

## VENTAS EN LA LEY 24441. FINANCIAMIENTO DE LA VIVIENDA Y DE LA CONSTRUCCIÓN

Por **Carlos Nicolás Gattari**

En 1995 fue promulgada la ley 24441, importante para la actividad notarial, ya que son posibles subastas o remates especiales según se establece en su régimen. Podrían desembocar en una protocolización de actuaciones que, al contener las variables consignadas en sus textos, deben ser tenidas en cuenta por el autorizante. Así fue estimado el conjunto normativo.

En la segunda edición del volumen 8 de *Práctica notarial*, que preparo, he procurado estudiar lo relativo al “remate extrajudicial”, incluso con despachos de jornadas y otros. Luego recojo alguna jurisprudencia y doctrina, que se exhiben negativas, las cuales anticipo agregando reflexiones. Para subsanar en algo, intento presentar un sistema que, al menos en parte, mejore la situación, por un medio que, con afán, busco fundar en razones jurídicas. Por fin, luego de estudios en diversas fuentes, llego a la conclusión de que no se habrían autorizado protocolizaciones de “remates extrajudiciales”.

Por tal causa y, sobre todo, por la falta de elementos legales, con las bases proporcionadas en los arts. 1184 y 2610, como también con los puntales ofrecidos por el ritual para la subasta judicial, sinceramente he temido imaginar un formulario, porque no encuentro piso firme sobre el cual trabajar, y me parece más bien que se ha introducido un gran tembladeral. Ojalá me equivoque.

Interesa particularmente el título V, régimen especial de ejecución de hipotecas (52/67) y el art. 79 que modifica el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su art. 598, subdividido en 7 incisos: éstos recogen lo relativo al

régimen en el aspecto procedimental que, con su sola presentación ante el juez, le da una injerencia mayúscula al acreedor en los trámites.

## 1. Régimen de ejecución hipotecaria especial

Destaco los siguientes artículos y subrayo las posibles actas. El notario debe estudiar cómo se cumplen en el expediente, es decir, realizar sus operaciones materiales; calificar, legalizar y legitimar, para alcanzar las formales, sobre todo la narración de las diversas peripecias siguiendo el proceso del ritual. Formulo un resumen destacando los pasos principales a partir de la normativa sobre las letras, para estudiar en forma inmediata las etapas judiciales y privadas. Éstas no parecen encajar demasiado dentro del esquema de un juicio realmente ejecutivo, sobre todo, porque no habría una auténtica subasta pública y aún podría dudarse de que el remate fuera público.

El título III crea las letras hipotecarias como valores con garantía correlativa. Se emiten sólo en hipotecas de primer grado y deben consentirse expresamente al constituir el gravamen (35/36).

El portador de la letra o de algún cupón puede ejecutar el título por el procedimiento especial si se convino al constituir la hipoteca, consignándose así en letra y cupones (45). En las hipotecas comunes también se puede convenir la ejecución especial (52). Lo que subrayo podría dar lugar a actas notariales.

¿Cómo comienza el problema? En mora algún pago, luego del día 60, el acreedor intima *por medio fehaciente* la cancelación de aquél. Al deudor le da 15 días advirtiéndole que, de no pagar, el inmueble se *rematará por vía extrajudicial*. En el mismo acto le exige que denuncie nombre y domicilio de acreedores privilegiados, embargantes y ocupantes del bien. Vencido el plazo sin pagar, el acreedor se presenta ante juez con la letra o los cupones y un certificado de dominio del inmueble, cuya tenencia puede solicitar (53, 54-1).

El juez da traslado por 5 días al deudor para oponer excepciones (64). Ordena *verificar el estado físico* y de ocupación, designando al *escribano* propuesto por el acreedor. Si está ocupado, el notario intima su desocupación en 10 días; apercibe de *lanzar por la fuerza pública* –cuyo auxilio puede requerir con otros recursos– y, vencido el plazo, procede a realizarlo y entrega la tenencia al acreedor. Este trámite se realiza *inaudita pars* (54).

El acreedor podrá solicitar directamente: a) informe registral sobre el inmueble; b) segunda copia del título de propiedad; c) liquidación por expensas, impuestos, tasas y contribuciones que el acreedor de ellas debe informar dentro del plazo de 10 días hábiles, so pena de subastar el bien libre de deudas; d) ordena por sí, sin intervención judicial, la venta en remate público (?) por su martillero en las condiciones usuales de plaza; e) publica edictos durante 3 días en el diario oficial y dos de gran circulación en el sitio del bien, intercalando un plazo no mayor de dos días entre ellos y el día del remate (55/57).

La base es la deuda a la fecha de la venta. En los avisos se indicará ubicación del inmueble, superficie, horario de visitas, estado de la deuda, día, hora y lugar de la subasta, la cual debe *notificarse por medio fehaciente* siete días an-

tes de la subasta al deudor, al propietario y demás titulares de derechos reales. Presente en el remate, *el escribano levantará acta* (58/59 y 57-3).

Hecha la subasta, el acreedor liquida la deuda según contrato, más gastos de ejecución, que no pueden superar el 3% del crédito. Deposita el remanente del precio a la orden del juez y rinde cuentas dentro de los 5 días siguientes. El juez da traslado al deudor por 5 días para que impugne o acepte en 5 días. Si no hay embargos, inhibiciones u otros créditos, y conformes las partes, el acreedor entrega el saldo al deudor (60).

La venta se perfecciona con: a) pago del precio, que puede hacerse al único titular del crédito; b) la tradición; c) oponibilidad a terceros con la inscripción registral. Si hay remanente se deposita dentro de 5 días de cobrar. Si el acreedor ostenta la tenencia del inmueble podrá transmitirla directamente al comprador; si no, procede el art. 54. Los embargos e inhibiciones se levantarán por el juez con citación de los que han trabado medidas cautelares (63-1/3-5).

La *protocolización de las actuaciones* será autorizada por el escribano del acreedor sin que comparezca el ejecutado. Su contenido será: a) intimación al deudor (53); b) notificación (59); c) publicidad efectuada (58); d) acta de la subasta (58). Se agregan los documentos *correspondientes* (¿cuáles? 63-4).

Todo este trámite con algunos más obran en el art. 79 de la ley 24441, que modifica el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su art. 598 en 7 incisos. El texto de los primeros es igual a algunos de los mencionados y se aplican después de dictada la sentencia de trance y remate.

Se advierten algunas diferencias: a) el 54 expresa que el acreedor podrá presentarse ante el juez para verificar el estado de ocupación del inmueble por el escribano que proponga; en cambio, el 598, 1, dice que el juez *ordenará* la verificación; b) en el mismo inciso, el 598 expresa que el escribano que verifica es *el mismo* que procede al lanzamiento, lo que no surge del 54, aunque éste menciona al “escribano *actuante*”; c) para protocolizar, en el 63 quien propone al escribano es el acreedor, mientras que en el 598, 4, es el comprador.

Para la venta extrajudicial, ley 24441, me remito a los modelos que presentan José María Orelle y otros en *Financiamiento de la vivienda y de la construcción*, tomo II-A, *Ejecución hipotecaria*, p.199, Ad-Hoc, 1998. Una reflexión dice: “El hecho de que la subasta sea ordenada por el mismo acreedor, es una innovación realmente impactante y para nuestra opinión, un tremendo desacuerdo legislativo” (68).

Años antes, Juan Carlos Viterbori en el XXXI Seminario “Laureano Arturo Moreira” de la Academia Nacional del Notariado, celebrado en octubre de 1995, que reproduce *RdN* N° 844, 146/96, presenta una protocolización más seis actas posibles: notificación de domicilio de pago, notificación de mora, comprobación de estado e intimación de desalojo, lanzamiento y depósito con tres variantes, notificación de fecha y comprobación de subasta. Estimo que no son todas obligatorias, pero creo que es perfecto haberlas ofrecido porque en algún lugar de nuestro extenso país podrían ser utilísimas.

## Alguna jurisprudencia y doctrina

Cosecho algunas espigas jurisprudenciales sobre la actuación notarial en las actas y luego relato algunos conceptos de aportes doctrinales. Me permitiré apuntar ciertas críticas que se hacen a la ley de marras, algunas de ellas verificadas en los despachos reproducidos y otras nuevas que van acumulando piedras en el camino para desembocar en el acta de protocolización, como título exhibible por el comprador. Pregunta inmediata: ¿cómo sacarlas de la ruta?

A) Jurisprudencia. Algunos casos:

1) *Banco Credit Lyonnais Argentina S. A. c. Becerra, Eduardo*. CNCiv., A. “Buenos Aires, julio 1 de 1996. El inc. 1, art. 598 del ritual modificado por el 79, 24441... no obstante el aparente tono imperativo (“el juez ordenará”), al tratarse de una ejecución por vía judicial, la propuesta y designación del notario (para verificar) es optativa para el acreedor, quien podría petitionar la normal constatación por el oficial de justicia, conclusión que no se modifica por el simple hecho de que para cumplir tal cometido sea designado *ad hoc* el martillero propuesto... El citado precepto no es de orden público. Dos son los fines de la ley 24441: celeridad del trámite y reducción en los costos... se dejaría de lado la última finalidad pues se perjudicaría al acreedor incrementando los costos...” (RdN 804/96).

Advierto que si el inc. 1, 598, dice que el juez “ordenará” la verificación por el escribano, el 54, 24441, expresa que el acreedor “podrá” proponer al escribano. Esto, en buen romance, significaría que el juez ordena verificar por escribano si fuese propuesto por el acreedor quien, además, puede hacerlo o no, porque tiene otras alternativas. No creo que el juez las tenga si el acreedor propone al notario, salvo que el tribunal se proponga resguardar el dinero de quien quiere gastarlo.

2) *Compañía de Comercialización c. Complejo Pesquero Marplatense*. CN-Civ. B. “Buenos Aires, diciembre 27 de 1995... La disposición (79, 24441) solamente se refiere a las defensas respecto de la desocupación y subasta de la cosa. Como la hipoteca es anterior al arrendamiento (*prior tempore, potior jure*), y en virtud del art. 3270 C. C. (*nemo plus juris ad alium...*), el propietario mal podría constituir a favor del arrendatario un derecho oponible al hipotecario” (RdN 806/96).

3) *Exp. 186.202, García, A. L. c. Sadobe, P. ejec. hip. J. 71*. CNCiv. H. “Buenos Aires, marzo 29 de 1996... el procedimiento cumplido con posterioridad al dictado de la sentencia de trance y remate, se ajusta a las disposiciones en vigencia. La verificación del estado de ocupación fue cumplida por el escribano a f. 63. Al efectuarla, se intimó al señor F. L. para que desocupara el inmueble en el término de diez días... No verificada la desocupación en el plazo, debía procederse al inmediato lanzamiento... En todo momento el Tribunal se remitió al art. 79... Desconocer la eficacia de la diligencia cumplida por el notario a f. 77/78 vulnera seriamente el orden y la estabilidad que debe imperar en el proceso... El hecho de que el escribano, para proceder a efectivizar la desocupación del inmueble hiciera uso de las facultades que le otorga la nueva ley sin

recurrir al auxilio de la fuerza pública no puede considerarse un obstáculo...el bien se hallaba desocupado y, por ende, resultaba innecesario el concurso de esa fuerza. En efecto, el escribano, al igual que el oficial de justicia, está facultado para recurrir al auxilio de la fuerza pública cuando lo justifiquen hechos graves...”

Horacio Teitelbaum, quien anota el fallo, discurre que “si bien se ha asimilado la intervención notarial con la del oficial de justicia, en rigor, éstos dependen de la oficina de mandamientos y notificación... En cambio, la actividad del escribano es regida por el C. C. y leyes orgánicas de cada jurisdicción...” Es posible afirmar que el escribano es oficial de justicia *ad hoc*, con lo cual caería en el régimen de éste. Pero, tal como surge de los despachos de jornadas notariales, los escribanos no se sienten ni estiman asimilados, sino en función propia.

4) *Hernáiz, Alcira Ángela y otros c. Etcheto, Martín Marcelo, s/ejecución hipotecaria*. CNC. J. “Buenos Aires, 2 de junio de 1998... El art. 79, 24441, incluido en el 598, 7, del CPCC, prohíbe expresamente la comisión en las subastas hipotecarias; 4 días después de la compra el adquirente la cede”. El Fiscal de Cámara Carlos R. Sanz expresa: “En el caso de la venta judicial, la cesión debe coincidir con el nivel de exigencia que tiene el trámite; la venta se resuelve en un proceso que es instrumento público; por ende, la operación sinalagmática debe concluirse en una escritura pública y no en instrumento privado con certificación de firmas. En las cesiones de derechos derivados de una subasta, la forma que permite coexistir los intereses de las partes con la publicidad, la seguridad jurídica y el deber de ética pública que exige mayor transparencia y regularidad de las ventas judiciales es la escritura pública” (*RdN*, 251-853-98).

Además, se presume que la cesión se realiza antes de tomar la posesión, puesto que, junto con el pago del precio y la aprobación de la subasta, constituyen el título. Y –como reconoce Rubén Augusto Lamber– “no es posible modificar la titularidad del adquirente en subasta pública una vez perfeccionado el procedimiento en la persona del mismo, salvo cuando exista una relación causal válida, que opere una nueva trasmisión parcial o total con la debida causa fuente” (*Cuaderno de apuntes notariales* 22, 4/99, p. 25).

B) Doctrina. En prieto resumen me refiero a dos monografías

1) *Remate y subasta pública, judicial y extrajudicial. Venta directa y adjudicación por licitación en Seminario sobre escrituras judiciales (16-4-98)*. Ana Raquel Nuta, Domingo Nicolás Rotondaro y Hugo Ricardo Acha. (*RN* 521/98).

La disquisición de Acha versa directamente sobre la ejecución, la cual tiene dos aspectos fundamentales: a) parte de las actuaciones tramitan fuera de juicio y b) da mayor intervención a los notarios, lo que se debe a la tendencia hacia la desjudicialización de ciertos conflictos privados. Estudia cuatro aspectos sobre la totalidad de la ejecución: supuestos de aplicación, diligencias previas; procedimiento de ejecución especial y diligencias posteriores (535/42).

Me interesa destacar las conclusiones a que llega (543/48). Afirma que la terminología es confusa pues, entre los arts. 52 al 67, siete veces se habla de re-

mate y nueve de subasta, siendo así que son distintas, conforme lo resaltan los tres exponentes. En cuanto a la incumbencia notarial recalca que el art. 980 C. C. fija al notario una competencia territorial. Su competencia material son los asuntos voluntarios, por cuanto si en el desalojo hay litigio la excede.

Es inconstitucional la venta ordenada por el acreedor pues se infringe el principio de inviolabilidad de la propiedad; además, las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación, razón por la cual en ellas se oponen al régimen impuesto por el art. 75, que modifica el art. 3936.

Acha destaca, en forma concisa, tres inconvenientes mayúsculos: “En definitiva: defecto en la tradición porque la da quien posee la tenencia, en el título porque es revocable y en la instrumentación porque debería firmarla el titular ya que no es subasta” (548).

A) *Tradición*: en el acta de verificación de estado y de ocupación “el acreedor, si así lo solicita, puede obtener la tenencia del inmueble” (54). “Si el acreedor ostenta la tenencia del inmueble subastado podrá trasmitirla directamente al comprador; caso contrario y no habiendo mediado desposesión anticipada deberá ser realizada con intervención del juez” (63-4).

La crítica de Acha, que se acumula a la de otros, es la absurda situación que se origina cuando el acreedor, que sólo tiene la tenencia, es eso solo lo que puede transmitir. ¿Y la posesión? Por ello cabrá adoptar el 63-4, rogando al juez que otorgue la posesión en la forma de práctica por el oficial de justicia o por el escribano si así se ordena. Existe, pues, defecto en la tradición.

B) *Título revocable*: dice el art. 66 que “dentro de los 30 días corridos de efectuada la ejecución extrajudicial, el deudor podrá recuperar la propiedad del inmueble si paga al adquirente el precio obtenido en la subasta, más el tres por ciento previsto en el art. 60”. Tal es el motivo por el cual en la jornada notarial bonaerense se expresa que el saldo debería pagarse trascurridos los 30 días.

¿Qué seriedad tiene este título adquirido que puede revocarse por recuperarlo?

C) *Instrumentación*. “Remate por vía extrajudicial” (54). ¿Cuál es el instrumento que acredita la compra? ¿El expediente, siendo así que el remate está fuera de él? ¿El acta de protocolización? ¿De qué? ¿De un remate con venta privada, de un pago hecho entre partes, de una posesión inexistente?

¿Para tener título perfecto, basta con que la protocolización deje constancia de cuatro elementos de los arts. 53, 59 y 57 que indica el art. 63?

D) *Inscripción*. Por mi parte, añado la inscripción. El remate no tiene ninguna protección; mientras se realiza pueden entrar medidas cautelares. En la subasta judicial común, el registrador se devana los sesos porque el juez no le notifica la fecha en que la ordena; así surge de algunas reuniones. ¿Cuál podrá ser el argumento válido que ahora fuerce al juez a notificar que “el acreedor dio orden de rematar”? ¿Cómo protegerse de medidas cautelares posteriores?

El despacho de la XXX Jornada Bonaerense dice que el notario antes de protocolizar pide certificado de dominio, el del art. 23 que protege. ¿Cuánto pasa entre la compra efectiva y la protocolización? ¿Cómo pensar que, al mis-

mo tiempo, se está recomendando que el saldo de precio se deposite luego de los 30 días por lo que pudiera pasar si hay recuperero?

2) *La ejecución judicial clásica ante la reforma del CPCC de la Nación por la ley 24441.* Mario Arriaga Penido (JA 1996-IV-580).

Expresa que “si el juez antes había dispuesto que la comprobación la haga el escribano, mal podrá luego aceptar que también la realice el martillero. Ergo, éste deberá ofrecer el inmueble teniendo en cuenta exclusivamente lo que surja del acta labrada por el escribano, salvo que le cupiere alguna duda sobre su estado físico, en cuyo caso se lo podrá autorizar a ingresar al mismo para que se cerciore y complete *de visu*, del estado en que se encuentra” (3, 589).

Más adelante expresa que “no obstante el empleo del vocablo ‘ordenará’ y que podría parecer obligatorio prima facie para el juez... pensamos que la intervención notarial puede ser obviada ...La normativa no puede considerarse de carácter imperativo o de orden público, ya que apunta al solo interés de las partes, no pudiendo el juez disponer de oficio esa actuación notarial” (591).

El art. 54, 1, ley 14441 emplea la locución “podrá”; es facultativo del acreedor requerir en forma unilateral, es decir, *inaudita pars*. Trasladado el régimen extrajudicial, se advierte con mayor facilidad la inconveniencia de la intervención notarial, por el encarecimiento de sus costos, frente al tope máximo del 3% del crédito (60, 24441). Si no hay intervención del escribano se deberá hacer, en ese caso, por el martillero designado en el expediente (592-1).

Refiriéndose a otro inconveniente sobre lanzamiento, cita al escribano cordobés Gabriel B. Ventura, quien afirma que “tal vez, en la especie los notarios tengan que atravesar por situaciones riesgosas y de verdadera violencia moral y física para cumplir su cometido... En este punto sentamos que la actuación notarial sólo puede tener lugar en situaciones no controvertidas...” (592-2).

También estudia el problema de la competencia territorial, remarcando que la ley 12990, régimen del notariado de la Capital Federal, acepta que el juez otorga prórroga de la competencia notarial si el inmueble está fuera de la ciudad y cita nuevamente a Ventura: “si el notario lo hace deberá ser pasible de las sanciones legales por su actuación fuera de competencia e igualmente los actos así otorgados carecerán de eficacia por adolecer de nulidad” (594-1).

En cuanto al dispositivo sobre protocolización de las actuaciones (63-1) opina que puede ser tachado de inconstitucional, en tanto y en cuanto altera y contraría abiertamente el art. 1184, 1ª parte, CC, que exceptúa de hacer por escritura pública los actos celebrados en subasta pública, pudiendo el comprador realizar la inscripción registral del inmueble librando el testimonio judicial (603-1).

En resumen, parecería que Arriaga Penido no está muy de acuerdo con la intervención notarial porque: a) debería obviarse el acta de verificación por su costo y porque quizá esté incompleta; b) en el lanzamiento, porque el notario actúa en actos de acuerdo, aunque –como en una de las sentencias reproducidas– no lo precisaría si el bien está desocupado o en otros casos; c) la competencia territorial es irrefragable y d) la protocolización es totalmente innecesaria.

saria e inconstitucional siendo así que es subasta judicial, opinión diversa de algún autor citado.

Sin juzgar sobre el asunto, advierto que se basa en bibliografía notarial, lo que la hace más fundada. También hemos podido descubrir algunas de las negativas en despachos de jornadas.

### 3. ¿Cómo subsanar algún problema? Final absurdo por irreal

Acha ha resaltado tres inconvenientes: la tradición por quien sólo es teniente; título revocable e instrumentación imperfecta. Por mi parte, agregué la inscripción. No le encuentro solución a la revocabilidad del título si el deudor procede al *recupero* del inmueble que adquirió el comprador, salvo lo indicado por el despacho bonaerense de no pagar el saldo hasta vencido el plazo de 30 días. Pero es un subterfugio contra la seriedad de una adquisición en juicio (?).

Tampoco la hallo para la *inscripción*. En la ejecución común, la fecha del auto que ordena el remate desplaza cualquier medida cautelar posterior, lo sepa o no el registro. En la venta extrajudicial, ni su orden ni su fecha dadas por el acreedor al martillero impiden la inscripción de tales medidas, si son posteriores. Tampoco podría impedirla una anotación que el juzgado ordenara para hacer conocer el remate porque no se opone y no hay norma que así lo disponga.

Empero sí estimo que quizá podría haber hallado un atisbo lejano y esperanzado para la transferencia, la tradición y la protocolización. Sólo voy a insinuarlo, porque se precisa mayor estudio, mayor precisión.

A) *Impugnaciones*. En primer término ¿cuáles son? La venta, realizada en remate ordenado por el acreedor al martillero, creo que no trasfiere el bien, como sí lo hace la subasta aprobada por el juez (2610). Además, el acta notarial de comprobación (no es otra cosa) del remate narra un acto negocial operado por las partes: la venta como algo externo, con el notario como testigo calificado. Parecería que no trasfiere el bien: no es la escritura del 1184, 1, sino “el acta que levanta el escribano presente en el remate” (58, 1).

En cuanto a la *tradición*: salvo el caso de que se realice por orden del juez con el oficial de justicia (no me atrevo a decir con el costoso notario), resulta absurdo que entregue la posesión quien sólo detenta la tenencia (63-4, donde se menciona absurdamente como “desposesión anticipada”). Para colmo, si espera los 30 días para pagar el saldo por la posibilidad de *recupero*, sólo le darán la tenencia una vez que integre el precio.

En resumen: si el comprador no posee título judicial ni notarial y tampoco le entregan la posesión, sino la tenencia ¿qué es lo que ha hecho salvo “comprar” (1323)? Carece de título formal y de modo: al faltar título no hay transferencia. Me parecería que la ley 24441 no crea ningún modo nuevo de transferir y no encaja en ninguna de las hipótesis del art. 1184, 1, complementadas con los arts. 2609 y 2610, maneras formales: falla el título instrumental.

¿Puede ser que la *protocolización* del remate extrajudicial (53) opere como

título instrumental suficiente, siendo así que no lo es en la subasta judicial, la cual subsiste incluso, no ya sin acta, sino que desplaza hasta a la escritura pública (1184)? La protocolización no deja de ser un acta en la cual no se celebra ningún negocio, sino que se *insertan o narran* actuaciones como expedientes judiciales, administrativos, documentos públicos o privados que “se protocolizan”, o sea, se agregan al protocolo. Tampoco trasfiere nada ni da posesión.

B) *Un estudio sugerente*. Pablo Enrique Bressan publica “El poder otorgado en favor del acreedor hipotecario para vender el inmueble hipotecado” (RN 555/98). Trata sobre dos casos controvertidos: contrato de mutuo hipotecario en que el acreedor exige que se le otorgue, además, un poder especial para vender o dar en pago el inmueble hipotecado.

Afirma que se desvirtúa la esencia del derecho real de hipoteca: éste es una garantía de un crédito y no un negocio traslativo de dominio. Además, contradice caracteres esenciales del mandato porque: a) es mandatario infiel quien, si son opuestos, prefiere sus intereses a los de su mandante; b) si hay daño para su mandante, el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato; c) el mandato no puede ser otorgado en interés exclusivo del mandatario (1908 y 1977).

Lo intrigante de un poder para vender –continúa Bressan– es ser una exigencia indubitable del acreedor. No sólo goza de sus derechos como tal sino que se provee de un poder para vender el bien y cobrar inmediatamente su crédito, en vez de aguardar las vías legales (ejecución hipotecaria); por fin, cercena una serie de derechos de su deudor. En el consentimiento hay falta de libertad por presión externa, se produce una lesión objetiva-subjetiva si explotó la necesidad ajena y comete abuso del derecho por sus cláusulas leoninas y por ser venta forzada.

Concluye: “1) Los poderes otorgados por el deudor hipotecario o un tercero constituyente en favor del acreedor hipotecario, para que venda un inmueble hipotecado o efectúe un pago por entrega de bienes, serían inválidos... 6) *la hipoteca ha sido jerarquizada con el régimen de ejecución especial previsto en la ley 24441 convirtiéndola en medio de garantía más eficaz y de rápido recupero (565)*”.

C) *¿Solución posible?* Pues bien, este estudio en su contexto total, sobre todo en el último inciso, aunque no creo en la jerarquización, ha excitado mi inventiva –que espero no sea febril– para solucionar por lo menos la venta, la tradición y el título, aun cuando nada pueda hacer con la inscripción ni con la revocabilidad. También se trata de un poder conferido por el deudor al acreedor, pero no para vender ni dar en pago, sino para autorizarlo personalmente en los trámites de la ley.

El título tendría dos capítulos: a) la hipoteca propiamente dicha con estas cláusulas por incumplimiento: ejecución por el procedimiento especial, obligación de desalojar aun por la fuerza, ordenar y proceder a la venta por el martillero del acreedor y b) el poder para realizar los actos de la ley 24441 con reserva del derecho de recupero y, como cláusulas nuevas, dar la posesión al

comprador, otorgar y suscribir la escritura de transferencia y protocolizar los antecedentes que justifican el juicio y la escritura.

Estimaría que, de esa manera, no podría existir abuso de derecho ni choque entre mandatario y mandante porque: a) el poder no se otorga como negocio traslativo o dación en pago, ya que no se omite ningún paso del remate extrajudicial que habría jerarquizado la hipoteca; b) el acreedor reclama, según la ley, por el incumplimiento de lo pactado; c) quedan excluidos los inconvenientes de los arts. 1907 y 1977 a menos que nos basemos en la letra de la ley.

Si bien se observa, la tentativa del poder tiene una sola finalidad: la de que *el adquirente* tenga un título legítimo que elimine los inconvenientes de la ley. Ley que parece haber olvidado los puntos fundamentales de una *subasta pública* y que, so color de responder a las urgencias del acreedor y de la desjudicialización, no ha trepidado en proponer contradicciones y procedimientos que han sido criticados tan bien por Acha, a lo que se agrega la inscripción. El remedio no es total. Pero ¿quién puede despreciar una solución parcial, si quizá no hay otra?

Con el poder, por lo menos, se podrá otorgar y suscribir la escritura de transferencia, dar la posesión, protocolizar los antecedentes y pedir los levantamientos de medidas cautelares ordenados por el juez, conforme a las DTR 2/91 y 1/98 de la Capital y las más viejas del ámbito bonaerense.

En realidad, el mandato sería otorgado por el mandante también en interés del adquirente (1977), un tercero a quien también hay que custodiarle el título porque está muy ligado al acreedor y al deudor hipotecarios y a la satisfacción de todos los intereses. Incluso, si cabe, acaso no se podría negar que fuera otorgado irrevocablemente dando facultad para transferir al comprador o al propio mandatario-actor si éste resultara adquirente.

En principio, se interpreta que el prestamista de un crédito en dinero busca acrecentarlo con el interés, siendo eso lo visible. Pero si el remate fracasa no se le puede negar que resulte él mismo adjudicatario, siempre en la idea de buscar una salida a su problema jurídico-económico. Si hubiere algún caso sospechoso habrá que condenar ese caso individual. Pero el derecho común en la vida ordinaria no puede moverse únicamente por la distorsión.

D) *Final absurdo*. El procedimiento instaurado por la ley 24441 me ha hecho recordar un estudio de Francisco Martínez Segovia, que resumí en mi *Manual de Derecho Notarial* (215) del siguiente modo. Mi autor estudia el proceso francés, modelo de ejecutoriedad. La Pragmática de Enrique IV, en 1560, ordena que los ujieres, alguaciles y sargentos del rey ejecuten, sin intervención de la justicia, lo establecido en los instrumentos en que consta la fórmula consagrada.

La sola apariencia del instrumento notarial fuerza la ejecución porque la sentencia surge de las propias obligaciones asumidas por el deudor. Según Martínez Segovia, la *grosse* o primera copia de la escritura hipotecaria, contiene la fórmula sacramental con estas palabras que han cambiado los tiempos: “El presidente de la República Francesa manda y ordena poner dicha senten-

cia o acto en ejecución”. Tal sistema proviene del régimen germánico, en el cual la ejecución era fulminante; en cambio, el proceso romano, morigerado por el Derecho Canónico, impone la acción judicial.

Así, la ley 24441 vendría a ser el procedimiento ejecutivo fulminante. En cambio, el sistema común es el morigerado. La ejecutividad que se pretende dar a la hipoteca de manera especial habría fallado, según los varios inconvenientes advertidos, no en sí misma, es decir, como régimen lícito para que el acreedor asegure su crédito.

Pero los autores del proyecto como también los legisladores que la trataron, con la costumbre inconsciente, absurda y perjudicial, de pasar por alto la consulta y asesoramiento de los cuerpos intermedios y, lo que es peor, a veces hasta de los institutos oficiales o semi: academias, instituciones jurídicas y de profesionales, cuerpos de especialistas y otros, terminan por lanzar al ruedo normas enclenques, quizá ruidosas, pero que nacen muertas.

Además de lo dicho, estoy cerrando el absurdo final. El art. 60 dice que, realizada la subasta, el acreedor practicará la liquidación, según el contrato, “más los gastos correspondientes a la ejecución, los que por todo concepto no podrán superar del 3% (tres) del crédito”. ¡Ah! ¡Los costos! ¿Cuáles son los gastos?

¿Qué comprenden? ¿Papeles, impuestos, trámites, diligencias, certificados? ¿Honorarios también? Alguna sentencia reproducida y Penido Arriaga nos han ilustrado sobre los costos de las actas notariales. No es cuestión de cargar la balanza rescatando también a los otros, profesionales o no, tramitadores, etc. que operan en el procedimiento total. No creo que sea cuestión de la idea de ahorro que traspira por todos los poros de la ley o los intérpretes la ven resudada. Sino, otra vez, de sus autores.

He procurado investigar, sobre todo en ámbito notarial, si otros escribanos, despachantes de consultas de los Colegios, referencistas, etc. han estudiado, realizado o recibido preguntas, dudas, casos reales, etc. acerca de expedientes tramitados por vía extrajudicial. No conocen ningún caso, salvo el hecho de que se utilizan más las actas de la ley 24441 en los expedientes comunes: verificación, lanzamiento, quizá alguna posesión y poco más, lo que desmiente lo de los costos porque nunca antes las habían hecho los notarios, sino los oficiales.

Para decirlo rápido: el 3% espanta. Es pedir a quienes trabajan duro que regalen su esfuerzo porque la torta no da para nadie. En la misma bolsa se ha metido todo con mentalidad antieconómica e irreal. Nada menos que en una ley –que habría que modificar con otra– se fija un tope tan exiguo que no habría tenido en cuenta cierta dignidad. No vale la pena seguir porque la consecuencia está a la vista y es lamentable: un medio inutilizado por una zancadilla nacida en una evaporación de los fines de su propia creación: la urgencia económica.

Para terminar: el chisporroteo de todo lo anterior, los estudios, jornadas, conferencias, seminarios sobre la ley son prácticamente abstractos. Hay inconvenientes en la titulación y el aspecto crematístico no se luce. Ésta es la razón

por la cual no me atreví a poner un formulario. No lo percibo fundado: la norma es insuficiente y no hay experiencia. ¿Podría hacerlo? ¿Qué sentido tiene si –como dije al principio– la ley hace agua por todos los costados y, por fin, el art. 60 es un torpedo destructor de cualquier buena voluntad?