

Remate y subasta pública, judicial y extrajudicial. Ventas y adjudicación por licitación *

*Ana Raquel Nuta
Domingo Nicolás Rotondaro
Hugo Ricardo Acha*

Dra. Nuta: Nuestro Instituto de Perfeccionamiento Profesional ha decidido en el mes de noviembre de 1997, cuando elevamos la propuesta de la actividad de 1998 al Señor Rector de esta Universidad y por su intermedio al Honorable Consejo Académico, resolvimos realizar este Seminario que hoy inauguramos con la primer mesa redonda, con fines absolutamente interdisciplinarios pues entendíamos que esta temática no era de interés exclusivo del notariado sino que también debía integrarse a otros profesionales del derecho, cualquiera fuere el lugar en que ellos desempeñen sus funciones, como abogados, miembros del Poder Judicial y registradores.

Asimismo decidimos que todos los cursos y seminarios que se hicieran durante 1998 debían realizarse en homenaje a Miembros Titulares de nuestro Instituto, a quienes lamentablemente perdimos físicamente, aunque siempre nos acompañan...

Así este Seminario sobre *Escrituras Judiciales* se realiza en homenaje a dos grandes juristas y queridos amigos, nos referimos a los Dres. ABEL DI PROSPERO y CLAUDIO SOLARI DEL VALLE y en sus personas homenajear a las dos Revistas Notariales que consideramos más importantes de

* Este texto corresponde a la versión grabada de la exposición efectuada por los autores el 16-4-98, en el Seminario sobre *Escrituras Judiciales*, en homenaje a los Dres. Abel Di Próspero y Claudio Solari del Valle.

América, Revista del Notariado y REVISTA NOTARIAL, de las cuales ambos homenajeados fueron dignos Directores, entregando un recuerdo de la Universidad Notarial Argentina y de nuestro Instituto de Perfeccionamiento Profesional a sus actuales Directores, Dres. JUAN CRUZ CERIANI CERNADAS y ZULMA A. DODDA.

Al pensar en REVISTA NOTARIAL no pudimos menos que recordar a alguien absolutamente unido a ella y es el Dr. JUAN CARLOS SARUBO a quien también deseamos homenajear.

Dr. Julio Ramos Vardé (moderador): Hemos decidido que comience la exposición la Dra. NUTA, luego el Dr. ROTONDARO y por último el Dr. ACHA, haremos una doble vuelta a los fines de que puedan agregar algo a la ya dicho y luego pasaremos a las preguntas y debate. Dra. NUTA, queda Ud. en uso de la palabra.

Dra. Nuta: A los fines de dar una idea del motivo del título del presente Seminario y de todos los temas que bajo el mismo vamos a desarrollar, creo indispensable en primer lugar dar un concepto de lo que para nuestro Instituto es una escritura judicial.

Recuerdo que durante 1982, año en que la Universidad me honró con el cargo de Directora de este Instituto, encomendamos al Dr. ROTONDARO una investigación respecto de este tema que luego fue sometida al análisis de todo el equipo.

Hasta ese momento la doctrina tradicional consideraba “escritura judicial” sólo a la que otorgaba el Juez o la persona por él indicada.

Sin embargo luego de dos largos años de investigaciones, algunas de las cuales se plasmarán durante el transcurso del dictado de las distintas mesas redondas, el Dr. ROTONDARO llegó a una conclusión a la que luego adherimos los miembros del Instituto.

El concepto de “escritura judicial” que entendemos válida no es sólo la restringida que consideraba la doctrina mencionada sino una mucho más amplia que abarca no sólo aquellas escrituras otorgadas por el Juez, como por ejemplo en un juicio de escrituración, sino también todas aquellas en las cuales el escribano actuante deba relacionar o transcribir parte de un expediente judicial a los fines de legitimar al o los otorgantes de un acto que pasa por ante él.

En este sentido los ejemplos se amplían profundamente pues ya podemos hablar de la escritura de protocolización de subasta judicial, la escritura pública por la cual se transmita el dominio proveniente de un re-

mate público, venta directa o adjudicación por licitación, como asimismo a todos los supuestos de tracto abreviado entendido también en su concepción más amplia y los supuestos de división de comunidades jurídicas, como ser, la sociedad conyugal, el condominio y la comunidad hereditaria. Todos estos temas se irán desarrollando a lo largo de este seminario por los distintos expositores.

Creemos indispensable refrescar entre todos nuestros conocimientos sobre el esquema general documental del Código Civil.

La libertad de formas es el principio general para la exteriorización del consentimiento.

El Art. 974 así lo señala: "Cuando por este Código, o por leyes especiales no se designa forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren conveniente".

Las excepciones a dicha norma ya comienzan a aparecer en las subsiguientes a la misma: Arts. 975, 976 y 977.

Así:

El Art. 975: "En los casos en que la expresión por escrito fuese exclusivamente ordenada o convenida, no puede ser duplicada por ningún otra prueba, ..."

La expresión "por escrito" puede tener lugar, por instrumento público o por instrumentos particulares, salvo los casos en que la forma del instrumento público fuera exclusivamente dispuesta; eso dice el Art. 978.

Termina diciendo el Art. 975: "...el acto y la convención sobre la pena, son de ningún efecto".

Por su parte el Art. 976 dispone: "En los casos en que la forma del instrumento público fuese exclusivamente ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba, y también el acto será nulo".

El Art. 977 establece: "Cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente".

Por ahora podemos sacar esta primera conclusión.

VÉLEZ SANSFIELD en nuestro Código Civil, planifica, siguiendo a FREITAS, la primera clasificación documental: documento privado y documen-

to público (aunque el utiliza la expresión “instrumento”), estableciendo un primer parámetro diferenciador, cual es la firma.

Si pudiéramos realizar un diálogo socrático entre las Leyes y el ciudadano, estas comenzarían diciéndole: *-Si sabes firmar y puedes hacerlo, puedes recurrir al documento privado; si no sabes o no puedes firmar, debes recurrir al documento público.*

Nuestro codificador en una primera aproximación documental exige como parámetro para permitir la libre elección de la forma instrumental el hecho de saber y/o poder firmar.

Así lo declara el Art. 1012 del Código Civil al manifestar: “La firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo firma privada”.

De lo cual se desprende que un documento privado que carecía de las firmas de las partes intervinientes, es nulo de nulidad absoluta por aplicación de los Arts. 1037 y 18 del mismo cuerpo legal.

La Ley dice: “Firma” y por lo tanto la misma debe entenderse literalmente: Firma y sólo firma,

No, impresión dígito pulgar,

No, firma a ruego.

La firma solo puede ser suplida por la puesta de la impresión dígito pulgar, cuando una ley nacional y por lo tanto modificatoria para ese supuesto del Código Civil así los permitiere.

Por ejemplo: las leyes de previsión social permiten que aquellas personas que deban realizar trámites para el otorgamiento de jubilaciones o pensiones o para cobrar las mismas ya otorgadas, puedan apoderar a una persona para que lo realice en su nombre, y si no supieren o no pudieren firmar, podrían estampar su impresión digital, hecho que debe ser certificado notarialmente o por funcionarios competentes para ello.

No constituye una excepción al Código Civil la DTR. del Registro de Automotores, en cuanto autoriza la impresión dígito pulgar, ya que la misma no tiene entidad para modificar la Ley de Fondo.

En cuanto a la firma a ruego, ella solo está prevista para los instrumentos públicos y ello es lógico, pues la voluntad de solicitar que una persona firme a su ruego, se exterioriza por ante un funcionario fideifaciente, lo que da seguridad jurídica a dicha petición.

Por lo tanto, los instrumentos privados que contuvieren en lugar de firma, impresiones dígito pulgares (no autorizadas por una ley nacional), o firma a ruego, aunque los mismos se encuentren certificados por notario o funcionario competente, son nulos de nulidad absoluta.

De todos modos, recordemos que la firma del documento privado es exigida *ad- probationem*, o lo que llamamos “formas para valer”.

El acto jurídico puede probarse por otros medios y puede existir en el mundo jurídico con independencia de la forma exigida para ello.

Si no hubiese otras pruebas, el documento privado con impresión digital o firma a ruego, no prueba el acto jurídico que pretendió instrumentar, pues es nulo de nulidad absoluta.

Pero volvamos a nuestro razonamiento anterior, a aquella conversación socrática de las Leyes con el ciudadano. Luego de explicarle la posibilidad de libertad de formas a la que puede recurrir en caso de saber y/o poder firmar, las Leyes continúan diciendo:

- Pero en aquellos supuestos en que la seguridad jurídica es importante (importancia económica y social), las formas instrumentales no puedes elegir las. Nosotras establecemos en supuestos determinados y por razones de interés general, la obligatoriedad de la escritura pública, bajo pena de nulidad. (Art. 1184 del Código Civil) .

En el caso de no cumplirse la forma instrumental establecida por la Ley, el documento y el acto jurídico que contenga serán en principio nulos de nulidad absoluta.

El hecho que la Ley 17.711 haya quitado de la redacción del artículo la sanción expresa: “Bajo pena de nulidad”, no significa que no sigue siendo bajo pena de nulidad.

La sanción de nulidad está expresada en otras normas que siguen plenamente vigentes. Por ejemplo el Art. 1183: “Cuando la forma instrumental fuese exclusivamente decretada en una determinada especie de instrumento, el contrato no valdrá si se hiciere de otra forma”.

También el Art. 986 dice: “Para la validez del acto es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad”.

Por si estas normas, a juicio de algún jurista no fueran suficientes, siempre tenemos la sanción expresa de nulidad que deviene de la aplica-

ción de dos normas fundamentales en materia de nulidades; nos referimos a los Arts. 1037 y 18 del Código Civil.

La disposición del inciso 1) del Art. 1184 se refiere al título de los derechos reales sobre inmuebles.

La base de nuestra afirmación se encuentra en el Esboço de FREITAS, en su Art. 1929 inc.1): "Deben ser hechos por escritura pública (Art. 688 núm. 1 y 705 al 730) so pena de nulidad (Art. 1203, nros. 1 y 2, 1244, 1568, 1580, 1630, 1657 y 1658): 1º todos los contratos, siempre que no sean celebrados en subasta pública, que tuvieren por objeto transferir el dominio de inmuebles, constituir derechos reales sobre los mismos, transferir derechos reales sobre los de otras personas...".

La redacción de FREITAS es más clara que la de VÉLEZ, que sin lugar a dudas se está refiriendo a los contratos que serán "título" de un derecho real sobre inmuebles.

A la luz de FREITAS, fuente de nuestra norma, siguiendo las premisas del elemento histórico de interpretación de la ley que nos legara SAVIGNY, debe interpretarse nuestro Art. 1184.

Por si las normas mencionadas hasta aquí no alcanzaren, podemos recurrir al Art. 1183 ya citado, que genera un efecto cíclico y, fatalmente, nos remite al 975, al 976 y 977.

La solución nos la brinda el texto del Art. 1185 que dice: "Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes, o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducir a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública".

Sólo se soluciona el vicio de otorgar un acto en un instrumento privado, cuando la Ley, en este caso el Art. 1184 del Código Civil, ordena una forma específica, elevando el mismo a escritura pública tal como lo señala el Art. 1185 mencionado.

Ello siempre y cuando, el acto jurídico no sea a título gratuito, como ser una donación o cesión de derechos hereditarios, pues nuestra Ley no contempla la viabilidad de la promesa de donación y, por lo tanto, no puede obligarse al supuesto promitente a otorgar con posterioridad la escritura pública correspondiente.

En este punto debemos remarcar que es sumamente habitual que, en expedientes judiciales, para distintos actos que exigen escritura pública, se viole la norma del Art. 1184.

Ya lo hemos mencionado, y lo reiteramos, que la sanción para el incumplimiento del Art. 1184 de Código Civil es la nulidad.

Creemos necesario remarcar este punto por cuanto, como lo mencionamos con anterioridad, la violación de dicha norma es permanente y habitual en distintas jurisdicciones territoriales.

Así vemos que se realizan cesiones de derechos hereditarios por instrumento privado o público (instrumento público judicial) pero no por escritura pública, única forma establecida en el inc. 6) del Art. 1184.

Instrumento privado cuando se trata de una cesión que se presenta como un escrito más en el expediente judicial, y por lo tanto adquiere fecha cierta pero no se convierte en instrumento público.

También puede suceder que la cesión de derechos hereditarios se realice en una audiencia y se instrumente en un acta judicial que, como tal, será instrumento público.

A pesar de todo y aun cuando se trate de un instrumento público judicial, no configura "escritura pública" que únicamente puede ser autorizada por un notario o funcionario competente para ello, como pueden ser los cónsules que tienen funciones notariales, al igual que un protocolo llevado con idénticas formalidades.

El funcionario judicial jamás puede autorizar el documento típico al que nos referimos, es decir nunca puede autorizar "escritura pública" en los términos del Código Civil.

Por lo tanto dichas cesiones son nulas de nulidad absoluta, cuando fuesen realizadas a título gratuito y nulas documentalmente; pero con la posibilidad de elevarlas a escritura pública en los términos del Art. 1185 del Código Civil, cuando fuesen a título oneroso, a fin de bonificar el título.

Es frecuente observar otras violaciones: Por ejemplo, en un proceso de subasta, una vez realizada y homologada la misma, abonado el precio y entregada judicialmente la posesión, el adquirente ya adquirió el dominio por título y modo, sin necesidad de la escritura pública, pues la misma se encuentra excepcionada por el Art. 1184 del Código Civil.

Pues bien, antes de librar el oficio correspondiente o mandar a realizar la protocolización a los fines de una matricidad más segura (la matriz es el mismo expediente judicial), y la inscripción registral, se permite que le adquirente ceda sus derechos por documento privado. Ello no es posible y nuevamente debemos destacar que dicho acto es nulo.

Una vez adquirido el dominio, para transmitirlo, por ejemplo por venta, permuta o donación, debe recurrirse necesariamente a la escritura pública.

Encontramos divisiones de sociedad conyugal donde no se limitan a adjudicarse los respectivos bienes, sino que se adjudican una parte y se resuelve poner una parte de un bien o todo, a nombre de los hijos, lo cual es un verdadero acto de donación que requiere escritura pública, bajo pena de nulidad.

También puede constituirse usufructo a favor de uno de los cónyuges, en cuyo caso también es necesario, para ese supuesto, recurrir a la escritura pública.

Y así los ejemplos podrían seguir en su enunciación y seguramente lo haremos en un estudio posterior.

Hace pocos meses, a raíz de la realización del III Congreso Nacional de Derecho Concursal y I Iberoamericano sobre Insolvencia, realizado en la ciudad de Mar del Plata, en noviembre de 1997, hemos presentado una ponencia que fuera avalada por unanimidad, en el sentido que las modalidades de venta que prevé la Ley de Quiebras, como la venta directa o la adjudicación por licitación, no se encuentran excepcionadas en dicha Ley ni en el Código Civil, por lo cual en su caso debe otorgarse la escritura pública de transmisión dominial.

No son casos de subasta, como no lo es el remate público y no puede extenderse la excepción del Art. 1184 del Código Civil pues, tratándose de una forma solemne, con la correspondiente sanción de nulidad, que por ser instrumental, es absoluta, a otros supuestos.

La interpretación de la ley debe ser restrictiva pues está de por medio nada más y nada menos que el orden público.

En todos estos supuestos debemos tener en cuenta que la única excepción que contempla el Art. 1184 del Código Civil es la subasta judicial y en la misma se dan dos requisitos ineludibles: a) el desapoderamiento y b) la oferta pública.

En el remate existe oferta pública pero no desapoderamiento; en la venta directa y en la adjudicación por licitación hay desapoderamiento pero no oferta pública.

Por ello sostenemos que en estos casos debe otorgarse la correspondiente escritura pública.

Sobre la diferencia precisamente entre remate y subasta se referirá el Dr. ROTONDARO.

Dr. Ramos Vardé: Gracias Dra. NUTA, luego le concederemos nuevamente la palabra pues estoy seguro que tendrá muchas acotaciones que hacer, como siempre. Mientras tanto queda en uso de la palabra el Dr. ROTONDARO.

Dr. Rotondaro: Tal como dijo la Dra. NUTA la subasta y el remate forman parte de las llamadas escrituras judiciales.

Si bien puede entenderse en una primera aproximación que los conceptos de subasta y remate pueden considerarse como sinónimos, resulta menester plantear claramente la diferencia que existe en la conceptualización jurídica de ambos términos, dado que ello determina en forma precisa, la instrumentación que para cada caso corresponde.

Cuando el Art. 1184 del Código Civil nos habla de subasta nos está planteando un régimen de excepción a la forma instrumental establecida por dicho Código para la transmisión de los derechos reales y, es sabido, que una inadecuada instrumentación, produce una nulidad absoluta y manifiesta en la transmisión dominial.

En razón de ello debemos tratar previamente qué entendemos por el concepto de subasta, cuál es la instrumentación adecuada y cuándo se concreta, en ese caso, la transmisión dominial del inmueble.

El concepto de subasta implica una condición previa y necesaria, ella es que se produzca el desapoderamiento de los bienes del ejecutado, es decir, el momento en que éste pierde la posibilidad de poder voluntariamente enajenar el inmueble.

Por ello, y como ya lo mencionó la Dra. NUTA que me precedió en el uso de la palabra, en la subasta existe: desapoderamiento, oferta pública con venta al mejor postor y quien la realiza, es decir el martillero actuante, representa en este caso al Juez y no al ejecutado.

En el remate como no existe un proceso de ejecución forzosa y se trata de una forma o modalidad de venta adoptado por las partes dentro de un expediente judicial, si bien pueden realizarse algunos trámites similares a la subasta, como ser publicación de edictos, designación de martillero y la consiguiente oferta pública, esta situación no puede equipararse a la subasta y por lo tanto no se encuentra comprendida en la excepción establecida en el Art. 1184 del Código Civil.

Este caso se da por ejemplo cuando los herederos, o los condóminos o los miembros de una sociedad conyugal, deciden vender un inmueble voluntariamente y eligen la modalidad de la oferta pública, es decir, un remate judicial.

En el remate, no existe desapoderamiento, y el martillero actuante realiza la venta en nombre de las partes por lo que, para que el dominio quede transmitido, resulta indispensable que los titulares dominiales otorguen la escritura traslativa de dominio y hagan tradición de la cosa a fin de conformar el título suficiente y el modo suficiente que exige nuestra Ley civil.

Por las razones expresadas es importante determinar en qué momento quedan cumplidos en cada uno de estos supuestos, los recaudos que la Ley de Fondo exige para que quede operada la transmisión domini-
nial.

Tomaremos a la subasta en primer término para que quede perfectamente diferenciada del remate, de la adjudicación por licitación y la venta directa en la quiebra, institutos que trataremos más adelante, a fin de plasmar en forma concreta cuándo se cumplen los requisitos de título y modo suficiente mencionados anteriormente.

La subasta se configura al efectuar un proceso de ejecución de sentencia.

Obviamente en este tipo de procesos en que se persigue la venta de la cosa para cobrarse con su producido el precio, existe una medida cautelar típica cual es el embargo preventivo.

Para nosotros el embargo es preventivo aun cuando lo llamemos ejecutivo, pues éste último es un embargo preventivo trabado precautoria-
mente, para asegurar el resultado de la sentencia, en un juicio ejecutivo.

A los fines de la ejecución de la sentencia resulta necesario que se intime al ejecutado a cumplir con su obligación y para el caso de incumplimiento, ordenar la ejecución del bien que es objeto de la cautela que

asegura el cumplimiento de la sentencia que siempre persigue la satisfacción de un crédito en dinero.

Por lo expuesto ante el incumplimiento se dicta el auto de subasta, se designa el martillero, se publican los edictos y se realizan todos los trámites previos a la realización de la misma.

Esta se hace efectiva mediante una oferta pública y al mejor postor, quien en el momento de la compra, suscribe un boleto, paga la seña y dentro del plazo procesal correspondiente, debe integrar el saldo de precio.

Producida la subasta el martillero informa al Juez lo actuado, se dicta un auto aprobando la subasta, e integrado el precio, se dicta un nuevo auto dando por satisfecho el precio de la venta forzosa.

Aquí llegamos al punto en que queda conformado el título suficiente sin que ello todavía implique que se halla operado la transmisión dominial, que sólo quedará concretada con el resultado del mandamiento de posesión que diligencia el Oficial de Justicia y pone al adquirente en posesión de la cosa conformándose de esta manera el modo suficiente, el otro de los requisitos indispensables exigidos por la Ley de Fondo.

Es necesario tener muy en cuenta estas etapas procesales, pues cada una de ellas nos va a indicar hasta qué momento pueden ser cedidos los derechos de la compraventa forzosa y, como la ley indica, solamente éstos pueden cederse cuando todavía son derechos personales, es decir, puede cederse el boleto dentro de la etapa procesal correspondiente. Entregada la posesión sólo puede existir compraventa u otro contrato que produzca la transmisión dominial (título suficiente) con todos los recaudos que la Ley de Fondo exige, es decir, el otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

En razón de lo expuesto, podemos colegir que la escritura de protocolización de actuaciones establecida por el Código Procesal, de carácter optativa, no es una escritura propiamente dicha que instrumenta un acto jurídico bilateral, sino que se trata de una escritura-acta de protocolización de actuaciones en la que se relacionan y transcriben las constancias del expediente judicial.

El dominio quedó transmitido en el expediente judicial, por lo tanto, la matriz de ese título está conformada por las constancias de ese expediente.

La escritura de protocolización en este caso no hace otra cosa que dar una matricidad protocolar más segura, a la matriz del expediente judi-

cial, preservando de esta manera la posible pérdida que pudiera producirse de la matriz original.

El escribano autorizante de la escritura de protocolización de actuaciones, de manera alguna autoriza la transmisión dominial, ella ya se operó en el expediente judicial y el funcionario por ante quien se produce esa transmisión es el Juez, y es quien debe cumplir con todos los recaudos previos que la ley impone al funcionario autorizante del acto.

Nos referimos a que es S.S. quien tiene la obligación de solicitar el certificado de estado dominial, de intimar la presentación del título al ejecutado o en su defecto ordenar la expedición de un segundo testimonio, el que debe inscribirse en el Registro de la Propiedad para anular el primero.

Es S.S. también el responsable de que se realice un adecuado estudio de los títulos y antecedentes a fin de que no se produzcan situaciones previstas en el Art. 3270 del Código Civil, en el supuesto en que el ejecutado no posea titularidad dominial o ésta fuere observable, para que pueda ser transmitida plenamente.

Debe tenerse presente que el ejecutado solamente piensa en el saldo remanente que pueda pertenecerle y por ella pelea su letrado, el ejecutante sólo desea resarcir su crédito, por lo tanto, se dedicará a preservar el cobro del crédito de su cliente. Pero al presunto adquirente, si no lo defiende el Juez, nadie lo defenderá, salvo que ponga un profesional de derecho a analizar todas las constancias del expediente y los recaudos previos a la enajenación para el supuesto que decidiera pujar en la subasta.

La situación planteada se torna injusta puesto que este señor, posible adquirente, tendría que incurrir en gastos, sin saber siquiera si resultará comprador.

Por tal razón sostenemos que es el Juez quien debe hacer cumplir todos los recaudos necesarios para que la confianza, que a nivel popular tiene una adquisición en subasta, quede totalmente preservada y no se conflictúe con posibles planteos de nulidad en la adquisición del derecho real.

La nulidad en el derecho de fondo no queda saneada por la subasta.

Resulta imprescindible tratar aquí y ahora un tema que no se trataba con la seriedad debida por parte de los letrados y la autoridad judicial. Nos referimos a la publicidad que debe darse al desapoderamiento.

Todos sabemos que iniciada una ejecución se solicita y se traba en el Registro de la Propiedad un embargo preventivo. Todos sabemos también que por las claras disposiciones del Código Civil, esa medida cautelar no impide la transmisión de los bienes. Pero es sabido que en una etapa procesal determinada, la del comienzo de ejecución de sentencia, la capacidad volitiva del ejecutado desaparece, dado que el bien que será subastado, pasa a depender de la voluntad y autoridad del magistrado interviniente.

Por las razones expuestas, debe obligatoriamente transformarse ese embargo preventivo en embargo ejecutorio según nuestra teoría expresada ya en el Congreso Nacional de Derecho Registral, realizado en Posadas en el año 1986, y proyectada en nuestro libro realizado con la Dra. NUTA sobre *Medidas Cautelares*, o bien según la opinión del Dr. VACCARELLI inscribirse el auto de subasta como medida cautelar genérica a fin de que quede publicitado el desapoderamiento, el que juntamente con la inscripción del segundo testimonio, impedirá que el ejecutado pueda vender por su cuenta, mientras se está realizando la subasta, y evitar de esta manera la producción de un conflicto entre adquirentes que, afectaría la confianza que debe emanar de las actuaciones producidas en la esfera del Poder Judicial.

En esta etapa el deudor –titular dominial– puede vender pero sólo con la autorización judicial.

Producida la subasta todas las deudas se trasladan al precio, quedando liberada la cosa de embargos, hipotecas, impuestos, tasas, contribuciones y expensas.

Con relación a los impuestos, tasas, contribuciones y expensas nos encontramos que en la Capital Federal existen discrepancias en cuanto a considerar o no, si se trata de obligaciones *propter-rem*, que sigan a la cosa aún después de su enajenación en subasta o por el contrario las mismas se trasladan al precio y la cosa queda totalmente liberada.

Nosotros estamos por esta última postura, pues entendemos que no son obligaciones *propter rem* y, aún si lo fueran, éstas sólo juegan en el terreno de la disposición voluntaria y justamente se frenan frente a una ejecución forzosa, sea ésta individual o colectiva donde todas las deudas se trasladan al precio y, cobran en el orden establecido por la Ley para los privilegios. Este es uno de los fundamentos de la existencia de los privilegios y si creyéramos lo contrario, el adquirente al asumir deudas que no le corresponden crearía una suerte de superprivilegios no contemplados en la Ley.

Así lo propusimos en el III Congreso Nacional de Derecho Concursal y I Iberoamericano sobre Insolvencia, obteniendo unanimidad de criterios. Además dicho Congreso recomendó entender la inconstitucionalidad de las leyes provinciales que establecían la obligación solidaria del adquirente y del escribano por estas deudas.

Existe la posibilidad bastante cierta de la realización de un plenario para unificar las divergentes posturas que mantienen las salas en este tema, siendo posible que triunfe esta postura que sostenemos.

En el Departamento Judicial de San Isidro, en jurisprudencia muy pareja, no las consideran obligaciones *propter-rem*.

Nos toca ahora expedirnos, aunque ya lo hicimos cuando explicamos la diferencia entre subasta y remate, estableciendo que éste último no implica ejecución forzosa, y por ello deben cumplimentarse los recaudos exigidos por el Código Civil: escritura pública (título suficiente) y tradición (modo suficiente).

Con relación a la adjudicación por licitación en las quiebras y a la venta directa, debemos decir que si bien hay desapoderamiento, en ambos casos se carece de oferta pública, situación por la cual no pueden estas formas de ventas ser asimiladas a la subasta a pesar de que en general la justicia pretendió hacerlo.

La Ley de Quiebras pudo decir que estas formas de venta eran equiparables a la subasta y se encontraban comprendidas en la excepción prevista por el Art. 1184 del Código Civil, pero no lo hizo y, dicha norma es de interpretación restrictiva, pues la sanción es ni más ni menos que la nulidad.

Por último debe tenerse presente que en las quiebras muchas veces se confunde patrimonio con dominio, que no es lo mismo.

Puede un inmueble estar en el patrimonio del quebrado pues existe un boleto de compraventa con precio total pagado y posesión entregada y no por ello podemos decir que se encuentra en su dominio, pues requiere para ello que se otorgue la escritura traslativa de dominio que exige la Ley de Fondo. Realizar esos bienes en la quiebra cuando no están en el dominio del quebrado implica solamente la transmisión de derechos personales, por lo tanto hay que tener especial cuidado en lo que se adquiere.

Más aún creemos que primero debe solicitar el Síndico la escrituración del bien y luego subastarlo.

Dr. Ramos Vardé: Dr. ROTONDARO, su tiempo esta concluido con exceso por lo que le daremos la palabra al Dr. ACHA.

Dr. Acha: Ahora pasaremos a tratar un tema totalmente distinto cual es la llamada ejecución extrajudicial.

La Ley 24.441, a través de su Título V, introduce en nuestra normativa jurídica un régimen de ejecución hipotecaria absolutamente novedoso, que se caracteriza por dos aspectos fundamentales, en primer lugar gran parte de las actuaciones tramitan extrajudicialmente, y en segundo lugar dota a los notarios de facultades que hasta entonces eran en principio ajenas a su ámbito de actuación profesional.

Su primordial objetivo es la simplificación del procedimiento, tendiente a la captación de recursos económicos mediante la llamada "securitización del crédito" por parte de las entidades financieras, de modo de fomentar la circulación de la riqueza y la creación de un mercado de capitales especialmente destinado al crédito hipotecario.

Asimismo, esta norma marca una tendencia hacia la desjudicialización de ciertos conflictos privados, tendientes a lograr el descongestionamiento de los tribunales civiles, que desde hace algún tiempo se encuentran seriamente abrumados por la gran cantidad de cuestiones presentadas a su consideración y resolución.

Todo juicio de valor respecto de las bondades o defectos de esta norma jurídica quedará reservada a las conclusiones, por ello, a continuación solo efectuaremos un análisis esquemático de la misma.

A fin de lograr un adecuado desarrollo del tema en análisis, procederemos a dividirlo en cuatro partes:

- 1) Supuestos de aplicación.
- 2) Diligencias previas.
- 3) Ejecución especial propiamente dicha.
- 4) Diligencias posteriores.

Veremos en primer lugar los supuestos de aplicación.

En el artículo 52, la Ley dice: "Las hipotecas en las cuales se hayan emitido Letras Hipotecarias con la constancia prevista en el Art. 45 y, todas aquellas en que se hubiere convenido expresamente someterse a las disposiciones de este título, podrán ejecutarse conforme las reglas siguientes".

Esta disposición contempla dos supuestos claramente diferenciados:

a) Las hipotecas en las cuales se han emitido letras hipotecarias conforme al Art. 45.

En este caso, podrá recurrir al procedimiento de ejecución especial el portador de la letra hipotecaria o de cualquiera de sus cupones, cuando así se hubiese convenido en el acto constitutivo de un derecho real de hipoteca en primer grado (Art. 36), y de ello se hubiere dejado constancia en la letra y en los cupones (Art. 45).

Si bien la norma habla de “letra hipotecaria”, debemos diferenciarla de la clásica letra de cambio.

En la típica letra de cambio intervienen tres personas: el librador, el tomador, y el girado. Mientras que en la letra hipotecaria solo intervienen dos: librador –deudor–, y el tomador –acreedor–, no aparece aquí la figura del girado, por lo que la promesa de pago en ésta es personal y directa del librador al tomador.

De allí, que la letra hipotecaria resulte más semejante al pagaré hipotecario del Art. 3202 del Código Civil, que a la letra de cambio.

La letra hipotecaria es emitida por el deudor, pero para que surta los efectos esperados por la Ley debe contener también la firma del escribano autorizante del acto constitutivo y la del funcionario del Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente a la jurisdicción en que se encuentra ubicado el bien gravado, lo que implicara constancia de inscripción registral.

Asimismo, conforme al Art. 39, debe contener las siguientes enunciaci-ones:

- 1) Nombres y apellido del deudor, también, en su caso, los del propietario del inmueble hipotecado.
- 2) Nombres y apellido del acreedor.
- 3) Monto de la obligación incorporado a la letra, expresado en una cantidad determinada, ya sea en moneda nacional o extranjera.
- 4) Plazos y demás estipulaciones respecto del pago, con los cupones respectivos, salvo lo previsto en el Art. 41 para las letras susceptibles de amortizaciones variables.
- 5) El lugar en el cual debe hacerse el pago.
- 6) Tasa de interés compensatorio y punitorio.

7) Ubicación del inmueble hipotecado, sus datos registrales y catastrales.

8) Deberá prever la anotación de pagos de servicios de capital, renta, o pagos parciales.

9) Indicación expresa de que la tenencia de los cupones de capital e intereses acredita su pago, así como que el acreedor se halla obligado a entregarlos y el deudor a pedirlos.

10) Los demás que fijen las reglamentaciones que se dicten.

Del mismo modo, se deberá dejar constancia de las modificaciones que las partes convengan con relación al crédito, plazos de pago, tasas de interés, etc.

En su último párrafo, el mismo artículo dice que las letras hipotecarias también pueden ser escriturales.

Estos títulos circulatorios con garantía hipotecaria se transmiten por endoso nominativo, pero también con la novedad de que no genera responsabilidad para el endosante, de acuerdo al Art. 40.

b) Todas aquellas otras hipotecas en las que se hubieren convenido expresamente someterse a las disposiciones del Título V de la Ley.

Ello significa que también pueden ser objeto de ejecución especial las hipotecas en las que no se hubieran emitido letras hipotecarias, incluidas las hipotecas de segundo o ulterior grado, siempre que el sometimiento a este régimen hubiera sido convenido en el acto constitutivo del derecho real.

Por otra parte, resulta claro del texto de la Ley, que la aplicación de este régimen especial solo alcanza a las hipotecas constituidas sobre inmuebles, lo que excluye su extensión a las llamadas hipotecas mobiliarias (sobre buques y aeronaves).

No obstante ello, existe actualmente un Proyecto de Ley para la Marina Mercante, cuyo Art. 37, pretende incorporar a la Ley de la Navegación 20.094, el Art. 499 bis, con el siguiente texto:

“El deudor hipotecario podrá otorgar a favor del acreedor hipotecario un mandato irrevocable para vender, en caso de mora del deudor.

Al solo efecto del ejercicio del mandato se considerara que la mora opera a los 10 (diez) días corridos del primer incumplimiento.

La venta del buque podrá concretarse por subasta pública o por tratativas privadas y deberá ser realizada mediante la intervención del liquidador, quien aceptará el cargo en el acto constitutivo de la obligación.

El liquidador será responsable de dar una publicidad adecuada a sus actos y liquidará el crédito del acreedor con el producido de la venta, previa cancelación de los créditos privilegiados y de los gastos generados en su labor. El saldo resultante será puesto a disposición del deudor hipotecario”.

Para el supuesto de que el liquidador designado no ejecutare el cargo encomendado, será facultad del acreedor nominar otro en su reemplazo.

Los buques sobre los que se constituyen hipotecas con mandato irrevocable de venta, no podrán ser dados en locación, ni hipotecados nuevamente, sin el consentimiento del acreedor hipotecario.

De este modo, con la misma finalidad con que se ha sancionado y promulgado la Ley 24.441, con referencia a las hipotecas inmobiliarias, se pretende introducir en el ámbito del Derecho Marítimo, esta vez camuflado de mandato irrevocable para venta, un régimen de ejecución especial hipotecario, pero mucho más expeditivo aún.

El proyecto referido, en su parte final, llega inclusive a restringir seriamente las facultades de administración y disposición de la cosa gravada.

Esto adquiere especial significación en materia de buques, ya que no se trata de una cosa más, que simplemente se encuentra en el tráfico jurídico, sino que, además, es esencial a nivel nacional e internacional para el comercio, el transporte, la exploración, explotación y circulación de la riqueza.

Veremos ahora en segundo lugar lo atinente a las diligencias previas.

La puerta que abre el camino hacia la ejecución es el incumplimiento del deudor en el pago de las obligaciones contraídas, ya sea del capital y/o de los intereses, por un lapso de sesenta días.

Si bien el incumplimiento genera la mora automática del deudor, el acreedor deberá esperar sesenta días para iniciar el procedimiento previo a la ejecución extrajudicial, que comienza con una intimación por medio fehaciente, según lo normado por el Art. 53.

En dicha notificación, que por su entidad corresponde ser efectuada mediante carta documento o acta notarial, el acreedor intimará al deudor a que pague íntegramente la suma debida, en un plazo no menor de quince (15) días, así como a que denuncie el nombre y domicilio de eventuales acreedores privilegiados, embargantes y ocupantes del inmueble objeto de la garantía hipotecaria, bajo apercibimiento de rematarla por vía extrajudicial.

Transcurrido ese plazo sin que se hubiera producido el pago, el acreedor puede presentarse ante el juez de primera instancia en lo civil que resulte competente, con la letra hipotecaria, los cupones exigibles (si éstos hubieran circulado), o el testimonio de escritura de constitución de hipoteca (según el caso) y un certificado de dominio del inmueble gravado con la finalidad de verificar el estado de ocupación del mismo y obtener su "tenencia" (cuando expresamente lo solicite).

Efectuada la presentación, el juez interviniente dará traslado al deudor por el término de cinco (5) días.

Conforme al Art. 64, producida la notificación, el ejecutado no puede interponer ninguna defensa, incidente o recurso, salvo que acredite verosímilmente alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que no está en mora.
- b) Que no ha sido intimado de pago.
- c) Que no se hubiere pactado la vía elegida.
- d) Que existen vicios graves en la publicidad.

Ante cualquiera de estos supuestos el juez interviniente debe ordenar la suspensión cautelar del lanzamiento y del remate.

Puede ocurrir que el acreedor controvierta las afirmaciones del ejecutado, en cuyo caso la cuestión se substanciará por el procedimiento más abreviado que prevea la ley local.

Transcurridos los cinco días sin que el deudor haya interpuesto alguna de las excepciones admitidas por el Art. 64, el Juez, conforme al Art. 54, ordenará verificar el estado físico y de ocupación del inmueble y a ese fin designará al escribano propuesto por el acreedor.

El escribano designado practicará esa diligencia y si de la misma resulta que el inmueble se encuentra ocupado, en ese mismo acto intimará a los ocupantes a que lo desalojen en el lapso de diez (10) días, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública. Ese lanzamiento

únicamente podrá ser suspendido si se acredita la verosimilitud de alguno de los supuestos indicados en el Art. 64.

Si vencido el plazo no se ha desocupado el inmueble, el escribano actuante procederá, sin más trámite, al lanzamiento, para lo cual podrá violentar cerraduras, allanar domicilios y poner en depósito oneroso, a costa del deudor, las cosas que se encuentren en el inmueble, pudiendo recurrir, de considerarlo necesario, al auxilio de la fuerza pública.

Debe destacarse que todo este procedimiento se tramitará inaudita parte.

Asimismo, de acuerdo a los Arts. 55 y 56, para completar las diligencias previas y proceder al remate del inmueble, se faculta al acreedor para:

- a) Requerir del respectivo Registro de la Propiedad Inmueble la expedición de un certificado de dominio del inmueble a rematar.
- b) Solicitar la expedición de un segundo testimonio del título de dominio, a costa del ejecutado.
- c) Pedir que se extiendan las certificaciones de deudas que pudieran existir con relación a impuestos, tasas, contribuciones y expensas de la propiedad horizontal, bajo apercibimiento de que si no se cuenta con esas liquidaciones en un lapso de diez (10) días a partir de la recepción de la solicitud, el inmueble podrá ser rematado como si estuviera libre de deudas.

Debe destacarse que cualquier reclamo que pudiera deducirse con relación a lo dispuesto en este último punto no afectará el trámite de remate.

Vamos a ver ahora el procedimiento de ejecución especial propiamente dicho.

Verificado el estado del inmueble gravado, el Art. 57 faculta al acreedor a ordenar por sí, y sin intervención judicial, la venta del mismo en "remate público", por intermedio del martillero que el designe y con las condiciones usuales en plaza.

A ese fin se publicarán edictos por tres días en el Boletín Oficial y dos diarios de gran circulación, uno al menos, del lugar de ubicación del inmueble. El último de los edictos deberá ser publicado con una anticipación no mayor de dos (2) días a la fecha fijada para el remate.

Los avisos deberán informar la ubicación del inmueble, superficie, horario de visita, estado de deudas por impuestos, tasas, contribuciones, expensas de propiedad horizontal, día, hora, lugar de realización del remate y la base.

El Art. 59, requiere que el deudor, el propietario y los demás titulares de derechos reales sobre la cosa hipotecada sean notificados de la fecha del remate por medio fehaciente con siete (7) días hábiles de anticipación, excluido el día en que aquel se realizará.

En el acto del remate deberá estar presente el escribano interviniente quien labrará el acta correspondiente.

De acuerdo al Art. 61, ante el fracaso del remate por falta de postores, se dispondrá otro con la base reducida en un veinticinco por ciento (25%). Si también éste fracasare, se ordenará la venta sin límite de precio y al mejor postor.

Debe tenerse en cuenta que el mismo Art. 61 indica que por los remates fracasados no corresponde que el escribano y el martillero actuantes cobren honorario alguno.

Si el comprador no abona la totalidad del precio en tiempo, también se deberá efectuar un nuevo remate. En este caso aquel deberá responder por los gastos ocasionados, los intereses acrecidos y el menor precio que se obtenga en el nuevo remate.

Finalmente, de resultar comprador el acreedor hipotecario deberá proceder a compensar su crédito.

Veamos que diligencias posteriores prevé la Ley.

Concretado el remate y conforme a lo normado por el Art. 63, la venta quedará perfeccionada al ser pagado el precio en el plazo estipulado y hecha la tradición a favor del comprador, sin perjuicio de lo estipulado en el Art. 66.

Con relación a la tradición, el Art. 63, dice que si el acreedor ostenta "la tenencia" del inmueble rematado, la podrá transmitir directamente al comprador. Si no la tiene, por no haber mediado desposesión anticipada, deberá ser realizada con intervención del juez competente y aplicación (en lo pertinente) del Art. 54.

En lo que hace al pago, será efectuado directamente al acreedor cuando este sea el único titular del crédito.

Si hubiera más de un acreedor el pago se le efectuará al martillero interviniente, el que luego de descontar su comisión, depositará el saldo a la orden del juez competente, quien citará a todos los acreedores para que perciban sus créditos.

El acreedor carga con la obligación de practicar la liquidación de lo adeudado, según lo pactado en el respectivo contrato, más los gastos de la ejecución, los que por todo concepto no podrán superar el tres por ciento (3%) del crédito.

El remanente debe ser depositado a la orden del juez competente junto con la rendición de cuentas documentada, dentro de los cinco (5) días posteriores al cobro.

El Juez debe dar traslado al deudor por el término de cinco (5) días, a fin de que pueda impugnar o aceptar la liquidación practicada.

En el caso de no existir embargos, inhibiciones u otros créditos y, mediando conformidad entre el deudor y el acreedor, este podrá entregar directamente a aquel el remanente.

El escribano interviniente protocolizará las actuaciones, sin la comparencia del deudor ejecutado. Dicha protocolización deberá contener las siguientes constancias:

- a) La intimación al deudor en los términos del Art. 53.
- b) La notificación del Art. 59.
- c) La publicidad efectuada.
- d) El acta de la subasta.

El Art. 63 *in fine*, dice que el juez interviniente levantará los embargos e inhibiciones existentes, "con citación de los jueces que han trabado las medidas cautelares", según las normas de procedimiento de cada jurisdicción.

Producido el remate y cancelado el crédito ejecutado, el deudor, conforme al Art. 65, puede impugnar por vía judicial y mediante el procedimiento más abreviado:

- a) La no concurrencia de los hechos que habilitan la venta.
- b) La liquidación practicada por el acreedor.
- c) El incumplimiento de los recaudos establecidos en el Título V de la Ley por parte del ejecutante.

En todos estos casos, de prosperar la impugnación, el acreedor deberá indemnizar los daños causados, sin perjuicio de las responsabilidades penales y administrativas que pueden corresponder.

Por último, el Art. 66 introduce en nuestra legislación la llamada "equidad de rescate" originada en las Cortes de Equidad, de los Estados Unidos de América.

En virtud de esta norma, dentro de los treinta (30) días corridos a partir de la ejecución extrajudicial, el deudor puede recuperar la propiedad del inmueble si paga el precio obtenido en el remate, más el tres por ciento (3%) previsto para solventar los gastos.

Para finalizar este análisis, debemos considerar que el Título IX de la Ley, a través del Art. 79, modificó el Art. 598 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, introduciendo prácticamente el mismo procedimiento anteriormente analizado con la diferencia de que aquí se parte de la sentencia de trance y remate.

El nuevo Art. 598, en su inciso 7), establece que para los casos previstos en el mismo "no procederá la compra en comisión ni la indisponibilidad de los fondos de la subasta. No obstante el Juez podrá pedir caución suficiente al acreedor".

Hecho un pantallazo del procedimiento establecido en la Ley pasamos a dar nuestra opinión al respecto.

No existe lugar a dudas de que los objetivos de la Ley son interesantes y pretenden generar una solución a problemas reales.

No compartir esos objetivos implicaría la necesidad. Sobre todo cuando el que intenta producir un análisis serio es un profesional del derecho.

No obstante y precisamente porque somos hombres y mujeres de derecho, nos resistimos a aceptar soluciones prácticas que puedan violar la letra o el espíritu de nuestra Constitución Nacional.

Las conclusiones a las que arribamos luego del análisis efectuado sobre el texto de la Ley 24.441, pueden ser agrupadas en cuatro rubros:

- 1.- Terminología empleada.
- 2.- Ambito de incumbencia notarial.
- 3.- Inconstitucionalidad de la Ley.
- 4 - Derecho adquirido por el comprador.

Respecto de la terminología empleada debemos decir que el legislador, en la redacción de la Ley 24.441, una muy imprecisa que termina confundiendo al lector a lo largo de su articulado.

La más flagrante contradicción terminológica que, como veremos más adelante, no se pierde en el ámbito doctrinario sino que tiene serias consecuencias de orden práctico, se plantea ante el uso indistinto e indiscriminado de los vocablos remate y subasta, como si se tratara de sinónimos.

Entre los Arts. 52 y 67 de la Ley, que integran el Título V, con referencia a la venta pública que puede ordenar el acreedor, se menciona siete veces la palabra remate y nueve veces la palabra subasta.

La diferencia conceptual y práctica de ambos términos ha sido suficientemente esclarecida en esta mesa redonda por los Profesores que me precedieron en el uso de la palabra.

En el remate, la venta pública se realiza por cuenta y orden de un particular, a cuyo efecto contrata los servicios de un martillero público.

En la subasta, la venta pública es ordenada por un juez competente dentro del trámite de un proceso judicial y previo desapoderamiento del bien a su actual titular dominial. En este caso, el martillero público actúa como representante del juez interviniente y en el ejercicio de las facultades por aquel delegadas.

Por su parte, el Art. 63 *in fine* dice que los embargos e inhibiciones serán levantadas por el juez interviniente “con citación de los jueces que han trabado las medidas cautelares”.

Obviamente se omitió considerar la posibilidad de que pudieran existir otras medidas cautelares distintas de las expresamente indicadas, no obstante esta omisión puede ser salvada con una interpretación amplia, que entienda la enunciación como ejemplificativa y, por lo tanto, a las no nombradas como incluidas, aunque como bien lo señalan los Dres. NUTA y ROTONDARO la anotación de *litis* producto de otro juicio donde se hubiere puesto en tela de juicio la existencia del derecho real en cabeza del titular, no puede ser levantada por el juez sino que el adquirente o el acreedor hipotecario deberán asumirla.

Mediante la utilización del término “medidas cautelares” este problema no se hubiera presentado.

En lo que hace a la exigencia de citar a los jueces que trabaron las medidas cautelares a levantar, entendemos que resulta absolutamente inapropiado, ya que un juez no debe ser citado. Lo que corresponde es comunicarle lo actuado a fin de que lo haga saber a la parte que la haya solicitado.

Respecto del ámbito de la incumbencia notarial sabemos que un sector del notariado han visto con beneplácito la promulgación de la Ley 24.441, en virtud de que vieron ampliarse el ámbito de su competencia profesional.

Quizás entusiasmados por esa circunstancia, hubo quienes hasta llegaron a decir que el escribano designado conforme a lo previsto por el Art. 54, podría cumplir las funciones asignadas por la Ley aún fuera del radio de la jurisdicción territorial de su Registro, olvidando que el Art. 980 del Código Civil, para la validez del acto, exige que el oficial público obre dentro de los límites de sus atribuciones, respecto de la naturaleza del acto, y que el mismo se extienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones.

Resulta obvio que si el notario interviniente actúa fuera de su jurisdicción territorial el procedimiento sería nulo, por carecer de competencia en los términos del citado Art. 980 del Código Civil.

Tradicionalmente el notario siempre ha actuado en asuntos voluntarios, nunca contradictorios o contenciosos.

No modifica el quehacer notarial el hecho de que éste labre actas como la de verificación del estado del inmueble o la de la subasta.

Sin embargo creemos que es sumamente conflictiva su actuación en el procedimiento de desalojo, pues consideramos que el mismo, en muchos casos, puede ser litigioso y ello lo apartaría de su tradicional y obligatoria equidistancia respecto de las partes que imponen todas las leyes notariales.

Un punto muy importante es el análisis de lo que consideramos la inconstitucionalidad de la Ley en esta parte.

Algún autor ha dicho que la Ley 24.441 no resulta del agrado de los constitucionalistas nacionales. ¿Será porque es inconstitucional?

En efecto una simple lectura de la Ley, evidencia con claridad que su articulado vulnera al menos tres principios constitucionales.

En primer lugar afecta el principio de inviolabilidad de la propiedad privada, consagrado en el Art. 17, en virtud del cual nadie puede ser privado de ella sino por sentencia fundada en Ley.

En el procedimiento antes analizado el titular dominial es privado de su propiedad sobre el inmueble dado en garantía por la única decisión del acreedor, el que conforme al Art. 57 de la Ley "...ordenará por sí, sin intervención judicial la venta en remate publico ...por intermedio del martillero que designe y en las condiciones usuales de plaza...".

Para algunos no habría inconstitucionalidad en virtud de que los derechos patrimoniales como el de propiedad, pese a ser garantizado por nuestra Constitución Nacional, podrían ser renunciados por sus titulares.

Nos preguntamos: ¿la persona que constituye un derecho real de garantía hipotecaria sobre un inmueble de su propiedad, está renunciando a la garantía constitucional reconocida en el Art. 17?

Entendemos que no.

Claro que, con un sentido realista, si bien la hipoteca solo puede ser constituida mediante contrato, conforme al Art. 3115 del Código Civil, en los hechos se trata poco menos que de un contrato de adhesión, ya que el deudor tiene pocas posibilidades de establecer y/o discutir el contenido de las cláusulas contractuales.

Ello necesariamente se encadena con el segundo de los preceptos constitucionales violados, el consagrado en el Art. 121, que dice que las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal.

Esta violación se evidencia de dos formas:

1) Cuando la Ley norma sobre cuestiones de procedimiento, lo que en este caso no resulta incidental o complementario sino su objetivo principal.

2) Cuando la Ley norma sobre aranceles profesionales, diciendo cuándo no corresponden ser cobrados, cuándo sí, y hasta qué porcentaje, lo que implica fijar montos máximos.

Vemos así que no es casualidad que todos los profesionales del interior de nuestro país se opongan a la aplicación de la Ley 24.441.

A estas dos violaciones se suma la del Art. 75, inc. 12).

Todo esto no hubiera sucedido si nuestros legisladores recordaran las enseñanzas de nuestro insigne maestro don Domingo Faustino Sarmiento, y como él se sintieran porteños en las provincias y provincianos en Buenos Aires.

Este recuerdo, quizás, hubiera servido para no apartarnos de nuestra Ley Suprema.

Para algunos, apenas se violan tres preceptos constitucionales, para nosotros se atenta contra la libertad, porque como decía CICERON: *para ser libres debemos ser esclavos de las leyes.*

La esclavitud respecto de la Ley Suprema abre el camino hacia la libertad. Su violación nos encadena a la soberbia del gobernante de turno.

Veamos ahora el derecho adquirido por el comprador.

Conforme al Art. 63 "La venta quedará perfeccionada, sin perjuicio de lo dispuesto por el Art. 66, una vez pagado el precio en el plazo que se haya estipulado y hecha la tradición a favor del comprador y será oponible a terceros realizada que fuere la inscripción registral correspondiente... Si el acreedor ostenta la tenencia del inmueble subastado, podrá transmitirla directamente al comprador... La protocolización de las actuaciones será extendida por intermedio del escribano designado por el acreedor, sin que fuere necesaria la comparecencia del ejecutado, y deberá contener constancia de :

- a) La intimación al deudor en los términos del Art. 538;
- b) La notificación del Art. 59;
- c) La publicidad efectuada;
- d) El acta de la subasta.

Los documentos correspondientes serán agregados al protocolo...".

De acuerdo al Art. 66, si lo que en verdad adquiere el comprador es un derecho real de dominio, sería un dominio imperfecto, puesto que no se trataría de un dominio perpetuo sino revocable, por la facultad reconocida al deudor de recuperarlo dentro de un lapso de treinta (30) días de efectuada la ejecución extrajudicial, si paga al adquirente el precio obtenido en el remate, más el tres por ciento (3%) previsto por el Art. 60, para cubrir los gastos resultantes del procedimiento.

Lógicamente lo que pretende hacer nacer el comprador es un derecho real de dominio a su favor sobre la cosa adquirida, ¿pero es este el derecho que nace?

La norma analizada contiene dos gravísimos defectos que nos hace dudar seriamente sobre la naturaleza del derecho adquirido por el comprador y las consecuencias que esto puede generar ante una posterior transmisión dominial y el necesario estudio de títulos por parte del escribano referencista que intervenga.

En primer lugar podemos observar que la tradición, de acuerdo al Art. 63, es efectuada directamente por el acreedor al comprador.

De este modo la posesión es transmitida por quien solo ostenta la tenencia, una tenencia desinteresada, en los términos del Art. 2462, inc. 2) del Código Civil.

La entrega de la posesión solo sería posible ante una intervención del título efectuada por el acreedor, pero que, al ser unilateral, daría lugar al nacimiento de una posesión ilegítima.

No es este el caso contemplado por la Ley.

En segundo lugar, a pesar de la seria contradicción terminológica apuntada en el punto uno de estas Conclusiones, debe quedar bien en claro que estamos en presencia de un remate y no de una subasta.

Esto es claramente así, en virtud de que la venta es ordenada por un particular (el acreedor), quien actúa por sí y sin previa orden judicial.

La venta, según el Art. 57 y la posterior protocolización de las actuaciones, a fin de dar matricidad al acto y generar la posterior anotación registral, conforme el Art. 63, se realizan sin la intervención del deudor propietario. En consecuencia, esa protocolización no constituye título suficiente para adquirir el derecho real de dominio.

En definitiva:

Vemos un grave defecto en la tradición –modo suficiente para la adquisición del derecho real de dominio, conforme a los Arts. 577 y 2603 del Código Civil–.

Vemos graves defectos en el título suficiente para adquirir el derecho real de dominio, de acuerdo al Art. 2602 del Código Civil.

Y vemos graves defectos en la instrumentación del título suficiente –Art. 1184, inc.1), del Código Civil–, ya que al no tratarse de un supuesto de subasta, sino de remate, no debe obviarse la escritura traslativa de do-

minio, con la consecuente comparecencia del propietario del inmueble o el Juez en su defecto.

Para finalizar, deseamos dejar sentado que no resulta factible aplicar en este caso el principio que dice: *la Ley posterior deroga a la Ley anterior*, por la flagrante inconstitucionalidad de la segunda, que pretende introducir importantes modificaciones en las normas de procedimiento vigentes, con las consecuencias anteriormente apuntadas.

Dr. Ramos Vardé: Pregunto a los señores expositores si alguno desea hacer algún comentario. Sí, Dra. NUTA, queda en uso de la palabra.

Dra. Nuta: En primer lugar deseo adherir a lo dicho por el Dr. ACHA. El hizo un breve pantallazo de los graves errores que contiene la Ley y nosotros quisiéramos puntualizar otros aunque muy brevemente.

Por ejemplo la falta de citación a posibles poseedores que no prevé la Ley: imaginemos al notario concurriendo a realizar el diligenciamiento de desalojo y encontrándose con ocupantes que dicen ser poseedores en virtud de boleto de compraventa que puede o no exhibir, pero podemos incluso pensar en poseedores ilegítimos y de mala fe, lo que en el lenguaje cotidiano llamamos intrusos.

Frente a ello ¿qué hace el notario? ¿desalojar de todos modos?

El tema creo que es serio pues no siempre se trata de desalojar al deudor hipotecario sino a terceros y, no contando con una sentencia judicial que lo avale creemos que las consecuencias pueden ser muy serias, pues estamos frente a una verdadera *iuris dictio*.

No nos vendría nada mal refrescar en este punto el fundamento de la protección posesoria seguida por nuestro Código Civil y tan bien expresada por SAVIGNY a quien VÉLEZ cita en la nota al Art. 2470.

En ella se fundamenta no en la defensa de la propiedad, como pretendía IHERING, sino en la defensa de la persona que debe ser garantida contra toda violencia.

Nosotros siempre enseñamos que este párrafo de la nota no sólo justifica la existencia de las acciones posesorias sino del derecho mismo.

El poseedor puede ser legítimo o ilegítimo, de buena o mala fe, vicioso o no vicioso, no obstante lo cual si es privado de la posesión por la fuerza tiene derecho a iniciar una acción posesoria. Evidentemente no se

trata de defender al propietario ni la propiedad sino, como decía el Maestro SAVIGNY garantizarlo contra toda violencia.

Un poseedor ilegítimo, de mala fe y vicioso es realmente un delincuente y, no obstante ello, la Ley pretende que quien tenga derecho a la posesión la reclame por la vía que corresponda impidiendo la justicia por mano propia.

La no citación a terceros poseedores es atentatoria contra el sistema jurídico imperante en el Código Civil y, como bien dijo el Dr. ACHA, esta Ley no deroga.

Un tema también interesante es cómo la Ley establece la entrega de la tenencia al acreedor hipotecario y éste a su vez frente a la venta entrega la posesión.

Quisiera, estimados colegas, que reflexionen conmigo: un tenedor hace entrega de la posesión.

Algunos juristas han intentado justificar tamaño disparate jurídico diciendo que el tenedor es representante del poseedor y ello es verdad y mentira al mismo tiempo.

¿Por qué afirmamos esto?

Pues a partir de una verdad limitada se intenta sacar una conclusión absolutamente falaz.

Si yo preguntara en este momento a cualquiera de ustedes si un locatario-tenedor puede realizar tradición traslativa de dominio, seguramente me contestarían al unísono que no. Entonces, ¿dónde está la diferencia?

Obviamente que la Ley establece la posibilidad de que alguien ejerza la posesión por sí o por otro, pero éste no es el caso, pues el acreedor hipotecario es un simple tenedor desinteresado y como tal ni siquiera tiene las acciones posesorias policiales que establecen los Arts. 2769 y 1790 del Código Civil.

Si él no tiene la posesión, mal puede hacer entrega de ella al comprador.

Respecto de la actividad notarial en estas diligencias deseo mencionar que no me preocupa demasiado la realización de notificación,

comprobación del estado de la cosa o bien acta de comprobación de la subasta, pues los notarios están muy acostumbrados a labrar este tipo de actas. Sin embargo nos crea una gran duda la diligencia del desalojo, no sólo por el tema de los poseedores que puede plantearse, sino porque puede haber menores y no estando las personas que tiene su patria potestad deberán prever donde trasladarlos, lo mismo sucede en el caso de enfermos en donde tendrán que prever la existencia de una ambulancia y el lugar a donde serán trasladados. También puede haber gran cantidad de cosas muebles, que previo inventario de las mismas, deberán trasladarse a un depósito. Así podríamos seguir con muchos ejemplos pero me bastan los dados para compartir con ustedes la complejidad de una ejecución especial sin la presencia del Juez.

Cuando en otras oportunidades realicé las mismas críticas se me dijo que no, que era una ejecución que debía comenzar en sede judicial como cualquier otra y que, frente a cada uno de los problemas planteados se solicitaría la correspondiente decisión y autorización judicial.

Si ello fuera así, ésta sería una ejecución hipotecaria como cualquier otra donde reemplazaríamos al oficial de justicia por la actividad fideicomisaria notarial, lo cual no está mal ni bien, pero entonces esta ejecución no tendría por objeto de ninguna manera agilizar el procedimiento ni quitar a la justicia mayor trabajo.

Creo incluso que la complicaría y sólo el tiempo lo dirá.

Con relación a lo tratado por el Dr. ROTONDARO, es decir, a la subasta judicial, sea ésta individual o colectiva, nos gustaría agregar simplemente el problema que se plantea con respecto a la protección que brinda la Ley 14.394 respecto del bien de familia.

En ella se establece claramente que la afectación del bien a dicho instituto no lo protege por las deudas anteriores a la misma.

Si bien la Ley dice "inembargable", debe entenderse y así lo entiende la doctrina y la jurisprudencia desde hace mucho tiempo, que es "inejecutable".

De tal modo un bien afectado a bien de familia puede tener embargos inscriptos en el Registro de la Propiedad.

De todos ellos debemos distinguir cuál es el que tiene capacidad de ejecución y ello lo decidirá el Juez al verificar si el origen de la deuda es anterior a la fecha de ejecución.

Desde el punto de vista teórico todos estamos de acuerdo seguramente con lo dicho, pero planteado un caso práctico se crean algunas discrepancias doctrinarias.

Vamos a dar un ejemplo a partir del cual podremos interpretar la Ley: supongamos que una persona afecta un inmueble donde vive con su familia, como bien de familia. Sólo posee una deuda anterior a dicha afectación supongamos que de \$ 5.000 y cuatro deudas posteriores de \$ 10.000 cada una. Todos los acreedores embargan pero sólo el de deuda anterior, es decir, el de \$ 5.000 pueden ejecutar.

Supongamos que el inmueble vale \$ 100.000 y al no pagar sale a subasta. Se vende por \$ 70.000. Sin lugar a dudas, una vez descontado costos y costas, cobrará el acreedor sus \$ 5.000 más los intereses que le correspondan. ¿Qué se hace con el remanente?

Aquí la doctrina se divide y así se proyectó en el III Congreso Nacional de Derecho Concursal y I Iberoamericano sobre Insolvencia.

Un sector de la doctrina opina que el remanente le pertenece al propietario ya que ese inmueble no responde por las deudas posteriores.

Otro sector, entre el que nos enrolamos tanto los Dres. ROTONDARO y ACHA aquí presentes, como los Dres. RAUL F. NAVAS, ADRIANA N. ABELLA y HORACIO M. VACCARELLI que estarán compartiendo estas mesas redondas en los próximos días, como yo misma, opinamos que, al no existir en nuestro ordenamiento legal de la Ley 14.394 el supuesto de la sustitución real, una vez quebrado el sistema de bien de familia, al remanente pueden acceder acreedores posteriores y una vez que ellos cobraron, si hubiere un último remanente, correspondería al titular dominial a quien le subastaron el bien.

Nosotros aplicamos el mismo criterio sea la ejecución individual o colectiva. Precisamente por ello es que los Dres. ROTONDARO, VACCARELLI, MARTINEZ CONTE y yo fuimos autores del Proyecto de Ley de Protección de Patrimonio Familiar, que tuvo estado parlamentario y que, precisamente preveía expresamente el supuesto de sustitución real. Nada más por mi parte.