

EL REMATE Y LA ADJUDICACIÓN COMO ACTOS DE EXPROPIACIÓN JURISDICCIONAL.

Carlos Antonio Pérez Ríos

Magíster en Derecho Civil y Comercial,
Profesor de la Facultad de Derecho de la UNMSM

SUMARIO:

Primera Parte: LA EXPROPIACIÓN.

I.-Marco Conceptual. II.-Clases. III.-Tratamiento Constitucional y Legislativo.

Segunda Parte: LA JURISDICCIÓN.

I.-Naturaleza Jurídica. II.-Poderes de la Jurisdicción.

III.-Jurisdicción como Función Estatal.

Tercera Parte: LA EXPROPIACIÓN JURISDICCIONAL.

I.-Cuestiones Terminológicas. II.-Naturaleza Jurídica.

III.-Presupuesto. IV.-Modalidades del Acto Expropiatorio.

V.-La Expropiación Jurisdiccional en la Legislación Procesal Civil.

Primera parte:

LA EXPROPIACIÓN

I. MARCO CONCEPTUAL.- La expropiación es la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada que es realizada por el Estado en el ejercicio de su soberanía para el cumplimiento de sus finalidades: garantizar la vigencia de los derechos humanos, otorgar seguridad material y jurídica, promover el bienestar general y la paz social.

El artículo 2º de la Ley 271137 contiene el siguiente concepto: «La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio»

El Estado para el cumplimiento de sus funciones se ve precisado a afectar el derecho de propiedad privada; mediante decisión legislativa o judicial, por lo que la expropiación puede darse mediante ley o por decisión jurisdiccional.

Consideramos oportuno destacar que tanto en la doctrina como en la legislación se ha considerado como única forma expropiativa a aquella transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada por ley expresa del congreso en favor del Estado, a iniciativa del poder ejecutivo, regiones o gobiernos locales, por causa de seguridad nacional o necesidad pública y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Sin embargo, no se ha preceptuado dentro de las normas constitucionales y leyes ordinarias como una forma expropiativa, el acto por el cual el órgano jurisdiccional, en el ejercicio de su función soberana de Estado transfiere forzosamente la propiedad del ejecutado en favor del postor adjudicatario o del propio ejecutante.

El objetivo principal de este estudio consiste en exponer las razones por las que consideramos que el concepto tradicional de expropiación debe ser replanteado a efectos de comprender como una forma expropiativa al acto por el cual el órgano jurisdiccional transfiere forzosamente la propiedad del ejecutado, en favor del postor adjudicatario o del propio ejecutante. Nada obsta para que este acto jurisdiccional no sea considerado como acto expropiativo.

II. CLASES.- De lo expuesto, podemos sostener que la expropiación como acto y expresión de soberanía estatal, presenta dos modalidades: la expropiación legislativa y la expropiación jurisdiccional.

LA EXPROPIACIÓN LEGISLATIVA.- Es la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, declarada por ley, a favor del Estado, a iniciativa del poder ejecutivo, regiones o gobierno locales, por causa de seguridad nacional o necesidad pública y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

Como es evidente esta forma expropiativa tiene regulación expresa tanto en la norma constitucional (art.70) como en la normatividad legal (Ley 27117).

Cabe sin embargo reflexionar acerca de la finalidad mediata y abstracta de esta forma expropiativa a efectos de determinar cuales son los móviles, los objetivos por los cuales el Estado afecta el derecho de propiedad del particular. La adquisición de la propiedad por el Estado no agota los móviles del acto expropiativo; es sólo el medio trascendental para viabilizar actos de estado que se trasuntan en el otorgamiento de garantías para la plena vigencia de los derechos humanos, seguridad física y jurídica y en suma la promoción del bienestar general fundamentado en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la nación.

Naturaleza jurídica.- Los estudios doctrinarios realizados con el propósito de comprender los fundamentos de la expropiación, como ya lo advertimos precedentemente, sólo aluden a la modalidad legislativa como si esta fuese la única forma expropiativa, no obstante ello, las posiciones doctrinarias si bien no son antitéticas, tampoco son coincidentes.

Muchos han sido los intentos orientados a definirla y nos atrevemos a afirmar que ninguna de las teorías enunciadas, en los tiempos y en las doctrinas de los diversos países, han agotado el tema. Entre las teorías más importantes que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la expropiación legislativa cabe mencionar a las siguientes:

- 1) **Teoría del dominio eminente.-** El poder de quitar la propiedad privada, cuando el interés público lo exige es, reconocido como derecho de superioridad, como poder del príncipe. Mas tarde tal poder del príncipe se transforma, adquiere un carácter político distinto: la potestad del príncipe pasa al Estado constitucional como una facultad de *imperium*, la que se manifiesta en el ejercicio del poder de policía en sentido amplio por lo que la expropiación pasa a formar parte de la categoría de los derechos de supremacía; es por consiguiente, más que la facultad de apoderarse de la propiedad, un simple *ius policiae* cuando el poder público lo exige. El Estado expropia ejerciendo su soberanía o un derecho superior y exclusivo dentro de su propio territorio- elemento esencial y constitutivo- y que es el derecho de dominio eminente.
- 2) **Teoría del consentimiento presunto.-** Esta teoría sin entrar en mayores disquisiciones teóricas sostiene que el ordenamiento jurídico de un Estado tiene establecidas sus normas y preceptos, entre las que figura la expropiación; por lo que el ciudadano que pertenece a tal Estado se desenvuelve dentro de tal ordenamiento jurídico aceptando tácitamente la posibilidad de que su propiedad sea limitada por razones de necesidad, utilidad pública o seguridad nacional.
- 3) **Teoría de los fines del Estado.-** Es finalidad del Estado, procurar a la sociedad mayor bienestar y este objetivo no podría materializarse si el Estado no estuviera dotado de la facultad de apropiarse de lo que en determinadas circunstancias es útil para lograr el bienestar de todos. Esta orientación se ampara en la evolución ininterrumpida de los fines del Estado moderno. Es evidente que el Estado tiene un fin de carácter permanente, esencialmente jurídico; y fines históricos de orden físico, inte-

lectual, moral y económico. Esta teoría de la solidaridad ha logrado un espacio, ha ganado un lugar hasta en los espíritus más conservadores: ya sea como expresión de caridad cristiana, por filantropía o simplemente por creerla obligatoria.

LA EXPROPIACIÓN JURISDICCIONAL.- Entre las funciones soberanas del Estado, además de la función legislativa y la ejecutiva se encuentra la función jurisdiccional, en virtud de la cual el Estado cumple con su deber de tutelar bienes jurídicos, resolver conflicto de intereses e incertidumbres jurídicas, en suma, otorgar seguridad jurídica siempre orientado hacia la búsqueda de la paz social en justicia. En el ejercicio de su función soberana de administrar justicia, el Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales afecta derechos fundamentales como la libertad, la propiedad y hasta la propia vida de las personas.

Puede verse como el derecho de propiedad privada puede ser afectado por el Estado tanto al cumplir función legislativa como al desplegar actividad jurisdiccional, por consiguiente, puede sostenerse que la expropiación jurisdiccional no es sino la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada del deudor ejecutado, que se produce por decisión judicial como culminación del proceso de ejecución, mediante remate o adjudicación.

A diferencia de la expropiación legislativa, en este tipo de expropiación el derecho de propiedad no se transfiere al Estado, sino a un tercero (postor adjudicatario) que para hacerse de la propiedad aporta dinero para permitir que el Estado en función jurisdiccional pueda finalmente satisfacer la acreencia (pretensión ejecutiva) del ejecutante y logre, como finalidad abstracta o pública, restablecer la paz social alterada por el incumplimiento del deudor.

Las teorías que tratan de sustentar esta forma expropiativa serán desarrolladas, en la tercera parte de este trabajo.

III. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVO:

La expropiación legislativa es la que de modo expreso cuenta con regulación en todas nuestras cartas constitucionales; en tanto que la regulación constitucional de la expropiación jurisdiccional es tácita, se halla implícita en las normas reguladoras de los deberes del Estado y en los principios y derechos de la función jurisdiccional. Similar tratamiento ha merecido ambas formas expropiativas, a nivel de leyes ordinarias.

La expropiación legislativa, actualmente se encuentra regulada por la ley 27117 publicada el 20 de mayo de 1999, y por el inciso 3° del artículo 968° del código civil. La expropiación jurisdiccional por su parte se encuentra regulada de modo implícito por el inciso 1° del artículo 1219 del código civil, y de modo directo por los artículos 739° y 740° del código procesal civil. Veamos:

LA EXPROPIACIÓN LEGISLATIVA

Constitución Política de 1993:

Art. 70: «El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el poder judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.»

Código Civil de 1984:

Art. 968, inciso 3°: «La propiedad se extingue por expropiación»

Ley N° 271137:

Esta ley promulgada el 10.05.99 y publicada el 15/05/99, bajo la denominación de Ley General de Expropiaciones, regula la expropiación legislativa, mediante treinta y cinco artículos, dos disposiciones complementarias, siete disposiciones finales y una disposición modificatoria.

El artículo 2° de esta ley contiene el siguiente concepto:»La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio»

EXPROPIACIÓN JURISDICCIONAL

Constitución Política de 1993:

Art. 138° « La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes...»

Art.43º «... El Estado es uno e indivisible(...) y se organiza según el principio de la separación de poderes.»

Art.44º «Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación... »

Código Civil:

Art.1219, inciso 1º: Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

Código Procesal Civil:

Artículo III «El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia....»

Art. 739º «En el remate de inmueble el Juez ordenará, antes de cerrar el acta, que el adjudicatario deposite el saldo del precio dentro de tercer día. Depositado el precio, el Juez transfiere la propiedad del inmueble mediante auto que contendrá... »

Art.740º « En el remate de mueble el pago se efectúa en dicho acto, debiendo entregarse de inmediato el bien al adjudicatario. El importe del remate se depositará en el Banco de la Nación a la orden del Juzgado, a más tardar al día siguiente de realizado, bajo responsabilidad. Tratándose de bien mueble registrado, se aplicará lo dispuesto en el artículo 739 en lo que fuera pertinente.

Segunda parte :

LA JURISDICCION

I . NATURALEZA JURIDICA:

Bajo criterio funcional o teleológico, la jurisdicción es una potestad que emana de la soberanía del Estado, y que es ejercida exclusivamente por Tribunales Independientes y predeterminados por la ley para realizar el

derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado para satisfacer pretensiones y resistencias¹.

Guisepppe Chiovenda, la define como «la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva»².

Dentro de la misma línea de pensamiento y siguiendo a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Hernando Devis Echandía explica que «En sentido estricto, por jurisdicción se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial. Tiene por fin la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz sociales; el fin de la jurisdicción se confunde con el del proceso en general, pero éste contempla casos determinados y aquella todos en general.»³.

II. PODERES DE LA JURISDICCION.

Los expositores del derecho romano-canónico de la edad media glosadores y postglosadores, establecieron los llamados elementos de la jurisdicción en una serie de actividades que deben concurrir en el juez para el desempeño de sus funciones: *notio*, *vocatio*, *coertio*, *iudicium* y *executio* (el poder del juez para hacer cumplir sus sentencias, por lo que también se le denominaba *imperium*).

Sin embargo, la doctrina moderna considera que la función jurisdiccional tiene a su servicio una serie de poderes que por sí mismos pueden pertenecer también a órganos extra-jurisdiccionales; tales poderes son: el poder de decisión, poder coerción, poder de ejecución y el poder de instrumentación.

Poder de decisión.- Es la potestad por la cual los órganos jurisdiccionales resuelven con fuerza obligatoria el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica o resuelven sobre la configuración del ilícito penal y la responsabilidad

¹ Montero Aroca: Introducción al Derecho Procesal, p.53.

² Chiovenda G: «Instituciones de Derecho Procesal Civil» Vol. II, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, p. 2.

³ Devis Echandía Hernando: «Teoría General del Proceso» T. I. Edit. Universo, Bs. As. 1984, p. 72.

del procesado. Genéricamente, el poder de decisión comprende la potestad de decretar u ordenar, en suma resolver sobre todo lo que requiere el proceso para su desenvolvimiento.

Poder de coerción.- Gracias a este poder los Jueces pueden sancionar a los testigos, imponer multas, ordenar la detención de aquellos que ofenden su majestad y autoridad, emplear la fuerza pública para practicar un embargo o secuestro, disponer la conducción de grado o fuerza del citado rebelde, pero se trata de actos que tienen lugar hasta antes de la expedición de la decisión final. Chiovenda de modo particular considera que el campo propio del ejercicio del poder coercitivo es el periodo procesal de ejecución, empero, no deja de reconocer que también se manifiesta en el periodo de conocimiento.

Poder de ejecución.- En virtud de este poder los Jueces pueden hacer cumplir sus propias decisiones jurisdiccionales; es decir ejecutar lo juzgado que no es otra cosa que el denominado imperium de la doctrina clásica. Ampliando más el concepto puede afirmarse que además del cumplimiento de un mandato, el poder de ejecución se refiere también a la potestad de hacer cumplir la obligación contenida en un título proveniente del deudor al cual la ley le atribuye mérito ejecutivo.

Poder de instrumentación.- Este poder también es conocido como poder de documentación o investigación, «Consiste no solamente en la potestad de dar categoría de instrumento auténtico a las actuaciones procesales en que interviene el órgano jurisdiccional sino también la potestad material de conservar y custodiar el conjunto de esos instrumentos»⁴. Es decir, todo lo que se realiza ante los órganos jurisdiccionales o por éstos, debe documentarse de modo tal que puedan generar convicción o fe de todo lo sucedido, en esto consiste, pues, el poder de documentación.

III. JURISDICCION COMO FUNCION ESTATAL.- La jurisdicción es exclusivamente una función estatal como expresión de su soberanía. En efecto con el transcurso del tiempo las actividades fundamentales del Estado han terminado por agruparse y especificarse en tres: legislativa, administrativa y jurisdiccional. Cada una de tales funciones se asigna a un órgano que por ser destinatario de esa función se estructura como

⁴ Beatriz Quintero y Eugenio Prieto: «Teoría General del Proceso» T. I. Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992. p. 189)

órgano público: de este modo al Gobierno Central se le asigna la función administrativa o ejecutiva, al Congreso la función legislativa y a los Jueces la función jurisdiccional. La teoría del estado moderno se fundamenta en dos conceptos, a saber:

1. El estado moderno es estado constitucional que se estructura en un sistema de órganos, mediante los cuales exterioriza una voluntad concreta y realiza las funciones encaminadas al cumplimiento de sus finalidades esenciales.
2. El estado moderno es estado de derecho que funcionalmente somete a una disciplina jurídica la relación de su actividad con los habitantes de su territorio, en interés de éstos y con la finalidad de protegerlos contra las arbitrariedades.

Las constituciones democráticas liberales inspiradas en la revolución francesa desarrollan la teoría del Estado sobre la base del dogma de la separación e independencia de los tales poderes fundamentales, en forma rígida y mecánica: legislativo, ejecutivo y judicial, a los cuales desde la constitución se les atribuye funciones específicas: la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional; estas funciones se exteriorizan respectivamente en los actos administrativos, legislativos y jurisdiccionales, en los cuales se concreta la autoridad emanada del poder: un mandato expreso de la voluntad del órgano que podrá ser, respectivamente, ley, acto administrativo o sentencia.

Es fácil advertir las notas diferenciadoras entre el acto legislativo y el jurisdiccional: la ley es abstracta, innovativa, creativa y general; la segunda es concreta, declarativa y particular. La promulgación de una ley no impide que otra posterior la derogue; mientras que el rasgo característico del acto jurisdiccional es su firmeza: lo que fue juzgado no puede volver a serlo.

La exigencia de la separación orgánica de la función jurisdiccional respecto de las otras se impone con tal fuerza que la vemos realizada incluso en los estados absolutos, aunque imperfectamente. Sabido es que en los Estados absolutos, la ley es la voluntad de uno sólo o de unos pocos; los órganos jurisdiccionales son los ejecutores de la voluntad de uno solo o de unos pocos y están sujetos a mutabilidad y arbitrio. En el moderno estado constitucional, la ley resulta de la cooperación de una pluralidad de voluntades que la ley se considera verdaderamente como una voluntad general o colectiva, a la cual todos están sujetos, incluso los órganos del Estado. La separación de poderes en la forma impuesta por la revolución francesa, en la actualidad es una exageración, a la

separación conceptual de las funciones no puede corresponder una separación absoluta de poderes. Los órganos legislativos tienen funciones administrativas; los órganos jurisdiccionales también realizan funciones administrativas; los órganos administrativos tienen funciones legislativas (Decretos leyes, Decretos legislativos, Reglamentos) y tienen funciones jurisdiccionales⁵. Modernamente se admite que entre los diversos órganos debe existir coordinación y no-contraposición.

Tercera Parte: **LA EXPROPIACION JURISDICCIONAL**

I. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS:

Las expresiones más utilizadas por la doctrina y la legislación son «venta forzada», «expropiación forzada» y «transferencia coactiva». Cada una de ellas, refleja una determinada concepción o posición doctrinaria respecto del instituto que nos ocupa. No se trata por consiguiente de simples términos o expresiones sin mayor trascendencia jurídica.

A modo de adelanto expresamos algunas consideraciones sobre los términos enunciados: hablar de **venta forzada**, bajo razonamiento lógico elemental supondría que el órgano jurisdiccional en el ejercicio de su facultad soberana ordena al ejecutado vender su patrimonio previamente afectado; lo cual no ocurre en la realidad, puesto que el acto expropiatorio corre a cargo del órgano jurisdiccional, la voluntad del ejecutado no es tomado en consideración. De otro lado, es preciso afirmar que el órgano jurisdiccional tampoco se obliga a sí mismo a efectos de vender el patrimonio del ejecutado; lo que aquél realiza es un acto expropiatorio en el ejercicio de su facultad soberana. **Expropiación forzada** es una expresión que bajo criterios semánticos contiene una redundancia puesto que toda expropiación sea legislativa o jurisdiccional, por su naturaleza y esencia, es forzada: se ejecuta en contra de la voluntad del titular del derecho de propiedad privada; por consiguiente, la expresión nominal «expropiación forzada» no es la más adecuada para denominar a nuestro instituto. **Transferencia coactiva** es la expresión de mayor aceptación doctrinaria, puesto que se trata de un transferencia del derecho de propiedad al margen de la voluntad del titular de tal derecho; esto es, la transferencia del derecho de propiedad se produce de manera forzada. Sin embargo, conforme a las consideraciones expues-

⁵ Chiovenda: ob., cit., pp. 5, 6 y 7.

tas en la primera parte de este trabajo la frase nominal «transferencia coactiva» no identifica de modo exclusivo a nuestro instituto puesto que la transferencia coactiva del derecho de propiedad puede tener como causa generadora una decisión legislativo-ejecutiva bajo la forma de expropiación legislativa, como también puede provenir de una decisión jurisdiccional. Por todo lo expuesto consideramos que la denominación más idónea e inequívoca para el instituto que estudiamos es la frase **expropiación jurisdiccional** ya que ésta alude exclusivamente a la transferencia forzada dispuesta por un órgano jurisdiccional competente.

II. NATURALEZA JURIDICA:

El problema relativo a la naturaleza jurídica de la «venta forzada», siempre ha preocupado a los tratadistas y legisladores ya que afecta a toda la construcción del proceso ejecutivo.

La expropiación jurisdiccional es el acto decisivo y de mayor trascendencia del proceso ejecutivo porque permite al órgano jurisdiccional cumplir su función satisfactiva en favor del acreedor ejecutante. Predomina en este conjunto de actos ejecutivos, la actividad pública, jurisdiccional del Estado, dirigida a la realización coactiva del derecho, a que el Estado está obligado jurídicamente.

La transferencia de propiedad que tiene lugar mediante la ejecución forzada no obstante su aparentemente clara y consensual connotación jurídica requiere de una sumaria revisión de las más importantes corrientes de opinión elaboradas hasta la actualidad.

- 1) **Teoría contractualista privada.**- En un primer momento, la doctrina ha tratado de adaptar el esquema del contrato de compra-venta a la transferencia forzada de propiedad dispuesta judicialmente, por cuya razón se hablaba de la «venta forzada». Esta doctrina ha buscado sustentar su posición basándose en la existencia de una ficción de voluntad al sostener que el acreedor que solicita el remate del bien lo hace con el carácter de mandatario legal del deudor. Subyace en esta concepción un grave error sobre la naturaleza y el alcance de la función jurisdiccional, asignándole a esta una orientación estrictamente privatística; sin considerar que en este tipo de transferencia ya nada importa la voluntad del titular del bien y que la función jurisdiccional es de carácter público. El desarrollo del derecho procesal y con él la afirmación del carácter público de la función jurisdiccional ha puesto en evidencia que la concepción de contrato de derecho privado era inadecuada por dos razones: primero, porque por un lado se fingía desconocer la presencia del órgano jurisdiccional y segun-

do porque resultaba insostenible pretender concentrar en el acreedor ejecutante la representación de intereses encontrados entre sí. De este modo se demostraba la imposibilidad de que el acreedor ejecutante pueda ser considerado como titular del derecho de vender las cosas del deudor en interés de todos los acreedores, como si ejercitase una función pública.

Descartada esta teoría, quedaba entonces por estudiar la posición del órgano jurisdiccional y determinar cual es su posición en el proceso de transferencia real forzada. Las elaboraciones teóricas posteriores orientaron sus estudios tras ese derrotero.

- 2) **Teoría contractualista de derecho público.**- Esta corriente concibe a la transferencia real forzada como un contrato entre adjudicatario y órgano ejecutivo, el cual le otorga la calificación de contrato de derecho público. Ubica en un mismo plano a la manifestación de voluntad del adjudicatario y a la del órgano jurisdiccional. Sin embargo, ¿cómo se explica que el órgano jurisdiccional venda en lugar del deudor y prescindiendo de la voluntad de éste?

En un primer momento, desde esta posición se sostenía que la venta judicial sería un contrato en el cual la autoridad quiere en lugar del expropiado, con lo que se quería decir que la autoridad fuerza al expropiado a querer, afirmación que no es cierta, puesto que la expropiación prescinde de la voluntad del expropiado.

Dentro de la misma corriente contractualista pública, ante la liviandad y fragilidad argumental antes referida, se le ha tratado de dar nuevo y mayor sustento invocando la noción de representación y se ha sostenido entonces que el órgano jurisdiccional ejercita un derecho en nombre del deudor quien de este modo queda limitado y privado de capacidad de ejercicio, por tal circunstancia el órgano jurisdiccional actúa como un administrador o representante legal del deudor. Sin embargo, la crítica a este pensamiento ha provenido de la propia cantera contractualista pública, en el razonamiento preciso y siempre lúcido de Chiovenda: «...decir que el órgano ejecutivo representa al deudor expropiado aunque obre contra su voluntad; decir que obra en interés del deudor en el momento en que le aplica las máximas sanciones de la ley, sólo porque los bienes que le arrebatara servirán para pagar sus deudas, equivale a colocar bajo el nombre y la idea de la representación una figura como la expropiación, que es, con ella completamente antitética. El órgano ejecutivo, en el momento en que vende los bienes del deudor, como en el momento en que aplica cualquier otra medida ejecutiva de coacción, de subrogación o de sanción, cumple siempre una fun-

ción pública, la actuación de la ley: representa exclusivamente al Estado en su función jurisdiccional, obra exclusivamente en interés y por exigencias de esta función. El órgano ejecutivo no vende los bienes del deudor para pagar las deudas de aquél, como un mandatario, sino para procurarse, a costa del deudor que no paga, los medios para cumplir su función.»⁶.

Pues bien, superando la noción de la representación, Guiseppe Chiovenda da una nueva orientación al contractualismo público al crear la teoría de la expropiación (por el órgano jurisdiccional) de la facultad de disposición perteneciente al deudor, para luego proceder, en el ejercicio de su función pública, a realizar la transferencia forzada en favor del adjudicatario. Leamos el pensamiento Chiovendiano: «En todo procedimiento de expropiación de los bienes del deudor se distinguen dos momentos, por próximos y confusos que estén:

- a) La expropiación de la facultad de disposición perteneciente al titular del derecho y la atribución de dicha facultad a una persona (órgano jurisdiccional) distinta del titular;
- b) El acto con que la persona investida de la facultad de disposición ejercita esta facultad y dispone del derecho en favor de un tercero (adjudicatario). La expropiación pues de la facultad de disposición está precedida por un periodo preparatorio de indisponibilidad provisional del bien que se ha de expropiar, es decir, de embargo con fin de la conservación del bien»⁷.

Finalmente, explica que la transferencia forzada es un contrato de derecho público sustentado en la expropiación de la facultad de disposición perteneciente a su titular, porque «Se trata aquí de un contrato del Estado, pero con características y normas complementarias especiales. Característico es el objeto: porque no se enajena un bien del Estado, sino un bien perteneciente a un particular y sobre el cual el Estado ha adquirido únicamente la facultad de disposición. Característico es el órgano que obra por el Estado; esto es, un órgano jurisdiccional. Normalmente, la manifestación de la voluntad del Estado en la estipulación de los contratos se lleva a cabo por órganos administrativos. Pero así como para la enajenación de algunos bienes (inmuebles, buques del Estado) se exige la intervención de los órganos legislativos, aquí se ha confiado el contrato a un órgano jurisdiccional: ello depende, sobre todo, del hecho de que la necesidad del contrato se da en un proceso civil y está coordinada al fin

⁶ Chiovenda: «Instituciones». Vol. I, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid. 1948, p. 302.

⁷ Chiovenda: Instituciones Vol. I, p. 309.

jurisdiccional, y en segundo lugar, por la facilidad con la que pueden surgir cuestiones que hay que resolver. Además de estas evidentes razones de oportunidad, no puede desconocerse la posibilidad de otros sistemas: como sería la implantación de oficinas especiales de venta, puramente administrativas y técnicamente organizadas de manera a asegurar a las ventas el mejor resultado posible, a las que la autoridad judicial, después de realizado el acto de expropiación con la resolución de autorización a vender, podría confiar el acto material de la venta de la cosa embargada»⁸.

Como puede colegirse, esta doctrina pone énfasis en la expropiación, por el Estado, de la facultad de disposición correspondiente al deudor, la misma que es ejercitada por el órgano jurisdiccional el cual vende ya no en representación de aquél sino ejercitando un poder que le es propio merced a la expropiación del poder de disposición que antes perteneciera al deudor.

Sin embargo, fueron los profesores Pugliatti, Satta y Zanzucchi quienes pusieron en evidencia los errores de esta doctrina al sostener coincidentemente que tal teoría choca contra el hecho de que el embargo no tiene aquellas consecuencias que la misma postula, esto es, no produce una expropiación del poder de disponer; esta facultad es conservada por el deudor ejecutado, tal como lo veremos en el acápite siguiente.

3) Teoría de la venta forzada como transferencia coactiva. Para esta teoría la transferencia coactiva es una manifestación particular del derecho general de supremacía del Estado, cuyo particular contenido, se traduce en un acto, emitido por el Estado en el ejercicio de su poder soberano de jurisdicción, dirigido a convertir en dinero los bienes sometidos a expropiación, y de los cuales el deudor, mediante el embargo hecho, no podrá ya disponer.

Para esta posición, la transferencia forzada o coactiva es un acto del derecho público, de naturaleza procesal a cargo del órgano jurisdiccional por el cual el Estado, en el ejercicio de su poder de supremacía, convierte a sumas líquidas los bienes embargados o gravados, gracias a la intervención de terceros interesados, y con el propósito de conseguir los medios para la satisfacción de los derechos del acreedor ejecutante. El postor adjudicatario, con su intervención expresada en el pago del precio del bien puesto a remate, como acabamos de explicar, posibilita al órgano jurisdiccional el cumplimiento de su función:

⁸ Chiovenda: ob., cit., pp. 301, 302.

mas su intervención no obedece a esta finalidad, su interés es estrictamente privado y consiste en adquirir la propiedad sobre el bien.

De esta definición se puede colegir que la llamada venta coactiva o forzada nada tiene que ver con el contrato de compraventa, sea este privado o público: por consiguiente tampoco implica transmisión voluntaria del derecho de propiedad o de otros derechos reales inherentes a ella, o de créditos. En la llamada venta coactiva o forzada, o necesaria, no se da manifestación alguna de voluntad negocial del deudor ejecutado, ni del acreedor ejecutante, ni del Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, sino solamente constitución en otro sujeto (oferente, adjudicatario), por hecho independiente de la voluntad del propietario, de un derecho que pertenecía a él, a través de un acto autoritativo, de los órganos de la jurisdicción. Sólo en sentido metafórico se puede hablar de venta coactiva o necesaria de la adquisición que se haga sin la voluntad del titular o en contra de ella, por virtud de ley o por disposición de la autoridad provista del poder de imperio⁹.

Pero en virtud de qué facultad el órgano jurisdiccional vende los bienes puestos a remate? la respuesta es que el derecho procesal objetivo confiere a los órganos de jurisdicción, la posibilidad de aprehender y sustraer de la disponibilidad del deudor los bienes que constituyen su patrimonio, así como también la potestad extrema de disponer de tales bienes para los fines de la realización coactiva; y tal poder de disposición total o parcial de un bien sobre el cual recae el derecho de propiedad, o una facultad comprendida en él, no sólo opera en el ámbito jurisdiccional, sino también en otros institutos, dentro del campo del Derecho Público, y como consecuencia inmediata de la soberanía estatal.

En nuestro ordenamiento jurídico el derecho de propiedad es inviolable, ello no impide que el Estado, a fin de conseguir sus propósitos, y por causa de seguridad nacional o necesidad pública, pueda privar en todo o en parte el derecho de propiedad: el interés privado cede su lugar al interés público.

Lo que el ordenamiento jurídico exige, únicamente, es que esta eventual privación del derecho de propiedad debe estar regulada por normas jurídicas que establezcan los modos, las formas y los límites de dicho poder soberano del Estado; esto es, respetarse el principio de legalidad.

⁹ Rocco Ugo: «Tratado de Derecho Procesal Civil» T. IV. Edit Temis-Depalma. Bs. As. 1976. p.231.

En el caso de expropiación en vía jurisdiccional sobre el interés privado del deudor ejecutado a conservar su patrimonio, prevalece el interés general del Estado reflejado en el respeto y observancia de las normas jurídicas que constituyen el ordenamiento jurídico, razón por la cual tienen carácter obligatorio, en aras de la conservación del orden social y jurídico por lo que aquéllas requieren ser actuadas; son estos intereses de naturaleza pública los que permiten al Estado operar sobre el patrimonio del obligado.

Para hacer realidad el derecho del acreedor, los bienes muebles o inmuebles afectados deben ser convertidos en su equivalente económico (excepto en el caso de adjudicación) por lo que el Estado debe realizar todos aquellos actos que sean necesarios para transformar en dinero constante los bienes que son objeto de expropiación. Empero, conviene subrayar que si bien al realizar la operación de transferencia se logra los mismos objetivos: conversión del bien en dinero, en favor del acreedor ejecutante (fin económico) y la transferencia del derecho de propiedad en favor del tercero adjudicatario (fin jurídico); ello no autoriza a sostener que el acto jurídico llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales sea un contrato de compraventa.

En la expropiación por seguridad nacional y necesidad pública también hay una conversión a una suma de dinero de las cosas sobre las cuales recae el correspondiente derecho de propiedad suprimido; también en este tipo de expropiación se verifica el traslado de la propiedad, del particular al Estado. Bajo forma alguna podríamos tan siquiera pretender comparar la expropiación por seguridad nacional o utilidad pública, con una venta¹⁰.

En conclusión, esta teoría sostiene que el órgano jurisdiccional transfiere en lugar del deudor, mas no en representación de aquél ni en virtud de la expropiación del poder de disposición que pertenecía al deudor, sino que lo hace en el ejercicio autónomo de su función jurisdiccional y que lo ejerce en forma imparcial. Por consiguiente, al transferir el bien, «... el órgano ejecutivo ejerce sólo y exclusivamente su poder (público) que nada tiene que ver con los eventuales poderes sustanciales que los sujetos privados del proceso tienen sobre el bien mismo»¹¹, y en este proceder predomina el elemento del imperio como manifestación de poder de supremacía correspondiente al órgano jurisdiccional.

¹⁰ Rocco Ugo: ob., cit., p. 234.

¹¹ G. A. Micheli: «Proceso de ejecución» E.J.E.A Bs. As. 1970 p. 258.

De este modo, la denominada venta forzada se muestra como una forma de transferencia «sui generis».

La expropiación jurisdiccional emerge del acto jurídico procesal expresado en una resolución judicial mediante la cual el órgano jurisdiccional transfiere la propiedad del bien al adjudicatario al producirse la cancelación del precio del bien.

Coincidiendo plenamente con los fundamentos de esta teoría, sin embargo consideramos que la denominación que utiliza para identificar a nuestro instituto es inapropiada. En efecto, aún admitiendo que se trata de una transferencia coactiva del derecho de propiedad y que por consiguiente la transferencia del derecho de propiedad es forzada; sin embargo, conforme a las consideraciones expuestas en la primera parte de este trabajo advertimos que la frase nominal «transferencia coactiva» no identifica de modo exclusivo a nuestro instituto puesto que la transferencia coactiva del derecho de propiedad también puede producirse por decisión legislativo-ejecutiva bajo la forma de expropiación legislativa y no sólo por decisión jurisdiccional. En conclusión proponemos la denominación «expropiación jurisdiccional» como frase nominal idónea e inequívoca para identificar a nuestro instituto ya que alude exclusivamente a la transferencia forzada dispuesta por el órgano jurisdiccional competente.

III. PRESUPUESTO:

Constituye presupuesto esencial de la expropiación jurisdiccional, la existencia de bienes afectados mediante embargo o por constitución de garantías reales. La ejecución forzada de obligaciones dinerarias no puede llevarse a cabo sin la concurrencia de este requisito. Reiteramos que lo que aquí sostenemos no es aplicable a la ejecución forzada de obligaciones de dar bien mueble determinado, de hacer o no hacer, la alusión está referida única y exclusivamente a la ejecución forzada de obligaciones de dar suma de dinero.

Ampliando lo expresado, sostenemos que dentro de los procesos de ejecución, uno de ellos, el proceso de ejecución de garantías tiene la peculiaridad de iniciarse o mejor dicho, que sólo puede iniciarse con uno o más bienes afectados antes del proceso; afectación que se origina al celebrarse el contrato de constitución de garantías reales. La ejecución forzada en este proceso, como es obvio, está suficiente y anteladamente garantizada.

Los procesos de ejecución relacionados con las obligaciones de dar suma de dinero, sustentados en títulos jurisdiccionales: resoluciones judiciales o laudos arbitrales firmes, o en los llamados por la norma procesal, títulos ejecutivos, no siempre se inician con la garantía previa de un bien afectado. En estos procesos de ejecución, de resoluciones judiciales, y ejecutivo, caben dos posibilidades: que el proceso de ejecución o ejecutivo se inicie con la garantía de un bien previamente embargado; o que el embargo se solicite recién al postularse la demanda ejecutiva o luego de iniciado el proceso. En el primer caso el éxito de la ejecución forzada se halla relativamente asegurado: en tanto que en el segundo, el éxito es aleatorio, puesto que está supeditado a la eventualidad de que pueda embargarse determinado bien.

IV. MODALIDADES DEL ACTO EXPROPIATORIO:

No obstante que la expropiación jurisdiccional es una sola y no admite modalidades, sin embargo, las formas establecidas por la ley para lograr el acto expropiatorio y así otorgar satisfacción al acreedor ejecutante son dos: el remate y la adjudicación. La diferencia entre uno y otro está dada fundamentalmente por el destinatario del derecho de propiedad del bien expropiado: en el primer caso, la propiedad pasa a un tercero adjudicatario (postor en el proceso), en tanto que en el segundo caso, la propiedad del bien expropiado pasa al acreedor ejecutante.

A. EL REMATE:

Concepto.- Debe entenderse por remate al acto jurídico procesal complejo constituido por un conjunto de actos de naturaleza valorativa, publicística y de enajenación, que se desarrollan preclusivamente hasta lograr convertir en dinero el valor del bien rematado y pagar finalmente al acreedor ejecutante, restituyéndose así la imperatividad de las normas sustantivas y restableciéndose finalmente la seguridad jurídica y la paz social como objetivos de Estado. La propiedad sobre el bien rematado es transferida a un tercero adjudicatario (postor en el proceso).

Con relación a la fase expropiativa del remate, siguiendo al profesor Ugo Rocco sostenemos que es un acto de derecho público (acto procesal del órgano jurisdiccional) con que el Estado (...) convierte, merced al concurso de terceros interesados (postores), a sumas líquidas los bienes embargados, y de este modo obtener los medios para la satisfacción, por equivalente económico, de los derechos del

derechohabiente ejecutante, que tiene por efecto una adquisición derivativa, mediante la constitución del derecho de propiedad en el oferente que ha quedado adjudicatario, en el acto de la entrega del equivalente económico del bien, sin la voluntad del obligado o aún en contra de ella.

El aspecto dinámico de la fase expropiativa o de enajenación del remate propiamente dicho está constituido por una serie sucesiva de ofertas presentadas por terceros concurrentes, que parten de un mínimo establecido por el órgano jurisdiccional (llamado valor de tasación o precio base) y que se reiteran hasta conseguir el precio más elevado en concurso; el cual es determinado «después de un doble anuncio del precio alcanzado (hecho por el funcionario judicial) sin que sea hecha una mejor, con lo que el remate del bien queda concluido» (art. 737º).

En el Diccionario de la Lengua Española encontramos dos significados no limitados al ámbito estrictamente procesal: el primero define al remate como la «Postura o proposición que obtiene la preferencia y se hace eficaz logrando la adjudicación en subasta^(*) o almonedas^(**) para compra-ventas, arriendos, obras o servicios». El segundo significado dice que remate es la «adjudicación que se hace de los bienes que se venden en subasta o almoneda al comprador de mejor puja y condición»¹².

B. LA ADJUDICACIÓN:

Concepto.- Es una de las formas mediante las cuales se hace realidad la expropiación jurisdiccional y consiste en otorgar al acreedor ejecutante o al tercero legitimado el derecho de propiedad sobre el bien puesto a remate, en pago de su crédito.

^(*) **Subasta** (Del lat. *sub hasta*: bajo la lanza porque la venta del botín cogido en la guerra se anunciaba con una lanza). Es la venta pública de bienes y alhajas que se hace al mejor postor, y regularmente por mandato y con intervención de un juez u otra autoridad. Adjudicación que en la misma forma se hace de una contrata, generalmente de servicio público, como la ejecución de una obra, el suministro de provisiones, etc. (Dic. de la Lengua Española T. VI Real Academia).

^(**) **Almoneda** (Del árabe *al-munada*: el pregón). Venta pública de bienes muebles con licitación y puja; y por extensión se dice también de la venta de géneros que se anuncian a bajo precio (Dic. de la Lengua Española T. VI Real Academia).

¹² «Diccionario de la Lengua Española», T. V. Real Academia, XIX Edición.

El presupuesto para la procedencia de la adjudicación es que el remate se hubiera frustrado por falta de postor. El precio por el que se adjudica el bien es el que sirvió como base de la postura de la última convocatoria.

En sentido lato y acepción jurídica, la adjudicación viene a ser el acto por el cual se otorga por el órgano jurisdiccional o autoridad administrativa competente, el derecho a gozar de un valor patrimonial, al sujeto que tiene un derecho reconocido a ese valor¹³.

La adjudicación, desde una visión estrictamente procesal «es un acto de derecho público (acto procesal del órgano jurisdiccional) con que el Estado, en el ejercicio de su poder de supremacía, y a solicitud del acreedor ejecutante, confiere a dicho acreedor, en satisfacción de su crédito y hasta el límite del valor de intercambio, un bien del deudor que forma parte de la masa activa embargada, y tiene por efecto una adquisición derivativa mediante la constitución del derecho de propiedad del asignatario, el cual, si el valor es superior al importe del crédito, debe pagar la diferencia a la masa, y si el valor es inferior, tendrá el derecho a concurrir con los demás acreedores al reparto de otros activos, con el efecto de extinguir en todo o en parte su crédito sin la voluntad del obligado o aún en contra de ella»¹⁴

La esencia del concepto, como casi todas nuestras instituciones jurídicas, proviene del derecho romano en el cual la ADJUDICATIO era la cláusula por la cual el magistrado (pretor generalmente) daba suficiente poder al IUDEX para que éste atribuyera o asignara la propiedad o la tenencia de una cosa a una de las partes. Por lo general la adjudicatio confería la propiedad exclusiva de la parte atribuida tanto con los derechos reales con que era gravada la cosa, como los que existían a su favor.

¹³ Enciclopedia Jurídica OMEBA, T. I. p. 477.

¹⁴ Rocco Ugo: ob., cit., p. 245

V. LA EXPROPIACIÓN JURISDICCIONAL EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL.

Finalmente, dejamos constancia del nivel de positivización de la frase nominal «expropiación jurisdiccional» o cuando menos el uso del núcleo de dicha frase, esto es el empleo de la palabra «expropiación», bajo la orientación procesal que desarrollamos.

El código di procedura civile de italia, en el Libro III, Título II, regula a la venta forzada y a la adjudicación (a la que denomina asignación) como expresiones o formas de la ejecución forzada inmobiliaria y mobiliaria, dentro del título genérico de **EXPROPIACIÓN FORZADA** (espropriazione forzata); precisa incluso que esta se inicia con el embargo («L'espropriazione forzata si inizia col pignoramento» art.491).

En el ámbito latinoamericano, el Código de Proceso Civil de Brasil, el más avanzado entre los países del área, si bien no contiene un título especial en el que regule la expropiación; sin embargo, al regular la ejecución por cuantía cierta, dispone que «La ejecución por cuantía cierta tiene por objeto expropiar bienes del deudor, a fin de satisfacer el derecho del acreedor» (art.646) para luego establecer que «la expropiación consiste en la enajenación de bienes del deudor, en la adjudicación en favor del acreedor, en el usufructo de inmueble o de empresa» (art.647).

Los demás códigos examinados simplemente utilizan la expresión «venta» y a lo sumo «venta forzada» (Chile, México DF, Colombia, Uruguay, Venezuela y la Ley de Enjuiciamiento Civil de España).

Nuestro Código Procesal Civil, se evita complicaciones, no emplea la frase «venta forzada», ni el término «venta», mucho menos la expresión «expropiación forzada» o «expropiación jurisdiccional». Emplea el verbo «transferir» o el sustantivo «transferencia» lo cual jurídicamente es correcto.