

ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA SUBASTA JUDICIAL(*)

por Luis Moisset de Espanés(**) y Gabriel Aníbal FUSTER(***)

Foro de Córdoba, N° 122, p. 83

Sumario:

- I. Introducción
 - II. El incumplimiento de las obligaciones y la subasta
 - III. Naturaleza jurídica:
 - a) Teorías procesalistas;
 - b) Teorías "civilistas" o sustancialistas
 - IV. Acción reivindicatoria:
 - a) Bienes muebles
 - b) Bienes inmuebles
 - c) Bienes muebles registrables
 - V. Colisión de normas (artículos 438, inciso 1° de la Ley N° 8465 y 54 de la Ley N° 7191)
 - VI. La teoría de la lesión y las subastas judiciales
 - VII. Conclusiones
-

I. Introducción

La subasta judicial es un instituto jurídico tan

* El presente trabajo ha sido elaborado sobre la base de la versión grabada de una conferencia dictada por el profesor Moisset de Espanés en junio de 1993, anotada y completada por el abogado Fuster.

** Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba.

*** Auxiliar docente de la Cátedra de Derechos Reales, Universidad Nacional de Córdoba.

apasionante como controvertido, debido a las múltiples facetas que presenta.

Simplemente a título de ejemplo podemos citar las mentadas subastas de derechos y acciones hereditarios, las subastas de derechos y acciones posesorios o la subasta extrajudicial instituida por la ley de financiamiento de la vivienda y la construcción. (1)

El título del presente trabajo ya implica una toma de posición anticipada acerca de nuestra opinión en la materia, que pasaremos a desarrollar previa referencia y cotejo con otras posturas doctrinarias.

Pero -también- es menester advertir al lector que un análisis del instituto que nos convoca en modo alguno puede hacerse de manera divorciada de la realidad fáctica en la que se encuentra inmerso(2), que -si bien no hace *per se* al aspecto sustancial de la subasta- termina influyendo en su dinámica funcional.(3)

II. El incumplimiento de las obligaciones y la subasta

Creemos oportuno recordar que cuando hablamos de "subasta" estamos frente a un hecho que surge como consecuencia del incumplimiento de las relaciones obligatorias.

¹ Conforme lo prescripto por el artículo 54 -correspondiente al título 5: "Régimen especial de ejecución de hipotecas"- de la Ley N° 24.441 (B.O. N° 16 enero 1995).

² Como tenemos dicho a propósito del sistema filosófico al que nuestro codificador ha adscripto al redactar nuestro Código Civil: "Vélez...(…) presenta una visión muy especial de la actitud que debe tomar el jurista, ya que a veces las pretendidas virtudes de una arquitectura ideológica abstractamente perfecta están divorciadas de las realidades y necesidades del país. Esa característica de nuestro código fue posible gracias al profundo conocimiento que su autor tenía de la situación política, económica y cultural de la Argentina de aquella época."; ver nuestro "Codificación Civil y Derecho Comparado", ed. Zavallía, Buenos Aires, 1994, pp. 36/37.

³ Alguna vez hemos concurrido a las salas de remate y hemos apreciado -personalmente- los problemas que crean las llamadas "ligas de comprados". Sin embargo, cierto es también que esto se vincula más con las deformaciones que el acto de subasta sufre en la práctica que con los aspectos sustanciales de la misma, que es -en definitiva- el tema cuyo estudio motiva el presente trabajo.

Se nos ha enseñado siempre que las obligaciones nacen para cumplirse (⁴); pero a veces el deudor no ejecuta a tiempo la prestación debida y el acreedor -que desea ver satisfecho su derecho- reclama judicialmente(⁵) para lograr la ejecución de lo que él aspiraba a obtener: *la prestación*.(⁶)

El Código Civil prevé para estas hipótesis distintas posibilidades, contempladas en el artículo 505(⁷), a saber:

a) Recurrir al cumplimiento por tercero, cuando ello fuese posible porque la prestación es de las denominadas "*fungibles*", o sea cuando es de tal naturaleza que puede ser realizada no sólo por el deudor mismo sino por otra persona(⁸).

En este caso no vamos a llegar a la subasta, sino que la prestación la cumplirá un tercero "*a costa del deudor*"(⁹),

⁴ "(...) lo normal en la vida de las relaciones obligatorias es que la prestación se cumpla de manera espontánea, sin que medie ninguna fuerza extraña para compeler al deudor a que realice la conducta debida; esto es lo que sucede todos los días, y por ello muchas veces no se advierte que estamos frente a relaciones jurídicas."; ver nuestro "Curso de obligaciones" (Luis MOISSET de ESPANÉS, con la colaboración de Manuel Cornet y José Fernando Márquez), 3ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2003, Tomo I, p. 51).

En idéntico sentido: "Para comenzar, va de suyo que lo normal y corriente es que las obligaciones contraídas (de dar, hacer o no hacer algo) se cumplan voluntariamente."; ver Toribio Enrique SOSA en "Subasta Judicial", 2º Edición, Librería Editora Platense, La Plata, 2002, p. 12.

⁵ "Como un medio para liquidar bienes de propiedad del deudor para poder hacer pago al acreedor del importe de su crédito, se ha establecido en el procedimiento ejecutivo el instituto de la subasta judicial."; el subrayado nos pertenece; ver Horacio BUSTOS BERRONDO en "Juicio Ejecutivo", Editora Platense, La Plata, 1970, p. 302.

⁶ Ya nosotros hemos brindado un concepto de dicho instituto jurídico al decir: "El objeto de la obligación es la prestación (...)" que "(...) es siempre un hecho, una actividad positiva o negativa del deudor... (...) (..) Aunque deba entregar una cosa al acreedor, el objeto de la obligación no es esa cosa, sino la conducta del deudor, el hecho de dar."; ver nuestro "Curso de obligaciones", obra citada, Tomo I, p. 87.

Además la prestación debe satisfacer un interés legítimo del acreedor, teoría ya desarrollada por von Ihering en el siglo XIX, y que nosotros tratamos como un requisito de la prestación al referirnos a la "utilidad" que debe prestar al acreedor (ver obra citada, p. 90).

⁷ "No obstante, en caso de incumplimiento de una obligación, todo acreedor tiene derecho para emplear los medios legales a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado (art. 505, Cód. Civ.)"; ver Toribio Enrique SOSA en "Subasta Judicial", obra citada, p. 12.

⁸ Ver nuestro "Curso ...", obra citada, T. I, p. 326.

⁹ En tal caso el tercero queda subrogado en el lugar del acreedor (ver nuestro "Curso...", T. III, p. 25); por esa razón afirmamos que no hay un "verdadero pago", ya que "la obligación no se ha extinguido; subsiste" (obra citada, T. III, p. 26).

conforme lo dispone el inciso 2 del artículo 505 del Código de Vélez.

b) Pero hay casos en que la prestación no puede ser cumplida por un tercero, y entonces la ley contempla que se llegue a la "ejecución forzada", que -según el tipo de obligaciones- podrá cumplirse en especie, o no ⁽¹⁰⁾.

Si se trata de la entrega de una cosa cierta y determinada que está en manos del deudor, el juez puede desapoderar de la cosa al renuente que se niega a cumplir y sustituirlo para efectuar la entrega de la cosa.

c) Existen también algunas obligaciones de hacer que se consideran fungibles y si el deudor no las cumple espontáneamente, como no se puede obligarlo coactivamente a que ejecute ese hacer, lo hará el juez en su lugar.

Citaremos como ejemplo el caso de la obligación de escriturar, donde por vía de la ejecución forzada el juez sustituye la voluntad del deudor⁽¹¹⁾ y suscribe la escritura en su reemplazo.

La subasta, en cambio, encuentra su lugar propio en otro tipo de obligaciones, en las que la satisfacción del acreedor se logra por medio de la entrega de una suma de dinero,

¹⁰ Respecto de la ejecución forzada de obligaciones de hacer la doctrina ha dicho: "Es importante destacar el criterio equilibrado y sensato que adopta nuestro Código en esta materia, que ha conjugado armónicamente dos concepciones opuestas, vigentes en el derecho comparado. Por un lado, la que imperaba en el antiguo derecho francés, tributaria del principio: nadie puede ser compelido a prestar su hecho (*nemo praecise coggi potest ad factum*) (...) Por otro lado, el que recogía la antigua legislación española - particularmente Las Partidas- que se mostraba menos apegada a la protección del deudor, admitiendo vías de costreñimiento sobre su persona ("el juez débelo apremiar que lo faga así como fue puesto é lo prometió", L. 12, Tít. 11, Partida 5º y L. 5, Tít. 27, Partida 3º). Vélez Sársfield adoptó un criterio intermedio, sumamente razonable: en principio procede la ejecución forzada de la obligación de hacer. Sin embargo, ese derecho tiene un límite relevante: no es posible emplear violencia física o moral sobre la persona del deudor."; ver Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS, "Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones", Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. I., p. 456/457.

¹¹ Es menester destacar que no sólo la voluntad del deudor puede ser suplida por la autoridad judicial a los fines de la escrituración sino que también puede serlo la falta de colaboración del acreedor de la misma, como lo hemos expuesto en varios comentarios a fallo en que nos ocupamos de la mora del acreedor.

sea porque lo que se adeudaba originariamente era una suma de dinero, sea porque ante la imposibilidad de cumplir la prestación originaria, se lo indemniza o resarce sustitutivamente mediante la entrega de una suma de dinero.

Si el deudor no entrega lo debido y no tiene dinero depositado en un banco -lo que permitiría desapoderarlo mediante un embargo-, el camino que queda para brindar satisfacción al acreedor está fundado en el principio de que *el patrimonio es la garantía común de los acreedores*.⁽¹²⁾

En estas hipótesis la "agresión" judicial puede dirigirse contra cualquier bien que integre el patrimonio del deudor, pero como lo que se debe entregar es dinero y ese bien es una cosa distinta del dinero, se hace forzoso "realizarlo" de alguna forma. Es decir, es necesario convertirlo en dinero para que se satisfaga al acreedor, y el medio de convertirlo en dinero es esta venta forzada⁽¹³⁾ que denominamos "subasta".

III. Naturaleza jurídica

Desde antiguo se viene discutiendo sobre la "naturaleza jurídica" de esta venta forzada, que autorizan las leyes sustantivas y se ejecuta procesalmente por los órganos jurisdic-

¹² Este principio surge prístino de la interpretación sistemática de los artículos 505, 3473, 3875, 3922 -entre otros- del Código Civil.

Al respecto la doctrina tiene dicho: "*El patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores, si bien con ello no estamos diciendo nada nuevo, queremos destacar la faceta práctica que tan conocido principio obligacional importa, ello es que las acreencias insolutas agredirán directamente ese patrimonio a fin de satisfacer su importe.*"; ver Celia G. BORNIA, "La subasta judicial de un bien inmueble y su deuda por impuestos, tasas y contribuciones", Zeus, T. 90, D-16.

¹³ "(...)... ese conjunto de actos procesales (la subasta judicial) vinculados entre sí y que tienden a la realización de un bien o bienes del deudor, actos caracterizados por su "coactividad", elemento que la diferencia -a la subasta- de formas de ejecución por ejemplo, la división de un bien común (art. 2673 C.C., art. 537 C.P.C.) o la realización de la partición voluntaria de una herencia (art. 3462 C.C.; art. 609 C.P.C.) los cuales no tienen ni su carácter ni efectos. (...)" (lo consignado entre paréntesis nos pertenece); ver Mirta B. MALFANTE y Claudio A. BERMÚDEZ, "Curso de Práctica Procesal", Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L., Santa Fe, 1995, p. 35.

cionales. Cada una de las doctrinas forjadas procura determinar "qué es" la subasta.⁽¹⁴⁾

En realidad, las discusiones sobre la naturaleza jurídica⁽¹⁵⁾ de una institución nunca nos han agradado demasiado, ya que suelen ser el recurso para enmascarar nuestros desconocimientos⁽¹⁶⁾ y -a veces- quizás sea preferible no discutir demasiado sobre teorías abstractas, sino indagar sobre los efectos prácticos.

Pero resulta que se discute sobre la naturaleza jurídica, precisamente porque a estas ventas forzadas se les adjudican distintos efectos prácticos, y por esta razón pasaremos a reseñar las distintas posturas doctrinarias existentes sobre el particular.

¹⁴ Ver Gabriel B. VENTURA, "Tracto Abreviado Registral", Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 278/279: "...la subasta judicial es el acto por el cual el acreedor de una obligación incumplida recurre al órgano público para que en ejercicio de la función jurisdiccional, propia del estado, sustituyendo al deudor y con el derecho de éste, disponga la venta de bienes que integran el patrimonio del incumplidor, para con el producido satisfacer la obligación."

¹⁵ A propósito de la posesión se ha dicho: "Esto de la naturaleza jurídica es, por lo demás, algo de lo que los autores hablan, sin aclarar exactamente qué entienden por ello. LÓPEZ LASTRA (Qué es el Derecho, pág. 207), critica la expresión misma diciendo "naturaleza jurídica" -locución que campea en todas las ramas jurídicas- es algo más que una expresión infortunada; no es un concepto de algo, es un nominalismo sin realidad posible... Decir naturaleza jurídica es caer en un imposible lógico; el pensamiento incurre en una contradicción consigo mismo. Ontológicamente equivaldría a un objeto natural-ideal, que es imposible... Es una contradictio in adjecto. Algo así como la absurda expresión planta-contrato, o árbol-hipotenusa. (...) Dejemos el tema a los filósofos y a la semántica... (...) en nuestra doctrina, y ésta es la posición que adoptaremos, lo de naturaleza jurídica es entendido en este sentido: en cuál de las categorías jurídicas conocidas, en qué género superior, puede ser subsumida la posesión."; ver Fernando J. LÓPEZ de ZAVALÍA, "Derechos Reales", Tomo I, ed. Zavalía, Buenos Aires, 1989, p. 328, en nota a pie de página n° 1.

¹⁶ En contra Gabriel Aníbal FUSTER y Gabriel B. VENTURA, "De la usurpación y la protección jurídica de la posesión y la tenencia", Revista LexisNexis Córdoba N° 9, septiembre 2007, pp. 721/722: "(...) Si por naturaleza debemos entender: "Esencia y propiedad característica de cada ser. (...) " que lo hace pertenecer a una: "(...) Especie, género, clase... (...) ", bien podemos concluir diciendo que naturaleza jurídica es el ser jurídico o -en otros términos- la esencia (desde la óptica jurídica) del instituto de que se trata. En fin: si naturaleza es el ser, por naturaleza jurídica debemos entender el ser jurídico (esencia jurídica); es decir, aquello que -desde el punto de vista jurídico- hace que un instituto sea lo que es y no sea lo que no es."

a) *Teorías procesalistas*

Las teorías procesalistas se reflejan en resoluciones de nuestros tribunales⁽¹⁷⁾, y se enrolan en esta postura autores del prestigio de CHIOVENDA⁽¹⁸⁾ eminente jurista italiano quien sostiene que el enajenante es el Estado.

En la doctrina nacional encontramos la opinión de CORNEJO, para quien la subasta judicial "(...)es un típico acto procesal realizado dentro de un determinado procedimiento, que es el de ejecución de sentencia"⁽¹⁹⁾ y DIORIO quien afirma que "El perfil que muestra el instituto procesal de la subasta judicial, determina que se aparte de los recaudos exigidos por el código civil para acceder al dominio inmobiliario. (...) "⁽²⁰⁾. Por su parte BORNIA, con algunos matices propios, nos dice que adhiere "(...)sin hesitaciones a la posición que entiende que la subasta judicial es un acto jurídico complejo de naturaleza publicista y que las gabelas no son obligaciones propter rem.

¹⁷ Así se ha dicho: "La subasta es el acto procesal mediante el cual se enajenan, por un auxiliar del juez que actúa en representación de éste, el bien o bienes embargados, con el objeto de satisfacer, con su producido, el importe del crédito que dio origen a la ejecución." (el subrayado nos pertenece); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A; 10 septiembre 1990, "Spota Martimoya S.R.L. c/ Casella, Osvaldo R. y otra" LA LEY 1991-A, 431; DJ. 1991 - 1,978); "La subasta pública es el acto procesal mediante el cual se enajena, por un auxiliar del juez que actúa en su representación, el bien o bienes embargados para satisfacer con su producido el importe del crédito que dio origen a la ejecución." (el subrayado nos pertenece) (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E; 17 mayo 1996, "Kovack, Alejandro R. y otro c./ Arrua, Juan D. y otro"); "La venta en pública subasta es un acto procesal que no puede gobernarse como si fuera una venta privada." (el subrayado nos pertenece) (C. 3° C. C., Córdoba, 4 julio 1986, Semanario Jurídico, 11 diciembre 1986).

¹⁸ Ver G. CHIOVENDA, "Ensayos de derecho procesal civil", traducción de S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1949, Vol III, p. 337. También: "(...) Hay ejecución forzosa en el proceso siempre que los órganos jurisdiccionales obren contra un particular obligado para proporcionar al vencedor un bien que le es debido según la declaración o para actuar una pena aplicada por consecuencia del incumplimiento"; ver CHIOVENDA, "Principios de derecho procesal civil", Traducción española de la tercera edición italiana, prólogo y notas del Profesor José Casáis y Santaló, Reus, Madrid, 1922, Tomo I, p. 278.

¹⁹ Lo consignado entre paréntesis y el subrayado nos pertenecen; ver Américo CORNEJO, "Registración de las subastas", Revista Notarial, La Plata, N° , febrero 2005, pp. 635/636.

²⁰ El subrayado nos pertenece; ver Atilio O. DIORIO, "Sobre la subasta y el tracto abreviado", Zeus, T. 83, D-53.

(...)", y agrega que "(...) la subasta judicial es un acto de naturaleza publicista regido por las normas procesales por tratarse de la fase ejecutiva de la sentencia, no obstante lo cual la normativa civil y comercial relativa a la compraventa se aplica supletoriamente." (21), línea de pensamiento que se refleja en algún fallo (22).

En fin, se considera que el acto de subasta lo realiza el juez (23), o la Justicia(24), razón por la cual ALVARADO VELLOSO nos dice que "(...) Siendo un acto eminentemente judicial, el Juez de la causa tiene facultades para establecer las condiciones de la subasta"(25; con ello se quiere proteger a ultranza al adquirente en subasta, y se sostiene que el Estado, que es el vendedor, garantiza al adquirente por todos los medios que la venta es correcta (26).

Hemos tenido algunos casos en nuestros tribunales en los que se ha verificado la existencia de una nulidad procesal, anterior a la subasta, lo que "ha hecho caer" todo.

¿En qué situación queda entonces el adquirente, frente a esta nulidad del proceso que acarrea la nulidad de la subasta?.

Hace algunos años el Superior Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse -por aplicación de estas

²¹ El subrayado nos pertenece; ver Celia G. BORNIA, "La subasta ... ", trabajo citado en nota 12, Zeus, T. 90, D - 16/17.

²² Se afirma así que mediante este acto "... el órgano estatal competente ejecuta la conversión de bienes de propiedad del deudor en suma líquida de dinero con el propósito de obtener el instrumento apto para satisfacer el derecho del acreedor ejecutante; este procedimiento de enajenación coactiva se lleva a cabo con la colaboración de un auxiliar martillero de un sujeto que asume la calidad de adquirente aportando la suma de dinero para practicar la conversión en las mejores condiciones del momento. (...)" (el subrayado nos pertenece) (ver Cámara Civil y Comercial, Río Cuarto, 9 agosto 1991, "Monsalvo Gualberto R.", LLC, 1992-322).

²³ Sup. Corte Buenos Aire, Ac. 35.394, sent. del 15 marzo 1988 en J.A. 1990-II-281, Acuerdos y Sentencias 1988-I-300, DJBA 1988-134-185 y ED 130-421.

²⁴ Ver M. Troplong, "Le droit civil expliqué. De la vente", t. I, n° 432, 2° ed., Paris, 1835, p. 655.

²⁵ El subrayado nos pertenece; ver Adolfo ALVARADO VELLOSO, "Estudio Jurisprudencial", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986, T. III, p. 1429.

²⁶ En este sentido la jurisprudencia tiene dicho: "El acto de subasta es un acto que debe brindar las mayores garantías al adquirente..." (el subrayado nos pertenece); ver C4a. CC Cba., 16 septiembre 2005, Auto N° 416, "Mercadal, Miguel Ángel c./ Arco, Isabel y otros").

teorías procesalistas- a favor de mantener indemne al adquirente en subasta en virtud de la garantía que el Estado debe brindarle⁽²⁷⁾.

Debemos expresar nuestra reticencia a afirmar categóricamente que esto sea así o, por lo menos, que siempre deba ser así.

Ahora bien, ¿por qué razón si el procedimiento ha sido nulo y ha estado mal subastada la cosa -porque la subasta es la culminación del procedimiento- el propietario del bien rematado tiene que resultar perjudicado?.

¿Por qué el Estado elige al propietario como víctima, para proteger la buena fe del adquirente?, y ¿en qué queda la buena fe del propietario, que no debía ser llevado a juicio y -menos aún- desposeído de sus bienes?.

La verdad es que en estos supuestos hay dos víctimas -o dos posibles víctimas- y el ordenamiento jurídico debe optar entre una de las dos. La pregunta que surge es: ¿cuáles son los límites que encontrará esa opción?.

Es menester advertir al lector que aunque se adhiera a las teorías procesalistas y -pese a la nulidad del procedimiento- se dé preferencia al adquirente, ello no significa que el propietario desposeído del bien quede sin ninguna acción.

Aceptado que las teorías procesalistas son correctas y que debe protegerse a ultranza al adquirente en la subasta, el propietario que ha resultado desposeído del bien por el Estado podrá ejercitar en contra de éste una acción de indemnización fundada en el hecho de que ese desapoderamiento fue ilegítimo.

En efecto, el desapoderamiento que ha sufrido el propietario de los bienes subastados fue ilegítimo porque se produjo como consecuencia de un procedimiento viciado de nulidad y -por lo tanto- el daño que se le ha ocasionado debe ser resarcido por quienes resulten responsables.

²⁷ TSJ Córdoba, salas civil, com. y contenciosoadministrativo, agosto 1986, "*Nachet de Agüero, Moralia c/ Lascano Pizarro, S.R.L. y otros*" - La Ley Córdoba, 1987, p. 916 (a propósito de un recurso de revisión).

No nos detendremos a analizar quienes han de ser los legitimados pasivos en esta acción de resarcimiento; estimamos que en algunos casos podrán serlo los jueces que provocaron la nulidad del procedimiento, cuando haya mediado error inexcusable o negligencia que justifique reclamar contra esos magistrados.

Pero, estimamos que -aunque no mediase responsabilidad del juez- en todos los casos es el Estado quien ha de ser responsable, como consecuencia de la garantía que debe a todos los justiciables por la prestación del servicio de justicia.

Así, si en razón de dicha garantía es el Estado quien debe responder en todos los casos -sea frente al adquirente en la subasta, sea frente al propietario desposeído-, el problema es seleccionar -atendiendo los intereses en juego- la opción menos dañosa y el interés más digno de protección: ¿el del adquirente en subasta, o el del propietario indebidamente desposeído?⁽²⁸⁾.

El fallo que hemos citado parece entender que es más digno de protección el adquirente en subasta, por la fe que depositó en el Estado.

A nuestro entender -en cambio- es más digno de protección el interés del propietario, que no debe verse afectado por un error judicial que lo haga perder su bien.

Para inclinarnos por esta postura tenemos particularmente en cuenta que si hacemos prevalecer las teorías procesalistas, el propietario de un bien que resulta desposeído indebidamente sólo recibirá en carácter de indemnización una suma de dinero, pero no se reencontrará con el bien perdido.

El adquirente en subasta -en cambio- había desembolsado

²⁸ Esto nos trae a la memoria la discusión acerca de quién es "la víctima" de una inexactitud registral frente a la cual el Estado debe responder: *"El derecho siempre elige víctimas. Vamos a ver quién es la víctima, o sea, esa persona que por la operativa registral es víctima de una inexactitud del registro, debe soportarla porque el sistema registral se lo impone y busca reparación; vamos a ver después contra quién puede dirigir la acción de reparación. Pero ¿quién es la víctima?"*; ver Jorge. H Alterini, en *"Responsabilidad Civil"*, Jornadas Australes de Derecho, Coordinador: Luis Moisset de Espanés, Córdoba, 1984, p. 332.

dinero y si debiese indemnizárselo a él, obtendrá como indemnización dinero, que es precisamente aquello de lo que se lo privó.

Por eso estimamos más valioso el interés del propietario desposeído de recuperar el bien de su propiedad que el interés del adquirente, quien -por vía indemnizatoria- puede obtener un resarcimiento completo con un bien de la misma naturaleza del que se lo privó, ya que su desembolso fue de dinero y es precisamente dinero lo que recibirá en concepto de indemnización.

En la hipótesis de un procedimiento que culmina con una subasta nula el Estado tendrá que indemnizar siempre a uno de los sujetos: o al propietario desposeído, o al adquirente en subasta. Pero, si nos inclinamos por mantener válida la venta judicial, el propietario del bien no obtendrá una satisfacción completa.

Ahora bien, si aceptamos que la venta forzada tiene carácter substancial y no exclusivamente procesal, la solución que propiciamos es un corolario lógico: *frente a la nulidad procesal "cae" también la subasta, se mantiene incólume el patrimonio de quien había sido indebidamente desposeído y el Estado -en razón de la garantía que debe al oferente en la subasta- lo indemniza con lo que había desembolsado: dinero*⁽²⁹⁾.

A nuestro entender en la subasta prevalecen los aspectos sustanciales⁽³⁰⁾, aunque no desconocemos que haya aspectos netamente procesales⁽³¹⁾.

Lo que sucede es que el proceso no es nada más que una

²⁹ "Han de aplicarse a la subasta judicial las normas de la compraventa y de los contratos en general, así como los principios que reglan la nulidad de los actos jurídicos", Cám. Civil y Com. Santa Fe, sala 3º, 14 diciembre 1990, "Goggi y Moretti Inmobiliaria y Constructora S.R.L. c/ Belas, Andrés", Zeus, T. 59, J-214.

³⁰ Roberto BOQUÉ y Julio C. SÁNCHEZ TORRES, aludiendo a la naturaleza jurídica de la subasta judicial, expresan: "Por nuestra parte, diremos que dicha naturaleza no debe buscarse en el ordenamiento de forma, sino en el Código Civil. En efecto, la subasta es una sucesión de actos donde se realiza este contrato", "La venta por subasta de derechos y acciones", LLCórdoba, 1993, p. 947.

³¹ "En sustancia, es una venta, pero se concreta en un juicio mediante un acto procesal y bajo el control y autoridad del magistrado" (el subrayado nos pertenece), Matilde ZAVALA de GONZÁLEZ, "Doctrina Judicial - Solución de Casos - 2", Alveroni, primera reimpression, Córdoba, 1999, p. 363.

herramienta para hacer efectivos los derechos sustanciales y nunca debe darse predominio a la herramienta, a lo instrumental, sobre lo sustantivo.

b) Teorías "civilistas" o sustancialistas

Hay quienes sostienen que la subasta es una venta forzada, situación prevista en el inciso 4° del artículo 1324 del Código Civil⁽³²⁾.

Pero, ¿puede haber compraventa si falta el consentimiento del vendedor, es decir del dueño del bien?⁽³³⁾, y ¿cómo podemos explicar esa compraventa si el propietario no presta su consentimiento⁽³⁴⁾ para que se transmita el dominio al adquirente? ⁽³⁵⁾

Suele sostenerse que el juez actúa en representación

³² "La subasta judicial es una venta forzada de bienes del ejecutado, que ordena el juez para satisfacer el crédito del acreedor que acciona" y "(...) En sustancia, es una venta" (el subrayado nos pertenece), ver Matilde ZAVALA de GONZÁLEZ, "Doctrina Judicial - Solución de Casos - 2", obra citada, p. 363.

³³ Esto ha llevado a alguna jurisprudencia a sostener - equivocadamente- que: "Sin desconocer que la subasta judicial para el Código Civil argentino implica un supuesto de venta forzada (art. 1424 inc. 4 y 2122 C.C.), integra un fenómeno jurídico complejo en el que confluyen intereses públicos y privados y relaciones procesales y sustanciales. Producido el remate judicial habrá un comprador pero no un vendedor sino simplemente un ejecutado" (sic.); seguramente por un error tipográfico se ha consignado el artículo 1424 cuando en realidad corresponde el 1324; Cám. Civil y Com. y Laboral Reconquista, 18 febrero 1997, "Kaufman, Guido F. y otro s/ concurso, hoy quiebra", Zeus, T. 74, J-310 (11.308).

³⁴ "Ello, debido a que en materia de subasta judicial no existe un libre acuerdo de voluntades y -en consecuencia- si no hay acuerdo mal puede haber contrato de ninguna especie, y mucho menos de compraventa; por lo que deviene en un acto jurídico atípico con rasgos propios, particulares y distintivos"; (el subrayado nos pertenece) (ver Gabriel Aníbal FUSTER, "Estudios sobre la subasta judicial", Revista LexisNexis Córdoba, N°5, mayo 2007, p. 360.

³⁵ "En el caso que se ejecutan judicialmente bienes del deudor, la voluntad de éste para enajenar no existe. Llegado el momento procesal pertinente, ante un deudor recalcitrante que niega su voluntad a pedido de parte, ordenará en el procedimiento de ejecución de la sentencia, la subasta judicial de los bienes del incumpliente que ya fueron objeto del pertinente embargo definitivo", Cám. Civil, Com. y Laboral Reconquista, 18 febrero 1997, "Kaufman, Guido F. y otro s/ concurso, hoy quiebra", Zeus, T. 74, J-310.

del propietario del bien -BERGEL (³⁶), REZZÓNICO (³⁷), BUSTOS BERRONDO (³⁸)- o, mejor dicho, que sustituye su voluntad, en virtud de una autorización legal.

Esta postura, a la que podemos denominar "*civilista*", persigue como finalidad adosar a esa "*venta forzada*" algunos efectos propios del contrato de compraventa; tiene su origen en el derecho francés y si repasamos lo escrito por los viejos autores que la sustentaban veremos que la mayor parte de ellos se inclinan por esta posición "*civilista*" para vincularla con la posibilidad de que el adquirente en la subasta ejercite posteriormente las acciones de garantía de evicción, en el caso de que aparezca un propietario que reivindique la cosa subastada, venza al adquirente en la subasta y lo prive de la cosa.

¿Podría ese adquirente, ejercitar las acciones de evicción, propias de la compraventa, contra el "*vendedor*" forzado, es decir el subastado? Algunos autores han llegado a sostener teorías que nos resultan muy extrañas; por ejemplo, afirman que en esta "*venta*", el "*vendedor*" o los "*vendedores*" serían los acreedores que embargaron el bien y lo hicieron rematar. Nos parece que estas teorías carecen de sustento.

Finalmente, hay quienes dicen que se trata de una venta que realiza el Estado, quien deberá brindar al adquirente la correspondiente garantía, teorías que podemos denominar procesalistas.⁽³⁹⁾

³⁶ Ver Salvador Darío BERGEL, Nota en Der., Vol. 19, p.196.

³⁷ "Por nuestra parte opinamos, de acuerdo con la mayoría de los tratadistas, que el vendedor es siempre el dueño de la cosa, y que se entiende implícito su consentimiento anticipado a la venta eventual, prestado virtualmente al contraer la obligación que origina la venta judicial, es decir al tiempo de convertirse en deudor"; ver Luis María REZZONICO, "*Estudio de los contratos en nuestro derecho civil*", Depalma, Buenos Aires, primera edición, 1950, nota a pie de página n° 23, p. 52; también en la tercera edición de esa misma obra, Buenos Aires, 1967, en nota a pie de página n° 29 (último párrafo), p. 66.

³⁸ "Así, podría decirse que por exclusión, llégase a la conclusión que vende el órgano público en representación del propietario"; ver Horacio BUSTOS BERRONDO, "Juicio Ejecutivo", ed. Platense, La Plata, 1970, p. 305.

³⁹ "A este acto procesal, se aplican en sus consecuencias jurídicas y en lo compatible, las normas de la compraventa" (el subrayado nos pertenece); Cám. Civil, Com. y Laboral Reconquista, 18/02/1.997, "Kaufman, Guido F. y otro s/ concurso, hoy quiebra", Zeus, T. 74, J-310 (11.308). En

IV. Acción reivindicatoria ⁽⁴⁰⁾

Seguidamente, habremos de centrar el análisis en nuestro Derecho, para ver -desde el punto de vista sustantivo- en qué casos podría funcionar realmente la evicción a causa de que el adquirente en la subasta se vea sometido a un reclamo reivindicatorio por el propietario de la cosa -que no era el subastado-, y ejercitase una acción reivindicatoria contra el adquirente en subasta.

Las posibilidades de que esto suceda son muy escasas. En efecto, el patrimonio que puede ser objeto de la subasta se compone de bienes "muebles" e "inmuebles".

a) Bienes muebles

Respecto a los muebles, en nuestro sistema jurídico funciona el artículo 2412 del Código Civil y el adquirente en subasta será -por lo general- un poseedor de buena fe y se encontrará en condiciones de repeler cualquier acción de

idéntico sentido: "La subasta, allí dijimos, es genuino instituto procesal y por tal, satisfechos los recaudos impuestos por el Código ritual bonaerense art. 586) -dado como v.b. de todos-, el adquirente en ella accede a la condición de "dóminus" con todas las atribuciones del art. 2.506, ss y afines del Código fonal" (el subrayado nos pertenece); ver Atilio O. DIORIO, "La subasta y el art. 1051 in fine del código Civil", Zeus, T. 85, D-47; y también: "La venta ordenada judicialmente de un inmueble suele conllevar, en la praxis, una vez perfeccionada la subasta, saber cual es el alcance material de al cosa adjudicada en tal diligencia procesal" (el subrayado nos pertenece); ver Atilio O. DIORIO, "Consideración sobre la propiedad de los frutos correspondientes a un inmueble subastado", Zeus, T. 71, D - 11.

⁴⁰. Respecto del concepto de acción reivindicatoria la doctrina tiene dicho: "Según el artículo 2758, a través de la acción reivindicatoria de la cosa el actor "la reclama y la reivindica", caracterización legal -literalmente extraída de Pothier- que ha sido cuestionada por emplear en la definición el mismo vocablo materia de ella..." y también que: "En verdad, en tanto la acepción gramatical de "reivindicación" es acción y efecto de reivindicar y la voz "reivindicar" equivale a recuperar lo que a uno le pertenece, cualquiera fuese el juicio sobre la riqueza idiomática de la ley, su comprensión es inequívoca, pues quiere significar que a través de la acción reivindicatoria el actor reclama y recupera la cosa"; ver Jorge Horacio ALTERINI, "Acciones Reales - Análisis exegético del régimen jurídico de las acciones reivindicatoria, confesoria y negatoria", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 15.

reivindicación intentada por un anterior propietario de la cosa mueble, salvo que se tratase de cosas robadas o perdidas⁽⁴¹⁾, es decir que lo subastado fuese una cosa robada o perdida que se encontraba en posesión del ejecutado.⁽⁴²⁾

Sería la única hipótesis posible, en nuestro derecho sustancial, en que podría ejercitarse una acción reivindicatoria contra el adquirente en subasta de un bien mueble.

b) Bienes inmuebles

¿Qué sucede si se trata de un inmueble?

En el caso de los inmuebles parece todavía más difícil que pueda hoy sufrir una acción reivindicatoria, sobre todo después de las reformas que la ley N° 17.711 ⁽⁴³⁾ introdujo al Código Civil, especialmente por el párrafo agregado al artículo 1051.

Esa norma, en su redacción primitiva, expresaba que:

"Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual"⁽⁴⁴⁾.

⁴¹ En este sentido se ha dicho: "La reivindicación es improcedente de configurarse los distintos requisitos previstos por el artículo 2412 y también el de la adquisición a título oneroso que inferimos de los artículos 2767 y 2778"; y también que: "*Es de toda evidencia que si el subadquirente de buena fe y a título oneroso pudiera enervar la reivindicación de una cosa mueble robada o perdida, se contradiría no sólo la letra sino también el espíritu del artículo 2769, de allí que deba desecharse una hipótesis conceptual semejante. No es factible que la solución legal del artículo 2769 pueda ser desvirtuada; los razonamientos de la tesis moderna o innovadora no pueden restar normatividad al contundente artículo 2769"*; ver Jorge Horacio ALTERINI, "Acciones Reales ...", obra citada, pp. 74/75.

⁴² "*El modo de adquirir que aquí estudiamos (art. 2412 CC.) no nace históricamente como tal; todo lo contrario, en general va evolucionando como una excepción a la reivindicación, pero sin una base de atribución de dominialidad que le dé sustancia de fondo a esa excepción.*" (el subrayado nos pertenece); ver Gabriel B. VENTURA, "El artículo 2412 del Código Civil: modo de adquirir el dominio de muebles", J.A., 1985-II- 802.

⁴³ B.O. N° 26 abril 1968.

⁴⁴ Artículo 1051 del Código Civil: texto derogado por Ley N° 17.711.

Esto era lo que disponía nuestra ley antes de la reforma, y en tal caso si el ejecutado había adquirido derechos reales sobre el inmueble en virtud de un acto que era anulado, ello permitía al anterior propietario -que era el verdadero propietario- dirigir su acción contra el adquirente en la subasta.

Pero la reforma agregó un párrafo al mencionado artículo 1051, que dice:

"(...)salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable."⁽⁴⁵⁾.

Esto pone una barrera casi insalvable para que nosotros encontremos una hipótesis de reivindicación de la cosa subastada por un anterior propietario, porque el adquirente en subasta - como regla general- es un tercer adquirente de buena fe a título oneroso y va a defender su titularidad con el artículo 1051 ⁽⁴⁶⁾.

Así lo reconoce la jurisprudencia diciendo: *"La nulidad de las actuaciones procesales anteriores a la subasta no comprende a tal subasta en ellas realizadas. Ello por aplicación del art. 1051 C.C. respecto del adquirente de buena fe y a título oneroso, condición atribuible a quien lo hace en subasta pública"*⁽⁴⁷⁾.

⁴⁵ *"En suma: la que ahora está protegida es la buena fe del subadquirente a título oneroso, no importa que el acto antecedente sea nulo o anulable. Ha quedado así resuelta una vieja cuestión de una manera que consulta en forma plenamente satisfactoria la seguridad del tráfico jurídico. Claro está que, de este modo, la diferencia entre actos nulos y anulables ha quedado reducida a límites modestos, aunque, como veremos, no ha desaparecido totalmente su interés."*; ver Guillermo A. BORDA, "La reforma de 1968 al Código Civil", Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 154.

⁴⁶ *"Desde esa mira, es de formularse la pregunta de si a ese comprador en remate judicial le ampara lo dispuesto en el fine del art. 1051 del Cód. civil. (...) No hesitamos en sostener la respuesta afirmativa dado que la buena fe ha de presumirse en quien interviene, contratando, en relación a una venta ordenada en sede jurisdiccional."*; el subrayado nos pertenece; ver Atilio O. DIORIO, "La subasta y el art. 1051 in fine del código Civil", Zeus, T. 85, D-47.

⁴⁷ Ver Cám. Civil y Com. San Nicolás, 12 diciembre 1995, "Gómez Savoy, Arturo I. c/ Giorgio, José V.", Zeus, T. 74, J - 230 (caso 11.284).

c) *Bienes muebles registrables*

En materia de bienes muebles comunes hemos dicho ya que el artículo 2412 del Código Civil pone una barrera a las acciones de reivindicación, salvo que se trate de cosas robadas o perdidas.

Cuando se trata de automotores⁽⁴⁸⁾ que son los muebles registrables de mayor importancia en nuestro sistema, señalaremos dos cosas:

1) La norma específica fija un plazo de dos años para el ejercicio de la acción reivindicatoria (ver artículos 2 y 4 del Decreto-Ley N° 6.582/58 ⁽⁴⁹⁾);

2) Esa norma únicamente habla de cosas "*hurtadas*" o "*robadas*", sin mencionar las "*perdidas*".

Ahora bien, para llegar a la subasta de un automotor, debe dirigirse la acción contra quien figura como titular registral, que es jurídicamente su dueño. Para que el propietario, a quien le han robado el automotor, no tenga participación en el juicio, debe haber mediado una adulteración en las características identificatorias del vehículo y una nueva inscripción a nombre de la persona a quien ahora se está ejecutando como propietario. Entonces, para que funcione una acción reivindicatoria ⁽⁵⁰⁾ tendrán que darse las siguientes condiciones:

⁴⁸ La norma análoga al artículo 2412 del Código Civil en materia de automotores es el artículo 2 del Decreto-Ley N° 6582/58 que expresa: "La inscripción de buena fe de un automotor en el registro confiere al titular de la misma la propiedad del vehículo y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si el automotor no hubiese sido hurtado o robado."

⁴⁹ Ratificado por Ley N° 14.467, texto ordenado por Decreto N° 1.114/97 (B.O. 29 octubre 1997).

El artículo 4 dispone: "*El que tuviese inscripto a su nombre un automotor hurtado o robado, podrá repeler la acción reivindicatoria transcurridos dos años de la inscripción, siempre que durante ese lapso lo hubiese poseído de buena fe y en forma continua.*" (el subrayado nos pertenece).

⁵⁰ Las condiciones de procedencia o no de la acción reivindicatoria en materia de automotores surgen del juego armónico de los artículos 2, 3 y 4 del decreto - ley N° 6.582/58.

1) que el propietario que fue desposeído pueda identificar el vehículo subastado con el automóvil de su propiedad, superando la adulteración de datos que efectuaron los malhechores;

2) que hayan transcurrido menos de dos años desde el momento en que el adquirente en subasta obtuvo la inscripción a su nombre, pues superado ese plazo -como es un adquirente de buena fe- podrá repeler todo intento de reivindicación.

Todavía, tratándose de bienes muebles registrables -a los cuales la doctrina suele equiparar con los inmuebles en muchos aspectos- cabría analizar si esa postura amplia de asimilación permite aplicarles la parte final del artículo 1051 y -en el caso de subasta- paralizar de inmediato cualquier posibilidad de reivindicación.

Esta rápida revista que hemos pasado a las distintas hipótesis prácticas que pueden plantearse nos permite advertir que el margen para las acciones de reivindicación, en nuestro derecho positivo, es muy escaso; nos atrevemos a decir que casi inexistente.

En virtud de lo expuesto resultan ociosas las doctrinas que buscan en la "*naturaleza jurídica*" de la subasta razones que permitan ejercer la acción reivindicatoria y determinar contra quien debería dirigirse el adquirente en subasta que resultase desposeído por una acción de ese tipo.

Sea que consideremos que el vendedor es el propio ejecutado, o que es el Juez, o que son los acreedores (como algunos han pretendido sostener), en esas ventas forzosas no se presenta el problema de la garantía de evicción.

Queda sin embargo un remanente de garantía que puede tener singular importancia: *la restitución del precio abonado por la venta*⁽⁵¹⁾.

⁵¹ Más precisamente se trata del artículo 2122 del Código Civil que - literalmente- dispone: "(...) En las ventas forzadas hechas por la autoridad de la justicia, el vendedor no está obligado por la evicción, sino a restituir el precio que produjo la venta. (...)" (el subrayado nos pertenece).

Por eso nos inclinamos por las teorías "*civilistas*", que consideran "*vendedor*" al ejecutado y no al Juez⁵².

El juez no tiene que restituir el precio, ni garantizar su restitución, ni siquiera en las escasas hipótesis en que pueda plantearse una acción de reivindicación. El que debe responder por el precio es el ejecutado, que es el verdadero enajenante, aunque sea un "*vendedor forzado*".

Quizás alguien nos pregunte: ¿qué ventaja tiene el que pueda dirigirse contra el ejecutado, que es un insolvente?. La verdad es que no siempre el ejecutado es un insolvente, sino que tiene otros bienes y, como no cumplía, se ejecutó ese bien que -en una de las raras hipótesis en que procede la reivindicación- fue reivindicado. Por ejemplo, se trataba de una cosa mueble robada, y antes de que transcurran tres años aparece el verdadero propietario, reclama la restitución de la cosa y logra que el adquirente en subasta deba entregársela.

En principio, quien debe responder frente al adquirente en la subasta es el ejecutado, con otros bienes de su patrimonio.

Pero, ¿qué sucede si el "*vendedor*", es decir el ejecutado, no tuviese otros bienes en su patrimonio?. Este punto no ha sido analizado por los autores nacionales; a nuestro entender, nuestro sistema jurídico permite en este caso que el adquirente que ha sido privado de la cosa por una acción reivindicatoria dirija su reclamo contra los acreedores. ¿Por qué?. Porque los acreedores han obtenido un "*enriquecimiento sin causa*", debido a que se les pagó con un dinero que no correspondía a un bien de su deudor.

Es cierto que esta hipótesis no entra estrictamente en las previsiones del Código Civil del "*pago por error*", o del "*pago sin causa*", pero entendemos que le es aplicable la figura

⁵². Conf. SALVAT, LÓPEZ DE ZAVALÍA, BOQUÉ y SÁNCHEZ TORRES, entre otros.

genérica del "enriquecimiento sin causa"⁽⁵³⁾, en razón de que se ha producido un desplazamiento patrimonial sin justificativo jurídico, que ha empobrecido al adquirente en la subasta y enriquecido a los acreedores que han percibido un dinero que no les correspondía.

Esta acción -como todas las que nacen del enriquecimiento sin causa- tiene un doble límite: el del empobrecimiento del adquirente -que no podrá reclamar el valor del bien que adquirió, sino solamente el precio que pagó-, y el del enriquecimiento de los acreedores, a quienes sólo se les podrá reclamar el importe que percibieron injustificadamente⁽⁵⁴⁾.

En definitiva, si media una acción reivindicatoria que afecta al bien subastado, a nuestro entender funciona la garantía de evicción que encuentra su mejor justificativo en las teorías que con sustento en el derecho civil consideran que en la subasta hay una "venta forzada".

V. Colisión de normas (artículos 438, inc. 1º de la ley N° 8465 y 54 de la ley N° 7191)

Pasaremos a otro problema, la colisión entre los artículos 438, inciso 1) del Código Procesal Civil⁽⁵⁵⁾ y 54 de la

⁵³ Adviértase que el empleo del calificativo de "genérica" que predicamos de la figura jurídica del enriquecimiento sin causa no es antojadiza ni arbitraria, sino que obedece a que -como tenemos dicho-: "Nuestro Código, a diferencia de los más modernos -como el alemán, suizo, italiano o portugués- no ha sistematizado los preceptos que tienen conexión con el enriquecimiento sin causa; contiene disposiciones aisladas -las encontramos a todo lo largo del Código- que constituyen aplicaciones de este principio y que permiten afirmar su vigencia en nuestro derecho, pero -insistimos- no lo ha consagrado de manera expresa", (ver nuestro "Curso ...", obra citada, T. III, p. 303).

⁵⁴ Son elementos o presupuestos necesarios para que se configure el enriquecimiento sin causa: "a) El primero es el enriquecimiento de una parte, que será luego el sujeto deudor de la obligación nacida del enriquecimiento sin causa. b) El segundo es el empobrecimiento del acreedor, es decir el sujeto activo de la obligación, que demandará la restitución o reembolso." (ver nuestro "Curso...", obra citada, T. III, p. 308).

⁵⁵ Ley N° 8465 (Fecha de sanción: 27 abril 1995; fecha de promulgación: 29 mayo 1995; fecha de publicación: 8 junio 1995).

Este dispositivo reconoce como antecedente el artículo 1047 del anti-

ley de martilleros⁽⁵⁶⁾.

Estamos en la situación de que se ha embargado un bien y se lo está por subastar, circunstancias en las que se presenta un tercero afirmando que el bien embargado no pertenece al sujeto contra quien se dirigió el embargo sino que es de su propiedad, deduciendo -en consecuencia- tercería de dominio y acreditando primariamente ser el dueño, razón por la cual el magistrado suspende los trámites de la subasta.

Si la tercería se interpone antes de que se hayan iniciado los trámites de subasta no se presentará la hipótesis de conflicto con el artículo 54 de la ley de martilleros, pues al acoger el juez el incidente no ordenará subastar el bien mientras no se haya resuelto la tercería y no habrá problema de colisión entre ambas normas.

El conflicto se produce cuando se han iniciado los trámites de subasta y se ha designado martillero, pues entonces estos profesionales intentan hacer valer una norma incluida en su estatuto de colegiación que -en protección de sus intereses profesionales- dispone:

"El juez no dará curso a ninguna petición de suspensión de la subasta sin que previamente se abonen los gastos y honorarios del martillero que se hubieren devengado, y no aceptará fianza en sustitución del pago. En los juicios de tercería que provocan la suspensión de una subasta, hayan sido o no publicados los edictos correspondientes, deberá

guo Código de Procedimientos Civiles (Ley N° 1419 - B.O. 9 diciembre 1896) que disponía:

"Art. 1047 (Tercería de dominio: efectos).- Si la tercería fue de dominio y los bienes embargados fueren registrables se le dará trámite si el tercerista no acompaña a la demanda documento fehaciente que acredite prima facie el dominio invocado. Admitida la tercería por el juez se suspenderá la ejecución de la sentencia de remate hasta que aquella se resuelva, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1075".

Es menester destacar que la exposición original se basó en la contradicción entre este dispositivo y el de la ley de martilleros, colisión que -por cierto- sigue subsistiendo con el dispositivo contenido en la ley del rito en su actual redacción.

⁵⁶ Ley N° 7191; fecha de sanción: 30 octubre 1984; fecha de promulgación: 12 noviembre 1984; Fecha de publicación: B.O. N° 19 noviembre 1984.

adjuntarse al escrito de tercería la conformidad del martillero de haber recibido el importe de los gastos de honorarios o boleta de consignación de su importe a la orden del juez de la causa, bajo apercibimiento de no proveer" (el subrayado nos pertenece)⁽⁵⁷⁾.

Hay un choque evidente entre una y otra norma; lo dispuesto por la ley de martilleros es -a nuestro criterio- francamente inconstitucional, toda vez que coarta el derecho de defensa del presunto (o verdadero) propietario del bien, imponiéndole el pago anticipado de una obligación de la que quizás no sea deudor en manera alguna, porque si la tercería prospera resulta evidente que no es él quien debe cargar con ninguno de los gastos que haya provocado la iniciación de esa subasta, cualquiera sea el estado de tramitación en que se encuentre (mera designación de martilleros, publicación de edictos, o lo que sea).

Esos gastos deberán soportarlos quienes los provocaron, sea el embargado -que hizo aparecer el bien como propio cuando en realidad era ajeno-, sea el que embargó indebidamente el bien, sabiendo que era de propiedad de una persona distinta a la demandada y que no correspondía subastarlo.

Recién al resolverse la tercería de dominio el juez podrá determinar **quién** es la persona responsable de abonar esos gastos.

Adviértase que distinto sería si la norma se limitase a exigir al tercerista que diese fianza de pagar las costas en el caso de resultar perdidoso⁽⁵⁸⁾.

⁵⁷ Artículo 54 de Ley N° 7191 (texto según Ley N° 7720, B.O. 22 noviembre 1988); fecha de sanción: 30 octubre 1984; fecha de promulgación: 12 noviembre 1984; fecha de publicación: B.O. N° 19 noviembre 1984.

⁵⁸ Esto es -precisamente- lo que dispone la ley del rito en materia de tercerías de mejor derecho. Más precisamente en el artículo 438, inciso segundo del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba (Ley N° 8465, B.O. 8 junio 1995) que reza: "Admitida la tercería: (...) 2) Si fuere de mejor derecho se suspenderá el pago, salvo que se diere fianza, con audiencia de las partes, para responder a las resultas de la tercería. El tercerista tiene derecho a intervenir en las actuaciones de remate. (...)" (el subrayado nos pertenece).

En efecto, si la tercería no prospera, lo justo es que cargue con los gastos que ha provocado su intervención y parece correcto pedirle anticipadamente que afiance el cumplimiento de esa obligación que eventualmente puede estar a su cargo; pero la norma, tal como está redactada, es terminante: no acepta fianza en sustitución del pago.

¿Qué remedio le queda al interesado frente a este dispositivo?, ¿qué actitud debe tomar el magistrado?.

La norma existe, y dentro de nuestro ordenamiento jurídico parece ser un principio cardinal **que** el juez debe acatarla; y si se la considera inconstitucional debe ser el propio interesado quien efectúe el planteo.

Aunque algunas modernas corrientes procesales sostienen la posibilidad de que el juez declare de oficio la inconstitucionalidad⁵⁹), personalmente nos inclinamos por la improcedencia de su declaración. Y, aunque excepcionalmente haya quienes lo acepten, lo normal será que el interesado, es decir el tercerista a quien por la ley cordobesa se le exige ese depósito, efectúe el planteamiento de inconstitucionalidad, y el juez deberá resolverlo.

Y, ¿cómo puede hacerlo el tercerista, si le va a decir: *"Oiga, no proveo nada si usted no ha depositado. Ni siquiera voy a proveer su planteamiento de inconstitucionalidad."*

Podría hacerlo con un mecanismo como el que se encuentra en la Ley de Quiebras⁶⁰): el depósito a embargo; se consigna depositando, pero embargando lo depositado para que no

⁵⁹ Ver Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, "Reflexiones en torno de la declaración de inconstitucionalidad de oficio" en "El poder judicial", Depalma, pp. 235/250.

⁶⁰ Al momento de la disertación la ley vigente en materia de concursos y quiebras era la Ley N° 19.551 (texto ordenado por decreto 2449/84), cuyo artículo 100 regulaba el denominado "depósito a embargo". El texto se ha mantenido casi incólume (salvo por dos comas) por la Ley N° 24.522 (B.O. 9 agosto 1995) que en su artículo 96 dispone: "El juez puede revocar la declaración de quiebra sin sustanciar el incidente si el recurso de reposición se interpone por el fallido con depósito en pago, o a embargo, del importe de los créditos con cuyo incumplimiento se acreditó la cesación de pagos y sus accesorios"; el subrayado nos pertenece.

lo retirem (⁶¹). Esta sería el arma para frenar, mientras se tramita nuestro pedido de inconstitucionalidad. Declarada la inconstitucionalidad, aunque sea en un solo caso, podría hacer escuela y al mismo tiempo obligar al legislador a pensar que no debe incluir normas tuitivas de intereses sectoriales que vulneran principios generales de justicia.

En esa colisión entre los dos artículos mencionados, me inclino a creer firmemente que la norma del artículo 54 de la ley de martilleros es notoriamente inconstitucional.

VI. La teoría de la lesión y las subastas judiciales

El título del acápite nos refiere uno de los temas que siempre ha despertado nuestra preocupación: ¿es o no posible aplicar la teoría de la lesión a las subastas judiciales?

En el Derecho Comparado los sistemas que se pronuncian sobre este tema por lo general se inclinan a sostener que la lesión no es aplicable en las subastas judiciales, solución que resulta lógica porque, sea que se la configure como un vicio de la voluntad, sea que se la configure como un vicio propio del acto jurídico, las características especiales de la subasta hacen que no pueda pensarse que existen las situaciones de inferioridad por parte del vendedor.

Si la aceptamos como venta forzada falta totalmente la

⁶¹ Al respecto la doctrina tiene dicho: "*El juez puede revocar la sentencia de quiebra, sin sustanciar el incidente, si juntamente con el recurso de reposición, se realiza el depósito en pago o a embargo del importe de los créditos con cuyo incumplimiento se acreditó la cesación de pagos, y sus accesorios (intereses), así como los importes para atender a los demás créditos que hubieran originado otros pedidos de quiebra en trámite a esa fecha, salvo que se demuestre prima facie la ilegitimidad del reclamo. Se entiende que, de este modo, el deudor está demostrando que no se encuentra en cesación de pagos, en tanto atiende a sus compromisos.*"; (el subrayado nos pertenece), ver Verónica F. MARTÍNEZ de PETRAZZINI, "Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522", Ediciones Macchi, Buenos Aires, Bogotá, Caracas, México, DF., Buenos Aires, 1995, p. 143).

En idéntico sentido: "*El texto es igual al de los arts. 100 del Proyecto de la Comisión del Ministerio de Justicia y de la anterior ley 19.551.*"; ver José A. IGLESIAS, "Concursos y Quiebras. Ley 24.522 - Comentada", Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 147.

posibilidad de consentimiento; hay sustitución, pero no hay situación de inferioridad. La venta ha sido impuesta por la ley por el incumplimiento anterior, pero no se encuentran ni "necesidad", ni "inexperiencia", ni "ligereza" del ejecutado⁽⁶²⁾ (63).

Por otro lado, si consideramos a los organismos judiciales -desde el punto de vista procesal- como si fueran ellos los que enajenan o sustituyen la voluntad del ejecutado, es la voluntad de la justicia -desde el punto de vista sustancial- la que sustituye el consentimiento, y no podemos pensar que el consentimiento prestado por el Juez, como órgano judicial se encuentre en las situaciones de inferioridad que caracterizarían a la lesión.

En nuestro sistema -donde la lesión no se configura sólo con la desproporción objetiva de prestaciones- esa mera desproporción entre el valor real del objeto y el precio que se ha obtenido, tampoco sería suficiente para provocar la nulidad de la subasta. Además, la doctrina suele reflexionar sobre la inseguridad que generaría admitir estas acciones, porque en las subastas generalmente el precio suele ser inferior al real, hecho

⁶² La doctrina tiene dicho: "La fórmula introducida por la Reforma ha reproducido la fórmula trina del art. 138 del Código Civil alemán, concordante con el art. 21 del Código Civil Suizo de las Obligaciones.", y también que el agregado introducido por la Ley N° 17.711 al artículo 954 del Código Civil: "(...) a diferencia del criterio adoptado por el art. 138 del Código Civil alemán, procuró... ..dispensar amparo jurídico al lesionado para lograr, ya a instancia suya, ya por allanamiento del lesionante, la revisión judicial del negocio lesivo, e impedir de ese modo que se consuma una iniquidad."; ver José A. BUTELER CÁCERES, "Manual de Derecho Civil", Advocatus, 3ª edición actualizada, Córdoba, p. 302).

⁶³ Recordemos que estas tres posibles situaciones configuran uno de los elementos necesarios para que se verifique la lesión subjetiva: el estado de inferioridad del sujeto (pasivo). Por "necesidad" habremos de entender aquella situación de carencia -material o moral (espiritual)- que debilita la discrecionalidad de obrar del sujeto. Asimismo, es menester destacar que la doctrina no es pacífica al precisar el concepto de "ligereza". Hay quienes sostienen que por ligereza debemos entender el estado de irreflexión al tiempo de celebrar el negocio de que se trata (CARRANZA, BORDA); otros afirman que la ligereza se vincula con la disminución de las facultades mentales del sujeto que no configura una incapacidad que amerite la declaración de insania (MOISSET DE ESPANÉS, GARRIDO-ANDORNO, BREBBIA, VALENTE). Finalmente, por "inexperiencia" deberá entenderse la falta de conocimiento acabado del acto de que se trata, tanto de su génesis, como de sus elementos y efectos jurídicos.

que tiene como justificativo el temor de los compradores por la demora que puede sufrir en la entrega del bien, los peligros de litigios u otras múltiples razones.

La práctica pone de manifiesto que los precios obtenidos en las subastas son bajos, pero también es cierto que hay hipótesis en las cuáles para llegar a esos precios casi irrisorios contribuyen como concausa una serie de maniobras ardidosas de grupos ⁽⁶⁴⁾ que presionan en la subasta para que no haya postores y en tal caso el precio refleja la realidad de un obrar antijurídico.

En tales casos la nulidad tendría como fundamento no solamente la vileza del precio, sino las circunstancias que han viciado el acto de subasta e impedido que se obtenga un precio adecuado.

No pretendemos que el juez esté presente en la subasta, pero como se trata de un acto judicial es deber de los funcionarios del juzgado que obren con responsabilidad y supervisen el acto de subasta, contribuyendo con su presencia a evitar maniobras ilícitas.

Al respecto resulta interesante analizar la resolución judicial dictada en un caso ⁽⁶⁵⁾ suscitado ante la Justicia Federal⁶⁶, en que la Cámara de Apelaciones interviniente revocó la nulidad que el Juez de primera instancia había declarado⁶⁷, realizando consideraciones genéricas respecto a que el precio vil no es suficiente para considerar ilícita la subasta.

⁶⁴ Que en este trabajo hemos dado en llamar "ligas de compradores".

⁶⁵ "(...) Los "casus" que admite la traducción castellana de "caso", e implican imaginar una situación para ejemplificar un texto y hacer que luzca mejor su sentido; pueden ser breves, aunque los hay también muy extensos. (...)"; ver Humberto VÁZQUEZ, "Derecho romano de ayer y siempre", Jano Ediciones de Mateo García y Luis Alveroni, Córdoba, 1986, p. 38.

⁶⁶ El problema se planteó en los autos caratulados "Banco de la Nación Argentina c/ Baravalle, Juan C., ejecución prendaria (Expte. 432-B-82).

⁶⁷ En primera instancia se tramitó el expediente ante el Juzgado Federal N° 1 de Córdoba, a cargo del Dr. Miguel Julio Rodríguez Villafañe, quien declaró de oficio la nulidad de un remate. La subasta se efectuó el día 28 de noviembre de 1985, y la sentencia declarando la nulidad de esa subasta se dictó el 30 de diciembre del mismo año.

Si bien compartimos esas consideraciones es menester también analizar cuidadosamente el caso concreto, pues si los hechos fuesen tales como el juez los había descrito, sería menester alabar su resolución, que declaraba de oficio la nulidad, luego de analizar una serie de datos que hacían al acto mismo y que se unían al precio vil, para llegar a la conclusión de que en ese caso la subasta estaba viciada de nulidad⁶⁸.

¿Cuáles eran esos hechos en los que había basado su fallo el magistrado de primera instancia, para sostener que creaban -en su conjunto- "*una atmósfera viciada*"?

Se remataba un tractor en un juicio seguido por el acreedor prendario: el *Banco de la Nación Argentina*, contra el propietario que no había pagado su deuda. La base de la subasta era de treinta y tres mil pesos, o sus dos terceras partes, es decir veintidós mil pesos. Una pericia había determinado como valor del bien en cuestión la suma de cincuenta o sesenta mil pesos. Recién hubo un postor después que nadie había ofrecido los treinta y tres mil pesos de base y su postura era el mínimo, es decir, veintidós mil pesos; pero ofrecía pagar a seis meses. No se aceptó entonces la oferta y se debió llamar a un nuevo remate, sin base alguna.

Constan en el expediente testimonios ofrecidos posteriormente de personas a quienes se les impidió el acceso o se les dijo que no pujaran porque ya estaba arreglado todo y que no se preocuparan porque después iban a poder comprar el tractor, si así lo deseaban.

En ese nuevo remate, ya sin base, se adjudicó el objeto por la irrisoria suma de cuatrocientos setenta y un pesos.

Y, ¿a quién se adjudicó?. A la misma persona que había ofrecido veintidós mil pesos con un cheque a seis meses.

Cuando el acreedor prendario -el *Banco de la Nación*

⁶⁸. El juez aplicó el art. 592 del Código Procesal Civil de la nación, que autoriza declarar de oficio la nulidad de la subasta si se comprueba la existencia de irregularidades que comprometieron gravemente la actividad jurisdiccional.

Argentina- impugnó el acto lo hizo fuera de término, por lo cual no podía el juez expedirse a petición de parte.

Se formuló denuncia penal, en la que no se alcanzó a probar la ilicitud del acto, pero se recibieron los testimonios a que hemos hecho mención, que permiten apreciar el ambiente que rodeó la subasta.

El juez consideró que no necesitaba la comprobación de la existencia de un delito penal, ya que en este caso era suficiente con los testimonios concordantes que creaban presunciones irrefragables de la existencia de ardidés que impidieron efectuar normalmente el acto de subasta⁶⁹.

La subasta, con la puja de los interesados, tiene como finalidad adjudicar el bien al mejor precio, y se había impedido que hubiese postores por medio de maniobras ardidosas en las que había participado el propio adquirente por lo cual el juez, de oficio, declaró la nulidad diciendo que esas maniobras "*se reflejan en el precio vil*".

En el juicio criminal el adquirente esgrimió como defensa que había pagado sólo cuatrocientos setenta y un pesos porque el tractor tenía una biela fundida, lo que disminuía su valor, pero se prueba que seis días después lo había vendido por cincuenta y cinco mil pesos.

La Cámara de Apelaciones interviniente, con argumentos genéricos de que el precio vil no es suficiente para invalidar una subasta -fundamento que, en principio, compartimos- revoca la sentencia de primera instancia, pero omite considerar los otros fundamentos de la sentencia, que era ejemplar porque tomaba en consideración que había un defecto esencial en el acto, porque se había impedido el acceso a los interesados en pujar.

Es cierto que no es requisito de las subasta el que haya más de un postor, pero si se prueba que se impidió el acceso a los postores, se está poniendo de relieve la existencia de un

⁶⁹. Su decisión fue calurosamente elogiada en nota titulada "Nulidad de oficio del remate", que se publicó en L.L., 1986, Sec. Doctrina, p. 899, cuyo autor fue Víctor C. Martínez.

vicio sustancial que debe ser tomado en cuenta y que justifica la invalidez de la subasta que, a nuestro criterio, en este caso era la solución más acertada.

VII. Conclusiones

1) La subasta encuentra su lugar propio en las obligaciones en que la satisfacción del acreedor se logra por medio de la entrega de una suma de dinero. Se funda en el principio de que *el patrimonio es la garantía común de los acreedores*.

2) La "agresión" judicial puede dirigirse contra cualquier bien que integre el patrimonio del deudor. Para convertirlo en dinero se recurre a su venta forzada, por medio de la "subasta".

3) Las teorías procesalistas entienden que se debe proteger a ultranza al adquirente en la subasta, y sostienen que *el Estado, que actúa como vendedor, garantiza al adquirente que la venta es correcta*.

3) Si el bien subastado no pertenecía al deudor nos encontramos frente a dos posibles víctimas: a) el propietario injustament⁴ desposeído; y b) el adquirente en subasta. El ordenamiento jurídico debe optar entre una de ellas, que quedará sin el bien y a quien el Estado deberá resarcir.

4) A nuestro entender es más digno de protección el interés del propietario, que no debe verse afectado por un error judicial que lo haga perder su bien.

5) Si aceptamos que la venta forzada tiene carácter sustancial y no exclusivamente procesal, la solución que propiciamos es un corolario lógico: *frente a la nulidad procesal "cae" la subasta y se mantiene incólume el patrimonio de quien había sido indebidamente desposeído*.

6) El adquirente será indemnizado por el Estado en relación con el dinero que desembolsó.

7) Las posibilidades de que el adquirente en la subasta se vea sometido a un reclamo reivindicatorio por el propietario de

la cosa -que no era el subastado-, y ejercitase una acción reivindicatoria contra el adquirente en subasta son escasas.

8) En la colisión entre el artículo 438, inciso 1) del Código Procesal Civil de Córdoba Civiles y el artículo 54 de la ley de martilleros, debe prevalecer el primero ya que el artículo 54 de la ley de martilleros es notoriamente inconstitucional.

9) En el Derecho Comparado se considera, por lo general, que la teoría de la lesión no es aplicable en las subastas judiciales.

10) Deben, sin embargo, anularse las subastas cuando han existido maniobras que impidieron el acceso a los postores, para obtener de esa forma el bien por un precio vil.