

## SUBASTA PÚBLICA: DE INMUEBLES: DESALOJO PREVIO; INCONSTITUCIONALIDAD\*

### DOCTRINA:

*Corresponde declarar la inconstitucionalidad de los arts. 3936, 2ª parte del Cód. Civil y 598 del Cód. Procesal en cuanto establecen el lanzamiento del ejecutado previo a la subasta. Ello es así, por cuanto no se advierte circunstancia alguna que permita interpretar coherentemente tal lanzamiento frente a la facultad que otorga el art. 583 del Cód. Procesal, ésta es la de sobreseer el juicio, afectando gravemente el derecho de propiedad del ejecutado, quien*

*aun cuando conserva la facultad en cuestión, se ve echado de su inmueble, dificultándole la posibilidad de acceder al crédito para saldar la deuda y generándole los perjuicios evidentes que suponen la mudanza en doble sentido.*  
M. M. F. L.

Cámara Nacional Civil, Sala D, diciembre 23 de 1998. Autos: “Banco Tornquist S. A. c. Pérez de Guglieri, María del Carmen s/ejecución hipotecaria.”

Buenos Aires, diciembre 23 de 1998. – Y Vistos. *Considerando*: 1. Dos son las cuestiones que introduce la demandada en su presentación de fs. 95/6: a) la excepción prevista en el art. 64, inc. c) de la ley 24441 [EDLA 1995-A-63]; b) la inconstitucionalidad de los arts. 75 y 79 de la ley 24441.

2. El primer planteo, ya rechazado por el Sr. Juez de grado, tampoco habrá de ser acogido en esta Alzada, en tanto lo establecido en el art. 64, inc. c) de la ley 24441 se refiere, únicamente, a las ejecuciones especiales de hipotecas que

(\*) Publicado en *El Derecho* del 1/7/99, fallo 49.436

contempla la ley en cuestión, y no al caso de autos en que se rige el procedimiento fijado por el Código Procesal. Por consiguiente, debe confirmarse, en dicho aspecto, el decisorio recurrido.

3. También se ha desestimado en primera instancia la inconstitucionalidad de los arts. 75 y 79 de la ley 24441. El primero de dichos textos legales incorpora una segunda parte al art. 3936 del Cód. Civil. El segundo modifica el art. 598 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación. Y de la lectura de la presentación originaria de la apelante resulta que todo el planteo de inconstitucionalidad está centrado en el desalojo del inmueble antes de la subasta y su entrega en tenencia provisoria al acreedor.

A juicio de este Tribunal, y por ello se han separado las cuestiones, por un lado, el desalojo previo a la subasta, que puede ser pactado por las partes, no puede calificarse, como regla, de inconstitucional, habida cuenta que ello entra dentro del marco de la autonomía privada, reconocida a los particulares en el principio general del art. 1197 del Cód. Civil, principio que, por supuesto, no es absoluto, atento los límites que lo delimitan, que ya contenía el Código de Vélez (en su redacción originaria), a través de lo dispuesto por los arts. 21, 953, 502 y concordantes. Y, por otro, si tal posibilidad de desalojo previo a la subasta significa un agravio al derecho de propiedad, amparado en el art. 17 de la Constitución Nacional, en tanto y en cuanto funciona en dicho aspecto, insistimos, como modo de efectivizar más prontamente el resultado de la subasta, evitando cuestiones dificultosas para los eventuales adquirentes.

Y el otro asunto a examinar es la reforma del art. 598, en lo que atañe a la entrega de la tenencia al acreedor hasta la aprobación del remate. Ciertamente es, como lo señala el Sr. Fiscal de Cámara en su dictamen, que numerosos pronunciamientos se han inclinado por la constitucionalidad de la reforma del art. 598 del Cód. Procesal, pero no se ha ahondado sobre la entrega de tenencia del inmueble al acreedor, con relación a tal tacha. Recordemos que la tenencia de las cosas está regulada en los arts. 2352 y 2460 a 2467 del Cód. Civil, con todas las consecuencias allí establecidas. Y que el supuesto del art. 598 del Cód. Procesal debe encuadrarse, en lo que hace a la tenencia, dentro de la previsión del art. 2462, inc. 2º del Cód. Civil, es decir, la denominada “tenencia no interesada”, ya que la situación del acreedor, en este caso, es similar a la del depositario en el depósito regular, que no puede usar de la cosa, salvo que tenga permiso del depositante (doct. art. 2208, Cód. Civil). Consecuentemente, y entendida con este alcance la tenencia mentada por el art. 598 del Cód. Procesal, no se advierte inconstitucionalidad alguna por ese lado. Ahora bien, tal tenencia implica que el propietario ejecutado sea lanzado del bien, y en ello se apoya la apelante para sustentar su tacha de inconstitucionalidad alegando una violación flagrante al derecho de propiedad, tanto desde la perspectiva del art. 17 de la Constitución Nacional, como la de los arts. 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 20 del Pacto de San José de Costa Rica. Y aquí está el meollo del asunto, pues cabe preguntarse cómo se armoniza el lanzamiento a quien aún es propietario con la facultad que le reconoce el mismo Código Procesal al deudor de obtener el sobreseimiento del juicio

ejecutivo (art. 583, Cód. Procesal). Como bien se ha dicho, tal instituto se compadece con el “principio de humanización” de la ejecución, de modo que la realización de la condena no debe perjudicar innecesariamente al deudor, en tanto no se lesionan los derechos del ejecutante y se indemnice adecuadamente al adquirente (Fenochietto-Arazi, *Código procesal civil y comercial de la Nación*, 2ª ed. t. 2, pág. 883, N° 1). Y es esta circunstancia la que, justamente, da fundamento a la tacha de inconstitucionalidad. En efecto, no se advierte, seriamente, circunstancia alguna que permita interpretar coherentemente el lanzamiento previsto en los arts. 3936, 2ª parte del Cód. Civil y 598 del Cód. Procesal, frente a la facultad que otorga el art. 583 del Cód. Procesal, ésta es la de sobreseer el juicio afectando gravemente el derecho de propiedad del ejecutado (doct. art. 17, Constitución Nacional), quien, aun cuando conserva la facultad en cuestión, se ve echado de su inmueble, dificultándole la posibilidad de acceder al crédito para saldar la deuda y generándole los perjuicios evidentes que suponen la mudanza en doble sentido.

4. Lo expuesto precedentemente, lleva a este tribunal a declarar la inconstitucionalidad de los arts. 3936, 2ª parte del Cód. Civil y 598 del Cód. Procesal, en cuanto establecen el lanzamiento del ejecutado, previo a la subasta.

Por lo expuesto, y oído el Sr. Fiscal de Cámara, se resuelve: 1) Confirmar la resolución de fs. 112 en cuanto a la aplicación en general de la ley 24441 al supuesto en autos; con costas; 2) Revocar la resolución de fs. 112, declarando la inconstitucionalidad de los arts. 3936, 2ª parte del Cód. Civil y 598 de Cód. Procesal en cuanto establecen el lanzamiento del ejecutado previo a la subasta; con costas a la actora vencida. Devuélvase inmediatamente, encomendándose al magistrado de grado proveer las diligencias ulteriores y las notificaciones pertinentes. El Dr. Mercante no firma por hallarse en uso de licencia.  
– Eduardo M. Martínez Alvarez.– Alberto J. Bueres.