

III

HIPOTECA. Ejecución hipotecaria: ley 24.441: constitucionalidad.
Aplicación a procesos en trámite al tiempo de su dictado.

Doctrina: 1) El interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente que contraría la Ley Fundamental.

2) La ley procesal dictada en el en curso de un proceso en trámite le es aplicable inmediatamente siempre que ello no importe afectar la validez de los actos procesales cumplidos y que han quedado firmes bajo la vigencia de la ley anterior. Por lo tanto, la ley 24441 es aplicable al proceso de ejecución hipotecaria en trámite, sin que la misma pueda afectar la validez de los actos procesales ya cumplidos y que han quedado firmes bajo la vigencia de la ley anterior, ni lo estipulado por las partes con anterioridad a la vigencia de la misma.

3) El art. 79 de La ley 24441 no es inconstitucional. Ello es así, pues los propósitos de la citada ley- que consisten en dinamizar los diversos aspectos que permiten llevar adelante un plan de financiamiento de la vivienda, que la haga accesible a un universo mayor al actual y, al propio tiempo, aumente significativamente la absorción de mano de obra desempleada y subempleada- no sólo son adecuados al régimen constitucional sino verdaderamente plausibles en orden al afianzamiento de la situación social y jurídica (del dictamen del Fiscal ante la Cámara al cual la Cámara se remitió).

4) La tónica de desjudicializar los aspectos no esenciales de los trámites procesales, no sólo se ha remarcado en la ley 24441, sino que tal extremo debe comprenderse dentro de la tónica de los diversos proyectos en trámite parlamentario, impulsados por el Ministerio de Justicia. Su finalidad, es descongestionar el cúmulo de trabajo tribunalicio, para lograr una mejor prestación del servicio de justicia y preparar la incorporación de la reforma procesal, que introducirá la oralidad en el sistema procesal civil y comercial (del dictamen del Fiscal ante la Cámara al que la Cámara se remitió).

5) La ley 24441 no constituye un sistema de orden público, cuyo apartamiento resulta imperativo e insoslayable. Por el contrario debe considerarse sometida al régimen de libertad contractual cuya norma basal se encuentra consagrada por el art. 1137 del Cód. Civil, con el alcance previsto -en principio- por el art. 1197 del mismo cuerpo legal (del dictamen del Fiscal ante la Cámara).

6) Si las partes acordaron en el contrato de mutuo con garantía hipotecaria que la venta se haría libre de ocupantes por lo que la deudora se comprometía a efectuar la desocupación con un mes de anticipación a la fecha del remate, y en caso de no cumplir con ello, se le aplicaría una multa diaria, no resulta aplicable la ley 24441 -dictada durante el trámite de un proceso de ejecución hipotecaria- ya que estaría en contradicción con lo pactado entre aquéllos (del dictamen del Fiscal ante la Cámara

7) De conformidad con lo dispuesto con el art. 3º, última parte del Cód. Civil, la ley 24441 no resulta aplicable a un proceso de ejecución hipotecaria en trámite con anterioridad a su dictado (del dictamen del Fiscal ante la Cámara) M.M.F.L.

Cámara Nacional Civil, Sala M.

Autos: "Saajer, Jorge Oscar y otro c/ Cortina, Amalia s/ ejecución hipotecaria" (*)

Dictamen del Fiscal ante la Cámara.

I. Vienen estos autos a conocimiento de V.E. con motivo de los recursos de revocatoria y apelación en subsidio interpuesto por la parte demandada (fs. 117), contra la providencia de fs. 101 vta., mantenida a fs.125, por la aplicación al caso de autos del art.598 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, como así también de la inconstitucionalidad alegada contra la referida norma procesal (fs.117 vta.).

El magistrado fundó su rechazo al recurso promovido por la parte demandada en razón de considerar que la nueva ley es aplicable a todo tipo de ejecución hipotecaria sin distinción de la fecha de inicio.

II. A fs. 101 la parte actora solicitó la designación de escribano en los términos del art.598 del Cód. Procesal Civil y Comercial modificado por la ley 24441 (EDLA, 1995- A-63), habiéndose proveído de conformidad por el Juzgado a fs.101 vta. y 103.

III. Como primera consideración he de expresar que reiteradamente se tiene dicho que la declaración de inconstitucionalidad de una ley conlleva un grado de tal gravedad institucional que debe entenderse como ratio final del orden jurídico

(CSJN, ED, 55-517 y LL, 156-851, S. 31.879; " Bruno Hnos. SC y otro C/ Estado Nacional [ANA]" 12/V/92, diario LL, 26/II/93, pág. 4, sum.858), y ser motivo de suficiente substanciación y debate (dict. del 25/IV/74 en causa R-186.437 del 23/X/73 y R- 187.530 del 26/XII/73; íd. Sala D, causa R-182.513 del 17/X/73 y citas de dichas resoluciones: ED, 18-296; 28-26; 33-666; LL, 134-1106, S. 20.497).

Por otra parte, sólo cabe formular la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal, cuando un acabado examen del mismo conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocada (CSJN, " Bruno Hnos., SC y otro c/ Estado Nacional [Ana], 12/V/92, LL, 26/II/93, pág. 4, sum. 859).

Asimismo, el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente que se contraría la Ley Fundamental (CSJN, "Fojo, José L. Y otros c/ Estado Nacional y otra", 12/V/93, LL., 26/II/93, pág. 4 sum. 864).

Considero que la mera invocación de la recurrente que la norma cuestionada se encuentra en pugna con el art. 17 de la Constitución Nacional, y pedir inconstitucionalidad de la ley sin especificar cuáles son los agravios pertinentes, no constituye un planeamiento serio y eficaz para dejar sin efecto la aplicación de una norma emanada de los poderes respectivos, y dictada de acuerdo a los principios constitucionales vigentes.

Ahora bien, para el caso de que V. E. Considerase que el planteo efectuado por la recurrente es viable de ser tratado, paso a expedirme sobre el planteo de fondo.

IV. Ante todo, he de anticipar que el art. 79 de la ley 24441 no es inconstitucional. Si bien es cierto que se han publicado algunos trabajos sobre la mencionada normativa (conf.: Elías P. Guastavino, "Fideicomisos, leasings, letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24441" –LL,1995-B-1061-; C.A Ghersi, " La ley 2441 de financiamiento y construcción de viviendas" –LL, 1995-B-1112-; A.M. Morello, "Aspectos procesales de la ley 24441, de financiamiento y construcción de viviendas" – JA, del 3-V-95- entre los que conozco) creo conveniente reseñar algunas reflexiones sobre el tema planteado. En efecto, la ley 24441, sancionada el 22 de diciembre de 1994, ha tenido por norte dinamizar los diversos aspectos que permitan llevar adelante un plan de financiamiento de la vivienda que la haga accesible a un universo mayor al actual y, al propio tiempo,

aumente significativamente la absorción de mano de obra desempleada y subempleada. Tales propósitos, no sólo son adecuados al régimen constitucional, sino verdaderamente plausibles en orden al afianzamiento de la situación social y jurídica, e implicó incorporar a nuestra legislación instituciones que ya figuraban en los proyectos de reformas de Cód. Civil -como el caso del fideicomiso y del leasing-. Si bien, respecto del negocio financiero relativo a la primera de las instituciones mencionada, ha sido de importancia la incorporación de la experiencia jurídico-económica de Chile. En materia hipotecaria, las vertientes consultadas del derecho comparado han sido, por un lado los antecedentes del derecho norteamericano y, por otro, los sistemas vigentes en la Comunidad Europea; especialmente los registrados en los derechos irlandés y griego. La conjugación de estos elementos con la experiencia judicial de los tribunales nacionales dio lugar al triple tratamiento que se registra del tema en el texto de la ley 24441.

En primer lugar, las ejecuciones previstas en el título V de la ley, que apuntan a las hipotecas relacionadas al proceso de la "titrisación" hipotecaria, como se conoce el sistema en Francia, tema -por lo demás- que consultó la experiencia existente en la ya antigua operatoria del Banco Hipotecario Nacional. En segundo lugar, las pautas del art. 75 de la ley, que agrega líneas orientativas en el derecho de fondo y, finalmente, la norma contenida en el art. 79 de la misma ley que ha modificado el art. 598 del Cód. Procesal vigente en esta jurisdicción.

La idea central contenida en el Proyecto elaborado por la Subsecretaría de Desregulación Económica del Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos de la Nación, luego reelaborado por la Subsecretaría Legal del mismo Ministerio, fue recogida por el nuevo cuerpo legal, y, sin ninguna duda, tuvo por norte modificar el modo de llevar adelante la ejecución del bien gravado. En efecto, en nuestro anterior sistema - como sucede en el caso de España, Francia e Italia, por ejemplo- la venta del bien y la cancelación de las deudas que pesan sobre el bien ejecutado es una gestión que se encuentra básicamente a cargo del organismo jurisdiccional. Con largos y costosos procedimientos que, también en el derecho comparado, hacen ardua la tarea profesional y judicial y muy onerosa la operatoria de recupero. En el nuevo sistema, por el contrario, esa gestión se encuentra a cargo del acreedor, de allí que las defensas y articulaciones admisibles giran en torno a la protección, por el órgano jurisdiccional, del deudor ante los posibles excesos en que pueda caer el acreedor ejecutante.

Est es la estructura básica en torno a la cual gira el sistema de la ejecución de la garantía hipotecaria, dando al inversor -institucional o individual- un franco apoyo para dinamizar el trámite ejecutivo y una simplificación que redundará -ha sido el otro objetivo- en la disminución de los costos del sistema. Esto se presentaba como imprescindible en el régimen de titularización o de emisión de cédulas hipotecarias, pero el legislador ha entendido también oportuno incorporarlo, en su medida, en los otros dos ámbitos, del derecho hipotecario, al que se hizo referencia más arriba. Por supuesto, velando ante el posible uso abusivo que realice el eventual ejecutante de las prerrogativas que la nueva legislación pone en su mano, pero siempre con el mismo norte: abaratar y agilizar el proceso de recupere de la inversión financiera. Por lo demás, la tónica de desjudicializar los aspectos no esenciales de los trámites procesales, no sólo se ha remarcado en la ley que consideramos, sino que tal extremo debe comprenderse dentro de la tónica de los diversos proyectos en trámite parlamentario, impulsados por el Ministerio de Justicia: mediación, sucesiones de trámite notarial, etc. Todo ello, ha tenido por finalidad descongestionar el cúmulo de trabajo tribunalicio, para lograr una mejor prestación del

servicio de justicia y preparar la incorporación de la reforma procesal que introducirá la oralidad en el sistema procesal civil y comercial.

Estas razones, son las que -a mi juicio- aventan la posible inconstitucionalidad del sistema.

V. Paso a expedirme en cuanto a la aplicación de la ley.

La normativa en cuestión no constituye un sistema de orden público, cuyo apartamiento resulte imperativo e insoslayable. Por el contrario, la materia debe considerarse -y también en los casos futuros- sometida al régimen de la libertad contractual cuya norma basal se encuentra consagrada por el art. 1137 del Cód. Civil. con el alcance previsto -en principio- por el art. 1197 del mismo cuerpo fundal.

De lo dicho, se infiere el carácter supletorio que tiene las normas procesales, ya que el caso debe ajustarse a las pautas contractuales.

Las partes acordaron en la cláusula octava del contrato de mutuo que la venta se haría libre de ocupantes, por lo que la deudora se comprometía a efectuar la desocupación con un mes de anticipación a la fecha del remate, y en caso de no cumplir con ello, se le aplicaría una multa diaria, por lo que no es aplicable la nueva norma ya que estaría en contradicción con lo pactado entre aquellos.

Por otra parte, tampoco es aplicable la nueva disposición legal de conformidad con el art. 3º, última parte del Cód. Civil cuando este refiere que "a los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias".

En consecuencia, soy de opinión que V.E. debe rechazar la inconstitucionalidad alegada y revocar la resolución de fs. 125. Julio 13 de 1995. -Carlos R. Sanz. Buenos Aires, setiembre 8 de 1995.-

Visto y Considerando: La ejecutada se agravia de la resolución de fs. 101 vta. en cuanto tiene presente la propuesta de designación de escribano de conformidad con el art. 598 del Cód. Procesal modificado por la ley 24441. Expresa en el memorial de fs. 117 que resulta aplicable la referida ley, entre que otras cosas, por ser posterior a la Constitución de la hipoteca y de la iniciación del presente proceso. Agrega que resulta improcedente el desapoderamiento del inmueble hasta tanto se haya efectuado la subasta del mismo. Además plantea la inconstitucionalidad de la referida a la ley.

La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad por lo cual debe ser considerado como ratio final del orden jurídico; por lo que es requisito indispensable que se encuentre cuestionado el reconocimiento de algún derecho a cuya efectividad obstan las normas cuya validez se impugna (confr. CSJN. RED, 25-358, sum. 20).

En el sub lite la ejecutada se limitó solamente a fundar la inconstitucionalidad en que la ley en cuestión viola el art. 17 de la Constitución nacional (ver fs. 117 vta.). Al respecto ha sostenido el más Alto Tribunal de la Nación que el interesado no asumió la carga de demostrar que la ley dictada durante el desarrollo del proceso. Se ha sostenido, en lo que a ello se refiere, que el mismo puede ser alcanzado por la nueva ley, la cual es de aplicación inmediata siempre que ello no importe afectar la validez de los actos procesales cumplidos y que han quedado firmes bajo la vigencia de la ley anterior; excepción esta que se justifica por cuanto tales actos se hallan amparados por el principio de preclusión, al que prestan respaldo, en nuestro ordenamiento jurídico, las garantías constitucionales de la propiedad y de la defensa en juicio (Palacio, Derecho Procesal Civil, t. I, pág.50; en igual sentido Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal

Civil y Comercial, págs. 56/61, ed. 1941; Belluscio, Código Civil Comentado..., t. I, pág. 27).

Teniendo en cuenta lo antes señalado y los claros términos del art. 79 de la ley 24441 (ver primer párrafo), cabe concluir que corresponde rechazar el pedido de inaplicabilidad de dicha ley, con la aclaración de que la misma no podrá afectar la validez de los actos procesales cumplidos y que han quedado firmes bajo la vigencia de la ley anterior y respecto de lo estipulado por las partes con anterioridad a la vigencia de la misma.

Por lo expuesto, y oído el Sr. Fiscal de Cámara, el tribunal resuelve: Desestimar el pedido de inconstitucionalidad de la ley 24441 y confirmar la providencia de fs. 101 vta, con el alcance mencionado en el último párrafo de los considerandos. Costas en la alzada por su orden, atenta la forma de resolver. Regístrese y notifíquese al Sr. Fiscal de Cámara. Oportunamente, devuélvase. -Carlos Horacio Gárgano. - Gladys Stella Alvarez. - Hernán Daray (Sec.: Mario Jorge Isola).

IV

HIPOTECA. Ejecución hipotecaria: art. 598 del Cód. Procesal: modificación introducida por la ley 24441; declaración de inconstitucionalidad: cuestión abstracta; pacto expreso entre las partes.

Doctrina: 1) Si bien el art. 598 del Cód. Procesal, con la modificación dada por el art. 79 de la ley 24441 es una norma de carácter procesal, y el Derecho Procesal debe, en principio, adscribirse al Derecho Público, no por ello debe entenderse que el citado precepto es de orden público.

2) Si en el mutuo hipotecario las partes acordaron el modo y el plazo de desocupación del inmueble a que quedan sometidas en cuanto a la entrega del bien se refiere, el art. 598 del Cód. Procesal –en cuanto a la intimación para desocupar- deviene innecesario que el Tribunal se expida en relación a la inconstitucionalidad de la ley 24441 planteada.

3) La verificación del estado de ocupación del inmueble hipotecado mediante la intervención de un escribano propuesto por la ejecutante, no causa agravio a la recurrente y, no habiéndose acordado nada al respecto, no media obstáculo para ello.

4) El art. 79 de la ley 24441 no es inconstitucional. Ello es así pues los propósitos de la citada ley –que consisten en dinamizar los diversos aspectos que permitan llevar adelante un plan de financiamiento de la vivienda, que la haga accesible a un universo mayor al actual y, al propio tiempo, aumente significativamente la absorción de mano de obra desempleada y subdesempleada- no sólo son adecuados al régimen constitucional, sino verdaderamente plausibles en orden al afianzamiento de la situación social y jurídica (del dictamen del Fiscal ante la Cámara).

5) La tónica de desjudicializar los aspectos no esenciales de los trámites procesales, no sólo se ha remarcado en la ley 24441, sino que tal extremo debe comprenderse dentro de la tónica de los diversos proyectos en trámite parlamentario, impulsados por el Ministerio de Justicia. Su finalidad es descongestionar el cúmulo de trabajo tribunalicio, para lograr una mejor prestación del servicio de justicia y preparar la incorporación de la reforma procesal, que introducirá la oralidad en el sistema procesal y comercial (del dictamen del Fiscal ante la Cámara).

6) La ley 24441 no es un sistema de orden público, cuyo apartamiento resulte imperativo e insoslayable. Por el contrario debe considerarse sometida al régimen de libertad contractual cuya norma basal se encuentra consagrada por el art. 1137 del Cód. Civil, con el alcance previsto –en principio- por el art. 1197 del mismo cuerpo legal (del dictamen del Fiscal ante la Cámara).

7) Las partes no pueden apartarse de lo previsto en el contrato de mutuo con garantía hipotecaria en cuanto a la forma en que debía producirse la desocupación del inmueble (dictamen del Fiscal ante la Cámara).

8) De conformidad con lo dispuesto con el art. 3º, última parte del Cód. civil, la ley 24441 no resulta aplicable a un proceso de ejecución hipotecaria en trámite con anterioridad a su dictado (del dictamen del Fiscal ante la Cámara). M.M.F.L.

Cámara Nacional Civil., Sala C.

Autos: "Eurofin de Inversiones c/Kuperman, Viviana E. s/ejecución hipotecaria" (*)

Dictamen del Fiscal ante la Cámara.

I. Vienen estos autos a consideración del Tribunal de V.E. a consecuencia del del recurso de apelación deducido a fs. 107 vta. por la ejecutada, contra el auto de fs.100 que ha entendido procedente aplicar en la especie las normas de la ley 24441 (EDLA, 1995-A-63). El recurso fue concedido a fs. 112 y fundado a fs. 115 y sigtes. siN que la actora evacuara el traslado del memorial, corrido en el auto de fs. 121.

II. La presente ejecución fue iniciada el 16 de marzo de 1994 (fs. 23) conforme a las pautas fijadas en el contrato de mutuo que celebraron las partes el 14 de mayo de 1993, mediante escritura pública, pasada ante el notario René Carlos Pontoni (conf.: fs. 7 y sigtes.).

Previo a dictarse el auto de remate (fs. 99) la actora solicitó se aplicara el trámite previsto por el art. 79 de la 24441. El Juzgado aceptó este criterio en el auto de fs. 100 contra el cual, como ya se ha dicho, se orienta la actividad recursiva de la accionada.

La ejecutada, en su presentación de fs.103 y sigtes. Y en su memorial de fs. 115 y sigtes., argumenta en torno a la inaplicabilidad de la ley 24441, sin perjuicio de plantear la inconstitucionalidad del art. 79 de la misma.

III. Ante todo, he de anticipar que el art. 79 de la ley 24441 no es inconstitucional. Si bien es cierto que se han publicado algunos trabajos sobre la mencionada normativa (conf.: Elías P. Guastavino, "Fideicomisos, leasings, letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24441" –LL, 1995-b-1061-; C.A. Ghersi, "La ley 24441 de financiamiento y construcción de viviendas" –LL, 1995-B- 1112-; A. M. Morello, "Aspectos procesales de la ley 24441, de financiamiento y construcción de viviendas"- JA, del 3-V-95- entre los que conozco) creo conveniente reseñar algunas reflexiones sobre el tema planteado. EN efecto, la ley 24441, sancionada el 22 de diciembre de 1994, ha tenido por note dinamizar los diversos aspectos que permitan llevar adelante un plan de financiamiento de la vivienda, que la haga accesible a un universo mayor al actual y, al propio tiempo, aumente significativamente la absorción de mano de obra desempleada y subdesempleada.

Tales propósitos, no sólo son adecuados al régimen constitucional, sino verdaderamente plausibles en orden al afianzamiento de la situación social y jurídica, e implicó incorporar a nuestra legislación instituciones que ya figuraban en los proyectos de reformas del Cód. Civil –como el caso del fideicomiso y del leasing-. Si bien, respecto del

negocio financiero relativo a la primera de las instituciones mencionadas, ha sido de importancia la incorporación de la experiencia jurídico-económica de Chile.

En materia hipotecaria, las vertientes consultadas del derecho comparado han sido, por un lado los antecedentes del derecho norteamericano y, por otro, los sistemas vigentes en la Comunidad Europea; especialmente los registrados en los derechos irlandés y griego. La conjugación de estos elementos con la experiencia judicial de los tribunales nacionales dio lugar al triple tratamiento que se registra del tema en el texto de la ley 24441.

En primer lugar, las ejecuciones previstas en el título V de la ley, que apuntan a las hipotecas relacionadas al proceso de la "titrisación" hipotecaria, como se conoce el sistema en Francia, tema –por lo demás- que consultó la experiencia existente en la ya antigua operatoria del Banco Hipotecario Nacional. En segundo lugar, las pautas del art. 75 de la ley, que agrega líneas orientativas en el derecho de fondo y, finalmente, la norma contenida en el art. 79 de la misma ley que ha modificado el art. 598 del Cód. Procesal vigente en esta jurisdicción.

La idea central contenida en el Proyecto elaborado por la Subsecretaría de Desregulación Económica del Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos de la Nación, luego reelaborado por la Subsecretaría Legal del mismo Ministerio, fue recogida por el nuevo cuerpo legal y, sin ninguna duda, tuvo por norte modificar el modo de llevar adelante la ejecución del bien gravado. En efecto, en nuestro anterior sistema - como sucede en el caso de España, Francia e Italia, por ejemplo la venta del bien y la cancelación de las deudas que pesan sobre el bien ejecutado es una gestión que se encuentra básicamente a cargo del órgano jurisdiccional. Con largos y costosos procedimientos que, también en el derecho comparado, hacen ardua la tarea profesional y judicial y muy onerosa la operatoria de recupero. En el nuevo sistema, por el contrario, esa gestión se encuentra a cargo del acreedor, de allí que las defensas y articulaciones admisibles giran en torno a la protección, por el órgano jurisdiccional, del deudor ante los posibles excesos en que pueda caer el acreedor ejecutante.

Esta es la estructura básica en torno a la cual gira el sistema de la ejecución de la garantía hipotecaria, dando al inversor -institucional o individual- un franco apoyo para dinamizar el trámite ejecutivo y una simplificación que redundará - ha sido el otro objetivo- en la disminución de los costos del sistema. Esto se presentaba como imprescindible en el régimen de titularización o de emisión de cédulas hipotecarias, pero el legislador ha entendido también oportuno incorporarlo, en su medida, en los otros dos ámbitos del derecho hipotecario, al que se hizo referencia más arriba. Por supuesto, velando ante el posible uso abusivo que realice el eventual ejecutante, de las prerrogativas que la nueva legislación pone en su mano, pero siempre con el mismo norte: abaratar y agilizar el proceso de recupero de la inversión financiera.

Por la demás, la tónica de desjudicializar los aspectos no esenciales de los trámites procesales, no sólo se ha remarcado en la ley que consideramos, sino que tal extremo debe comprenderse dentro de la tónica de los diversos proyectos en trámite parlamentario, impulsados por el Ministerio de Justicia: mediación, sucesiones de trámite notarial, etc. Todo ello, ha tenido por finalidad descongestionar el cúmulo de trabajo tribunalicio, para lograr una mejor prestación de servicio de justicia y preparar la incorporación de la reforma procesal, que introducirá la oralidad en el sistema procesal civil y comercial.

Estas razones, son las que –a mi juicio- aventan la posible inconstitucionalidad del sistema.

IV. Pero la normativa en cuestión- especialmente la introducida en el caso de la ejecución hipotecaria singular- como bien dice la recurrente, no constituye un sistema de orden público, cuyo apartamiento resulte imperativo e insoslayable. Por el contrario, la materia debe considerarse- y también en los casos futuros- sometida al régimen de la realidad contractual cuya norma basal se encuentra consagrada por el art. 1137 del Cód. Civil, con el alcance previsto- en principio- por el art. 1197 del mismo cuerpo fondal.

De lo dicho, se infiere le carácter supletorio que tienen las normas procesales, ya que el caso concreto debe sujetarse a las pautas contractuales.

En el caso de la especie, las partes han acordado pautas claras a las que debe sujetarse la ejecución, como sucede con la cláusula sexta del contrato de mutuo (fs.10). De allí que la pretensión de la ejecución de fs. 99 sólo sería parcialmente procedente. En efecto, ningún agravio existe- en principio- en que la constatación del estado de ocupación lo realice el escribano propuesto en lugar del oficial de justicia, ya que nada de dice al respecto en el contrato. Pero no sucede lo mismos con la pretensión de que se produzca la desocupación de la manera peticionada, puesto que lo acordado por las partes (cláusula 6ª, in fine, que luce a fs. 10 vta.) y a lo que deben ajustarse es que “...la parte deudora (debe) entregar el bien hipotecado totalmente desocupado al que resulte comprador dentro de los diez (10) días de aprobada la subasta”.

Pero aun en el caso de la primera parte de la norma que analizamos su aplicación se ve enervada en la especie, por lo dispuesto en el último párrafo del art. 3º del Cód. Civil.

En consecuencia, en mi opinión, el auto de fs. 100 debe revocarse. En un caso, porque las partes han acordado expresamente el momento de desocupación del bien. En el otro, porque “a los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

V. De esta manera, es mi parecer que V.E. deberá rechazar la inconstitucionalidad planteada y revocar el pronunciamiento de fs. 100. Julio 10 de 1995.-Carlos R. Sanz.

Buenos Aires, octubre 3 de 1995.- Y Vistos: Considerando: Si bien el art. 598 del Cód. Procesal, con la modificación dada por el art. 79 de la ley 24441 (ADLA, LV-A-1995, p. 296 y sigtes.) es una norma de carácter procesal y, en el Derecho Procesal debe, en principio, adscribirse al Derecho Público (conf. Palacio, Derecho Procesal Civil, t. I, p. 26), no por ello debe entenderse que el citado precepto es de orden público.

Se da en el caso de un claro supuesto donde prima la libertad contractual consagrada por el art. 1137 del Cód. Civil, con el alcance dado por el art. 1197.

De acuerdo con lo convenido entre actora y demandada, ésta última se obligó a “...entregar el bien hipotecado totalmente desocupado al que resulte comprador dentro de los diez días de aprobada la subasta...”(cláusula 6ª, fs. 10 vta.). De tal forma, las partes han acordado el modo y el plazo de desocupación del inmueble, a que quedan sometidas en cuanto a la entrega del bien se refiere.

Visto la inaplicabilidad al caso del art. 598 del Cód. Procesal, en cuanto a la intimación para desocupar, deviene innecesario que el Tribunal se expida en relación a la inconstitucionalidad planteada.

En lo relativo a la verificación del estado de ocupación del inmueble hipotecado, mediante la intervención de un escribano propuesto por la ejecutante, tal como lo puntualiza el Sr. Fiscal de Cámara, no causa agravio lo recurrente, y dado que al

respecto nada se acordó, no media obstáculo, en este tema, en mantener lo decidido por el sentenciante.

Por las consideraciones precedentes y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara se resuelve : 1) en cuanto al planteo de inconstitucionalidad debe estarse a lo expuesto en los considerandos de la presente; 2) revocar parcialmente el pronunciamiento de fs. 100, que ordena la desocupación del inmueble en los términos allí dispuestos, debiendo estarse a lo acordado por las partes en el contrato (cláusula 6º), manteniéndolo respecto de la constatación que se llevará a cabo con intervención del escribano designado por la actora. Sin imposición de costas de alzada, en razón de no haber mediado oposición de la actora a los agravios formulados por la recurrente (art. 68, párr. 2º, Cód. Procesal). Notifíquese y al Sr. Fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente devuélvase.- José Luis Galmarini- Javier M. Ruda Bart. – Jorge Horacio Alterini

(*)Publicado en El Derecho de 19/2/96, fallo 46.936.