

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

doble función: cuando hay más de un testamento sirve a determinar cuál es el que prevalece ya que el último revoca al anterior, y cuando el testador ha atravesado por un período de incapacidad, nos indica si ha obrado fuera o dentro de ese período. Apartadas estas dos circunstancias, la fecha queda como una formalidad sin contenido, buena únicamente para provocar pleitos" confr. ED, 2-168-.

En otro precedente donde también medió demanda por nulidad de testamento ológrafo, la C. 2ª Civil y Com. de Mercedes, con fecha 21/7/64 declaró la validez del testamento aunque su fecha sólo estaba indicada por el año en que se lo redactó, pues no habiendo ningún otro testamento o no demostrándose incapacidad del testador, la fecha deja de revestir el carácter de una formalidad ineludible - confr. ED, t. 8-851/858-.

En autos, tampoco la Fiscalía del Estado, a quién se le confirió traslado a fs. 81, impugnó el testamento ni reclamó su invalidez, por lo que no existe interés legítimo en mantener la decisión del a quo de fs. 72, dispuesta de oficio sin petición de parte alguna legitimada.

En consecuencia, y de merecer la adhesión de mis distinguidos colegas, corresponderá revocar la resolución de fs. 72, debiendo el juez de la anterior instancia dictar la resolución a que se refiere el art. 743 del Cód. de Proced. Civil y Comercial. Sin costas, atento el carácter oficioso de la resolución revocada. Voto por la negativa.

El doctor Calosso por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando por la negativa.

El doctor Conde dijo:

Por tratarse de un supuesto de fecha incompleta, pues como se indica en el primer voto se consignó en el testamento mes y año y no el día, adhiero a la solución que en el mismo se propone, votando en esta cuestión por la negativa.

2ª cuestión. - El doctor Suares dijo:

Conforme ha quedado resuelta la primera cuestión, corresponde revocar la resolución de fs. 72, debiendo el juez de la anterior instancia dictar la resolución a que se refiere el art. 743, Cód. de Proced. Civil y Comercial.

Sin costas, atento el carácter oficioso de la resolución revocada. Así lo voto. Los doctores Calosso y Conde, por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhieren votando en el mismo sentido.

Conforme al resultado obtenido en la votación de que instruye el acuerdo que antecede se revoca la resolución de fs. 72, debiendo el juez de la anterior instancia dictar la resolución a que se refiere el art. 743 del Cód. de Proced. Civil y Comercial.

Sin costas, atento el carácter oficioso de la resolución revocada. -Roberto C. Suares.- Severo J. Calosso.- Héctor N. Conde.

VII HIPOTECA. Constitución. Acreedor hipotecario. Tercero adquirente de buena fe.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Nulidad de la hipoteca. Apariencia jurídica. DAÑOS Y PERJUICIOS

DOCTRINA: 1) La doctrina del art. 1051 del Cód Civil puede ser también aplicada a la constitución de hipoteca, ya que no existe razón alguna para distinguir entre la constitución hipotecaria y la enajenación inmobiliaria. Los acreedores hipotecarios que han confiado en el propietario aparente tienen derecho a la misma protección que los adquirentes, toda vez que los imperativos del crédito y de la seguridad son los mismos en ambos casos.

2) Se debe presumir la buena fe del aquí acreedor hipotecario en la constitución del acto (arts. 2362 y 4008, Cód. Civil) al verse amparado por la apariencia jurídica (registral y notarial), la onerosidad indiscutida del título, y no siendo el supuesto vicio manifiesto, no cabe decretar la unidad impetrada que le afecta en sus derechos. Ello no obsta a quedar - abiertas las acciones pertinentes que pudieran haber a los actores frente al constituyente del gravamen, que eventualmente con su actitud diera margen a la frustración de sus eventuales derechos (doct. art. 3430, Cód Civil).

Cámara Civil y Comercial de Azul.

Autos: "Santomauro, Adelqui A. y otro c/ Santomauro, Donato A. y otro"(*).(230)

2° Instancia. Azul, febrero 23 de 1994.

1° ¿Es justa la sentencia? 2° ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª. cuestión. -El doctor Ojea dijo:

I.a) El pronunciamiento de la anterior instancia, luego de rechazar la defensa de prescripción opuesta por: "Di Giacomo y Consalvo SA", aborda el tratamiento de la acción de nulidad de hipoteca opuesta por los actores. En ese quehacer inicialmente descarta - mediante los argumentos que expone - el planteo defensivo también formulado por dicha sociedad referido a: inviabilidad de la ponencia de la presente acción por los actores, al no haber satisfecho previamente el pago de las costas devengadas por el fallido intento de nulidad de subasta.

En tanto que respecto al otro planteamiento de la accionada: convalidación de la situación dominial que surge de la escritura de adjudicación, N° 270, entiende la a quo que el mismo, hace al tema medular de la contienda, mimetizándose con la procedencia o improcedencia de la impugnación deducida.

b) A partir de tal estructura de análisis la sentenciante de grado ya entonces abordando frontalmente la cuestión sustancial postula que: a) indudablemente mediante la escritura obrante de fs. 17 a 20 con más lo que surge de los certificados de dominio obrantes a fs. 23/30, el inmueble en cuestión pertenece dominialmente a Donato Adelqui Santomauro, situación que condice perfectamente con lo normado por el art. 3119 del Cód. Civil.

A partir de dicho presupuesto fáctico jurídico, y señalando que independientemente de la naturaleza del bien como ganancial o propio, la proveyente anterior formula el siguiente presupuesto medular: "no puede pretenderse la invalidez de un gravamen hipotecario que es constituido en base a la norma antes mencionada, sin haberse atacado inicialmente el acto instrumentado en la escritura N° 270 del año 1976, por medio del cual

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se le otorgaba la titularidad exclusiva del bien a Santomauro... no existía obligación al momento de constituir la hipoteca de requerir la autorización a los actores... éstos no figuran como titulares del dominio... y dicha condición tampoco puede ser determinada, ni adquirida sin una efectiva impugnación del acto... la cotitularidad que se pretende ostentar... no sólo excede de... la materia que motiva la acción en estudio, sino que su consideración y debate hubiera requerido de la actuación... con todas las partes intervinientes en dicho acto".

II.a) Frente a la sentencia cuestionada los actores apelantes en su escrito de agravio, luego de comenzar comentando la formulación del planteamiento de aquélla dicen del error en la misma al requerirles el previo cuestionamiento de la nulidad de escritura dominial.

Acto seguido se reiteran los antecedentes de cómo Santomauro y de qué manera obtuvo ese dominio. Y de ello infiere simplemente que, surgiendo entonces que el inmueble a nombre del mencionado era ganancial y ante el fallecimiento de su cónyuge, para la constitución de la hipoteca era menester la conformidad de los restantes condóminos. Entiende que exigir que sus mandantes demanden la nulidad de escritura dominial es innecesario e injusto.

b) Conforme lo señalado se hace necesario a esta altura reiterar los conceptos en otras oportunidades vertidos por el tribunal referente a las exigencias debidas a la expresión de agravios; que constituye para el apelante una verdadera carga procesal trascendente. Y así pues en orden a su finalidad debe constituir una exposición jurídica que contenga una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. Lo concreto se refiere a lo preciso, indicado, determinado - debe decirse cuál es el agravio . Lo razonado indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones, debe exponerse por qué se configura el agravio. Debe precisarse así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del a quo, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento, no reuniendo las objeciones genéricas y las impugnaciones de orden general los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación" (Morello, Código, t. III, pág. 351). (Causa N° 33.534, "Patronelli, c/Arcomar". Ds. Pjs., oct./92.)

En el caso que nos ocupa del escrito de agravios emerge en esencia sólo una disconformidad con la posición jurídica sustentada por el a quo; pero sin fundamentar tal disconformidad idóneamente, ni rebatirla demostrando su error.

Al ocurrir ello, en concreto queda firme lo referente a que: independientemente de la gananciabilidad o no del bien, constando el mismo a nombre de Santomauro, ello era suficiente en tal momento para constituir válidamente una hipoteca por cumplirse con las exigencias del art.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3119 del Cód. Civil.

Adicionándose especialmente que también por dichos motivos, quedó incólume asimismo lo postulado en el sentido de que, en todo caso, era menester atacar previamente la escritura pública N° 270 y en esa hipótesis se imponía la participación de todos los intervinientes en el acto.

Sentado lo precedente - al margen del acierto o no de aquellos presupuestos pertinentes del fallo - se impone su confirmación por implicancia de los arts. 260 y 261 del Cód. Procesal.

III. No obstante lo expresado, que por sí solo resulta suficiente para el rechazo del recurso, en el mejor de los supuestos y aun hipotéticamente aceptando la posición del quejoso valga expresar que su intento no tendrá mejor suerte.

Conforme los antecedentes del caso el inmueble motivo de controversia surge en cabeza registralmente Donato Adelqui Santomauro como consecuencia de la adjudicación sobreviviente a una liquidación social, cuando el mencionado era de estado viudo. Tal sociedad se había constituido al mes de celebrarse el matrimonio de la madre de los actores con su padre (Santomauro), aportando éste un tercio de capital sin mención de origen de los fondos.

Conforme la normativa del art. 1051 del Cód. Civil última parte, de aplicación analógica al sub *discusio*, no resulta suficiente lo que surge de aquellos antecedentes de bien por sí solos y frente a la titularidad registral que ostentaba el inmueble al tiempo de la constitución del derecho real de garantía, para hacer caer la hipoteca impugnada de nula.

Viene al caso señalar la justificación que se ha dado a dicha disposición legal "la ... necesidad de proteger la buen fe y la confianza que los terceros depositan en ciertos actos de la vida cotidiana. La apariencia como causas legitimadas de ciertas situaciones jurídicas jugó en todo esto un rol preponderante, como también el principio del error *communis factus* (Compagnucci de Caso, Negocio jurídico, pág. 547).

Y una evidencia palmaria de que precisamente ello transcurre en el caso, lo ilustra el informe del notario que interviniera, en la confección de la escritura hipotecaria.

La solución señalada - que se propugna - conforme la disposición introducida por la reforma de 1968 al Código Civil ya era sostenida por Salvat, quien comentando la doctrina que protege al adquirente de derechos reales del propietario sólo aparente culmina diciendo: " La doctrina expuesta se aplica no sólo en el caso de una enajenación hecha por el propietario aparente, sino también en el caso de que hubiere constituido sobre los bienes... otro derecho real. Los derechos constituidos a favor de terceros de buena fe, por ejemplo: las hipotecas serían perfectamente válidas... (Parte general, t. II, N° 2578 con acopio de jurisprudencia en nota al pie y la remisión efectuada del tomo IV de Derechos reales, sexta parte, Derechos reales de garantía, cuando trata las excepciones al principio de nulidad de hipotecas sobre inmueble ajeno N° 2271. En igual sentido, Spota, Contratos, t. II-VIII, N° 507).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Más contundente aún aparece la opinión de Garrido y Andorno por haberse vertido a posteriori de la reforma, cuando expresan: "Como conclusión de lo expuesto, estimamos que la doctrina de la propiedad aparente admitida por la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia francesa, es de aplicación a nuestro derecho, frente a su incorporación implícita al presente art. 1051 que estamos examinando... Pensamos asimismo que la mencionada doctrina puede también ser aplicable a la constitución de hipoteca pese a la redacción no muy clara del art. 1051 del Cód. Civil, toda vez que - como en la doctrina y en la jurisprudencia francesa que hemos analizado sucintamente - no existe ninguna razón para distinguir entre la constitución hipotecaria y la enajenación inmobiliaria. Los acreedores hipotecarios que han confiado en el propietario aparente tienen derecho a la misma protección que los adquirentes, toda vez que los imperativos del crédito y de la seguridad son los mismos en ambos casos... La solución dada por la reforma en los distintos supuestos que pueden presentarse obedece indudablemente a razones de seguridad jurídica en las operaciones relativas a inmuebles, garantizando la estabilidad y el orden y protegiendo al tercero de buena fe a título oneroso; conforme lo hemos puntualizado precedentemente" (Reforma al Código Civil, págs. 180/181).

En el sub júdice acorde lo expresado debiéndose presumir la buena fe del aquí acreedor hipotecario en la constitución del acto (arts. 2362 y 4008, Cód. Civil), al verse amparado por la apariencia jurídica (registral y notarial), la onerosidad indiscutida del título, y no siendo el supuesto vicio manifiesto, no cabe decretar la nulidad impetrada que le afecta en sus derechos.

Ello no obsta a quedar abierta las acciones pertinentes que pudieren caber a los actores frente al constituyente del gravamen (su padre); que eventualmente con su actitud diera margen a la frustración de sus eventuales derechos (doct. art. 3430, Cód. Civil).

En consecuencia, voto por la afirmativa.

Los doctores Onetti de Dours y Céspedes, adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente.

2ª. cuestión. El doctor Ojea dijo:

Atento a lo acordado al tratar la cuestión anterior, corresponde confirmar la sentencia de fs. 184/188, con costas a los actores vencidos (art. 678, Cód. Procesal). Así lo voto.

Los doctores Onetti de Dours y Céspedes, votaron en análogo sentido.

Por lo expuesto, demás fundamentos del acuerdo y lo prescrito por los arts. 266 y 267 del Cód. Procesal, se confirma la sentencia de fs.184/188, con costas a cargo de los actores vencidos. Hernán R. Ojea.- Isabel C. Onetti de Dours. - Guillermo L. Céspedes.

VIII TERCERÍA. De dominio. Oponibilidad del boleto de compraventa. Acreedor embargante en un proceso ejecutivo