

DOCTRINA

ABUSO DEL DERECHO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO Y EL VENDEDOR EN PERJUICIO DEL TITULAR DE UN BOLETO DE COMPRAVENTA (*) (2)

ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con fecha 12 de marzo de 1974 decidió un caso de singular interés, en que debió valorarse una serie de elementos de hecho que comprometían la aplicación de normas jurídicas de trascendencia, referentes al abuso del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho en que había incurrido un acreedor hipotecario, en connivencia con el vendedor de una unidad prometida en venta y afectada al gravamen real.

El fallo, dictado en los autos "Noceti, Alfonso contra Zorzi, Humberto O. y otros" (1)(3), fue recibido con elogios por destacados comentaristas como Borda (2)(4). Nosotros adherimos en cuanto a la apreciación del resultado logrado en la sentencia de la Cámara de Apelación de La Plata, confirmada por el Tribunal, pero pensamos que tanto en el fallo como en las acotaciones del mencionado autor se ha incurrido en apreciación discutible de normas de derecho vigentes pero que no eran aplicables. Como el tema brinda una oportunidad para reflexionar sobre varias de las reformas de 1968 al Código Civil, creemos que pueden ser útiles algunas consideraciones que nos proponemos exponer.

Los antecedentes de hecho del caso no resultan del fallo de la Suprema Corte provincial, que lo resolvió pronunciándose sobre el recurso de Inaplicabilidad de ley que Interpuso la parte afectada por el fallo de Cámara, pero en el citado trabajo de Morello se reseñan los hechos con prolijo detalle, pues el autor compulsó el expediente judicial, y ello permite efectuar el estudio del tema con utilidad.

Tales antecedentes son los siguientes: El propietario de un edificio dividido en departamentos constituyó una hipoteca sobre la totalidad del inmueble. Después de comprometer una unidad, con boleto de compraventa, a un adquirente que llegó a entregar la totalidad del precio y recibió la posesión, con ulterioridad, el vendedor, de acuerdo con el acreedor hipotecario, liberaron de hipoteca a todas las demás unidades y dejaron concentrado el crédito en el departamento mencionado. El propietario vendedor no cumplió sus obligaciones con el acreedor hipotecario y éste inició ejecución por la totalidad de su acreencia contra el departamento en que había quedado afectado la totalidad del gravamen. Fue ante esa ejecución que el comprador con boleto incumplido inició una tercería de dominio para impedir la venta del bien.

El juez de primera instancia rechazó la tercería del titular del boleto, pues no obstante considerar que tenía una posesión legítima, entendió que no podía afectar el derecho del acreedor hipotecario, que, de ser desconocido, afectaría la confianza general, una de las más importantes fuentes de crédito. Conviene señalar que el fallo, pese a la conclusión apuntada, sostenía que luego de la reforma de 1968 del Código Civil debe considerarse en revisión la jurisprudencia, que no reputaba suficiente el boleto otorgado al tercerista como justificante del dominio, en base a lo dispuesto en los arts. 577 y 1184 del Código Civil. También agregaba la sentencia que el adquirente de buena fe por boleto que está en posesión de la cosa y ha pagado el precio, está en principio tutelado por la ley y le atañen no sólo las acciones posesorias, sino aun las reales o petitorias que descansan y se desprenden del "título" que significa dicho contrato (3)(5), y más aún, se afirmó que la norma del art. 2505 en cuanto exige la inscripción de los derechos reales para que sean oponibles a terceros, reconoce una excepción cuando se está ante un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

adquirente de buena fe de un inmueble que cuenta a su favor con un boleto de compraventa. Pero a pesar de tales consideraciones, rechazó la acción por el motivo antes expuesto de la supremacía del acreedor hipotecario.

El fallo de segunda instancia revocó el del juez. Entendió la Cámara que, luego de la reforma del decreto - ley 17711/68, no puede tener aplicación la interpretación anterior que negaba al titular del boleto de compraventa la condición de tercer poseedor. Dijo también la Cámara que de acuerdo a los arts. 1185 bis y 2355 del Código Civil, reformados Por el citado decreto - ley, el adquirente de buena fe que cuenta con un boleto de compraventa que ha pagado el precio y tiene la posesión de la cosa, está tutelado por la ley y tiene no solo las acciones posesorias sino también las reales o petitorias que se desprenden del título que significa ese contrato. Además, coincide el fallo con la consideración que hizo el juez de primera instancia, en el sentido que la aplicación del art. 2505 del Código Civil admite excepción ante el comprador de buena fe que sólo tiene a su favor un boleto de compraventa. En atención a esos fundamentos hizo lugar a la tercería de dominio.

Los autos llegaron a la Suprema Corte de Buenos Aires Por vía del recurso de Inaplicabilidad de ley que interpuso el acreedor hipotecario, en razón de haberse acogido por la Cámara la tercería de dominio. El Tribunal declaró improcedente el recurso por entender que la sentencia no había incurrido en violación o errónea aplicación de los textos legales aplicados. Así resulta del voto del juez que llevó la palabra, y al que adhirieron los restantes ministros, aunque es fundamental señalar que en la sentencia se consideró insuficiente el recurso por falta de expresa referencia del escrito de interposición a la explicación de cómo la pretendida violación a las normas jurídicas pudo haber incidido en la decisión de la causa, y también por no expresarse en forma clara cuál debió haber sido el criterio legal aplicable para la correcta solución del caso (4)(6).

Pero no obstante la apuntada deficiencia formal en la interposición del recurso, que Por sí sola bastaba para desestimarlo, el juez que votó en primer término, y logró adhesión para formar mayoría, entró a analizar la correcta aplicación en el caso de los arts. 1185 bis, 2355 y 1071 del Cód. Civil. Con ello, el tema mereció un tratamiento de los puntos de derecho involucrados tal cual si se hubiere considerado formalmente procedente el recurso de Inaplicabilidad de ley.

Nos proponemos demostrar que si bien la solución a que se llegó en el fallo es la correcta y equitativa, lo ha sido por haber hecho adecuada aplicación de la doctrina del abuso del derecho, hoy incorporada de manera explícita en nuestro ordenamiento, y que hasta la reforma de 1968, si bien había comenzado a ser admitida en fallos judiciales, tropezaba con el escollo del texto anterior del art. 1071 que autorizada doctrina estimaba impedía su recepción.

La incorporación de la reprobación legal del abuso del derecho en la reforma del año 1968 no ha traído las consecuencias desfavorables que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

algunos disidentes expresaron por estimarla un factor de inseguridad. En primer lugar, por cuanto la amplia jurisprudencia que se había consagrado en la República, en todos sus fueros y jurisdicciones, sobre la ilicitud del acto jurídico por violar el objeto las pautas moralizadoras impuestas por el art. 953 del Código Civil, estrechaban fundamentalmente el margen de operatividad del Principio de ilicitud Por abuso. Tan cierto es ello, que si se analizan los fallos publicados desde que rige el decreto - ley 17711/68 de reformas al Código Civil, pocos son los casos definitivamente resueltos Por aplicación del nuevo art. 1071. En la mayoría de ellos se menciona como argumento coadyuvante dicha disposición, pero sustancialmente se basan los jueces en la ilicitud consumada Por violación al art. 953.

Además es necesario insistir en que la oposición que en el terreno de doctrina se opuso a la incorporación de la teoría del abuso ha sido abrumadoramente superada, no sólo Por la mayor fuerza de convicción de los partidarios de ella (5)(7), sino Por la consagración generalizada en prácticamente cuantos nuevos Códigos Civiles o reformas se han sancionado en el mundo contemporáneo (6)(8). La subestimación, como mera logomaquia que formuló Planiol, bien puede considerarse hoy una expresión anecdótica.

Por lo demás, la aplicación coherente de las norma esenciales del Código, arts. 18, 1071 y 1044, lleva a la conclusión de que en nuestro régimen civil el acto abusivo queda sancionado con la nulidad, privativa de efectos del acto.

Los antecedentes de hecho del caso a que nos referimos, resuelto por la Suprema Corte de Buenos Aires, tal cual resultan de la útil reseña expuesta por Morello en su citado trabajo, justifican, en efecto, que se haya considerado abusiva la actitud del vendedor de la unidad que luego de percibido íntegramente el precio del comprador que tenía la posesión de aquélla, aumentó el monto del gravamen que la afectaba al punto de concentrar en ella toda la hipoteca que recaía sobre el edificio íntegro. No es necesario desarrollar mayores argumentos para sostener que el Tribunal pudo sin duda, sin exceso de sus atribuciones, declarar que la Cámara de Apelaciones, valorando los hechos, pudo concluir que había existido abuso del derecho. Por ello, configurando el acto abusivo un acto ilícito, queda desprovista de toda base valedera la pretensión del acreedor hipotecario en el juicio, y resulta justificado desde todo punto de vista, ético y legal, el resultado a que se llegó en el fallo.

Anotada pues nuestra coincidencia en cuanto a la solución, nos parece indispensable puntualizar que tanto en la sentencia a que nos referimos como en uno de los comentarios doctrinarios que suscitó, se ha incurrido en una confusa y peligrosa aplicación de otras disposiciones, que nada tienen que ver con el caso planteado.

En efecto, en el voto que logró adhesión mayoritaria de la Suprema Corte se sostuvo que el art. 1185 bis del Código Civil y el 2355, última parte, daban sólida fundamentación al fallo de la Cámara, preceptos ambos que a nuestro juicio son ajenos a la cuestión debatida. Igualmente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

insostenible, a nuestro modo de ver, es la afirmación de Borda en el sentido de que el art. 2355 en cuanto reconoce el carácter de posesión legítima al adquirente de buena fe con boleto de compra confiere a éste un dominio imperfecto, tesis que Bustamante Alsina había sostenido anteriormente (8)(9) pero que consideramos inadmisibles.

El comentario de Rocca (8 bis)(10) es más prudente, pues destaca adecuadamente que el titular del boleto de compraventa no se identifica con el del dominio, pues no se perfeccionó la adquisición de éste, y señala con acierto la fundamentación del caso en la configuración del acto abusivo. También es más exacto el análisis hecho por Morello en su citado trabajo en cuanto considera justa la solución del caso, pero puntualiza que el adquirente con simple boleto no tiene el dominio, ni perfecto ni imperfecto.

Desde luego, parece evidente que no se puede fundar la solución del caso que nos ocupa en el precepto del art. 1185 bis, Cód. Civil, que incorporó la reforma de 1968. Dicho nuevo texto expresa: "Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio" (texto del decreto - ley 17940/68 modificatorio del 17711/68).

Importante es recordar que la legislación de quiebras (decreto - ley 19551/72, art. 160 in fine) ha reducido sustancialmente el alcance de este dispositivo a los casos de unidades de viviendas, quedando sin protección los adquirentes de unidades destinadas al comercio, cocheras de garajes, etcétera. Por cierto que la norma transcrita para nada modifica el régimen del derecho hipotecario, que queda intacto. El adquirente de buena fe titular de un boleto de compra y con pago de la parte de precio que el texto prevé, sólo tiene el derecho en caso de concurso del vendedor y nada más, para que ante ese evento el juez cumpla la obligación de hacer - escriturar -, pendiente de cumplimiento por el vendedor. Ello significa que el comprador deberá cumplir con el pago de la parte de precio que pudiere adeudar y demás obligaciones pendientes que pudieren existir. Pero aun en caso de concurso del vendedor, el comprador debe cancelar el gravamen hipotecario que pudiere existir, si fue constituido regularmente. En cambio el acreedor no puede invocar su privilegio si en colusión con el vendedor incurrió en un acto descalificable por ilicitud, como es el acto abusivo, y que es lo que habría ocurrido en el caso según la apreciación de los jueces de la Cámara que falló el litigio que motiva este comentario.

Esta puntualización parece indispensable, pues no obstante la buena solución lograda por haber existido un acto abusivo, la fundamentación del fallo en el art. 1185 bis es errónea y peligrosa, ya que puede llevar a acordar a dicha disposición un alcance exorbitante, ajeno a la correcta hermenéutica que corresponde acordarle, ya que, repetimos, en nada afecta lo que dispone al régimen hipotecario vigente, en tanto no existan causales que descalifiquen en el caso concreto el derecho del acreedor.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La disposición del art. 1185 bis del Código Civil, incorporada por la reforma del año 1968, ha sido recibida con críticas que, a nuestro juicio, constituyen más bien teorizaciones de tipo conceptual que el resultado de un análisis justificado. Se olvida, en efecto, que el orden jurídico no se aviene a ser pensado y formulado en un sistema propio de la lógica de las ciencias matemáticas. Si reflexionamos acerca de nuestro Código Civil comprobamos que constituye un ejemplo del sentido razonable ponderado y equilibrado de buenas soluciones, en que, para salvar los valores de justicia y seguridad, se sancionan, en múltiples disposiciones, preceptos particulares que se apartan de los principios generales, con miras al buen resultado que el legislador debe tratar de lograr. Baste como paradigma de ello recordar que el nemo plus juris del art. 3270, principio de indiscutible lógica, ha debido limitarse en su aplicación para salvar superiores principios de seguridad y justicia (arts. 732, 970, 996, 1866, 1964, 2130, 2310 y 3430, etc., en el Código Civil, y el 1051 de éste, texto del decreto - ley 17711/68, y lo mismo en leyes especiales, como el art. 32 de la 14394). Por cierto que tales normas de limitación al principio general no han sido criticadas Por la doctrina, pues responden a una valoración que justifica sobradamente las excepciones.

Pero respecto del art. 1185 bis de la recordada reforma civil se han oído críticas que, para salvar principios generales, no quieren reconocer la necesidad de justicia del caso particular, que al encontrar enfrentados dos tipos de intereses se decide Por el que resulta más digno de consideración y amparo.

Pero además, cabe señalar que la solución del art. 1185 bis no es el resultado de mero afán de innovar. No sólo tenía ya un precedente de vigencia legislativa (art. 10, decreto - ley 9032 del 10 de octubre de 1963, ratificado Por ley nº 16478) sino que también era la solución de la jurisprudencia del fuero civil de la Capital Federal (9)(11). En cambio no aceptaba a tal criterio la Cámara Comercial de la Capital (10)(12) con anterioridad al decreto - ley 9032/62 y tampoco aplicó las normas de éste con posterioridad a su sanción en el fallo plenario "Lozzi, E. c/Socha S.A." (11)(13), donde se señaló que no tenía vigencia respecto de boletos anteriores a aquél (12)(14).

La sanción, pues, de la norma del actual art. 1185 bis no significó sino seguir lo que ya constituía criterio jurisprudencial en el fuero civil y lo que ya tenía sanción legislativa (decreto - ley 9032, ley 16478), y estamos persuadidos que constituye una solución inspirada en valoración adecuada de justicia y razonable solución de un conflicto de intereses entre el concurso del vendedor y la situación digna de amparo del adquirente con boleto de compra. Pero de allí a extender su aplicación para desconocer derechos del acreedor hipotecario que no tenga objeciones de ilicitud, hay un abismo, y no puede invocarse válidamente para darle un alcance que no resulta de la ley.

Del mismo modo, creemos que no es acertada la invocación del art 2355, Cód. Civil, reformado por el decreto - ley 17711/68 para sostener el desplazamiento del acreedor hipotecario, que sólo ha podido ceder ante

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el derecho del adquirente de buena fe, en razón del acto abusivo cometido pero no Por razón del dispositivo mencionado, art. 2355, Cód. Civil.

Borda (13)(15), en el comentario que hemos mencionado, expresa que corresponde reconocer en quien tiene la posesión legítima dada por el boleto de compra la existencia de un dominio imperfecto, aceptando así, como decíamos, la opinión que sobre el particular había expuesto Bustamante Alsina.

Nosotros consideramos totalmente infundada tal conclusión, pues se aparta de lo que expresamente es el concepto del dominio imperfecto en el Código Civil, que según el art. 2507 supone el derecho real adquirido conforme a las disposiciones de rigor (escritura, tradición y actualmente inscripción respecto de terceros) con la particularidad de que "debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera". A poco que se analice la situación del adquirente de buena fe con simple boleto de compra, se advierte que jamás podrá considerársele titular de un dominio imperfecto. El art. 2355, Cód. Civil, al darle el carácter de poseedor de buena fe, lejos está de asignarle la titularidad de un dominio ni perfecto ni imperfecto, que mal puede tener quien carece de escritura traslativa inscrita en el Registro inmobiliario. Verdad es que en su primera parte, el art. 2355, Cód. Civil; expresa que la posesión será legítima cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido de acuerdo a las disposiciones del Código. Pero la segunda parte del artículo, agregada en la reforma de 1968, sólo importa una norma de asimilación a dicho concepto, con relación al adquirente de buena fe con boleto de compraventa, no obstante no configurar esta situación, obviamente, la constitución de un derecho real de acuerdo a las disposiciones del Código. De ello se sigue que no ha sido afortunada tampoco la fundamentación del fallo que por la sola razón de haberse impugnado un acto abusivo llegó a una Justificada solución, pero que no debió mencionar razones que no tienen sustento legal y se prestan a una generalización peligrosa.

Y no se diga que el art. 2355, al reconocer al comprador con boleto el carácter de poseedor de buena fe, carecería de contenido virtual, si no se aceptara que significa la titularidad del dominio imperfecto. Nada de eso. La posesión de buena fe beneficia al adquirente con toda la secuela de efectos que, para quien tiene tal condición, le asigna la ley sustantiva; como son las normas y derechos referentes a la adquisición de frutos (art. 2423), el derecho a recuperar los gastos efectuados para producirlos (art. 2426) y al reintegro de lo invertido en gastos necesarios o útiles (art. 2427), el derecho de retención hasta ser pagado de ellos (art. 2428), la limitación de responsabilidad Por destrucción o deterioro de la cosa (art. 2431), etcétera. Además el nuevo texto legal avala la tesis que se impuso en el fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital de fecha 24 de diciembre de 1940 (14)(16), en el sentido de que el vendedor que ha

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

transmitido la posesión puede ejecutar el bien. Agreguemos también que el adquirente, poseedor de buena fe, puede ejercer las acciones posesorias si reúne el requisito de la anualidad, computando al efecto de dicha anualidad la posesión del antecesor (art. 2474), y aun sin necesidad de la posesión anual, en el supuesto caso del art. 2477, Cód. Civil. Pero no es posible llegar a afirmar que se convierte el adquirente en propietario con dominio imperfecto, pues eso es olvidar toda la economía del Código y desvirtuar, sin fundamento, un sistema en el que la base de la transmisión del dominio es la tradición, la escritura y ahora la inscripción registral respecto de terceros.

Debemos, con todo, hacernos cargo de un argumento de Morello (15)(17), que en su crítica a la reforma del art. 2355 se siente gravemente alarmado Por el hecho de que al reconocerse al adquirente con simple boleto de compra la posesión del inmueble, resultaría que el titular del dominio, promitente de la venta, no podría ejercer la acción reivindicatoria o acciones reales en general, y como tampoco la podría ejercer, afirma, el comprador con boleto, se llegaría a la gravísima consecuencia de no poder deducirse las fundamentales acciones de protección del dominio.

Estimamos, empero, que tal alarma no tiene justificación, pues el adquirente, con derecho a obtener la escrituración, podría ejercer la acción reivindicatoria Por vía de la subrogatoria (art. 1196, Cód. Civil), que no obstante su limitado uso en la práctica forense, puede brindar solución a este problema, como a múltiples otros que pueden suscitarse con gran frecuencia. Pero ciertamente no podría a título propio el comprador con boleto únicamente ejercer las acciones petitorias, como entendemos que, sin fundamento, sostiene Borda (16)(18).

Por otra parte, tampoco es dudoso que Por más carácter de poseedor de buena fe que tenga el adquirente con boleto de compraventa, mal puede oponerse a los derechos del acreedor hipotecario, que puede exigir el reconocimiento de un derecho real regularmente constituido.

De todo lo expuesto se sigue que es necesario puntualizar que, si bien el art. 1185 bis, Cód. Civil, acuerda un derecho de fundamental trascendencia en el caso del concurso del vendedor, para que el adquirente con boleto de compraventa y buena fe de unidades de vivienda obtenga la escritura del síndico o liquidador, por más que se considere que quien tiene la posesión con boleto de compra es poseedor de buena fe, no se sigue de ello que éste pueda desplazar los derechos del acreedor hipotecario con crédito regularmente constituido, ni significa que pueda hacerse excepción en tales circunstancias de los requisitos legales para llegar a poder invocar el dominio, incluida la inscripción registral. Por ello, si con relación al caso judicial comentado, hemos sostenido la justicia de la solución a que se ha llegado, es sólo por la conclusión que en la interpretación de los hechos llegaron los jueces de la causa en el sentido de que se había configurado un acto abusivo de colusión entre acreedor hipotecario y vendedor de la unidad en perjuicio del comprador que tenía la posesión y boleto de compraventa.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Una vez más se pone de manifiesto, ante problemas que se presentan con demasiada frecuencia, la necesidad de llegar a un sistema registral de los boletos de compraventa de unidades de edificios divididos en propiedad horizontal prometidas en venta, y que por falta de dicho adecuado régimen de publicidad permiten la consumación de maniobras en perjuicio de adquirentes de buena fe.

Evidentemente, ante la falta de efectiva vigencia del sistema del decreto - ley 19724/72 llamado de prehorizontalidad, es del caso pensar si no sería aconsejable dejarlo sin efecto, para simplemente imponer con alcance nacional y no limitado a la Capital Federal el mucho más simple sistema que había previsto el decreto - ley 9032/63 (ley 16478), y que nunca se aplicó, al parecer por dificultades de tipo administrativo de los Registros inmobiliarios, no obstante consagrar un régimen ágil de protección al comprador de buena fe.

EL ACTO JURÍDICO EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO LUEGO DE SU REFORMA Por EL DECRETO - LEY 17711/68 (*) (19) (1)(20)

BENJAMÍN PABLO PIÑÓN

"Si algún día llegara a encontrarme con <ideas hechas> sobre todos los problemas e impermeable a los argumentos ajenos, creo que la vida carecería para mí de su mejor atractivo porque habría perdido la facultad de pensar".

(Carta del Dr. Héctor Lafaille de junio de 1939 al Dr. Alfredo Orgaz).

SUMARIO

1. Objeto de este estudio. 2. El acto o negocio jurídico: concepto. 3. Teoría del acto jurídico. 4. Método del Código Civil argentino. 5. Diversas teorías: a) Doctrina de la voluntad. b) Doctrina de la declaración. c) Doctrina de la responsabilidad. d) Doctrina de la confianza. 6. Teoría seguida Por el Código Civil argentino. 7. Su reforma por el decreto - ley 17711. 8. Conclusión.

1. OBJETO DE ESTE ESTUDIO

1. El decreto - ley 17711/68, que reformó el Código Civil, incorporó algunas disposiciones, como por ejemplo la nueva redacción dada por los agregados efectuados a los arts. 473 y 1051, referidos, el primero, a la validez de los actos de los dementes, y el segundo, dentro de la teoría de las nulidades, cuando en ambas hipótesis una parte ha actuado con buena fe y a título oneroso, que nos ha llevado a replantearnos el tema que alguna vez ya estudiamos (2)(21).

Determinar si la voluntad en la teoría del acto Jurídico continua siendo un presupuesto esencial, y si la sistemática de Vélez Sársfield ha sido modificada o abjurada por la reforma, constituye el objeto de este estudio.