

Título de propiedad *

Doctrina

La escritura de transcripción de los actos procesales que producen la transmisión dominial se encuentra sometida a las normas de protección del proceso en su conjunto. La manifestación expresa de la conformidad de los acreedores hipotecarios respecto del monto percibido del precio obtenido en la subasta constituye un requisito esencial para que la venta quede perfeccionada conforme el art. 63 de la ley 24441.

No vulnera la prohibición del artículo 1361, inc. 6º, la compra hecha por el abogado que interviene en el proceso de la subasta, en representación de los acreedores hipotecarios, aunque uno de ellos sea su cónyuge.

Antecedentes

La escribana S. M. G. consulta a esta Comisión sobre el título de propiedad de un inmueble sito en esta Ciudad de Buenos Aires, el cual registra los siguientes antecedentes:

a) El inmueble fue adquirido por A. M. V. en subasta judicial llevada a cabo en una ejecución hipotecaria realizada mediante el procedimiento especial de la ley 24441.

b) La hipoteca se constituyó por escritura de fecha 30 de mayo de 1995, a favor de cinco acreedores, los cuales otorgaron en esa misma escritura poder especial judicial a favor del Dr. J. M. L. del V. De estos cinco acreedores origi-

* Dictamen elaborado por las escribanas Amalia Magdalena Luján y Stella Maris Albeniz, y aprobado por la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas el 12/9/2001.

narios, tres de ellos cedieron el crédito a favor de otros tres acreedores por escritura de fecha 13 de agosto de 1996. En esta última escritura los cesionarios no otorgan poder a favor del referido Dr. J. M. L. del V.

c) El Dr. J. M. L. del V. inicia la ejecución hipotecaria como apoderado de los cinco acreedores acreditando su representación con las dos escrituras relacionadas e invocando como uno de sus poderdantes a la persona que había actuado como mandataria de uno de los cesionarios.

d) Realizada la subasta, resulta compradora una de las acreedoras: A. M. V., quien a su vez es cónyuge del Dr. J. M. L. del V.

e) El Dr. J. M. L. del V. presenta un escrito donde informa el resultado del remate, rinde cuentas y manifiesta que los demás acreedores hipotecarios han sido desinteresados proporcionalmente a sus créditos.

f) Con fecha 19 de abril de 2001, a requerimiento de la señora A. M. V., se transcriben al protocolo las actuaciones y piezas procesales obrantes en autos, y con fecha 7 de mayo de 2001, a requerimiento del Registro de la Propiedad Inmueble, se complementa con documentación y transcripción de autos faltantes, habiéndose inscripto en el citado Registro ambas escrituras, conjuntamente, con fecha 8 de mayo de 2001.

Consideraciones

A efectos de evacuar la consulta y establecer la eficacia del título de propiedad objeto de la misma, debemos analizar dos aspectos.

I) En primer término, los aspectos procesales. Por un lado, el abogado que actuó por los acreedores hipotecarios carecía de la representación invocada de tres de ellos ya que en la escritura de cesión de crédito los cesionarios no le otorgaron poder.

El Código Civil, en su artículo 1873, nos dice: “El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado, por cartas, y también verbalmente”. Y el artículo 1874 establece: “El mandato tácito resulta no sólo de los hechos positivos del mandante, sino también de su inacción o silencio, o no impidiendo, pudiendo hacerlo, cuando sabe que alguien está haciendo algo en su nombre”.

Jurisprudencialmente se ha dicho: “Lo que caracteriza al mandato tácito, distinguiéndolo de la gestión de negocios, es en verdad el silencio o la inacción pudiendo impedir los actos del mandatario, para cuya posibilidad de oponerse obviamente se requiere la adquisición de noticias sobre la actuación sujeta a aprobación” (CNCivil, Sala C, 29/7/80, JA 981-II-574). “Aunque el mandato puede ser tácito, su prueba está a cargo de quien lo invoca; su demostración debe ser concluyente, pudiendo en su caso apoyarse en hechos positivos del mandante y también en su silencio o inacción” (CNCivil, Sala B, 7/7/81, JA 982-II-251). “Para que exista mandato tácito, es menester que se acrediten hechos positivos del presunto mandante e inacción computable, tolerancia de los presuntos mandatarios al tener conocimiento de las gestiones que habrían sido hechas en su nombre o, dicho de otro modo, cuando el dueño del negocio,

pudiendo impedir lo que otro está haciendo por él, guarda silencio” (SCBA, 30/9/80, JA 981-I-418).

Respecto de la ratificación del mandato tácito, el artículo 1935 del Código Civil establece que “La ratificación tácita del mandante resultará de cualquier hecho suyo que necesariamente importe una aprobación de lo que hubiese hecho el mandatario. Resultará también del silencio del mandante, si siendo avisado por el mandatario de lo que hubiese hecho, no le hubiere contestado sobre la materia”. Y el artículo 1936 dice que “La ratificación equivale al mandato, y tiene entre las partes efecto retroactivo al día del acto...”. La jurisprudencia ha sostenido: “No es indispensable el otorgamiento de poder al letrado para cursar una interpelación, en tanto puede actuar como mandatario tácito o en calidad de gestor de negocios (conf. arts. 1874 y 2228, Cód. Civil). En ambas figuras, cuando se concreta la ratificación de la gestión por el dueño, la relación se sujeta a las reglas del mandato cubriendo eventualmente defectos y operando retroactivamente” (CNCivil, Sala A, 26/6/90, *La Ley*, 1991-A, 189).

Por otra parte, y siguiendo con los aspectos del proceso, el artículo 63 de la ley 24441, respecto del pago del precio en la subasta, establece: “... Si hubiere más de un acreedor el pago se hará al martillero interviniente, quien descontará su comisión y depositará el saldo a la orden del Juez para que éste cite a todos los acreedores para distribuir la suma obtenida...”. Al respecto sostiene el escribano José María Orelle: “La solución es obvia: de haber concurrencia de derechos, deberá el juez resolver” (*Financiamiento de la vivienda y la construcción* –Ley 24441, tomo II A).

En el caso en examen, el apoderado de los acreedores, en el mismo escrito en el que hace la rendición de cuentas del resultado de la subasta, manifiesta que “... los acreedores hipotecarios han sido desinteresados proporcionalmente con posterioridad al acto del remate”.

No se ha observado el procedimiento establecido en la ley. Consecuentemente, es necesaria la ratificación expresa de los acreedores hipotecarios, manifestando su conformidad respecto del monto percibido. Esta ratificación importaría, asimismo, la ratificación del mandato tácito por parte de los tres acreedores que no habían otorgado poder. Al respecto, se ha sostenido: “La ratificación del mandato se puede hacer también en manera tácita, cuando resulta de un hecho que necesariamente importe aprobación de lo que hubiese actuado el gestor” (CC1ª Mar del Plata 2ª, 14/2/95, *Juba* 7 B1400982).

Analizando el tema de la protección del proceso, específicamente el tema de las nulidades procesales, debemos privilegiar el proceso en su conjunto y no los actos aislados y, como transcribe Couture citando a Carlos Maurino (de su obra *Nulidades procesales*, pp. 31, 36, 37 y sgtes.), la nulidad no procede si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio. No hay nulidad sin daño o perjuicio. Debe alegarse y probarse el perjuicio, cierto e irreparable, concreto y real, y el interés jurídico que se procura subsanar (Carlos Maurino, *Nulidades procesales*, pp. 36 y sigtes.).

En *Cuaderno de Apuntes Notariales* de la provincia de Buenos Aires, año 1, N° 4, en consulta sobre el tema (“Escrituras judiciales. Adquisición en subas-

ta pública”, pp. 8 y sigtes.), citando a Roberto Omar Berisonce (*La nulidad en el proceso*, Editorial Platense, 1967, p. 71), se describen los principios o presupuestos de nulidad procesal, entre ellos “el de ESPECIFICIDAD, según el cual los jueces no pueden declarar otras nulidades que las pronunciadas expresamente por la ley [...] el de CONVALIDACIÓN, que admite que puedan ser saneadas por la concurrencia de la voluntad de las partes manifestada expresa o tácitamente [...] el de TRASCENDENCIA, según el cual, quien invoque la nulidad debe alegar y demostrar que tal vicio le produjo un perjuicio cierto e irreparable, que no puede subsanarse sino con el acogimiento de la sanción de nulidad [...] y el de CONSERVACIÓN, tendiente a preservar la eficacia de la validez de los actos e incluso de las propias instituciones, frente a la posibilidad de su anulación o pérdida, lo que llevaría a un resultado disvalioso [...] Es decir que si el acto cumple su finalidad, a pesar de los defectos, el acto es válido”.

Siempre en *Cuaderno de Apuntes Notariales* de la provincia de Buenos Aires, se continúa diciendo “... debemos concluir que las observaciones que pudiera hacer el escribano al proceso, solo estarán limitadas a los actos inexistentes, donde notoriamente aparece como no configurado el proceso y por tanto absolutamente excluida la creación del título de dominio del adquirente, tanto por falta de la sentencia de trance y remate, o identificación de la cosa ejecutada con el titular o de celebración del remate, o la falta de notificación de la demanda contra el ejecutado, todo lo que configura en sí una verdadera lesión al principio del debido proceso y la defensa en juicio”.

Fuera de ello, jurisprudencialmente se ha dicho: “Las nulidades procesales son de interpretación restrictiva, toda vez que en el derecho procesal existe la necesidad de obtener actos válidos, y ello deriva del principio de conservación que consagra la conveniencia de preservar la eficacia y la validez de los actos procesales frente a la posibilidad de su anulación o pérdida, lo que lleva a un resultado disvalioso (del voto del Dr. Herrera en autos ‘Boglio, José L. c/ Gavagnin, Viviana’, C.Civ.Com.Contencioso Administrativo y Familia, Villa María, agosto/95, *LLC* 1996-156)”. “La nulidad de la subasta judicial en su faz como acto procesal está sujeta a los mismos principios que informa la teoría de las nulidades procesales y que condicionan su admisibilidad, de ahí que se haya declarado que no sólo es menester la verificación de un perjuicio real y concreto para la parte que invoca la nulidad, dado que no es procedente decretarla en el mero interés de la ley, sino que incluso cabe atender al principio de conservación, pues si la subasta impugnada, no obstante su eventual irregularidad había logrado la finalidad a que estaba destinada, no resulta admisible la nulidad” (C. Civil Com. Crim. y Correc. Pergamino, octubre 4/995, “H. A. Coltrinori y Cía. S. A. c/ Klejnak, Omar P.”, *LLBA* 1996-101).

II) En cuanto a la compra realizada por el esposo de la adquirente en su carácter de mandatario, podemos decir:

Si bien el Código Civil, en su artículo 1361, nos dice: “Es prohibida la compra, aunque sea en remate público por sí o por interpuesta persona: [...] 6) a los jueces, abogados, fiscales, defensores de menores, procuradores, escribanos

y tasadores, de los bienes que estuviesen en litigio ante el juzgado o tribunal, ante el cual ejerciesen, o hubiesen ejercido su respectivo ministerio...”, y el dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto del escribano Francisco Cerávolo, aprobado con fecha 22/11/95, concluye: “El precepto se inspira en razones de alta moral, porque tales funcionarios podrían olvidar su misión y aprovechar dolosamente de sus funciones para su lucro personal, si su codicia despertara por la posibilidad de especular con los bienes de los litigantes. Es, pues, por razones de moral pública y de protección a quienes necesitan de la intervención del Poder Judicial, que el Código establece esa especial incapacidad de derecho para comprar... (*Revista del Notariado* N° 843).

En este caso, el abogado no adquiere para sí sino en representación de uno de los acreedores hipotecarios, quien tiene el derecho de comprar en la subasta y compensar así su crédito. El resultado sería el mismo si la compradora hubiese concurrido personalmente a la subasta y adquirido por sí el inmueble.

Además, el abogado contaba con facultades suficientes para comprar en subasta, conforme surge del poder que le otorgaran en la escritura de constitución de la hipoteca.

Conclusiones

Las nulidades procesales son de interpretación restrictiva y el principio de conservación consagra la conveniencia de preservar la eficacia y la validez de los actos procesales frente a la posibilidad de su anulación.

En el caso en estudio estamos en presencia de nulidades procesales relativas las que, siguiendo el principio de convalidación, pueden ser saneadas por la concurrencia de la voluntad de las partes manifestada expresa o tácitamente.

Para este caso, es necesaria la ratificación expresa de los acreedores hipotecarios manifestando su conformidad respecto del monto percibido, lo que importaría asimismo la ratificación del mandato tácito por parte de los tres acreedores que no lo otorgaron.

No está alcanzado por la prohibición del inc. 6° del artículo 1361 del Código Civil el abogado que adquiere un inmueble en la subasta judicial en cuyo proceso interviene como representante de los acreedores hipotecarios, con facultades suficientes, si la compra la realiza para una de las acreedoras aunque ésta revista el carácter de cónyuge del mismo.