civil Procedure in Hellas*, Atenas: Sakkoulas, págs. 411 y sigs. Con respecto a los bienes exentos en el Derecho inglés, véase FLETCHER, I. (2009), *The Law of Insolvency*, 4.ª ed., London, pág. 260. Sobre el tema en los EE.UU., véase BLUM, B. (2010), *Bankruptcy and Debtor/Creditor*, 5.ª ed, Austin, págs. 303 y sigs.

²⁷ Con respecto al embargo de la computadora, el Derecho israelí incluye dos marcos de protección. Por un lado, la computadora de un particular no puede ser sacada de su domicilio sino sólo después de haberle dado diez días al deudor para vaciar los datos que están incluidos en la memoria [art. 40 bis del Decreto sobre Ejecuciones (1979)]. Por el otro, la reforma de 2009 excluye de los bienes embargables a computadoras de hasta un precio de aproximadamente 250 \$.

por su incapacidad son inembargables²⁸. El salario (en cierta medida)²⁹ y las pensiones³⁰ están también protegidos.

3. EL CASO PARTICULAR DEL EMBARGO Y EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA

Dentro de la lista de bienes del deudor, su vivienda presenta características particulares. Se trata de un bien de mucho valor y en principio la vivienda no será embargada, y desde ya no será vendida, si no es por deudas de cierto monto³¹. En líneas generales, el deudor que llega a la venta de su vivienda es aquel sumido en serios problemas financieros.

Dado justamente su valor elevado, para un deudor acuciado por las deudas llegar a la venta de su casa puede ser una solución desesperada, pero a lo mejor la única alternativa para salir de su caos económico. Esto es particularmente cierto en procesos de quiebra donde el único bien que puede servir como base de una negociación entre el deudor y los acreedores es la vivienda: la realización de la vivienda es la carta con la que cuenta el deudor para recibir el descargo de sus deudas.

Desde el punto de vista comparativo, la protección a la vivienda muestra distintos regímenes. En algunos países no hay una protección específica a la vivienda³²; en otros, como en el caso de EE.UU., hay distintos niveles de pro-

²⁸ Artículo 22 (a 5) de la Ley de ejecuciones. En el caso del auto del discapacitado, la jurisprudencia ha decidido que también aquí la inembargabilidad rige sólo hasta cierto valor. Véase LERNER, P., «Bienes inembargables», *op. cit.*

²⁹ Ley de Protección al Salario (1958), artículo 8. En la ley israelí la suma protegida es la suma que puede recibir quien tiene derecho a la protección social conocida como «seguro de ingreso», la cual se calcula en función del promedio de salario nacional y varía de acuerdo a si el beneficiario está casado o no y si tiene hijos que están bajo su responsabilidad. En distintos sistemas jurídicos hay diferentes fórmulas para proteger al salario. En el Derecho alemán la ley establece una tabla escalonada de protección al salario que toma en consideración el tamaño de la familia del deudor. <<http://www.sozialleistungen.info/fin/schulden/pfaendungstabelle.html>> (última visita 23-6-2013).

Con respecto a las tablas en el derecho austríaco véase <http://www.justiz.gv.at/internet/fi/le/2c9484852308c2a60123ec387738064b.de.0/informationsbroschuere_fuer_arbeitgeber_als_drittschuldner_inkl_tabellen_012010.pdf> (última visita 24-5-2013).

En Francia se adopta un sistema progresivo según el cual cuanto mayor es la suma de ingreso del deudor, mayor es el porcentaje embargable: <<http://synthex.fr/cabinet-expertise-comptable/chiffres-utiles/social/fractions-saisissables-des-remunerations-chiffo07>> (última visita 23-6-2013).

³⁰ La legislación israelí contiene una serie de leyes que protegen del embargo a pensiones (de viudez, invalidez, etc.).

³¹ Salvo en el caso de hipoteca, donde tal como veremos una deuda relativamente pequeña puede llevar a la ejecución de la hipoteca.

³² Por ejemplo, en el caso del Derecho alemán.

tección a la vivienda —lo que allá es conocido como *homestead*—³³. En ciertos sistemas jurídicos se puede anotar el inmueble familiar como «bien de familia» y en ese caso no podrá ser ejecutado o vendido en la quiebra³⁴.

A diferencia de muebles o derechos creditorios que gozan de inembargabilidad, en Israel la vivienda puede ser embargada y consecuentemente vendida. Pero la ley fija una serie de protecciones al deudor para evitar que quede sin un techo, al menos durante un lapso determinado. Dos son los carriles de protección: la posibilidad de recibir «arreglo habitacional alternativo» o recibir el estatus de «arrendatario protegido»³⁵. A continuación me referiré a estos términos. A los efectos de poner en claro mi análisis, es necesario recalcar que primero me referiré a los deudores no hipotecarios, y en el capítulo IV comentaré la aplicación de estas defensas al deudor hipotecario.

i) Arreglo habitacional alternativo (*sidur jalufi*)³⁶

Establece el artículo 38 de la Ley de Ejecuciones:

- a) En el caso de que el inmueble embargado sirva en todo o en parte como vivienda del deudor, el oficial de ejecución está autorizado a ordenar que el inmueble no sea vendido si antes no comprueba que, a su entender, el deudor y su familia tendrán un lugar razonable donde vivir o cuentan con un arreglo habitacional alternativo³⁷.
- b) [...]

Una disposición similar encontramos en la Ley de Quiebras³⁸.

Se deriva de ellos entonces que, de acuerdo a la ley, la vivienda del deudor se venderá sólo si el deudor pueda tener una solución, al menos transitoria, al

³³ Véase, por ejemplo, RUPRECHT Ph., QUERARD, L. (2005), «Homestead Declarations in the Fifty States», en Alexander BOVE, ed., *Assets Protection Strategies*, ABA, vol. 1, pág. 177; KEMNER, M. (1991), «Personal Bankruptcy Discharge and the Myth of the Unchecked Homestead Exemption», en *Modern Law Rev.*, vol. 56, págs. 683, 685; COVENY, A. (2007), «Saying Goodbye to Texas's Homestead Protection: One Step Toward Economy Efficiency with the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005», en *Houston. Law Rev.*, vol. 4, págs. 433, 453; Blum, *op. cit.*, págs. 306 y sigs.

³⁴ Véase artículo 34 y sigs. de la Ley 14394 de Argentina, <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/100000-104999/103605/texact.htm>> (última visita 24-5-2013).

³⁵ Sobre este tema, puede verse LERNER P. (2011), «El derecho a arreglo acomodacional alternativo en el caso de hipoteca para vivienda», en *Hapraklit*, vol. 51, pág. 51 (en hebreo).

³⁶ La traducción puede no ser exacta pero refleja la idea: *sidur jalufi* debe ser traducido literalmente como «arreglo alternativo».

³⁷ La reforma número 29, a la que me referiré a continuación, cambió en algo este artículo y agregó el párrafo que establece que también puede desalojarse al deudor si tiene la capacidad económica de financiar su alojamiento después del desalojo.

³⁸ Artículo 86 de la Ordenanza de Quiebras.

problema habitacional surgido a causa de la venta de su casa. A esta solución la ley la llama «arreglo habitacional alternativo».

El artículo no es claro sobre el significado de la expresión «arreglo habitacional alternativo». No se indica qué es este arreglo, y si debe consistir en una vivienda o en una suma de dinero. Esta imprecisión creó cierta incoherencia en las decisiones de distintos oficiales de ejecución. En el *caso Nagola*³⁹ la Corte Suprema trató de dar algunos criterios para que los oficiales de ejecuciones puedan acordar el arreglo habitacional en forma más uniforme.

En los hechos, en el caso Nagola la Corte mezcló dos tipos de criterios, ambos muy importantes para resguardar los derechos del deudor: uno es la aplicación del principio de escalonamiento de la ejecución, es decir, no llegar a la venta de la vivienda del deudor si se pueden ejecutar bienes que causen menos perjuicio. Este es un criterio que existe en distintos sistemas de ejecución aun sin conexión directa al tema de la vivienda⁴⁰. El segundo grupo de criterios se aplica cuando no hay más remedio que vender la vivienda. La Corte subraya que el arreglo habitacional no implica forzosamente dar al deudor otra vivienda en lugar de la unidad vendida, sino una suma de dinero para que el deudor encuentre una solución temporaria o, si tiene otros recursos, pueda pensar en comprar otra casa. La cifra se determinará de acuerdo a ciertos criterios tales como el número de miembros de la familia, sus necesidades, posibilidad de contar con recursos extras, etc.

La Corte Suprema, en definitiva, elaboró una fórmula que le da al oficial de ejecuciones un amplio margen de discrecionalidad para determinar el tipo y alcance de acomodamiento alternativo. Aunque es difícil precisarlo, el arreglo habitacional alternativo que dan los oficiales de ejecución oscila entre tres y cinco años de alquiler, a criterio del oficial de ejecuciones.

ii) Arrendatario protegido (*daiar mugan*)

Una de las particularidades del Derecho israelí es que existe otro marco paralelo de defensa al deudor, el de «arrendatario protegido»⁴¹.

En Israel existe la Ley de Arrendamiento Protegido (*jok haganat hadaiar*), cuya vigencia data de la época del mandato británico. Como es sabido, en Europa o Latinoamérica durante la primera mitad del siglo XX fueron sancionadas leyes

³⁹ *Nagola v. Chazan*, Fallos de la Corte Suprema 50 (1) 338 (1996).

⁴⁰ Véase también el Derecho español: CREMADES, B., CABRIEDES E. (1989), *Litigating in Spain*, Madrid, Kluwer La Ley, pág. 357.

⁴¹ Véase REICHMAN U. (1983), «Necesidad de reforma legal: el paso de dueño de una vivienda a inquilino protegido», en *Yunei Mishpat*, vol. 9, pág. 121 (en hebreo); BEN PORAT, M. (1989), «Defensa legal de los derechos del dueño de la vivienda», M. ELON *et al.* (coords.), *In Memoriam Yzchak Kahan*, Jerusalem: Bursi, pág. 336 (en hebreo).

de prórrogas de locaciones o de congelamiento de alquileres. Similar legislación se adoptó en Palestina durante el mandato británico, debido a la escasez de viviendas, y tal legislación siguió en vigencia después del establecimiento del Estado de Israel (1948). Ese estatus de arrendatario protegido le permite al locatario no ser desalojado (salvo muy específicas circunstancias) y ocupar el bien pagando un alquiler muy pequeño.

En 1972 se ordenó el texto de la ley, estableciendo que no habrá nuevas prórrogas de contratos de locación y que sólo conservarán la categoría de arrendamiento protegido aquellos casos ya existentes. Desde entonces, para entrar como arrendatario protegido se debe pagar una abultada suma como valor llave, comprando del anterior inquilino este derecho. Sin embargo, existe otra forma de entrar en la categoría de «arrendatario protegido», que subsiste hasta hoy, sin que se trate de una prórroga del contrato de locación y sin pagar valor llave.

De acuerdo al artículo 33(a) de la Ley de Protección al Arrendatario, cuando el deudor pierde su vivienda en función de un juicio ejecutorio o proceso de quiebra, puede elegir permanecer en la vivienda como inquilino sujeto al régimen de arrendatario protegido. La vivienda será vendida con el deudor viviendo en ella⁴² y pagando mensualmente al dueño (es decir, a quien compró la vivienda) una suma de alquiler muy pequeña.

La pregunta es por qué quien no paga su deuda o está en quiebra debería quedar en la vivienda como arrendatario protegido, cuando esta condición impide vender la vivienda desocupada con el consecuente perjuicio a los acreedores. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han juzgado esta protección como excesiva. De por sí, la jurisprudencia ve como desfavorable todo el régimen del arrendamiento protegido, ya que es considerando una intervención desmedida en la libertad de contratación. De ahí que la jurisprudencia en el *caso Freminger*⁴³ haya restringido la aplicación de esta defensa del deudor a los casos en que la vivienda esté registrada en el Registro de la Propiedad⁴⁴ y en que el deudor esté efectivamente viviendo en la casa.

Me permito opinar que en el caso de la ejecución de sentencia, hay determinados casos en que la venta de la vivienda ocupada por el dueño anterior (es decir, el deudor) convertido ahora en inquilino protegido, puede ser una solución justa. Tomemos el caso de que la deuda sea de un 40 por 100 del

⁴² El comprar una vivienda que tiene un inquilino protegido, estará fundamentado por un interés en invertir. Se compra la vivienda con el inquilino. Si él abandona la vivienda (o es desalojado, como por ejemplo, en el caso de que no pague el correspondiente alquiler), el dueño se queda con un inmueble al que puede vender por un valor considerablemente mucho mayor que el que compró.

⁴³ Véase, *Freminger v. Mor*, Fallos de la Corte Suprema 50 (5) 111 (1996).

⁴⁴ Y no sólo en la compañía constructora y en la administración nacional de tierras. En Israel no todas las viviendas están registradas en el Registro de la Propiedad debido a que el catastro no está completo.

valor de la vivienda y el deudor no disponga de fondos para pagarla. Puede ser económicamente conveniente que la vivienda sea vendida como ocupada. El acreedor recibirá su parte; el deudor pagará su deuda y no tendrá problemas para buscar una nueva vivienda, continuando como inquilino protegido de quien compró la vivienda.

Resumiendo

En los hechos, a los efectos de proteger al deudor cuya vivienda es vendida, la ley israelí disminuye el precio que el acreedor (o el síndico de la quiebra) puede obtener por la realización del bien, sea porque se descuenta del mismo una suma destinada a acomodación alternativa, sea porque al venderse la vivienda ocupada, el precio de la realización será desde ya mucho menor que si la vivienda estuviese desocupada.

Los casos de ejecuciones de vivienda por deudas distintas de hipotecas no son muchos, y generalmente la cuestión aparece en el caso de una quiebra donde incluso a veces el mismo deudor puede estar interesado en finalizar el proceso de quiebra y recibir el descargo mediante la venta de su casa.

Pasaré ahora a centrarme en las deudas hipotecarias.

III. EVOLUCIÓN DE LA DEFENSA A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS EN ISRAEL

A lo largo de los años se han legislado en Israel una serie de regulaciones en lo referido a la ejecución de hipotecas destinadas a la vivienda. Tres han sido las más importantes reformas:

- Limitación a la ejecución de los garantes de un deudor hipotecario.
- Restricciones al inicio del trámite de liquidación de la hipoteca y a la realización del bien.
- Otorgamiento del beneficio de recibir dieciocho meses de alquiler para el deudor desalojado a consecuencia de la realización de la hipoteca.

Toda esta normativa avanza en un mismo sentido: dar a la parte más débil en el contrato de hipoteca defensas contra el sistema bancario, del que se espera que asuma la mayor porción del riesgo.

1. PROTECCIÓN A LOS GARANTES HIPOTECARIOS

Durante muchos años era una práctica aceptada en Israel que el crédito hipotecario se concedía contra la firma de cinco garantes. Cuando el deudor no cumplía con su obligación, el banco prefería no ejecutar la vivienda y en cambio proceder contra los garantes. Esto se debía a que la Ley de Garantía sancionada en 1967 estaba estructurada sobre un régimen de beneficio de exclusión sumamente flexible: después de reclamada la deuda al deudor principal (bastando simplemente una carta al respecto)⁴⁵, el acreedor quedaba libre de proceder contra los garantes. Es verdad que, de acuerdo al principio de subrogación, los garantes podrían emprender las acciones legales contra el deudor, pero esto en los hechos no era muy común: el deudor se quedaba en la vivienda y los garantes tenían que pagar la deuda.

Esta situación fue corregida por la reforma a la Ley de Garantías de 1992 (complementada por la reforma de 1995)⁴⁶ que estableció, entre otras cosas, que en el caso de préstamos hipotecarios para vivienda (hasta una suma determinada)⁴⁷, el acreedor no procederá contra los garantes sino después de haber agotado las vías ejecutivas pertinentes, es decir solamente después de haber realizado la vivienda, o de demostrar que no existe posibilidad real de hacerlo.

Esta reforma trajo como consecuencia no sólo que el sistema bancario comenzó a solicitar un número menor de garantes (en muchos caso se puede obtener hoy hipotecas sin garantes o con uno o máximo dos), sino que se incrementó el número de desalojos de deudores que no pagaban la hipoteca.

De ahí que la situación del deudor hipotecario se tornó más problemática y la ejecución más amenazante.

2. LIMITACIÓN A LA INICIACIÓN DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

El segundo momento del proceso de evolución de la reforma del estatus de los deudores hipotecarios estuvo dado por el establecimiento de un nuevo régimen de iniciación del proceso de ejecución del inmueble hipotecado.

La práctica bancaria israelí era que, con el no pago de una o dos de las cuotas de crédito hipotecario, el banco podía iniciar el procedimiento de ejecución y, de acuerdo a los términos del contrato, demandar el pago de la totalidad del préstamo. Más aún, se daba la situación casi absurda de que inclusive si el banco aceptaba llegar a un acuerdo con el deudor y cerrar el legajo de ejecución tras recibir únicamente el dinero del atraso, el deudor debía pagar la totalidad de

⁴⁵ Artículo 18 y sigs. de la Ley de Garantías (1967).

⁴⁶ Sobre esta reforma, véase BAR KAHAN R. (2006), *Contrato de Garantía*, Tel Aviv: Shiraz, págs. 469 y sigs. (en hebreo).

⁴⁷ Al momento de preparar este trabajo la suma es aproximadamente 130.000 US\$.

los honorarios del abogado del banco, los cuales se calculaban sobre el importe del total del préstamo que había motivado el inicio del proceso. ¡Muchas veces el deudor podía llegar a un acuerdo con el banco, pero no con el abogado!

Se puede argumentar que este sistema tenía un efecto preventivo: sabiendo las duras consecuencias de un atraso en el pago, el deudor previsor se debía cuidar seriamente de no caer en mora, ya que las consecuencias eran muy graves. Sin embargo, es sabido que el atraso en el pago de las deudas hipotecarias no es siempre consecuencia de fraude o imprevisión sino consecuencia de dificultades pasajeras. Hay aquí la posibilidad de un efecto «bola de nieve»: una pequeña deuda alcanza proporciones exageradas y termina por llevar al deudor a una total insolvencia.

En el año 2002 fue introducido el artículo 81(b1) a la ley de ejecuciones. En un solo —y extenso— artículo, el legislador israelí estableció una serie de limitaciones al acreedor hipotecario para realizar la vivienda del deudor. El artículo se aplica únicamente a los casos de hipotecas para vivienda otorgadas por bancos o entidades crediticias. En caso de atraso o no pago de la hipoteca, se le otorgan al deudor moroso ciertas facilidades para permitirle evitar la venta de la vivienda o hacerlo en condiciones más favorables.

Reseñaré los principales puntos de este artículo:

1. No se permite abrir el proceso de ejecución de la sentencia sino después de transcurridos seis meses del no pago del crédito. El periodo de seis meses se contará desde el primer mes de atraso o, si el reembolso de la hipoteca se debiera hacer en un solo pago, desde la fecha en que este pago tuvo que ser efectuado. El plazo de seis meses es arbitrario, pero puede ser considerado como un plazo razonable para ver si el deudor puede o no encontrar el camino del pago debido.
2. Pasados estos seis meses de atraso en el pago del préstamo, el banco efectivamente puede iniciar los procedimientos pero sólo por la suma debida (y no por el total del crédito, como antes de la reforma). Sólo en el caso de que el deudor no cumpla con el apercibimiento del pago de la deuda, la demanda de ejecución se actualizará conforme a la suma del total del préstamo adeudado.
3. A diferencia de lo que ocurría antes de esta reforma, los honorarios del abogado encargado de la ejecución serán calculados sobre la base de la deuda efectiva (los meses que adeuda) y no sobre el monto total de la hipoteca. Sólo en el caso de que el deudor no pague la deuda y se proceda a la ejecución del inmueble, el abogado sí cobrará sus honorarios sobre la base del monto total de la deuda (o más precisamente sobre el monto obtenido por la venta del inmueble).
4. A los efectos de maximizar la ganancia, la ley permite al deudor que venda él mismo la vivienda. A tales efectos debe comunicar su voluntad

en ese sentido dentro de los veinte días de haber recibido la notificación de apertura del procedimiento ejecutivo⁴⁸. Esta posibilidad está destinada a posibilitar la obtención de un mayor precio por la venta, lo cual redundará en beneficio del deudor y también del acreedor, ya que cuando la vivienda es rematada se obtiene generalmente una suma algo menor y se deben descontar los honorarios del abogado-liquidador.

5. Dentro de los noventa días del nombramiento del abogado liquidador, el deudor estará autorizado a cerrar el procedimiento pagando la deuda, o incluso pagando la mitad de la misma si puede garantizar eficientemente que pagará el resto dentro de los 180 días.
6. Estas ventajas al deudor no se aplican en todos los casos. El artículo 81(b) fija una serie de excepciones que, de tener lugar, no permitirán al deudor acogerse a los beneficios anteriormente señalados. Así, si el deudor abandonó el país, fue declarado en quiebra o intentó defraudar al acreedor, el acreedor podrá proceder a la realización del inmueble sin tener que esperar los seis meses de plazo de gracia y sin necesidad de acordar al deudor el derecho de vender él mismo el bien en cuestión. Lo mismo sucederá si la deuda es de más del 10 por 100 del total del préstamo. Se puede entender que en estos casos el acreedor pueda proceder sin esperar los seis meses. Menos convincente me parece la exclusión de la posibilidad de vender la vivienda por sí mismo: esta posibilidad debería ser siempre una opción abierta, pues en definitiva puede redundar en beneficio tanto del deudor como del mismo acreedor.

Si nos detenemos un momento en esta normativa, vemos que el artículo 81(b1) no plantea un caso de inembargabilidad y no hay en definitiva una limitación a la posibilidad del acreedor hipotecario de realizar el bien. La nueva normativa no intenta atacar las causas de incumplimiento sino que trata de mitigar lo que es percibido como efectos no deseados de malas prácticas bancarias. Se crea un marco que es menos estricto para el deudor, a los efectos de evitar su caída total a consecuencia de una deuda transitoria. Se trata de una regulación en la que se entrecruzan consideraciones utilitarias (maximizar el precio obtenido, evitar procedimientos superfluos) y de protección social (evitar una caída total del deudor por una dificultad transitoria).

Esta reforma no daba una solución al deudor que perdió su vivienda. Para ello habría que esperar hasta el 2009, en que entró en vigencia la reforma número 29 a la Ley de Ejecuciones. A la misma dedicaré el resto de este trabajo.

⁴⁸ En el Derecho israelí se nombra generalmente al abogado del acreedor como liquidador (*kones nejasim*), en forma similar a lo que se conoce en el Derecho anglosajón como *receivership*.

IV. SOLUCIÓN HABITACIONAL PARA EL DEUDOR HIPOTECARIO

Tal como lo expliqué, en el caso de deudas comunes el deudor tiene derecho a recibir lo que se conoce en Israel como arreglo habitacional alternativo o, en algunos casos, incluso quedar como arrendatario protegido. Sin embargo, estas defensas no eran aplicadas para el caso de deudor hipotecario, ya que la misma Ley de Ejecuciones (y la Ley sobre Arrendamientos Protegidos) permitían que el deudor no tuviera derecho a ellas. Analizaré esta regulación, antes y después de la reforma del año 2009.

Establecía el artículo 38(c) (hasta su reforma):

Las disposiciones del inciso (a)⁴⁹ regirán también en la ejecución de hipotecas, salvo que la hipoteca haya sido inscrita antes de la entrada en vigencia de esta ley⁵⁰, *o si se especificó en el título hipotecario que el deudor no estará protegido por este artículo* (mi énfasis).

Un texto similar lo encontramos en la Ley de Quiebras. La renuncia también es una posibilidad que aparece en el artículo 33(a) de la Ley de Arrendamiento Protegido.

Es decir, la ley no prohibía o limitaba la acomodación alternativa (o la posibilidad de recibir arrendamiento protegido) en el caso de la hipoteca, sino que lo dejaba librado a la voluntad de las partes, quienes debían acordar (al momento de la conclusión del contrato) si las protecciones establecidas por la ley se aplicaban al caso concreto. Tenemos entonces que el Derecho israelí planteaba cuatro alternativas a quien tomaba un crédito hipotecario⁵¹:

1. Que no haya renuncia ni al arreglo alternativo ni a la posibilidad de quedar como inquilino protegido. En tal caso, llegado el momento de la ejecución de la vivienda, el deudor tendría derecho o bien a permanecer en la misma como arrendatario protegido, o bien recibir acomodación alternativa, en las mismas condiciones que un deudor no hipotecario.
2. Una segunda posibilidad es que se hubiera establecido en el contrato de hipoteca la renuncia al derecho de permanecer como arrendatario protegido, pero sin renunciar a la acomodación alternativa.
3. Una tercera posibilidad es que el contrato hipotecario establezca la renuncia al derecho de acomodación alternativa, pero calle con respecto al derecho de permanecer como arrendatario protegido. En cualquiera

⁴⁹ Se refiere al otorgamiento de solución habitacional alternativa, al que hice referencia anteriormente.

⁵⁰ La Ley de Ejecuciones entró en vigencia en 1969.

⁵¹ Ver WEISMAN, J. (2010), «La ejecución de hipotecas de inmuebles destinados a vivienda», en *Merkakaim*, vol. 9 (4), págs. 1, 7 y sigs. (en hebreo).

de estos dos casos, el deudor podrá optar por la respectiva opción a la que no había renunciado.

4. La cuarta opción es que en el texto de la hipoteca se incluya la renuncia por parte del deudor a ambos derechos. Esta era la opción más común y la que —independientemente de las consideraciones sociales a las que nos referimos antes con respecto a la vivienda— guarda más lógica con el derecho de las hipotecas: quien acepta un inmueble como garantía de un préstamo, pretende que en caso de incumplimiento le sea posible liquidar el inmueble sin tener que tomar en cuenta las potenciales necesidades de techo del deudor o de su familia.

Es dable entender que había una brecha entre el texto de la ley y la realidad comercial, ya que la ley planteaba la renuncia como una cuestión de voluntad autónoma de las partes, lo cual no es tan así. Es fácil entender que la negociación no es muy posible, ya que el acreedor hipotecario puede negarse a dar el crédito si el deudor se empecina en mantener su derecho a arreglo alternativo o a recibir el estatus de arrendatario protegido en el caso de no pagar el crédito. El acreedor hipotecario, casi por definición, difícilmente estará dispuesto a recibir una garantía limitada.

En la práctica, los contratos bancarios incluían una cláusula de renuncia a ambos derechos, y el deudor al aceptar el préstamo aceptaba renunciar a cualquier pretensión de acomodamiento alternativo⁵².

Durante muchos años, la jurisprudencia dio por sentado que efectivamente la renuncia establecida en el contrato de hipoteca es suficiente como para evitar cualquier solicitud de arreglo acomodacional por parte del deudor hipotecario. Sin embargo, paulatinamente se fue adoptando una posición más crítica respecto de esta renuncia. La cuestión de la protección del deudor hipotecario se fue concentrando en un problema de interpretación de la voluntad contractual, es decir, en qué medida la renuncia al derecho a acomodación alternativa (o de arrendatario protegido) es la consecuencia de una voluntad contractual libre.

V. INTERPRETACIÓN DE LA RENUNCIA A LA ACOMODACIÓN ALTERNATIVA

En el tema de la renuncia a la acomodación alternativa vemos que la jurisprudencia se fue desplazando entre distintos contextos en los que puede aparecer el problema: si el acuerdo hipotecario es con un banco o con una entidad extra-

⁵² De por sí, dado que era posible reclamar contra los garantes, tal como lo expliqué anteriormente, en consecuencia el eventual desalojo del deudor no llegaba con demasiada frecuencia a los tribunales.

bancaria, si el deudor hipotecario es deudor principal o garante, y si se trata de un deudor que actuó de buena fe o hubo un intento de defraudar al acreedor:

- El primer eslabón fue el *caso Rozner*⁵³. Aquí se planteó el tema de una hipoteca no bancaria, en la cual el acreedor señaló en el contrato que el deudor renunciaba a toda defensa de derecho a la vivienda y arrendamiento protegido. La renuncia estaba formulada en términos amplios, aunque no se hacía referencia expresa al artículo de la Ley de Ejecuciones que establece la renuncia. La Corte Suprema consideró que la renuncia debe incluir la expresa referencia a los artículos de la ley y que, no habiendo sido citado el número del artículo, el deudor tenía derecho a acomodamiento alternativo.

Se trata de una decisión formalista que se aferra a la falta de cita del número de artículo de la ley en el contrato, para justificar el otorgamiento de la defensa al deudor. Puede ser visto como correcto dar al deudor una ventaja como lo es el derecho a acomodamiento alternativo. Sin embargo, no creo que, como regla, se pueda decir que la expresa mención del número de artículo es realmente un requisito necesario. La gran mayoría de los deudores hipotecarios no está al tanto de la numeración de los artículos o incluso de las leyes que tratan la materia.

La solución es también, en cierta medida, irrelevante cuando se trata de hipotecas bancarias, ya que en este caso el contrato es un contrato de adhesión⁵⁴, que en forma automática incluye la mención de los artículos que establecen la renuncia al derecho de ser arrendatario protegido o recibir acomodación alternativa. En mi opinión, si queremos centrarnos en la protección de los derechos de los deudores, el problema no pasa por citar o no citar el número del artículo.

- Un segundo caso que merece ser señalado fue la decisión en el *caso Speizman*⁵⁵, donde se adoptó una solución distinta a la adoptada en Rozner, aunque en un contexto fáctico también distinto. En este caso el acreedor era una institución bancaria. Se trataba de una deudora que intentó defraudar al banco. Speizman firmó un contrato ficticio de venta de su vivienda. De acuerdo a este contrato, ella recibió del banco Mishkan la suma de dinero que el comprador (ficticio) «pagó» por la casa. Al recibir esta suma y para garantizar los derechos del banco, firmó lo que se conoce en Israel como «obligación de hipoteca», documento previo al acta hipotecaria. Speizman intentó quedarse con el dinero sin inscribir la hipoteca en el Registro de la Propiedad, pero el banco logró frustrar este manejo,

⁵³ P.F.A. *Establishment v. Rozner*, Fallos Corte Suprema 49 (5) 215 (1996) (en hebreo).

⁵⁴ Véase también, a continuación, la sección VII, 7.

⁵⁵ *Mishkan Bank Hapoalim le Mashkantaot v. Speizman*, Fallos Corte Suprema 47 (2) 145 (2003) (en hebreo).

y Speizman, no pudiendo devolver el dinero, fue obligada a firmar e inscribir el acta hipotecaria correspondiente para que la casa fuera vendida. El acta hipotecaria incluía la cláusula de renuncia al derecho de arreglo habitacional. Como esta renuncia no figuraba en el contrato originario, Speizman alegó que ella no estaba obligada ahora a aceptar tal renuncia. A diferencia de Rozner, aquí la Corte decidió que las circunstancias del caso y el hecho que se trataba de un negocio fraudulento hacían que hubiese que dar una interpretación más amplia al artículo, restringiendo la defensa aun en el caso de que el contrato no incluya una referencia expresa a los artículos de la ley que permiten la renuncia al arreglo habitacional alternativo. La Corte estableció que, sabiendo la deudora sobre la existencia, en la hipoteca que ella se había comprometido a registrar, de la cláusula de renuncia, no podía invocar que tenía derecho al beneficio de acomodación alternativo o a recibir el estatus de inquilino protegido. La Corte hizo una evaluación de la buena fe de las partes y decidió que no cabe invocar el precedente de Rozner cuando la conducta del deudor es fraudulenta.

- El tercer momento de la evolución —y por demás el más significativo— es el caso *Mister Money*⁵⁶. Se trató aquí no exactamente del deudor hipotecario sino de una garante, en este caso la madre del deudor, quien hipotecó la vivienda a los efectos de permitir el crédito al hijo. El hipotecante no era un banco como en el caso anterior, sino una firma privada de crédito (lo que en Israel se conoce como «mercado gris»), y en este caso la renuncia al acomodamiento alternativo estaba perfectamente formulada. Como el deudor no devolvió el dinero, Mister Money empezó el proceso de ejecución de la vivienda.

La madre argumentó que ella no sabía qué era exactamente lo que firmaba (argumento que se conoce como *non est factum*) y que por lo tanto la hipoteca no era válida. La Corte no aceptó la opinión de invalidez de la hipoteca y decidió que el no pago de la deuda autorizaba a Mister Money a realizar la vivienda como acreedor hipotecario. Pero la Corte decidió, volviendo al caso Rozen, que la renuncia a la acomodación alternativa no era válida. La Corte Suprema decidió que para que la renuncia sea válida no sólo el deudor debe entender la renuncia, sino tener en claro el derecho a acomodación alternativa y que renuncia al mismo.

Tal como lo señalé, el problema es que la ley israelí, al establecer un sistema basado en la renuncia al derecho, traslada el problema a una cuestión sobre los límites del consentimiento contractual. Es dable suponer que si la ley israelí

⁵⁶ *Mister Money v. Reiz*, Fallos Corte Suprema 48 (3) 934 (2004).

hubiera establecido lisa y llanamente que las defensas de la Ley de Ejecución no tienen lugar en el caso de contratos hipotecarios, la evolución jurisprudencial hubiera sido distinta.

Pienso que esta disyuntiva fue lo que llevó a la jueza Dorner en el caso *Mister Money*, en una opinión *obiter*, a considerar (a mi juicio erróneamente) que probablemente la mejor solución sería que el acomodamiento alternativo sea una solución obligatoria (*ius cogens*) que se aplica a todos los deudores, incluidos los deudores hipotecarios, sin entrar en la digresión si el deudor renunció o no. Esta opinión tuvo influencia en el futuro de la legislación, tal como explicaré a continuación⁵⁷.

Paulatinamente, los tribunales fueron adoptando las pautas establecidas en *Mister Money* también para el caso de hipotecas bancarias. Esta jurisprudencia destacó la «libre voluntad contractual», sin entrar demasiado en las particulares características del mercado de créditos hipotecarios o en las consecuencias económicas del hecho de dar al deudor moroso la posibilidad de obtener una solución habitacional a expensas de los derechos del acreedor. Vemos así una posición más decisiva de los tribunales israelíes en favor del análisis de las condiciones contractuales, tomando en cuenta la posición del deudor al firmar el contrato. Prefiero no entrar en detalles respecto a la postura que los tribunales asumen en los casos en que se plantean dudas sobre la forma en que se desarrolló la negociación entre el banco y el cliente. Hay quienes sostienen que el enfoque de los tribunales en este tema ha sido más bien limitado y formalista⁵⁸, en el sentido de que no han querido acentuar demasiado la obligación de información que el sistema bancario debería asumir frente al tomador de crédito cuando se otorga un crédito hipotecario.

De todos modos, el legislador se dio por enterado de la conflictiva situación que se había planteado y decidió intervenir y reformar la ley, para ponerse a tono con la jurisprudencia pero a la vez «suavizar» sus efectos.

VI. LA REFORMA A LA LEY DE EJECUCIONES: ACOMODACIÓN ALTERNATIVA «PARA TODOS»

Tal como ya lo señalé, en 2009 entró en vigor una comprensiva reforma a la ley de ejecuciones en Israel. La idea que motivó esta reforma fue crear un marco más efectivo y eficiente para la ejecución de deudas, dando a los deu-

⁵⁷ Más allá de si es acertado a no (personalmente tengo mis reservas), demuestra la interacción que puede haber entre las opiniones de los jueces —aun cuando se trate de *obiter*— y el desarrollo de la legislación.

⁵⁸ Véase BEN OLIEL, R. (2010), «La hipoteca bancaria en general y la hipoteca sobre inmueble destinado a vivienda en particular. Reseña crítica», en *Din Ud'varim*, vol. 5, págs. 119, 166 (en hebreo). Véase también nota 62.

dores mecanismos de defensa que garanticen sus derechos básicos sin que los mismos frustren los legítimos derechos de los acreedores a recibir lo que les corresponde. La reforma suprime⁵⁹ la prisión por deudas (salvo para el caso de los alimentos) y la reemplaza por un sistema de restricciones al deudor (como por ejemplo la suspensión de la licencia de conducir)⁶⁰, crea un marco de ejecuciones rápidas para acreedores de pequeñas deudas, consagra la preferencia del primer embargante sobre los embargos posteriores, etc.

Uno de los cambios fundamentales de esta reforma es la extensión del derecho de acomodación alternativa al caso de crédito hipotecario, estableciendo que también el deudor hipotecario tendrá derecho a arreglo habitacional alternativo, aunque limitado temporalmente.

El nuevo artículo 38(c) establece:

1. Las disposiciones de este artículo [la referencia es al derecho de arreglo acomodacional alternativo, P.L.] se aplican a la ejecución de hipoteca o de prenda.
 2. A pesar de lo establecido en el inciso 1, sí se estableció en el contrato de hipoteca o de prenda que la acomodación alternativa que está a disposición del deudor será de acuerdo a este inciso y no de acuerdo a los incisos (a) y (b), y siempre y cuando se le haya explicado al deudor el significado de la renuncia en un lenguaje claro que él entienda, tendrán lugar las siguientes disposiciones con respecto a la acomodación alternativa:
 - a) El monto de la acomodación alternativa será de un valor que le permita al deudor alquilar una vivienda en la zona donde vivía conforme a las necesidades del deudor y la familia que vive con él por un periodo que no exceda los dieciocho meses. Sin embargo, el oficial de ejecución puede poner a disposición del deudor una acomodación alternativa por un periodo más prologando si encuentra que hay circunstancias especiales que así lo justifican.
- [...]

Es decir, el nuevo articulado reconoce que en el caso de no pago de una hipoteca, aunque el deudor haya renunciado al arreglo habitacional, tal renuncia no impedirá que el deudor tenga derecho a lo que podíamos definir como un arreglo habitacional alternativo «limitado» (de dieciocho meses), siempre y cuando se le haya explicado el significado de la renuncia. Si así no se hizo, tendrá derecho a arreglo habitacional más amplio conforme a las reglas que

⁵⁹ Al menos en forma temporaria hasta el año 2014, en que el tema volverá a ser estudiado por el Parlamento.

⁶⁰ Artículo 66 de la Ley de Ejecuciones.

rigen en los juicios no hipotecarios (es decir, no limitado a dieciocho meses sino de acuerdo al criterio del oficial de ejecuciones).

Es dable detenerse en algunos puntos de esta normativa:

1. *Alquiler de dieciocho meses:* Quizás el punto más importante en la ley es el derecho que tiene el deudor de recibir, del total del dinero que se obtenga por la venta del inmueble, una suma que le permita alquilar una vivienda por un lapso de un año y medio. Estos dieciocho meses de alquiler no desaparecen de la deuda. El banco los puede seguir reclamando del deudor, quien en algún momento deberá afrontar de sus ahorros el pago de esta diferencia entre el total de la deuda y los dieciocho meses que recibió para cubrir temporariamente la falta de vivienda. La idea de limitar la protección del deudor a dieciocho meses representa una fórmula de compromiso entre posturas contrapuestas. Por un lado, la posibilidad de dejar librado a la discreción judicial el otorgamiento de la defensa, lo cual puede crear una incertidumbre en el sistema bancario. La fijación de un plazo está destinado a permitir al sistema bancario un cálculo de riesgos. Los dieciocho meses son un periodo menor que el promedio de la ejecución común, donde normalmente, tal como lo indiqué, el deudor recibe tres a cinco años de alquiler⁶¹. Por otro lado, estos dieciocho meses conceden al deudor acuciado una suerte de «respiro», aunque es claro que no pueden ser una solución al problema de la vivienda sino sólo un paliativo.
2. *El lugar de la nueva vivienda:* La ley establece que el importe de los dieciocho meses de alquiler debe basarse en el precio de alquiler de una unidad en la zona donde vivía el deudor. La idea es que quien ha perdido su vivienda debe tener la posibilidad de continuar viviendo en el mismo entorno social y cultural donde estaba radicado. Además, esta disposición evita discusiones entre el deudor y el acreedor sobre el monto de alquiler sobre el cual deben calcularse los dieciocho meses. Como es sabido, los importes de alquiler varían de zona a zona: el deudor podría reclamar el alquiler que se paga en una zona más cara de aquella en que vive y el acreedor, por su parte, podría ofrecer el alquiler en una zona mucho más barata. Continuar con el nivel que tiene el deudor en el momento del desalojo para fijar el alquiler es una solución justa y a la vez eficiente. Así y todo, suponiendo que viva en una zona donde los alquileres son elevados, el

⁶¹ En el Derecho inglés encontramos que en el caso de quiebra el deudor tiene derecho a permanecer en la vivienda por un año desde el momento de la declaración de la quiebra. Este plazo le permitiría al deudor tratar de encontrar una solución a su problema. <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.insolvency.gov.uk/pdfs/guidanceleafletspdf/home.pdf>> (última visita 23-6-2013).

deudor puede elegir recibir el dinero de acuerdo al cálculo hecho sobre la zona en donde está su vivienda y alquilar en un lugar más barato, gozando de un periodo de alquiler más largo.

3. *Obligación del banco de proporcionar información:* La reforma sigue tomando en cuenta el deber de información del banco, deber que había sido remarcado por la jurisprudencia⁶². Se establece que si se comprueba que el banco faltó a este deber, el acomodamiento alternativo se regirá por las normas generales y no por las particulares de la hipoteca, es decir, el juez no estará limitado a los dieciocho meses sino que podrá extender el plazo. Tenemos entonces que la falta de información por parte del banco tiene como efecto cambiar el grado de protección que recibe el deudor hipotecario. Al momento de otorgar el crédito, el banco debe constatar no sólo que el deudor sabe *que* renuncia sino también sabe *a qué* renuncia. El deudor tiene que tener claro que la ley le otorga un derecho (habitacional) en caso de incumplimiento, pero que él elige renunciar al mismo para obtener el préstamo.

Se puede opinar que, en líneas generales, este deber de información se encuadra en la obligación del banco de dar información a sus clientes sobre estados contables, créditos o actividad financiera que tal cliente desarrolla en tal entidad bancaria. La información que es requerida por los bancos está generalmente relacionada a costos de la transacción⁶³. En el caso de la hipoteca para vivienda, en lo referido a la acomodación alternativa el deber de información tiene características particulares. Este deber de información del banco no rige para aspectos de la contratación entre el banco y el cliente, sino con respecto al derecho que la ley establece con respecto a la acomodación alternativa, para el caso de incumplimiento del contrato.

El sistema bancario debe tener cierta infraestructura para facilitar que el deudor llegue a recibir esta información: el empleado debe estar al tanto de lo que debe informar al cliente, los formularios deben estar claramente formulados, etc. Sin embargo, no toda la carga cae siempre sobre el banco: se ha decidido que si el deudor se asesoró con su abogado, tal deudor no puede alegar que no recibió suficiente información del banco⁶⁴.

⁶² Sobre la obligación de información de los bancos en Israel, puede verse BEN OLIEL, Ricardo (1996), *Derecho Bancario - Parte General*, Jerusalem: Sacher, págs. 81 y sigs. (en hebreo); PLATO-SHINAR, Ruth (2010), *Derecho Bancario: el deber de fidelidad del banco*, Tel Aviv: Editorial Colegio de Abogados, págs. 199 y sigs. (en hebreo).

⁶³ OGUS, A. (2004), *Regulation Legal Form and Economic Theory*, Oregón: Hart, págs. 121 y sigs.

⁶⁴ Véase, *Banco Higd LeIsrael v. Lupo*, Fallos de la Corte Suprema 54 (2) 559 (2000).

Debe recordarse que la cuestión de la renuncia aparece varios años después de la conclusión del contrato y entonces pueden surgir problemas de pruebas.

4. *Asesoramiento jurídico:* La ley establece que, en todo caso de desalojo por juicio de ejecución (tanto si se trata de una deuda común basada en una sentencia o de un juicio hipotecario), el deudor tiene derecho a una suspensión de la ejecución por un plazo de hasta treinta días a los efectos de conseguir asesoramiento jurídico. La ley quiere evitar que una medida tan grave para el deudor como lo es la pérdida de la vivienda pueda ser adoptada sin que el deudor tenga asesoramiento sobre sus derechos, incluida la determinación de la suma que le corresponde. De más está decir que lo deseable sería que también el futuro deudor se asesorase, en el momento de sacar la hipoteca, sobre los alcances jurídicos y los riesgos de esta decisión. Más allá de la importancia del asesoramiento jurídico en el caso del desalojo, esta disposición nos recuerda el papel que juega la presencia de un abogado a la hora de corregir o amortizar conflictos, sobre todo aquellos que tienen trasfondos sociales. Es importante garantizar que los distintos sectores de la sociedad tengan un adecuado acceso a la justicia y que siempre tengan la posibilidad de defender sus derechos con el respaldo técnico de un profesional. De no ser así, la protección establecida por la ley se torna vacía de contenido.
5. *Arrendamiento protegido:* La reforma no entró en la cuestión del arrendamiento protegido y no reformó la ley en ese sentido. Por lo tanto la renuncia al arrendamiento protegido realizada en el contrato de hipoteca tiene pleno valor. Más aún, teniendo en cuenta que tal como lo expliqué la jurisprudencia ve con cierto desfavor el otorgamiento de estatus de inquilino protegido al deudor, difícilmente se pueda llegar a casos en los cuales quien no pagó su hipoteca pueda quedar como arrendatario protegido, y en ese sentido la reforma no cambia la situación legal existente.
6. *Vigencia de la reforma:* La reforma se aplica a los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley. Es decir, que la ley crea dos categorías de deudores:
 - aquellos que recibieron el crédito antes de mayo de 2009 (y que no están protegidos por la ley y por lo tanto no tienen derecho a la protección de los dieciocho meses);
 - aquellos que recibieron su crédito después de esa fecha y tendrán derecho a la protección.

Con respecto a la primera categoría, de todos modos la ley sí le otorga una prerrogativa: podrán reclamar acomodación alternativa si demues-

tran que cuando se concluyó el contrato con el banco no se les explicó la naturaleza de la renuncia a la acomodación alternativa.

Hay quienes plantean que esta distinción entre contratos nuevos y viejos es criticable: si realmente la renuncia es abusiva, ¿por qué limitarla a los contratos nuevos?⁶⁵ Personalmente pienso que la distinción es justificada; el banco que entregó una hipoteca lo hizo sobre la base de una expectativa de restitución según la cual podría recibir la totalidad del ingreso proveniente de la venta. Es mejor ser prudente antes de cambiar retroactivamente las reglas de juego comerciales.

VII. LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA DEL DEUDOR

La reforma al artículo 38 no se refiere a la medida en la que la renuncia al acomodamiento alternativo afecta también a quienes no fueron parte del contrato: los hijos menores de edad del deudor. Durante mucho tiempo se dio por sentado que si la renuncia del deudor (es decir, quien recibió el crédito hipotecario) es válida, entonces es aplicable a los hijos que viven en la vivienda. Una interesante evolución jurisprudencial pone en tela de juicio esta premisa.

De acuerdo a la ley israelí, los contratos de adhesión están bajo la supervisión del Tribunal de Contratos de Adhesión, que debe dar la autorización para una cláusula que pueda ser considerada abusiva⁶⁶.

El Banco Tefajot presentó un contrato tipo de otorgamiento de crédito hipotecario para ser aprobado por el Tribunal de Contratos de Adhesión, y este tribunal observó y rechazó determinadas partes del mismo. Entre otras cosas, consideró que la renuncia del deudor al acomodamiento alternativo incluyendo a sus hijos menores de edad que viven con él, era una cláusula abusiva. De acuerdo al tribunal, el hijo menor de edad no renuncia por sí mismo al derecho a vivienda y no está representado en la transacción. Consecuentemente, al no poder ser aplicada la renuncia a los hijos menores de edad, estos conservarían un derecho a acomodación alternativa.

No estoy tan de acuerdo con que la renuncia al derecho a acomodación alternativa a nombre de los hijos menores de edad pueda considerarse abusiva. Las necesidades del crédito justifican dar margen de maniobra al sistema bancario, si la idea es dar crédito a familias en forma relativamente accesible. Si el banco tiene que tomar en cuenta los intereses de los hijos del deudor, quienes

⁶⁵ Véase, en el sentido de esta crítica, Ben OLIEL, *op. cit.*, nota 58, pág. 162.

⁶⁶ Ley de Contratos de Adhesión (1982), artículo 18. BEN OLIEL, R. (1996), *Derecho Bancario - Parte General*, Jerusalem: Sacher, págs. 81 y sigs. (en hebreo); PLATO-SHINAR, R. (2010), *Derecho Bancario: el deber de fidelidad del banco*, Tel Aviv: págs. 199 y sigs. (en hebreo).

OGUS, A. (2004), *Regulation Legal Form and Economic Theory*, Oregón: Hart.

además no son parte del contrato, el banco deberá ser todavía más cauto en la entrega de hipoteca. Además, ¿quién debería dar el consentimiento del menor? ¿Es necesario que los padres obtengan la autorización judicial para firmar la renuncia del menor? De ser, así obtener una hipoteca para una familia con hijos puede transformarse en un procedimiento complejo y oneroso.

En una decisión, a mi juicio, acertada, la Corte Suprema decidió revocar el fallo del tribunal de primera instancia⁶⁷ y por lo tanto quedó en vigencia el régimen anterior según el cual la renuncia firmada por el deudor alcanza a los hijos menores de edad. Así y todo, y teniendo en cuenta los distintos avatares por los que ha pasado el derecho israelí en la materia, no sería de extrañar que se llegue en el futuro a una postura distinta de la aceptada hasta aquí.

VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES (TENTATIVAS) SOBRE LA REFORMA

Es todavía prematuro señalar puntos concretos de la influencia del artículo 38(c) en el mercado inmobiliario. Así y todo, es dable trazar algunas líneas sobre las probables consecuencias del nuevo régimen.

El legislador ha trasladado —en forma muy limitada— la solución de un problema social al sistema bancario. Esto no es tan descabellado: se puede opinar que quien lucra con la cuestión habitacional —los bancos hipotecarios— deben también poner su parte en la construcción de marcos que permitan solucionar aquellos casos en que el deudor se encuentra en una situación desesperante y sin salida. La cuestión en realidad se enmarca en una disyuntiva mucho más compleja: si queremos una sociedad basada en el respeto de las necesidades mínimas de toda la población y una red social que no deje a ciertos sectores fuera de toda posibilidad de alcanzar el techo propio, ¿quién debe pagar por ello? Es un error pensar que los problemas de vivienda pueden encontrar solución en el marco de proceso de ejecución.

Esta reforma no transforma al sistema de ejecuciones en una red social, sino que da o mejor dicho, intenta dar, una respuesta a la situación que surgió como consecuencia de un sistema de crédito hipotecario con manifestaciones algo abusivas y una jurisprudencia que intentó corregir tales abusos mediante una interpretación de una legislación que despertaba dudas. La consecuencia fue una normativa que suscita aun más dudas que la anterior.

Se puede caracterizar la nueva normativa como un eslabón importante en la cadena de defensa del consumidor⁶⁸. A diferencia de la mayoría de la le-

⁶⁷ *Bank Habeinleuni ha Rishon v. The bank Authority* (2010) (fallo publicado en el sitio http://www.nevo.co.il/psika_html/elyon/10002320-c21.htm).

⁶⁸ La protección al consumidor en Israel no es tan sólida. A pesar de existir una ley de defensa del consumidor y muchas leyes en torno al tema, la aplicación no es siempre todo

gislación de protección al consumidor, que normalmente protege a éste en el momento de la formación del contrato, el nuevo artículo 38(c) lo protege —limitadamente— en el momento de su incumplimiento, cuando la violación es siempre consecuencia de un hecho, o de una omisión (el no pago del préstamo) del consumidor mismo.

Esta protección del deudor, como la mayor parte de la regulación de la protección al consumidor, puede ser tildada de paternalista. Como es sabido, agrupamos dentro del término «paternalista»⁶⁹ la legislación que intenta proteger a sectores presumiblemente más débiles a través del establecimiento de marcos regulatorios, que en una forma u otra limitan la libertad de contratación.

El crédito se basa en una determinada asunción de riesgos por parte del acreedor. Cuando el acreedor reclama garantía hipotecaria lo hace para reducir los riesgos del incumplimiento. La disminución del riesgo guarda proporción con el tamaño de la garantía solicitada. La intangibilidad de la garantía hipotecaria refleja un cálculo económico basado en el tamaño del crédito que el acreedor está dispuesto a dar al deudor. A los efectos de distribuir los riesgos, la reforma altera la intangibilidad de la garantía hipotecaria.

En términos del mercado israelí, el alquiler de una vivienda alcanza aproximadamente entre un 4 y un 5 por 100 del valor del inmueble. Es decir, que la suma de un año y medio de alquiler suma entre el 6 y el 7,5 por 100 del valor de la vivienda. Este 6-7,5 por 100 se reducirá del precio que el acreedor obtenga. El nuevo artículo 38(c) sienta las bases para una particular distribución de los riesgos entre deudor y acreedor en el caso de incumplimiento. Este reparto —anticipado— de riesgos se basa entonces en un menoscabo de la intangibilidad de la garantía, y esto puede llegar a tener influencia sobre la forma en que el sistema bancario decida el otorgamiento de créditos hipotecarios.

Podría pensarse que la reforma beneficia al deudor que ha sido más irresponsable y que fracasa en el pago en fecha bastante próxima a la toma del crédito, ya que, si la dificultad aparece después de varios años de haber pagado la hipoteca, es lógico pensar que el deudor habrá solventado ya los intereses y que el crédito aún no pagado es menor que el valor de la vivienda. En ese caso, de la misma venta de la unidad quedaría una cantidad suficiente para

lo eficiente que debería ser. La discusión de este tópico ciertamente excede los límites de este trabajo.

⁶⁹ Sobre el paternalismo en el Derecho Privado puede verse, entre otros: KRONMAN, A. (1983), «Paternalism and the Law of Contracts», en *Yale Law Journal*, vol. 92, págs. 763, 771; MEAD, L. (1997), «The Rise of Paternalism», en MEAD, L. (coord.), *The New Paternalism*, Washington: the Brookings Inst., pág. 1; DWORKIN, G. (1989), «Paternalism: Some Second Thoughts», en SARTORIUS, R. (coord.), *Paternalism*, Univ. of Minnesota Press., pág. 105; SHAPIRO, D., «Courts, Legislatures and Paternalism» (1988), en *Vancouver Law Rev.*, vol. 74, pág. 519; GLAESER, E. (2006), «Paternalism and Psychology», en *University of Chicago Law Review*, vol. 73, pág. 133; ZAMIR, E. (1998), «The Efficiency of Paternalism», en *Virginia Law Review*, vol. 84, pág. 229.

cubrir al menos un año y medio de alquiler, y entonces el banco no debería descontar del precio de la realización del inmueble ninguna suma destinada a cubrir el alquiler.

De por sí, el sistema bancario raramente otorga hipotecas que cubran ya no el 100 por 100 sino incluso el 90 por 100 del valor de la vivienda. Asumiendo que la hipoteca originaria cubriese menos del 90 por 100, y asumiendo que el no-pago de la hipoteca empezara después de cierto periodo durante el cual el deudor efectivizó los pagos, la realización del inmueble debería cubrir el pago de la deuda y dejar (después de deducir costas y gastos judiciales) una cierta suma que saldaría el importe destinado al acomodamiento alternativo.

Se puede preguntar si la reforma no puede crear en ciertos deudores la tentación de obtener el crédito hipotecario y no pagar la hipoteca, y de esa manera recibir los dieciocho meses de alquiler. Estaríamos aquí ante un caso de lo que el derecho americano denomina *efficient breach*⁷⁰, es decir, incumplir el contrato motivado por presuntos beneficios que tal incumplimiento puede reportar. Esta conclusión no es sólida. ¿No es lógico pensar que alguien invierta parte de su capital (porque el crédito hipotecario no cubre toda la casa), compre una vivienda y permita que se la rematen para quedarse con un año y medio de alquiler!⁷¹

Desde el punto de vista del deudor, lo mejor sería poder comprar la vivienda con una hipoteca relativamente pequeña, pagando la casa con fondos propios. Si así fuera, y si el deudor no pudiera pagar su parte de la vivienda, entonces en el caso que no pagara la hipoteca la venta de la vivienda dejará de todas formas una suma que le permitirá al deudor cubrir su necesidad habitacional al menos por un lapso considerable.

Creo que tenemos que pensar esta reforma no tanto desde el ángulo del deudor sino del acreedor, es decir el banco. Parecería lógico que, sabiendo que en caso de incumplimiento el valor del bien es menor (debido a que una parte de él se destina a acomodación alternativa), el banco sea más cauto al conceder crédito. Podría ser que se produzca una reducción del crédito hipotecario, ya que el banco entregará menos dinero al deudor, tomando en cuenta que, en caso de incumplimiento de la obligación de pago, la suma de realización de la vivienda será menor debido a la deducción del alquiler⁷².

Otra variable que puede reflejar el costo potencial involucrado en la posibilidad de tener que pagar al deudor la vivienda por un año y medio es el costo del interés. En la medida que el sistema bancario quiera compensar la posible

⁷⁰ Véase, por ejemplo, CALAMARI, J., PERILLO, J. (2003), *On Contracts*, 5th. ed, West, pág. 619.

⁷¹ Que, tal como lo expliqué, puede ser recuperado por el banco en el marco de una demanda monetaria en otro proceso que se puede llevar a cabo contra el deudor por la diferencia impagada.

⁷² Véase WEISMAN, *op. cit.*, pág. 15.

«pérdida», aumentará el interés que cobra al público por el dinero prestado, para «compensar» eventuales pérdidas. Se puede concebir que los bancos requieran también que el futuro deudor asegure el pago de la diferencia que le correspondería en el caso de recibir la acomodación alternativa, lo cual llevará a que el mutuario tenga que pagar un extra por el seguro.

De ser estas premisas ciertas, se podría esperar una disminución del financiamiento que dejará afuera del crédito bancario a sectores que no poseen medios auxiliares para completar el préstamo; pero a lo mejor esto no es tan malo. En la medida que menos gente tenga acceso a crédito para comprar vivienda, el Estado⁷³ deberá tomar cartas en el problema, entendiendo que el mismo no puede ser dejado a las reglas del mercado.

A lo mejor se llegará al entendimiento de que el problema de la vivienda no debe ser resuelto exclusivamente en término de hipotecas. Un mercado que facilita el alquiler de vivienda o un régimen de subsidios para familias de menores recursos pueden ser más justos y eficientes que llevar a gente de escasos recursos a embarcarse en hipotecas a largo plazo. Si esta reforma dificulta la obtención de crédito hipotecario, puede ser que vuelva mucho más acentuado el hecho de que las dificultades de la vivienda puedan ser solucionadas no con un sistema hipotecario sino en base a cambios en el mercado que permitan precios más accesibles y ayuda a los sectores más necesitados.

Flexibilizar la refinanciación de la hipoteca, establecer periodos de suspensión en el pago y llegar a un mercado con precios de vivienda razonables, son pautas mucho más importantes que dar al deudor un año y medio de alquiler. Personalmente no veo que el nuevo artículo 38(c) vaya a teñir al mercado hipotecario con cierto tinte de justicia distributiva, o que pueda ser parte de una plataforma de readjudicación de recursos en la sociedad. Yo creo que los alcances del nuevo artículo 38(c) son más bien modestos. Pero así y todo, si esta reforma abre un camino para repensar la relación entre el banco y los tomadores de créditos, podrá ser considerada un punto importante en el intento de encontrar el equilibrio entre la responsabilidad que asume el solicitante del crédito y la responsabilidad social del Estado y del sistema bancario.

IX. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN

El análisis de las cuestiones en torno a los deudores hipotecarios muestra que la ley y la jurisprudencia pueden ofrecer marcos y regulaciones que permi-

⁷³ Debo aclarar que me refiero al caso de Israel, donde existe un relativo consenso sobre la necesidad de garantizar el acceso a la vivienda, a pesar de que este consenso, tal como le señalé anteriormente, no siempre se materializa. En un país donde se asumiera como principio que sectores de bajos recursos no siempre van a poder tener acceso a un techo propio, este análisis debería ser algo distinto.

tan encontrar un cierto equilibrio entre los intereses de deudores y acreedores, pero no pueden solucionar problemas sociales y económicos cuando no hay fondos suficientes. Necesidades sociales, consideraciones utilitarias y la necesidad de permitir un razonable acceso al crédito no siempre pueden coexistir pacíficamente.

Comencé este trabajo señalando que el derecho comparado es instrumento para reflexionar sobre el tema de las hipotecas. Pero a la vez pienso que lo expuesto nos lleva también a reflexionar sobre el rol del derecho comparado. En el tema de las hipotecas, como en tantos otros temas, el derecho comparado se encuentra en una encrucijada propia de sus limitaciones: por un lado podemos aprender y analizar distintas soluciones, pero por el otro hay que tener en cuenta diferencias sociales, económicas e incluso culturales que impiden referirse a soluciones de otros países como viables en el propio.

El caso de las hipotecas en Israel es otro ejemplo de que las comparaciones deben ser utilizadas con prudencia y que no es siempre fácil valorar adecuadamente los marcos legales adoptados en diversos sistemas jurídicos. Pero, al mismo tiempo, pienso que este trabajo muestra que el derecho de otro país, y por ende el trabajo del comparatista, puede ser un importante punto de referencia para plantear dilemas, formular las preguntas necesarias y crear el marco analítico que permita observar problemas y plantear posibles soluciones. El derecho comparado siempre es una buena base para tratar de llegar a una teoría jurídica rica y fundamentada.

BIBLIOGRAFÍA

- AHERN III, Lawrence (2005): «Homestead and Other Exemptions under the Bankruptcy Abuse Prevention Act and Consumer Protection Act: Observations on “Asset Protection” After 2005», en *Amer. Bank. Inst. Law Review*, vol. 13, pág. 585.
- ATENCIO, Juan; GRANDE, Maximiliano (2006): *Tratado jurisprudencial del embargo*, Rosario (Arg.): Juris.
- BAR KAHAN, Roi (2006): *Contrato de garantía*, Tel Aviv: Shiraz (en hebreo).
- BAR OFIR, David (2011): *Juicio ejecutivo, teoría y práctica*, 7.^a ed, Tel Aviv: Ginosar (en hebreo).
- BARROS, Benjamin: «Legal Questions for the Psychology of Home», en *Tulane L. Rev.* v., 83 págs. 645 (2009).
- BEN OLIEL, Ricardo (1996): *Derecho Bancario - Parte General*, Jerusalem: Sacher (en hebreo).
- (2010): «La hipoteca bancaria en general y la hipoteca sobre inmueble destinado a vivienda en particular, reseña crítica», en *Din Ud'varim*, vol. 5, pág. 119 (en hebreo).
- BEN PORAT, Miriam (1989): «Defensa legal de los derechos del dueño de la vivienda», en M. ELON *et al.* (eds.), *In Memoriam Yzchak Kahan*, Jerusalem: Bursi, pág. 336 (en hebreo).

- BLUM, Brian (2010): *Bankruptcy and Debtor /Creditor*, 5.^a ed, Austin: Wolters Kluwer.
- CREMADES, Bernardo; CABRIEDES, Eduardo (1989): *Litigating in Spain*, Madrid, Kluwer, La Ley.
- BROWN, James (2010): *Judgment Enforcement*, 3.^a ed., Austin: Wolters Kluwer.
- CALAMARI, John, PERILLO, Joseph (2003): *On Contracts*, 5th. ed, West.
- COVENY, Anthony (2007): «Saying Goodbye to Texas's Homestead Protection: One Step Toward Economy Efficiency with the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005», en *Houston. Law Rev.*, vol. 4, pág. 433.
- DWORKIN, Gerald (1989): «Paternalism: Some Second Thoughts», en R. SARTORIUS, ed., *Paternalism*, Univ. of Minnesota press, pág. 105.
- FLETCHER, Ian (2009): *The Law of Insolvency*, 4.^a ed., London: Sweet and Maxwell.
- GLAESER, Edward (2006): «Paternalism and Psychology», en *University of Chicago Law Review*, vol. 73, pág. 133.
- JASPERS, Margaret (2000): *The Law of Attachment and Garnishment*, New York: Oceana.
- HARRIS, Ron; ALBIN, Einat (2006): «Bankruptcy Policy in Light of Manipulation in Credit Advertising», en *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 7, pág. 431.
- KEMNER, Matthew (1991): «Personal Bankruptcy Discharge and the Myth of the Unchecked Homestead Exemption», en *Modern Law Rev.*, vol. 56, pág. 683.
- KRONMAN, Anthony T. (1983): «Paternalism and the Law of Contracts», en *Yale Law Journal*, vol. 92, pág. 763.
- LERNER, Pablo (2011): «La caracterización de los bienes inembargables», en *Alei Mishpat*, vol. 9, pág. 479 (en hebreo).
- (2011): «El derecho a arreglo acomodacional alternativo en el caso de hipoteca para vivienda», en *Hapraklit*, vol. 51, pág. 51 (en hebreo).
- (2013): *Bienes Inembargables*, Tel Aviv: Bursi.
- MEAD Lawrence, M. (1997): «The Rise of Paternalism», en LAWRENCE M. Mead, ed., *The New Paternalism*, Washington: Brookins Inst., pág. 1.
- MORGAN, Jill (2007): *Aspects of Housing Law*, London: Routledge-Cavendish.
- OGUS, Anthony (2004): *Regulation Legal Form and Economic Theory*, Oregón: Hart.
- PERROT, Roger; THERRY, Philippe (2005): *Procédure Civile d'Exécution*, Paris, Dalloz, 2.^a ed.
- PLATO-SHINAR, Ruth (2010): *Derecho Bancario: el deber de fidelidad del banco*, Tel Aviv: Editorial Colegio de Abogados (en hebreo).
- RADIN, Margaret (1982): «Property and Personhood», en *Stan. L. Rev.*, vol. 34, pág. 957.
- ROY RYDEN, Anderson (1975): «Coercitive Collection and Exempt Property in Texas: A Debtor's Paradise or a Living Hell?», en *Houston Law Review*, vol. 13, pág. 84.
- REICHMAN, Uriel (1983): «Necesidad de reforma legal: el paso de dueño de una vivienda a inquilino protegido», en *Yunei Mishpat*, vol. 9, pág. 121 (en hebreo).
- RUPRECHT, Philip; QUERARD, Lisa (2005): «Homestead Declarations in the Fifty States», en Alexander BOVE, ed., *Assets Protection Strategies*, ABA: Washington, vol. 1, pág. 177.
- SHAPIRO, David (1988): «Courts' Legislatures and Paternalism», en *Vancouver Law Rev.*, vol. 74, pág. 519.
- WEISMAN, Joshua (2010): «La ejecución de hipotecas de inmuebles destinados a vivienda», en *Merkakaim*, vol. 9 (4), pág. 1 (en hebreo).

YESSIOU FALTSI, Pelayia (1995): *Civil Procedure in Hellas*, Sakkoulas: Atenas.
ZAMIR, Eyal (1998): «The Efficiency of Paternalism», en *Virginia Law Review*, vol. 84, pág. 229.

RESUMEN

OBLIGACIONES HIPOTECARIAS. PROTECCIÓN AL DEUDOR. JUICIO EJECUTIVO

Cuando un deudor hipotecario no paga la hipoteca, el bien inmueble es vendido. La ley de ejecuciones de Israel (reformada en el 2009) permite al deudor hipotecario cuya vivienda es vendida, recibir del precio de la venta, una suma equivalente a dieciocho meses de alquiler, y de esta manera tener un techo para él y su familia al menos en forma temporaria. Esta disposición, que no aparece en otros sistemas jurídicos, plantea distintas cuestiones ligadas a la relación deudores-acreedores. La norma en estudio se enmarca en el debate sobre cómo solucionar el problema habitacional sin acudir a un endeudamiento abusivo.

ABSTRACT

MORTGAGES - DEBTORS AND CREDITORS - ENFORCEMENT OF JUDGMENTS

The Israeli Law of Execution (amended in 2009) gives the mortgagor, whose dwelling house has been sold, the right to receive from the proceeds of the foreclosure the sum that would be needed to rent an accommodation for a period of 18 months. In this way, the mortgagor and his family will have an alternative accommodation for a limited period. This regulation does not appear in other legal systems and raises several important questions about the conflict between the debtor's and the creditor's rights and, more generally, about the attempts to find solutions to housing problems.