

***LA CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA EN SEDE JUDICIAL. APLICACIÓN DEL
ARTÍCULO 3128 DEL CÓDIGO CIVIL. UNA PROPOSICIÓN
DESACERTADA (*) (380)***

LUIS CORREA LARGUÍA

SUMARIO

I. Antecedentes. II. La constitución de hipoteca por resolución judicial. Análisis crítico de las argumentaciones del autor. III. Campo de aplicación del artículo 3128. IV. Instrumentación idónea del acuerdo concursal. V. Posiciones doctrinarias. VI. El art. 3128 y la jurisprudencia. VII. La modificación profunda del art. 3128 en el proyecto de reformas de 1936. VIII. La convencionalidad como presupuesto único. IX. El fallo en autos "Maganor SA - Quiebra". X. Algunas reflexiones. XI. Ecos de la reforma del Código Civil de 1936. XII. El arancel notarial.

I. ANTECEDENTES

1. El número 209 de La Ley - edición del 27 de octubre de 1982 - publica un artículo de Horacio Roitman titulado "La garantía real del acuerdo y su instrumentación".

Sostiene el autor que la posibilidad de garantizar con gravámenes reales los acuerdos preventivos y resolutorios aprobados en juicios concursales es un supuesto frecuente; empero - agrega -, la excesiva onerosidad que demanda la constitución de hipoteca ha privado a los acreedores de gozar de esta garantía.

2. La calificación de "excesiva onerosidad" empleada por el autor está referida exclusivamente - según su parecer - al elevado honorario notarial de la escritura pública que instrumenta la hipoteca.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3. El exordio informa, pues, que el objeto del trabajo no es otro que propiciar la constitución de hipoteca en sede judicial como sucedáneo de la escritura pública, con el único fin de evitar la intervención notarial por el motivo apuntado.

La dialéctica de la exposición apunta solamente al aspecto meramente pecuniario, habida cuenta que no se advierte en el curso de su desarrollo el planteo de otras causales concomitantes que pudieran significar un aporte para emprender ensayos más extensos sobre la materia en cuestión. O, tal vez, si arribara como síntesis del discurso a esclarecimientos que denotasen una evolución sustancial o se advirtiera un avance de carácter doctrinario como resultado de la investigación emprendida, de tal importancia - hasta el presente innecesaria - que en la dogmática y sistematización de nuestro derecho vigente aconsejaran de suyo una revisión de la forma instrumental exigida por el Código Civil en la materia que nos ocupa.

4. Expuestos así en sus límites precisos los alcances del tema, su autor trata de demostrar que la garantía real de hipoteca, en los casos referidos, puede constituirla el deudor ante el mismo tribunal que interviene en el proceso concursal, y ordenar éste directamente su inscripción por vía de oficio, sin necesidad de otorgamiento de escritura pública.

5. Fundamenta su tesis argumental en el texto legal del art. 3128 del Código Civil, y más precisamente en su nota, con citas de las opiniones doctrinarias de ambos textos formuladas por Llerena, Machado y Lafaille.

Trae, asimismo, en apoyo de su postura, el fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial, sala D, de fecha 22/12/80, recaído en los autos "Maganor SA - Quiebra", en el que fue confirmado el decisorio de la Instancia que tuvo por constituida una hipoteca sin intervención notarial y ordenado su inscripción por vía de oficio en garantía de un concordato ofrecido y homologado en un concurso comercial. Dejamos para el final el comentario a este fallo, que desde luego no suscribimos. Y menos espacio dedicaremos, por cierto, a refutar la endeble tesis de la onerosidad del arancel notarial como causal revestida de suficiente solidez por sí sola para justificar en los supuestos a que alude el autor la derogación del requisito de la escritura pública, puesto que, lejos de ubicar en el primer plano de esta crítica la defensa del arancel notarial, nos interesa exponer las razones para afirmar la permanencia y observancia en nuestro derecho positivo de las instituciones jurídicas reguladas por la ley sustantiva.

II. LA CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA POR RESOLUCIÓN JUDICIAL. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS ARGUMENTACIONES DEL AUTOR

6. No compartimos de inicio ni en su planteo ni en sus conclusiones el enfoque doctrinario impreso por Roitman en su trabajo para justificar y, por ende, propiciar la constitución de la garantía real en la forma y con los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

alcances expuestos, mediante el simple recurso de una aplicación fragmentada del artículo 3128 del Código Civil y especial remisión a su nota, de la que pretende extraer postulados que en realidad han tenido escaso eco en nuestro derecho positivo, especialmente en sede judicial. En tal sentido, es oportuno recordar los conceptos vertidos por Boffi Boggero(1)(381) refiriéndose a la exagerada función que suele adinársele a las fuentes de los artículos del Código:"Es una costumbre muy generalizada la de penetrar las fuentes para atenerse a ellas muchas veces por encima del texto legal, extremo que no debe constituir una regla".

También nosotros participamos de la misma opinión, que iremos explicitando en el curso de esta crítica.

7. Expone el autor que el artículo 1184 del Código Civil configura la regla general que exige la escritura pública para la constitución de hipoteca sobre inmuebles, para señalar que esa regla general admite la excepción consagrada en el artículo 3128 del Código Civil, y, como resultado, pone de resalto las dos posiciones que existen en doctrina, o sea, las que sólo permiten la escritura pública para instrumentar la garantía real; y - son sus palabras - : "los que haciendo una correcta interpretación del artículo 3128 del Código Civil admiten la constitución del gravamen por medio de las autoridades u organismos que puedan otorgar documentos - distintos de la escritura pública - que puedan servir de título al dominio". Concluye su pensamiento preguntándose si el codificador estaba involucrando a los jueces como a uno de los poderes del Estado *con facultades para expedir títulos que sirvan de antecedente al dominio*, expresando Roitman que la respuesta debe ser afirmativa. (El subrayado es nuestro.)

8. Es preciso hacer resaltar nuestra discrepancia en relación con los ejemplos que conceptúa el autor como de tratamiento judicial análogo, con la medida que propugna, ya que para nosotros no puede existir tal analogía. Una cosa es enfatizar, como lo hace en el párrafo precedente que hemos subrayado, sobre la facultad que tienen los jueces para expedir títulos que sirvan de antecedente al dominio, vale decir, mediante los cuales es posible acceder a la calidad de propietario de bienes, como ejemplifica en el punto 7 de su trabajo(2)(382). Y otra cosa totalmente distinta, en cambio, es considerar posible por similitud asimilar la facultad jurisdiccional señalada con la de constitución del gravamen hipotecario por resolución judicial, conforme a la hipótesis sostenida por Roitman, que no se compadece con los ejemplos enumerados (punto 7 referido), porque no guardan - como se pretende demostrar - analogía procesal, cuando afirma: "2. Entendemos que la garantía real de hipoteca constituida por el deudor en seguridad de un acuerdo preventivo o concordato resolutorio, puede ser otorgada ante el mismo tribunal que interviene en el proceso concursal y ordenar este directamente su inscripción sin necesidad de labrar escritura pública".

9. Afirmamos, en consecuencia, que no existe ese paralelismo de procedimiento jurisdiccional, puesto que no están contemplados los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

requisitos de forma que exige el instituto en cuestión, ya que la formalización de la hipoteca a favor del concurso no difiere en absoluto del cumplimiento de las mismas reglas que para su validez exige el Código Civil en todos los casos de constitución de esa garantía real. De tal modo que la formalización de la hipoteca a favor del concurso está regida por los arts. 1184 inc. 1º) y 3128 que exigen para su constitución la escritura pública sin las excepciones que consagran esos mismos preceptos para supuestos de compras de inmuebles en subasta judicial en el caso del art. 1184 o de compras de inmuebles del Estado en el caso del art. 3128 y su nota, cuyos saldos de precio de adquisición deban garantizarse con hipoteca, que es el alcance que ha querido conferirle el legislador a la disposición del artículo mencionado - según la opinión mayoritaria de la doctrina.

En tanto el supuesto de aplicación del art. 1184 es procedente en sede judicial, no ocurre lo mismo en el caso del art. 3128, a nuestro entender, pese a que una parte minoritaria de la doctrina así lo admita, como lo expondremos seguidamente.

10. En ese orden de ideas, sostenemos que el codificador no tuvo en mira conferirle a la disposición del artículo 3128, a través de los términos de su nota, más extensión que la que armónicamente fluye del contexto general desarrollado en el Capítulo IV del Libro II, Sección III del Código Civil, que aborda el tema de las formas de los contratos, ritual que, como lo señala el artículo 1182, es una reafirmación de la dogmática que impera en el Capítulo III del Libro II, Sección II, respecto de la forma de los actos jurídicos, de manera tal que el requisito de la forma instrumental es de inexcusable observancia y la columna vertebral para su validez y prueba. Es, en cierto modo, sugestiva la insistencia del legislador al respecto, máxime luego de haberse explayado en conceptos medulares en la larga nota al artículo 973 que lo ubican firmemente definido acerca del rigorismo de la forma que como apotegma proclama al sentar, como lo hace en el artículo 1183, el principio categórico: "cuando la forma instrumental fuere exclusivamente decretada en una determinada especie de instrumento, el contrato no valdrá si se hiciese en otra forma".

Fue necesario, pues, que estableciera en el siguiente artículo 1184 la única excepción, referida a los contratos celebrados en subasta pública, a la regla general de la obligatoriedad de hacer en escritura pública aquellos contratos que se enumeran en los once incisos de dicho artículo.

Así, en el inciso 1º) expresa que deben cumplir la exigencia apuntada "los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos o trasposos de derechos reales sobre inmuebles de otro".

11. Definida nítidamente la postura del codificador en cuanto al rigorismo de la forma instrumental aplicada a la constitución de determinados actos, mal pudo haber estado en su pensamiento, en la resolución del artículo 3128, apartarse de la clara línea trazada a través del conjunto normativo examinado, admitiendo, como pretende atribuírsele, otros documentos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sustitutivos de la escritura pública para la constitución de la hipoteca. Entiéndase bien: para la constitución del gravamen como contrato autónomo (art. 3115) por el que ya es titular del dominio, es decir, por el deudor de una obligación, cuya instrumentación ineludiblemente debe hacerse en escritura pública, y no, en cambio, para la hipoteca por saldo de precio de compra de un bien inmueble en subasta judicial, por aplicación extensiva de la excepción contemplada en el art. 1184.

III. CAMPO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3128

Cabe preguntarse, entonces, dentro de nuestro orden jurídico, ¿cuál ha sido realmente el campo de aplicación del art. 3128 desde la sanción del Código Civil para la constitución de hipotecas mediante documentos sustitutivos de la escritura pública? La respuesta que fluye indica que solamente ha sido aplicado en nuestro medio por el poder administrador en aquellos casos de adquisición por los particulares del dominio de inmuebles enajenados por el Estado con simultánea constitución de garantía hipotecaria por el saldo de precio insoluto conforme a las condiciones de venta fijadas en las respectivas actuaciones administrativas, por medio de los documentos distintos de la escritura pública que citan dicho artículo y su nota. Empero, hoy totalmente sin aplicación alguna desde la sanción de la ley 9078 del año 1913 reglamentaria de la Escribanía General de Gobierno.

12. Afirmamos nuestra convicción en tal sentido, por cuanto al hablar en la nota en cuestión: "Decimos los documentos que sirven de título al dominio... etc., y a esta clase pertenecen, entre otros, la concesión de los caminos de hierro y todo documento auténtico expedido por el Gobierno o a nombre del Gobierno que transmita derechos reales...". Se estaba refiriendo exclusivamente a títulos susceptibles de transmitir el derecho real de dominio, otorgándole a sus titulares la propiedad de inmuebles del Estado por resoluciones o decretos del Gobierno dictados en los respectivos expedientes administrativos. En estas condiciones, dice Cammarota(3)(383), el adquirente de una tierra pública, deudor de parte del precio de la compra, reconocía en esa misma actuación una hipoteca a favor del fisco, que entonces surtía plena validez y eficacia.

13. Destacamos, entonces, como queda expuesto, que el ámbito de aplicación del art. 3128 sin el empleo de la escritura pública tuvo su marco de influencia en la esfera del derecho administrativo y reservado, por lo tanto, en nuestro medio a los casos indicados de tratamiento, diríamos, exclusivo de la Administración Pública nacional, provincial o municipal y fuera, por ende, de la jurisdicción de la administración de Justicia en lo tocante al tema en debate, por no ser materia de su competencia. Es por ello que objetamos, conforme a los antecedentes reseñados, que pueda invocarse la aplicación correlativa del art. 3128 y tener en su mérito por constituida la hipoteca ante el mismo tribunal en los supuestos citados por Roitman en su trabajo, por medio de una resolución del juez del concurso en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reemplazo de la escritura pública, cualquiera que fuera la naturaleza del convenio a que hubiera arribado el deudor con sus acreedores, inclusive con homologación judicial.

IV. INSTRUMENTACIÓN IDÓNEA DEL ACUERDO CONCURSAL

14. En efecto, el art. 3128 comienza diciendo que la hipoteca sólo puede ser constituida por escritura pública o por documentos que sirviendo de títulos al dominio o derecho real (el subrayado es nuestro) estén expedidos por autoridad competente.

Queremos hacer resaltar de paso el error conceptual en que han incurrido algunos comentaristas, proveniente, a nuestro juicio, de que, al glosar la nota de este artículo, concluyen reconociéndole a ésta una virtualidad consistente en atribuirle a la disposición del artículo una extensión de facultades para constituir hipotecas en sede judicial que no resultan del contexto que regula el instituto en examen, por entender Vélez, sin necesidad de explicarlo, como es obvio, que la índole específica de las funciones de los jueces es administrar justicia y no suplir la actividad de las partes en sus tratativas o contratos, por tratarse en esencia de relaciones jurídicas reservadas exclusivamente a la esfera de acción de los contratantes, innecesaria al momento de su celebración, de la tutela o intervención judicial para quedar concluidos como tales, y aun cuando ellos fueran el resultado de un acuerdo o arreglo en juicio. En esa tesitura, la hipoteca destinada a garantizar las obligaciones producto del acuerdo o arreglo judicial nace como consecuencia de una convención entre las partes, como lo preceptúa el art. 3115, a través de una serie de cláusulas y condiciones que reglarán sus recíprocos comportamientos, que debe constar en escritura pública según lo requiere para su validez el art. 1184, inciso 1º, reiterado además por la letra del art. 3128 en su comienzo, que debe ser aceptada por el acreedor, art. 3130, recaudos éstos de cumplimiento obligatorio, que, obviamente, no quedan satisfechos ni suplidos por una resolución judicial, como lo preconiza el autor.

Como corolario, el escenario natural de celebración de la hipoteca, como de cualquier otro tipo de contrato, es extraño totalmente a los estrados judiciales, y tiene lugar entre quienes, ejercitando la autonomía de la voluntad, establecen relaciones jurídicas en los términos de los arts. 944, 1137, 1197 y los propios de cada instituto que se encuentran regulados en nuestro ordenamiento legal vigente y exteriorizada dicha voluntad en documento idóneo para llenar los fines que se han propuesto las partes, de manera tal que, en el supuesto de la hipoteca, el documento idóneo no es otro que la escritura pública otorgada ante el oficial público designado por la ley, que es el escribano y no el juez.

Esta semblanza restrictiva significa, en consecuencia, que el juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional, al homologar los convenios sometidos a su aprobación en los juicios concursales que garanticen su cumplimiento mediante gravámenes reales, debe ordenar la constitución de la garantía hipotecaria por escritura pública.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

V. POSICIONES DOCTRINARIAS

16. Consideramos ocioso detenernos a analizar, por ser demasiado conocidas, las posiciones doctrinarias de comentaristas como Machado y Llerena, que admiten, tomando como punto de apoyo la nota al artículo 3128 del Código Civil, sin una mayor exégesis, como lo exige el tema en cuestión, la constitución de hipoteca en sede judicial, y que discrepan, en cambio, del pensamiento de, entre otros, Segovia, Cammarota y Salvat, decididos partidarios de la constitución de hipoteca por escritura pública, desechando de plano los sucedáneos del art. 3128 y su nota, y aun del mismo Lafaille, citado por Roitman, como inclinado por la solución que él propone, cuando en realidad Lafaille, al formular su comentario al texto del artículo en cuestión donde dice: "La hipoteca sólo puede ser constituida por escritura pública o por documentos, que sirviendo de títulos al dominio o derecho real, estén expedidos por autoridad competente para darlos...", agrega en su comentario: ". . . Pero las resoluciones de carácter administrativo antes aceptadas con tales fines perdieron ese valor, a raíz de la ley 9078 del 24 de febrero de 1913, reglamentaria de la Escribanía General de Gobierno, que dispuso en su artículo 1º que las hipotecas a favor del Estado debían extenderse ante dicho funcionario"(4)(384).

Vale decir, resumiendo, conforme a la autorizada opinión de los citados especialistas, desde la vigencia de esta ley sólo es posible constituir hipoteca por escritura pública, desplazando definitivamente, contrario sensu, a toda otra autoridad para llenar tal formalidad.

VI. EL ART. 3128 Y LA JURISPRUDENCIA

17. Dijimos más arriba, número 6, el escaso eco que ha tenido en nuestro derecho positivo el intento de aplicar la excepción instrumental para constituir hipoteca referida en el art. 3128, especialmente en sede judicial.

En tal sentido, examinada la jurisprudencia de los tribunales de la Capital Federal, el único fallo que hemos podido hallar referente al terna es de la Cámara Civil Segunda de fecha 21 de junio de 1933, en los autos "Massacane, Luis - Sucesión", registrado en Jurisprudencia Argentina, t. 12, pág. 812. El fallo, de los doctores Salvat y Lagos, con la disidencia del doctor Senillosa, expresa en sus considerandos: "1º) Que el art. 3128 del Cód. Civil establece que «la hipoteca solo puede ser constituida por escritura pública o por documentos que sirviendo de títulos al dominio o derecho real estén expedidos por autoridad competente para darlos, y deban hacer fe por sí mismos».

"2º) Que al hablar de «documentos» que reúnan la doble condición que la ley enumera, el legislador ha tenido en cuenta que hasta la sanción de la ley reglamentaria de la Escribanía General de Gobierno (ley núm. 9078, del 24 de febrero de 1913), muchos actos jurídicos que interesan al Estado se otorgaban por simples resoluciones dictadas en los respectivos expedientes administrativos, como ocurría con las concesiones de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ferrocarriles, títulos de tierras públicas, etc. (conf. nota del codificador al art. cit.; Machado, t. 8, pág. 56; Cammarota, A., Derecho hipotecario argentino, núm. 182, y Soares, A., La hipoteca, pág. 164) .

"3º) Que de acuerdo con estos antecedentes, no es posible admitir que la hipoteca pueda ser constituida en cuenta particionaria, por vía de adjudicación de un inmueble con garantía de ella por el saldo que excede el haber del heredero o esposo superviviente, no sólo porque al admitirlo se desconocerían los antecedentes que ilustran y determinan el alcance de la ley, sino también porque sería contrario al principio general de la necesidad de la escritura pública para la constitución de la hipoteca, exigida en el art. 1184, inc. 1º, del Cód. Civil, y reiterado como norma general en el mismo art. 3128, precedentemente citado.

"4º) Que en cuanto a la parte final de la nota del codificador a dicho artículo, en la cual hace alusión a legislaciones extranjeras que aceptan la constitución de la hipoteca por instrumento privado, debe observarse que se trataría de una cuestión de derecho internacional privado, extraña al caso de autos y que, por consiguiente, el tribunal no debe considerar ni resolver. El art. 3129 del mismo Código, por lo demás, consagra en términos precisos y categóricos una doctrina contraria a la que surge de la parte de la nota del codificador que se examina".

18. Al analizar los considerandos de este fallo, vemos que comportan una valoración exegética de la filosofía y espíritu contenidos en el régimen que abraza al instituto de la hipoteca en la normativa del Código Civil. Así, en la cita del art. 1184 inc. 1º), a que acude el tribunal de alzada, pone de relieve uno de los rasgos típicos de la figura, cual es el carácter convencional que reviste dicha garantía real como expresamente lo establece el art. 3115. La doctrina de este fallo que no admite la constitución de hipoteca en sede judicial, sino, por el contrario, mediante su instrumentación en escritura pública, fundándose el pronunciamiento precisamente en las disposiciones de los arts. 1184 inc. 1º) y 3128, o sea, los mismos preceptos que invoca Roitman para desarrollar su tesis opuesta, fuera del marco de la escritura pública, empero con una argumentación cuyas premisas hemos refutado, nos afirma en nuestra postura de rechazo a la solución auspiciada por el autor. La enseñanza que se desprende del fallo que comentamos, en el que luce el voto del doctor Salvat, eminente maestro del derecho civil argentino, marca el derrotero de la sana doctrina en torno del tema que nos ocupa y ha contribuido con sentido, diríamos docente, a esclarecer la competencia del Poder Judicial, deslindándola de la esfera del campo puramente contractual, por ser éste materia extraña a su jurisdicción y propia exclusivamente de las relaciones jurídicas. Es, por lo tanto, en este ámbito y no en sede judicial donde procede la constitución de hipoteca por escritura pública en todos los casos, por ser un requisito típico de forma legislativamente regulado. Esta orientación jurisprudencial y doctrinaria es la que históricamente ha prevalecido sin variantes en el derecho positivo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

argentino, consagrando de tal manera la estructura instrumental señalada.

VII. LA MODIFICACIÓN PROFUNDA DEL ART. 3128 EN EL PROYECTO DE REFORMAS DE 1936

19. Pero sigamos indagando aún más, dentro de la apretada reseña desarrollada en esta exposición y de la expresada orientación que persigue nuestra crítica, para ubicar en su órbita a una de las más enjundiosas muestras del pensamiento jurídico argentino, y así poder acreditar con otro ejemplo concluyente el rol de la escritura pública como único documento idóneo para la constitución de la hipoteca y el carácter convencional de dicha garantía real.

Nos referimos, desde luego, a la obra de la Comisión Reformadora del Código Civil, designada por el Poder Ejecutivo Nacional en 1926, integrada por esclarecidos maestros cuyos perfiles enmarcan el fuste de juristas de nota unánimemente reconocido. Al recordar sus nombres, cobran digno relieve las figuras de los doctores Roberto Repetto, Julián V. Pera, a quien sucedió el doctor Gastón Federico Tobal; Raymundo Salvat, a quien sucedió el doctor César de Tezanos Pinto; Héctor Lafaille, Juan Carlos Rébora, Juan Antonio Bibiloni, Rodolfo Rivarola, Enrique Martínez Paz y José A. Gervasoni. Dicha comisión, como es sabido, dio cima a su extraordinaria labor, que le demandó diez años, elevando al Poder Ejecutivo el 1º de octubre de 1936 el Proyecto de Reformas para cuya elaboración contó con el aporte imponderable de un civilista de los méritos del doctor Bibiloni, quien, como redactor del Anteproyecto de reformas, hubo de emplear alrededor de seis años para completar una magnífica plataforma de doctrina, así como hubo de calificar a su labor de gran jurista la propia exposición de motivos de la citada Reforma. Quedó de tal modo incorporado con caracteres indelebiles en el acontecer jurídico del país el plexo de las aportaciones contenidas en ambos cuerpos jurídicos: el Anteproyecto redactado por el doctor Bibiloni y el Proyecto de la referida Comisión Reformadora, los que desde entonces constituyen una fuente de indispensable remisión y permanente consulta por parte de los estudiosos de la evolución de nuestro derecho positivo y, en particular, de las instituciones que lo comprenden. Deliberadamente hemos puesto de resalto y traído a colación la tarea sin par del doctor Bibiloni y de los eruditos miembros de la Comisión Reformadora de 1936, tan difundida y, por lo tanto, ampliamente conocida por los jurisconsultos, magistrados y profesionales del derecho, que su evocación en estas circunstancias parecería redundante, no obstante lo cual, más adelante, en el número 28, nos ocupamos de visualizar esta labor.

20. Pues bien, esas dos vertientes doctrinarias estuvieron contestes en preceptuar exclusivamente la escritura pública para la constitución de la hipoteca. Así que el art. 2770 del Anteproyecto dispone: "La hipoteca no puede ser constituida sino por escritura pública...". Excluye, en consecuencia, toda la instrumentación supletoria permisiva y la que por vía

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de interpretación ha pretendido asignársele al art. 3128 y su nota. A su vez, en la exposición de motivos, el título X del Proyecto que trata de la Hipoteca, en el Capítulo I, relativo a las Disposiciones Generales, contiene, entre otras consideraciones, el párrafo que sigue: "En nuestro Proyecto, la hipoteca continúa siendo accesoria y convencional. Por ello mantenemos la doctrina de los arts. 3108 y 3115, así como las exigencias del 3109, pero modificamos lo dispuesto en los arts. 3128 y 3130, entendiendo con Bibiloni que no cabe constituir hipoteca por otro instrumento que no sea escritura pública". Sentada dicha premisa, el art. 1716 del Proyecto pone de relieve los rasgos señalados que tipifican la figura, como lo hemos enfatizado en nuestra crítica, cual es su carácter convencional, enumerando entre los requisitos constitutivos la instrumentación en escritura pública, y en tal sentido prescribe: "Para que la hipoteca convencional - única que este Código reconoce - pueda válidamente constituirse, es necesario: [...] 3°) Que conste de escritura pública, en la que se consigne la aceptación del acreedor". O sea, ambos preceptos se ubican en una misma línea doctrinal modificando profundamente la disposición del art. 3128. Así se pronuncia Bibiloni en la nota al art. 2770 que comentamos, en cuyo apartado 1°, refiriéndose al art. 3128, nos ilustra acabadamente acerca de sus alcances, y dice: "Autoriza el primero la constitución de la hipoteca por instrumentos de otra clase que las escrituras, emitidos, dice la nota, por los gobiernos, para que sirvan de título de dominio, y agrega, como las concesiones de ferrocarriles. Sin embargo, desde la época de la Colonia se otorgan las concesiones de tierras por escritura pública en que constan las resoluciones gubernativas por las que se concedieron en merced, o en venta. Quedan así protocolizadas, y no dependen del extravío o sustracción de un expediente. Esa forma de proceder es secular e invariable, y no existe motivo para apartarse de ella. Hasta las ventas judiciales se ajustan a ese proceder: son, sin embargo, las resoluciones en que se adoptan o disponen las expropiaciones del deudor ejecutado, actos de autoridad suficiente, e instrumentos públicos por sí mismos. Quedarían las hijuelas en que se estableciera cargo de alguna suma al adjudicatario de un bien por el excedente de valor. Pero no conviene apartarse del rigor de forma, porque se deslizaría fácilmente una derogación al principio inflexible de que no hay hipoteca judicial, sino exclusivamente convencional, y salvo la partición aceptada por todos los interesados - convencional, por consiguiente - sería hipoteca judicial la impuesta por la sentencia en una partición litigiosa. La primera si en la hijuela se ha establecido, debe ser reducida a escritura pública para que exista. Es demasiado grave el abandono del principio, para admitir excepciones...". Más adelante en el apartado 2° de la misma nota al art. 2770, concluye Bibiloni: "No juzgamos necesario expresar como el art. 3128, que la constitución de hipoteca puede hacerse en el instrumento que consigne el contrato principal. Es esa la regla de todos los actos, y con mayor razón de los accesorios. La disposición especial no se justifica sino cuando constituye excepción a un principio. Tampoco es necesario expresar que la hipoteca constituida en otra forma que la prescripta es nula: es la regla de los contratos".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

21. La circunstancia de no estar incorporado al derecho vigente el contenido de la Reforma de 1936 no le resta la fuerza de convicción que emana de su plataforma doctrinaria, por cuanto implica la más importante revisión integral del Código Civil desde la época de su sanción. En lo que respecta al art. 3128, y conforme a lo que hemos dicho en este trabajo, marca su ocaso virtual en cuanto a norma que pretenda invocarse con sustento idóneo para darle a la hipoteca otro tratamiento instrumental supletorio de la escritura pública en la constitución de esa garantía real, y menos aún para afirmar como implicancia su factibilidad de formalizarla en sede judicial, atento el carácter convencional que ella reviste, y en tal sentido extraña a los estrados judiciales.

VIII. LA CONVENCIONALIDAD COMO PRESUPUESTO ÚNICO

22. Así la titula Greco(5)(385) en el Capítulo IV, pág. 63, al abordar el tema Régimen de la Hipoteca en el Código Civil argentino. Expresa en detalle (pág. 59) que durante la vigencia del derecho patrio, es decir el periodo comprendido entre la emancipación política y la sanción del Código Civil, se aplicaron las disposiciones de las leyes españolas, cuya legislación admitía diversas clases de hipotecas, y además de las legales existían la pretoriana y la judicial. Al entrar en materia este autor en el desarrollo del tema, nos interesa reproducir las palabras que emplea porque sus conceptos clarifican aún más lo que ya hemos expuesto más arriba (número 10) acerca del pensamiento del codificador con respecto al rol de los arts. 3115 y 3128 en cuestión. En tal sentido dice Greco: "En lo que atañe a nuestro tema, Vélez se encontró con ese acervo de precedentes romano - hispánicos de las hipotecas tácitas o legales y de las hipotecas judiciales. . . Que tuvo en cuenta las soluciones del derecho patrio no nos cabe la menor duda. Lo confirman las citas contenidas en las notas a los arts. 3115... 3128. . . ". Y agrega Greco: "Pero tener en cuenta no significa adoptar, sino someter lo existente a juicio crítico para decidir si conviene mantenerlo o modificarlo. Precisamente por haber apreciado las modalidades locales y haber advertido en su intensa y dilatada... actuación profesional, los inconvenientes originados por el funcionamiento de las hipotecas legales y judiciales, se decidió a proscribirlas". Y continúa más adelante al referirse al art. 3115: "...proyectó la norma que habría de erradicar definitivamente las antieconómicas hipotecas legales y judiciales: No hay otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma prescripta en este título (art. 3115)".

IX. EL FALLO EN AUTOS "MAGANOR SA - QUIEBRA"

23. El fallo de referencia, publicado en revista La Ley, t. 1981 - C, págs. 111/113 (en realidad caratulado "Maganor SA - Concurso preventivo"), que cita el autor en apoyo de su tesis, confirma, como hemos dicho, el decisorio de primera instancia que tuvo por constituida una hipoteca sin intervención

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notarial, en garantía de un concordato ofrecido y homologado en un concurso comercial y ordenada la inscripción en el Registro de la Propiedad por vía de oficio.

El trámite en primera instancia reúne, podríamos decir, dos etapas: la primera transcurre dentro de los cauces propios del proceso concursal hasta culminar con la homologación por el juzgado del acuerdo preventivo aprobado por la junta de acreedores, fijándole plazo a la concursada para la constitución de la garantía hipotecaria ofrecida sobre los inmuebles de su propiedad individualizados en autos, como asimismo, y a los fines de la designación del escribano para formalizar las escrituras pertinentes, se establece fecha de la audiencia destinada a practicar el sorteo del profesional interviniente (fs. 729, punto II). Como podrá advertirse, el juez de autos dispuso en este tramo del juicio la constitución de las hipotecas por escritura pública, es decir, contemplando los requisitos de fondo y de forma que requiere el instituto para su validez.

Termina, a nuestro entender, para decirlo de alguna manera, esta primera etapa procesal en torno de la forma de instrumentación de la garantía hipotecaria, que es exclusivamente de lo que nos concierne ocuparnos en nuestra crítica, y se produce la segunda, a raíz de la presentación del escribano interviniente denunciando, como respuesta a su consulta, la actitud de la Dirección de Rentas de la Provincia de Buenos Aires de hacerlo responsable personalmente por el pago en caso de no ingresar el importe correspondiente al impuesto de sellos por la constitución por escritura pública de las hipotecas dispuestas, no obstante provenir de un proceso concursal.

Ante la situación planteada, el juez resuelve dejar sin efecto lo ordenado en relación con la constitución de las garantías hipotecarias por escritura pública, como, asimismo, la designación del escribano, disponiendo en la emergencia la anotación de las hipotecas ordenadas en autos mediante oficios. Funda el a quo la resolución adoptada en base a lo dispuesto en el primer párrafo del art. 63 de la ley 19551, que dice: "La resolución que homologue el acuerdo debe disponer las medidas judiciales necesarias para su cumplimiento".

X. ALGUNAS REFLEXIONES

24. Al respecto, lo acontecido nos sugiere las siguientes reflexiones:

I. El juzgado ya había dispuesto las medidas judiciales necesarias en oportunidad de homologar el acuerdo preventivo, ordenando a la sazón la constitución de las hipotecas por escritura pública, fijando además el plazo para su cumplimiento. Vale decir, como hemos apuntado, contemplando de suyo en la resolución recordada los requisitos de forma y de fondo que exige la ley sustantiva para la formalización de la garantía real.

II. En tanto esta medida inobjetable del juzgado dictada en plena armonía con el ordenamiento jurídico referido al ritual que conlleva el contrato hipotecario, se encaminaba hacia su efectivo cumplimiento, todo este procedimiento se ve bruscamente interrumpido por la decisión del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

juzgado, según se ha visto, de considerar constituidas las hipotecas sin escritura pública. Todo ello, a raíz de la actitud intransigente de la Dirección de Rentas de la Provincia de Buenos Aires que, por sí y ante sí, como respuesta a una consulta del escribano, decide por mero trámite administrativo y rutinario, si se quiere, sin atender a las circunstancias del caso (hipoteca por otorgarse en juicio concursal y de actuar el escribano por orden judicial) de responsabilizarlo personalmente por el pago del impuesto de sellos.

III. Aparte de considerar nosotros a todas luces insuficiente la sola invocación del art. 63 para convalidar el brusco apartamiento del procedimiento ortodoxo seguido en un principio, debió haberse advertido, en cambio, el desacato constitucional puesto de manifiesto por el organismo fiscal provincial aludido, y adoptar en la emergencia el remedio condigno aconsejado por las circunstancias, cual era el de destacar la anormalidad en la que incurre el ente provincial y la extemporánea exigencia del pago del impuesto atento lo previsto al respecto por la ley 19551. En efecto: el desacato reside en no haber condicionado sus legítimos derechos, que no están en discusión, de percepción del impuesto de sellos, de haberse otorgado la escritura de hipoteca, a los dictados de la ley nacional de concursos, sometiéndose a las disposiciones que ella prevé con respecto a la oportunidad de hacer efectivo el cobro del impuesto conforme lo establece el art. 296 inciso 8, con la preferencia que puesta en su rol de acreedora del concurso visualiza el art. 264 inc. 7, tal como en definitiva así lo hizo la Dirección General de Rentas mencionada, presentándose en este juicio a verificar su crédito originado en el impuesto de sellos devengado por la hipoteca constituida según la resolución judicial referida y que en ese carácter fue verificado efectivamente. En tal virtud, es decir como resultado de haberse sometido en este caso a la potestad jurisdiccional, quedó sin respaldo legal alguno su postura arbitraria del principio de hacer prevalecer únicamente la norma impositiva local, carente además de uniformidad de tratamiento fiscal, al asumir dos posturas diferentes frente a un mismo hecho imponible proveniente de la misma fuente, ya que, de la misma manera que al reconocer implícitamente el procedimiento de autos, aceptó concurrir a verificar su crédito resultante de la hipoteca constituida en sede judicial, debió allanarse con iguales alcances, como era su obligación de índole constitucional, y adoptar, en síntesis, similar temperamento, de haberse formalizado por escritura pública la misma garantía real, como estaba dispuesto originariamente en este juicio.

IV. Entre los poderes delegados por las provincias al gobierno federal, conforme con el art. 108 de la Constitución Nacional, se encuentran los que dan nacimiento a las atribuciones del Congreso Nacional, que investido del Poder Legislativo y de conformidad con el art. 67 inc. 11 de nuestra Carta Magna, le corresponde dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, y especialmente leyes generales para toda la Nación, entre otras, sobre bancarrotas (el subrayado es nuestro). El mismo art. 108 expresa con toda claridad que las provincias no ejercen el poder delegado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a la Nación, y, en consecuencia, no pueden dictar los mencionados Códigos, ni, entre otras leyes especiales, las de bancarrotas (el subrayado es nuestro). Los citados preceptos constitucionales demuestran obviamente el carácter nacional que reviste la ley de concursos y, por ende, el sometimiento obligatorio de las provincias a sus disposiciones no solamente de carácter patrimonial jurídico y procesal, sino también fiscal. Y en este último aspecto, es decir, el fiscal, debe tenerse presente que la ley de concursos no desconoce el ejercicio del poder tributario que emana de las autonomías provinciales y no persigue tampoco menoscabar sus legítimos derechos en materia impositiva en los rubros reglados por las respectivas leyes locales, sino simplemente los encuadra dentro de un tratamiento especial, como hemos señalado.

Cabe, entonces, resaltar que la Dirección General de Rentas de la Provincia de Buenos Aires no prestó en un principio el acatamiento debido a las reglas de la ley concursal al expedirse en los términos a que nos hemos referido, acerca de la consulta cursada por el escribano judicialmente designado para formalizar la escritura de las hipotecas ordenadas en autos, de resultas de la cual fracasó la instrumentación por esa vía.

V. Frente a la emergencia, pensamos que el juzgado no hizo valer los preceptos constitucionales; citados, de carácter decisivo y suficientes por sí mismos, a nuestro juicio, para determinar el a quo a mantener firme su primera resolución respecto de la forma instrumental ordenada, máxime cuando al organismo fiscal provincial, ante la transgresión en la que ha incurrido, no le asistía ningún derecho a enervarla a través de la mera respuesta a una consulta.

En tal sentido, como dijimos más arriba, el remedio condigno a las circunstancias del caso aconsejaba que el juzgado dictase una providencia ordenando, en una nueva presentación del escribano designado, recabar la reconsideración, al ente fiscal provincial, de la arbitraria medida contenida en la respuesta en cuestión, con cita de las mencionadas disposiciones de carácter constitucional, en clara alusión al deber de acatamiento que por extensión le correspondía guardar a las reglas de la ley 19551. A nuestro entender, tal advertencia hubiera tenido el mismo efecto práctico que a la postre obligó, como hemos reseñado, a concurrir al fisco provincial a verificar su crédito en el juicio concursal. De esa manera, estimamos, hubiera evitado recurrir a esa forma supletoria de instrumentación de la hipoteca en sede judicial por aplicación del art. 3128 del Cód. Civil, que, repetimos aquí, no ha tenido arraigo en nuestro derecho positivo y se encuentra desmerecida por la doctrina tradicional.

XI. ECOS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936

25. Volvemos a recordar los conceptos atinentes al Anteproyecto y Proyecto de Reformas vertidos precedentemente (n° 21), y especialmente en lo que respecta a la fuerza de convicción que emana de su plataforma doctrinaria, que la destaca con los atributos de una moderna escuela de doctrina de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

futuro, a partir de ese evento. Pues bien, como sabemos, la Reforma se pronunció en forma adversa y terminante contra toda instrumentación supletoria de la escritura pública, prevista en el art. 3128, para la constitución de la hipoteca ya fuere en sede judicial o extrajudicial, marcando desde entonces, como hemos sostenido, el ocaso virtual del citado artículo en cuanto a los fines permisivos instrumentales que ahora se pretende adjudicarle.

26. El comentario precedente lo formulamos por cuanto el tribunal de alzada al cual fueron elevados los autos para resolver acerca de la procedencia de la verificación del impuesto de sellos resultante de la hipoteca constituida por actuaciones en el expediente judicial y no por escritura pública, consideró plausible el procedimiento seguido por el juez de primera instancia, que ha sido motivo de nuestra crítica. El tribunal, al confirmar el decisorio del a quo, expresa, entre otros conceptos, a través del voto de los doctores Edgardo M. Alberti y Francisco M. Bosch: "El juez de 1º instancia con jurisdicción destinada a merecer el mayor de los elogios, superó alongaderas y «tuvo por constituida» una hipoteca destinada a garantizar un acuerdo logrado en este concurso comercial. La figura es original, por infrecuente, pero en modo alguna viciosa, porque el Cód. Civil, art. 3128, concibe la constitución de hipoteca por documentos distintos de la escritura pública. . .".

27. Con referencia al pronunciamiento de 2º instancia, no participamos de los elogios que el voto aludido dispensa al juez del concurso. Las causas de nuestra discrepancia han quedado dichas precedentemente en las reflexiones efectuadas al fundar los reparos que nos ha merecido el fallo de la instancia. Cabe, a nuestro juicio, formular los mismos reparos a lo resuelto en esta instancia superior. Como dijimos al principio, no suscribimos este fallo, por cuanto se limita pura y exclusivamente a la cita del art. 3128 del Cód. Civil como única disposición con entidad suficiente y de suyo confirmatoria del fallo del a quo elevado en apelación, que el tribunal de alzada considera aplicable al caso. Se ha querido sentar la doctrina de la hipoteca en sede judicial que hemos objetado. Nos remitimos para fundar nuestro desacuerdo a lo expuesto acerca del art. 3128 en este trabajo.

La solución a que arriba el voto que comentamos sostiene, a manera de corolario, el párrafo siguiente: ". . . Esto hace oportuno recordar la enorme riqueza que el derecho ofrece a quienes sepan buscarla, de modo que los caminos infrecuentes son de tanta legitimidad y generalmente más económicos que aquellos por los cuales transitan las personas inexpertas".

28. Tomando el párrafo transcrito sin otras implicancias que las referidas exclusivamente al tema que nos ocupa, creemos firmemente que "la enorme riqueza que el derecho ofrece a quienes sepan buscarla", y más precisamente en torno del rol de la escritura pública como único documento idóneo para la constitución de la hipoteca, y el carácter convencional que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reviste dicha garantía real, creemos, repetimos, que ese camino ya fue transitado brillantemente y en forma exhaustiva en el sentido expuesto, tanto por Bibiloni en el Anteproyecto, cuanto por los esclarecidos juristas autores del Proyecto de Reformas del Código Civil de 1936. Nos remitimos, por lo tanto, a lo dicho (puntos 19, 20 y 21), a las enseñanzas de esa escuela permanente de doctrina, y no a las conclusiones de este fallo. Damos también, en tal sentido, adecuada respuesta a los mismos conceptos con que concluye su trabajo el autor Horacio Roitman.

XII. EL ARANCEL NOTARIAL

Queda para considerar, como final, el argumento de la excesiva onerosidad que implica la intervención notarial en la constitución de la hipoteca, para eliminar la cual, nada mejor que disponerla por orden Judicial y proceder a inscribirla

Sólo que en la práctica el magistrado interviniente se limita a ordenar de acuerdo con lo solicitado, es decir, que alguien habrá de encargarse de preparar el oficio, glosar el expediente, reproducir sus partes pertinentes, presentarlo al juzgado, obtener las firmas, proceder a su inscripción, subsanar las observaciones registrales que puedan recaer sobre él y, finalmente, devolverlo inscrito al juzgado. Ese alguien, naturalmente letrado, ¿prestará honorariamente su responsabilidad y servicios para obtener esa constitución e inscripción?

El notario, cuando actúa, además de la autoría del documento que debe extender dentro del encuadre jurídico requerido por la ley y de su función fedante, tiene sobre sí obligaciones de índole administrativa y fiscal que debe satisfacer, pues en su carácter de agente de información, liquidación, recepción o retención de impuestos, tasas y contribuciones, está solidariamente obligado con las partes a su pago o cancelación, carácter éste que no reviste quien tome a su cargo el trámite que venimos comentando para la constitución e inscripción de la hipoteca.

¿Está en condiciones el título del inmueble para ser afectado? ¿Quién lo ha estudiado o realizado el análisis de sus antecedentes? ¿Se encuentran los impuestos, tasas y contribuciones al día? ¿Quién ha tramitado los certificados administrativos? ¿Se paga el impuesto de sellos? ¿Quién lo hace? ¿Se abonan las tasas de inscripción registral? ¿Quién se encarga? ¿Y todo ello sin retribución?

La sola mención de las características de la labor muestra, frente al monto del honorario (el dos por ciento - 2 % - de la operación), que difícilmente nadie, ni profesional ni idóneo, ni tercero autorizado se allanará a asumir las responsabilidades que el adecuado cumplimiento de la tarea implica, ni a realizar el trabajo concreto que ella demanda por una retribución del dos por ciento. Cuando se habla a bulto de la onerosidad de la intervención notarial se obvia el análisis de ese costo, pues si bien éste puede oscilar entre un seis y un ocho por ciento del monto de la operación, no se dice que el dos por ciento solamente corresponde al honorario del escribano - en el mejor de los casos - y el resto a los gastos que le demanda a éste concretar la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escrituración correspondiente, entre los que se cuenta, sin excluir otros, el pago de derechos al Estado nacional, provincial o al municipio y sus diversas reparticiones y dependencias por el pedido obligatorio de los certificados de libre ceuda y su posterior trámite, mediante el concurso remunerado de los despachantes y personal auxiliar, para abonar las deudas informadas y cumplimentar otras obligaciones. Y si a ello se agrega la responsabilidad civil, administrativa, penal y profesional que caracterizan la función fedataria, el panorama resultará evidentemente todo lo contrario de lo que se afirma, sí, pero que todos se cuidan muy bien de probar, por la sencilla razón de que carecen de fundamento para hacerlo.

El arancel del escribano es fijo: el dos por ciento. Cualquiera de las comisiones que se perciben actualmente en el mundo de los negocios, simplemente para poner en comunicación a dos partes, excede holgadamente dicho porcentual. ¿Qué decir de lo que permite aspirar un arancel con mínimos y máximos, teniendo sobre todo en cuenta que para cualquiera de las profesiones con aranceles fijados por ley o decreto en asuntos en que intervienen como letrados o peritos en los expedientes judiciales, se suele arrancar de una escala superior a la notarial para concluir con una máxima de hasta el veinte por ciento?

Observaba hace muchos años un decano de la facultad de derecho en Canadá las diferencias existentes entre el quehacer del participante en el juicio, a quien las observaciones de empleados, secretarios, jueces, fiscales, representantes del fisco, defensores de menores y ausentes, etc., van corrigiendo el trámite hasta alcanzarse, merced a ese esfuerzo y aporte en común, la solución final del negocio, garantizada subsidiariamente por la intervención de la alzada, frente al escribano, quien debe proporcionar la necesaria seguridad jurídica a su quehacer, y afrontar sus errores o inadvertencias o, simples demoras con recargos, intereses, sanciones punitivas y responsabilidades que aquellos otros no tienen y que les permite verse libres de lo que alguno llegó a denominar "el pánico del protocolo".

Resulta obligado observar el punto al que ha llegado la irreflexión en esta materia del costo notarial, en la que toda la observación se limita a sostener su onerosidad, y se prescinde del análisis sereno del interés de la comunidad en juego. Todos están acordes en que el Estado no puede asumir la totalidad de las funciones que en el complejo orden de la convivencia corresponde a una comunidad civilizada, pero todos parecen empeñados en someter a la burocracia cuanto hacen los demás, pensando en salvaguardar únicamente la propia independencia, sin advertir que, desatadas las fuerzas sociales, se hace, si no imposible, muy largo, penoso y difícil remontar las corrientes que arrastran hacia consecuencias no suficientemente meditadas.

El notariado es función esencial en el seno de la sociedad. O la cumplen los profesionales idóneos e independientes, o la realiza el Estado, con todas sus consecuencias. La opción es de hierro. No admite matices. ¿Es por ello que cuanto más se declama por la libertad en su sentido más noble y bien entendido en el mundo de nuestro tiempo, más se tiende a enajenarla en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

manos de un Estado providencia? Así parece ser, por paradoja, si atendemos a esta nueva propuesta en el caso que venimos comentando, de eliminación de la intervención notarial, resultante de una manifestación sin mayor fundamento ni sustento jurídico, social, económico y ético, pues nadie puede sostener que el trabajo no ha de ser retribuido, y mucho menos puede nadie - por medios indirectos - aspirar a tener para sí dicha retribución sin poder garantizar, en cambio, la misma idoneidad y responsabilidad para la asunción de la tarea.

De ahí la fundamental disidencia que dejamos planteada en este aspecto, como observación final a nuestro propósito.

**REFLEXIONES SOBRE EL LLAMADO SISTEMA DE CONSTRUCCIÓN POR
CONSORCIO DE COPROPIETARIOS(*)⁽³⁸⁶⁾**

LAUREANO ARTURO MOREIRA

SUMARIO

1. El llamado sistema de construcción por consorcio. 2. Consorcio para la construcción, consorcio de copropietarios y preconsorcio. 3. Distintos sistemas. 4. Jurisprudencia: aplicación de las normas que regulan la sociedad. 5. Doctrina. 6. Algo más sobre condominio y sociedad. 7. Breve noticia de derecho comparado. 8. Conclusiones.

1. EL LLAMADO SISTEMA DE CONSTRUCCIÓN POR CONSORCIO

Un nuevo fallo de los tribunales de la Capital Federal nos llama a reflexionar sobre la compleja e interesante problemática que rodea a estos contratos, que, en la práctica negocial, son conocidos de manera imprecisa como construcción por consorcio de copropietarios o de condóminos⁽¹⁾⁽³⁸⁷⁾, carecen de una regulación legal específica y presentan un vacío legislativo seriamente criticado por quienes estudian las cuestiones que suelen presentar⁽²⁾⁽³⁸⁸⁾.

El modus operandi corriente en estos negocios jurídicos consiste en la suscripción de un contrato por adhesión, que un promotor celebra con cada uno de los interesados en la adquisición de una unidad que integrará el edificio por construir, comprometiéndose éste a la adquisición de una cuota parte indivisa sobre el terreno, y a aportar los fondos proporcionales necesarios para la construcción del edificio, encargándosele al promotor la realización de todos los actos necesarios para ello, incluida la adquisición de la mencionada cuota parte indivisa del terreno, la celebración de los contratos de locación de obra necesarios para la edificación, recaudación, administración y empleo de los fondos, la administración de la obra, las relaciones con los profesionales que la proyectan y dirigen, y con los locadores de obra, con el consiguiente otorgamiento de poderes irrevocables para todos esos actos.

Dicho contrato, que a veces se celebra en documento privado y más corrientemente en escritura pública, es seguido por la escritura de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

adquisición de las cuotas partes indivisas del terreno, acto éste que algunas veces es simultáneo con el convenio inicial, otras veces se realiza tiempo después, luego de obtenido un número suficiente de adherentes y, en otros casos, se demora hasta la finalización de la obra con el consiguiente riesgo para el conjunto de adherentes, derivado del hecho de que el inmueble y las obras ejecutadas quedan en cabeza del promotor o del anterior titular del dominio.

Terminada la obra, obtenida la autorización municipal y aprobada la mensura para la división por el sistema de la ley 13512, el promotor, como apoderado de los adherentes, otorga la escritura de Reglamento de copropiedad y administración y la división del condominio, con adjudicación de las unidades entre los adherentes o condóminos, conforme al proyecto de adjudicación que contienen los convenios iniciales.

El costo de la obra, en la parte proporcional, se ajusta por diferentes sistemas: liquidación del costo real, con más los honorarios de arquitectos e ingenieros por el proyecto y la dirección de obra, la comisión del promotor, y los honorarios por administración de la obra; o bien la fijación de un precio ajustable conforme a diferentes módulos estabilizadores: costo de la construcción, según las estadísticas oficiales o la de la Cámara de la Construcción, costo de vida, moneda extranjera, etcétera.

A veces se conviene la intervención de una comisión de apoderados con funciones de contralor y de aplicación de sanciones a los copropietarios morosos, que van hasta la posibilidad de exclusión del moroso de su parte indivisa en el condominio y su venta particular, mediante un poder irrevocable. Muchas veces esas comisiones son integradas por adherentes solidarios con los intereses del promotor(3)(389).

En algunas ocasiones, el promotor no es una persona que lucra con esa actividad, sino una entidad oficial de crédito, un organismo estatal para la planificación de la vivienda, entidades gremiales, cooperativas de vivienda u otras entidades intermedias.

Y, en otros casos, se trata de la agrupación directa de los interesados en la construcción y adjudicación de unidades, que realizan la obra directamente, mediante la actuación de una comisión interna, o bien encomiendan su gestión a un administrador.

2. CONSORCIO PARA LA CONSTRUCCIÓN, CONSORCIO DE COPROPIETARIOS Y PRECONSORCIO

Conviene distinguir conceptualmente este llamado consorcio de copropietarios o conjunto de condóminos del consorcio de copropietarios a que se refiere la ley 13512, si bien está integrado en principio por las mismas personas(4)(390).

En el primer caso, se trata del conjunto de condóminos o como lo acepta la jurisprudencia - los integrantes de una relación contractual que si bien no caracteriza típicamente una sociedad, se regiría por las normas de la sociedad civil, que se comprometen a realizar los aportes necesarios para la construcción de la obra y la división y adjudicación del edificio por el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sistema de la propiedad horizontal.

El consorcio de copropietarios, regulado por la ley 13512 y su decreto reglamentario 18734/49, agrupa a todos los propietarios de unidades del edificio, quienes a la vez, son copropietarios del terreno y de las cosas y bienes comunes del inmueble general, y tiene por finalidad la administración y funcionamiento del edificio, la recaudación y empleo de los fondos necesarios para ello. Conforme a la doctrina mayoritaria, que puede considerarse impuesta tanto en nuestro país como en el derecho comparado, este consorcio de copropietarios tiene personalidad jurídica limitada al cumplimiento de sus fines de administración de la cosa común. El terreno y las cosas comunes no integran el patrimonio del consorcio a que se refiere la ley 13512, sino que pertenecen en copropiedad a los propietarios de unidades, cuyo derecho se integra en forma inseparable por la propiedad de la respectiva unidad y la copropiedad de las cosas comunes.

En los edificios sometidos al régimen de la propiedad horizontal se ha extinguido el condominio clásico que regula el Código Civil, y para la incorporación de nuevas construcciones debe contarse con el acuerdo unánime de los copropietarios (art. 7°, ley 13512), salvo que se trate de innovaciones tendientes a obtener el mejoramiento de las cosas comunes, o un uso y goce más cómodo o de mayor renta, que puede aprobarse por mayoría (art. 8°, ley 13512), tema sobre el que discrepa la doctrina.

Debe quedar claramente fijada, en consecuencia, la finalidad diferente de ambos llamados "consorcios", la situación transitoria de uno y permanente (mientras exista el edificio) del otro, y el hecho de que uno (el llamado consorcio para la construcción) se extingue cuando nace el otro.

También debe distinguirse el consorcio para la construcción del llamado preconsorcio que administra de hecho un edificio ya terminado, con anterioridad al otorgamiento del Reglamento de copropiedad y administración: la jurisprudencia admite que, en los hechos, el conjunto de los ocupantes de un edificio que habrá de ser dividido por el sistema de la propiedad horizontal (corrientemente compradores mediante boleto de compraventa que se halla en posesión de los diferentes departamentos o locales) funcione de manera orgánica y unitaria con anterioridad al otorgamiento del Reglamento de copropiedad y administración, o sea, antes del sometimiento y división del edificio conforme a la ley 13512. De modo que, luego de finalizada la construcción, durante el período necesario para la aprobación del plano de mensura y subdivisión, y para resolver problemas legales (trámites sucesorios, levantamientos de embargos o inhibiciones; alternativas de la quiebra; obtención de poderes y documentos habilitantes, etc.), el funcionamiento del edificio supone la celebración y cumplimiento de contratos laborales, la provisión y pago de combustibles y energía, adquisición de materiales para el mantenimiento, la contratación de seguros y demás provisiones necesarias para su aprovechamiento por la comunidad.

En base a estas circunstancias, se ha reconocido como excepción la existencia de dicho fenómeno asociativo, al que, por analogía y basado en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el artículo 16 del Código Civil, se lo considera regido por reglas similares a las que establece la Ley 13512 para el consorcio de copropietarios, reconociéndose a dicho preconsorcio la calidad de sujeto de derecho en base al argumento del artículo 33, segunda parte, inciso 2 del Código Civil (ley 17711), pero, a condición de que se pruebe la existencia de una comunidad de intereses y su gestión promiscua por los asociados (arts. 1663, 1664 y 1665).

Dicha jurisprudencia requiere la prueba fehaciente de la gestión común de los intereses de esa comunidad, sin que el posterior otorgamiento del Reglamento de copropiedad autorice a presumir la preexistencia del consorcio de la ley 13512 como sujeto de derecho, ni a considerar que se trate del mismo ente. Tan importante es esta limitación, que se ha declarado que "sólo las obligaciones asumidas en miras a la satisfacción de cargas comunes podrán eventualmente reputarse contraídas por el consorcio y vinculatorias para el ente posteriormente constituido en forma regular [...]. Dentro de tales obligaciones no pueden quedar comprendidas las contraídas con motivo de la construcción del edificio"(5)(391).

La ley 19724 ha seguido este criterio al disponer la aplicación provisional del Proyecto de Reglamento de copropiedad y administración, en tanto fuere compatible, mientras no se constituya definitivamente el consorcio de copropietarios (art. 28), autorizar la percepción de expensas comunes (art. 26) y la designación de administrador provisorio (art. 25).

3. DISTINTOS SISTEMAS

También debe tenerse presentes las modalidades diferentes de los distintos sistemas de contratación sobre departamentos por construir o en proceso de construcción:

1. La llamada comercialización por empresa vendedora(6)(392) suele verificarse mediante la suscripción de boletos de compraventa de unidades por construir o en proceso de construcción, entre la empresa constructora, o el propietario del terreno, como parte vendedora, y el interesado en su adquisición, como parte compradora.

Esta forma de contratación está regida por la ley 19724, llamada de prehorizontalidad, debiendo cumplir con todos los recaudos que ella establece(7)(393).

Entre otras disposiciones, la ley 19724 contiene algunas referidas a la construcción: declara la nulidad de toda cláusula que deje librado el reajuste del precio a la voluntad del propietario, vendedor, constructor o a terceros vinculados con ellos, aunque actúen como árbitros (art. 15); autoriza la designación de un interventor judicial en la administración de la obra, a fin de controlar y prevenir el menoscabo de los bienes, si resultaren graves irregularidades, y, a pedido de una parte de los adquirentes (art. 27); autoriza la remoción del administrador de la obra por mayoría de porcentuales, si se hubieren enajenado unidades que representen el 50 por ciento de ellos (art. 29); autoriza la adjudicación del inmueble en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

condominio, si la obra se paralizare durante más de seis meses con imposibilidad de continuarse por causas imputables al propietario, no estando éste en quiebra o concurso (art. 30); permite la rescisión del contrato con el constructor si la obra se paraliza por causa imputable a él, cuando el administrador o adquirentes que totalicen el diez por ciento del valor del inmueble lo pidieren, y la decisión sea tomada por mayoría absoluta de adquirentes (art. 31).

Sin perjuicio de esto, y de la calificación que las partes atribuyen al boleto como de compraventa, se discute en doctrina y jurisprudencia la verdadera esencia del contrato celebrado y las normas que le son aplicables: para los Tribunales de la Capital Federal se trata de una compraventa de cosa futura; según la jurisprudencia predominante en la provincia de Buenos Aires y la mayoría de la doctrina, siguiendo a Spota, se trata de un contrato de locación de obra, y según una minoría doctrinaria, se trata de un contrato mixto de los caracteres de la compraventa y de la locación de obra(8)(394).

2. La construcción del edificio y adjudicación de las unidades mediante esquemas societarios. En estos casos se constituye una sociedad (que suele ser sociedad civil, sociedad anónima, o sociedad de responsabilidad limitada) que adquiere el terreno y recauda los fondos necesarios para la edificación. Terminada la obra efectúa la división del inmueble por el sistema de la propiedad horizontal y otorga el Reglamento de copropiedad y administración; procede a la disolución de la sociedad, adjudicando cada unidad al titular de cada cuota o acción, conforme al acuerdo inicial de adjudicación.

Los interesados en la adquisición de unidades por este sistema suscriben cuotas sociales o acciones de la mencionada sociedad y se comprometen a afrontar la parte proporcional del costo de la obra mediante aportes suplementarios o mediante un compromiso que reglamenta las obligaciones vinculadas con la construcción.

Antes de la adjudicación final de las unidades, sólo son titulares de un derecho personal o creditorio, la cuota o acción de la sociedad, la que se rige conforme a las disposiciones legales correspondientes: el Código Civil, si se trata de una sociedad civil, o la ley 1955, si se trata de una sociedad mercantil.

El terreno y la construcción que sobre él se emplaza pertenecen en propiedad al ente societario constituido.

La construcción se realiza mediante la celebración de contratos de locación de obra entre la sociedad como locataria y el respectivo locador o empresario.

La administración de la obra puede ser llevada por la sociedad o encomendada a un administrador(9)(395).

3. El llamado sistema de dominio fiduciario, empleado por algunas instituciones oficiales y entidades intermedias que, con arreglo al artículo 2662 del Código Civil, adquieren el dominio del terreno en fideicomiso singular "subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero.

En este esquema, el dominio del terreno es transferido al fiduciario, con el encargo de realizar la obra con los aportes que efectúen los fiduciantes, divide el edificio a su terminación por el sistema de la ley 13512, y entregue a los fiduciantes las unidades respectivas en propiedad horizontal.

Los fiduciantes efectúan sus aportes al fiduciario, que administra la obra, controla a los contratistas y suele acordar créditos para su realización(10)(396).

4. El llamado sistema de construcción por consorcio, antes expuesto, no debe ser confundido con los precedentes, ya que le son aplicables otras disposiciones legales.

La ley 20276 exceptuó del régimen prehorizontal de la ley 19724 a "la adjudicación de unidades particulares en inmuebles, que se haga a los condóminos, comuneros, socios o asociados, por participación o división de condominio, comunidad hereditaria, sociedad o asociación" (art. 1° inciso a).

Ha quedado, así, fuera de toda regulación normativa específica este importante sistema de contratación, al negársele aún la relativa protección del insuficiente régimen prehorizontal.

Ello no obstante, entiendo que, por analogía, le son aplicables las disposiciones de la ley 19724, que se refieren a problemas vinculados con la construcción, como los artículos 15, 27, 29 y 31, antes mencionados.

Es útil advertir algunas de las diferencias que existen entre la situación jurídica de los interesados en la adquisición de unidades por el sistema de comercialización por empresa vendedora (titulares de los derechos emergentes de un boleto de compraventa regido por la ley 19724), y la de los interesados en su adquisición por el sistema de construcción por consorcio de copropietarios. En el primer caso, cada comprador se vincula en forma bilateral con el vendedor de todas las unidades en forma separada y aislada, y no mantiene vínculos con los restantes compradores de unidades (excepto algunas facultades que le reconocen al conjunto los arts. 24, 25, 27, 29, 30 y 31 de la ley 19724).

Por el contrario, en la construcción por consorcio, el promotor sólo es mandatario del conjunto de condóminos o del conjunto de compradores del terreno, mediante boleto de compraventa, que está en posesión de aquél; también puede tener a su cargo obligaciones propias de las obras o servicios que se compromete a realizar; entre esos condóminos o comuneros existe una relación plurilateral regida por tales cláusulas del respectivo contrato por adhesión y las normas aplicables del Código Civil, especialmente en cuanto se vincula con la obligatoriedad de los aportes, los aportes suplementarios, la situación del adherente moroso, la partición acordada, etcétera.

4. JURISPRUDENCIA: APLICACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

SOCIEDAD

No son muchos los fallos publicados sobre esta materia, pero en ellos se advierte una clara orientación favorable a la aplicación de las normas que regulan a las sociedades en algunos de los problemas que se presentan, si bien haciendo la expresa salvedad de que no está configurada típicamente la figura de la sociedad.

Parece conveniente pasar revista a los argumentos sostenidos en algunas de estas sentencias, así como a otras cuestiones vinculadas con este tema, y a fallos dictados en casos que no configuran los contratos que se estudian, pero cuyas conclusiones son aplicables:

1. El reciente fallo de la Sala E de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, de fecha 29 de marzo de 1982 (publicado en E.D. del 9/8/82), en autos caratulados "Ganduglia, Héctor c/Epla Inmobiliaria SRL y otros".

Se trataba de un caso en el que una sociedad promotora - concertó todos los convenios concernientes a la construcción del edificio. La comisión y la asamblea serían después responsables por la marcha de la obra frente a los adquirentes. Sin embargo, la sociedad promotora continuó de facto en sus funciones, que, a juicio del vocal preopinante no son de mandataria sino de locadora de obra. Uno de los adherentes demandó a la sociedad promotora la disolución de la sociedad de hecho, no la resolución de la compraventa de la cuota parte indivisa del terreno, sino que ofreció escriturarla en favor de quien los demandados indicasen.

El estudiado voto del doctor Osvaldo D. Mirás destaca que se hallan en Juego, en la especie, la interpretación y el alcance de un contrato complejo y atípico, que considera como una hipótesis de "promoción" para la edificación de un edificio que será sometido al régimen de propiedad horizontal por parte de los adherentes, que comienzan por comprar el terreno en cuotas partes indivisas y continúan aportando fondos para la ejecución de la obra y concreción del consorcio de propietarios del que formarán parte adquiriendo una o más unidades, empresa esta que se instrumenta a través de diferentes contratos (señala que no se trata de un complejo, sino de un complejo de relaciones convencionales), tales como la compraventa del predio, el mandato conferido al promotor para la ejecución de actos en nombre de los adherentes, las distintas locaciones de obra para la ejecución del proyecto, etcétera.

Advierte que "entre tantos negocios jurídicos, algunos de ellos resultan ser atípicos, como lo es el compromiso de los adherentes - después comuneros pro diviso - de constituir el consorcio de acuerdo con el régimen de la ley 13512. Se asemeja a una sociedad y, si bien no lo es típicamente, los principios que la gobiernan permiten extraer las reglas de aplicación a las relaciones entre los adherentes dado que la figura de que se trata no posee regulación normativa".

Recuerda un voto del doctor Fliess (que más adelante se detalla), en el que comparó la actividad del "promotor" con la del fundador de una sociedad anónima, y señala que, al quedar constituido el ente cuasisocial de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comuneros pro diviso o consorcio de facto, de existir causa para la resolución unilateral del negocio, la acción pertinente no puede ser ejercida frente al promotor sino frente a dicho ente societario, que se maneja por el sistema de las mayorías. sin perjuicio de la responsabilidad de aquél que de ningún modo se desconoce.

Cita la opinión de Caio Mario da Silva Pereira, en el sentido de que el contrato de promoción es bilateral, y que el promotor, no obstante plantear la operación del edificio en término de pura oferta siendo él a quien las propuestas de adquisición deben dirigirse, está en realidad, invirtiendo los términos de la proposición, no debiendo darse preponderancia a la forma externa del negocio jurídico sino a su esencia. Acepta con dicho autor la plena responsabilidad del promotor, como que es parte de un contrato bilateral, pero señala que lo que resta por desentrañar es saber quién se encuentra legitimado para hacer efectiva esa responsabilidad. Una vez formada la comunidad pro diviso, las obligaciones del promotor frente a cada adquirente pasan al ente cuasisocial: puede que con ello haya concluido la función del promotor, o no, lo que depende de cada caso particular.

Destaca también que en el caso en estudio, la promotora sigue siendo responsable como empresaria frente a la dueña de la obra, y si bien es cierto que cada comunero tiene acción para instar su concreción, no puede en cambio requerir la resolución porque ella implica no solamente la de su porción en la locación de obra (que no procede porque la prestación es individual: arts. 670 in fine y 680, Código Civil), sino también la de la compraventa del departamento asignado, respecto de la cual su contraparte no es la sociedad promotora sino el ente formado por los adquirentes. "Desde otro ángulo, admitir la separación de uno de los socios con la consiguiente disminución de los ingresos para afrontar la continuación de la obra, es inconcebible sin audiencia de los restantes, que pueden verse seriamente perjudicados por esa circunstancia".

Y afirma que, en síntesis, cabrá accionar contra la promotora, incluso, para resolver la locación de obra, exigir la reparación de los daños y perjuicios, y continuar la construcción por medio de terceros (en estos casos sólo podrá accionar el ente colectivo), pero no para disolver la sociedad ni dejar sin efecto la compraventa de la unidad, dado que la promotora nunca fue socia y ya no es promitente de venta.

Cita un estudio del doctor Miguel M. Costa, en el que niega a los adquirentes en forma individual la rescisión unilateral del contrato, aunque fuera con pérdida de los importes abonados, lo que en cambio, admite por determinadas circunstancias (una especie de derecho de receso), y deja establecido implícitamente pero con claridad que ese derecho se ejerce frente a la asamblea.

En base a estos argumentos, la Sala resolvió (con la adhesión de los doctores Marcelo Padilla y Néstor Lloveras) que el condómino carece de acción resolutoria contra la sociedad promotora, pero imponiendo las costas en el orden causado, dada la demora de la promotora en la ejecución de la obra y "la falta de regulación legal de la figura de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

«promoción» así como a la carencia de desarrollo exhaustivo de la misma por parte de la doctrina y de la jurisprudencia".

2. En la sentencia de la Sala B del mismo Tribunal, de fecha 19 de diciembre de 1966, en los autos caratulados "Comelli de Salemme - Elena c/Consortio de propietarios Solimar II" (publicado en L.L. t. 125, pág. 590), se trataba de la "adquirente" de un futuro departamento que demandó al consorcio de propietarios por cumplimiento de contrato, es decir, por escrituración del departamento con las medidas convenidas en el boleto, y, subsidiariamente (para el caso de imposibilidad) accionó por indemnización de daños y perjuicios por la suma equivalente al precio de la unidad al momento de la sentencia, e incluyendo también como acción subsidiaria (en realidad complementaria de la de escrituración) la actio quanti minoris, para que se descuente del precio la menor superficie del departamento con respecto a lo estipulado.

El consorcio pidió el rechazo de la demanda porque, en razón del incumplimiento de la actora (negativa a seguir pagando las cuotas pactadas) y conforme a una cláusula del convenio, dio por resuelto el contrato, procediendo a adjudicar el departamento a un nuevo consorcista. Además, reconvino por consignación de la mitad de lo abonado por la actora, reteniendo la otra mitad según la cláusula rescisoria del convenio.

El importante voto del doctor Jorge F. Fliess advierte que las partes discrepan en cuanto a la naturaleza jurídica del vínculo, que para la actora es una compraventa, para el consorcio demandado, una sociedad de hecho, y que, para el juez de primera instancia, se trata de un contrato atípico o innominado (art. 1143), y que, por consiguiente, en cuanto a lo no regulado expresa o implícitamente en su texto, debe recurrirse a las normas legales que contemplan situaciones análogas.

Señala que "en esta materia de adquisición de departamentos a construirse, muchas son las posibles situaciones contractuales, de acuerdo con las combinaciones y variantes que en la práctica se dan, desde los supuestos donde claramente predomina el contrato de compraventa hasta los que se conforman en función de un contrato de sociedad [...]. Según los casos, habrá que recurrir a los preceptos de una u otra figura legal y, por supuesto, a los principios fundamentales de nuestra legislación y del derecho, en consideración a las propias circunstancias de cada uno, y a la equidad (art. 16, Cód. Civil), sin olvidar que, de acuerdo con el elemental principio de la buena fe, "los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubieran sido virtualmente comprendidas en ellos (art. 1198)".

Precisa que en el caso de autos se encuentran combinados elementos de los contratos de compraventa y de sociedad, no dándose típicamente ninguno de los dos en forma autónoma, cuadrando su enfoque como contrato innominado. En el convenio celebrado, "el adquirente se obliga formalmente a integrar - aceptando en su momento el contrato de sociedad correspondiente - el consorcio de propietarios que se formará para la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

construcción de un edificio [...]". El doctor Fliess advierte que no se alude al ente o consorcio de la Ley 13512 (que tendrá que organizarse también, después, una vez terminada la obra), sino a una sociedad, si se quiere asociación, de carácter civil, cuya razón de ser y finalidad es la construcción del edificio y su financiación, por medio de la participación de todos los adquirentes de departamentos en ciernes, que se edificarán por el sistema de administración. Ese consorcio para la construcción, una vez integrado el número necesario de "adquirentes" (80 por ciento de las unidades), se da su acta de constitución; en su primera asamblea general se dará sus autoridades, que consistirán en tres apoderados legales que lo representarán, y cinco supervisores, nombrados todos entre los adquirentes, interviniendo los primeros en lo relativo a la ejecución de la obra proyectada, y los segundos, en la fiscalización de todo, inclusive de los apoderados.

Afirma el doctor Fliess que "el fin económico, utilidad o beneficio perseguido por el consorcio consiste en el ahorro de gastos, es decir, en el abaratamiento de la construcción, eliminando intermediarios o productores que lucran - como es lógico y lícito - con la industria de la edificación. Se da, entonces, el rasgo esencial de la sociedad, porque un ahorro es una "utilidad apreciable en dinero" (art. 1648, Cód. Civil). Y también el affectio societatis, porque, aunque no sea muy notorio aquí ese espíritu de acción común o voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada (economía de gastos), no deja de existir, máxime cuando ese «affecto» varía en su acentuación según el tipo y características de cada sociedad".

Destaca que no hay mejor demostración de la existencia en el caso de esa sociedad - de hecho - que la propia actitud de la actora al demandar al consorcio de propietarios representado por su comisión de apoderados, así como la correspondencia entre las partes y los recibos de los pagos efectuados.

También señala la presencia de un promotor del consorcio que aportó la idea, organizó el programa, eligió el terreno, proyectó la obra y sus planos (en el contrato se lo denomina parte "vendedora"), asegurándose con "carácter irrevocable" el proyecto, dirección y administración de la obra. Se trataba de un arquitecto que acordó percibir por su trabajo (incluida la promoción y asesoramiento) un honorario del 11 por ciento del valor total del edificio, además de la "comisión de venta" del 3 por ciento para una firma inmobiliaria.

Según el citado juez, "mientras el consorcio para la construcción no ha nacido, el responsable frente a los «adquirentes» es el promotor [...]. Pero una vez que el consorcio, en la forma ya vista de sociedad, se constituye, el promotor se desplaza, pasando los derechos y las obligaciones por él convenidos con los adquirentes a ese nuevo ente social... Claro es que en alguna medida - y de allí lo innominado de este contrato o negocio jurídico complejo - también tiene ciertos caracteres de la compraventa (de cosa futura: art. 1327, Cód. Civil), porque el promotor promete y compromete al futuro consorcio a entregar un departamento terminado, por un precio cierto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en dinero, que, por ser estimativo, podrá variar según los costos reales. Esta modalidad, si bien crea una incertidumbre en cuanto al monto del precio en dinero, es válida, porque está bien establecido el procedimiento a tenor del cual ese precio resulta determinable con certeza".

En el caso objeto del juicio se comprobó que el departamento tenía una superficie propia inferior en un 15 por ciento a la prometida. El perito designado informó que en ingeniería de construcciones de edificios pueden considerarse aproximadas diferencias, de alrededor del 2 por ciento, de manera que no podían considerarse las medidas como aproximadas cuando falta un 15 por ciento. Por ello, el juez preopinante aceptó los argumentos que tenía la adquirente para suspender los pagos, habiendo el consorcio desoído la reclamación. En cambio, no justifica que el consorcio omitiera toda explicación o aclaración, ya que, en virtud de la naturaleza innominada del contrato, debió cumplir lealmente con una de sus obligaciones hacia la adquirente y socia, la de contestar sus reclamos: por consiguiente, no pudo el consorcio aplicar el pacto comisorio declarando la resolución, pues no se había configurado la mora de la adquirente, dado que la suspensión de los pagos era fundada, a pesar de que el plazo de terminación de la obra aún se encontraba en curso, debido al peligro cierto y concreto de que el consorcio no pudiese cumplir con lo que se había obligado.

Habiendo aceptado la actora la imposibilidad de cumplimiento directo del contrato, porque el consorcio, después de resolverlo, dispuso del departamento, adjudicándolo a un nuevo consorcista, prosperó la acción subsidiaria de daños y perjuicios, con costas para el consorcio demandado (decisión a la que adhirieron los doctores Luis A. Navarro y José V. Martínez, que revocó el fallo de primera instancia).

3. La Sala E del mismo Tribunal, en fallo del 18 de mayo de 1965, en el expediente "Ateca de Baquero, Olga c/Vistalli de Bejarano, María (publicada en L.L., t. 119, pág. 502), consideró un caso en el que se habían firmado diferentes boletos de compraventa conforme a los cuales el "vendedor, promotor y coordinador" vendía la parte indivisa de un terreno con el propósito de proceder a la construcción de un edificio con arreglo a los detalles que se fijaban por separado. Al convenirse el precio y la forma de pago, se discriminaba la parte correspondiente al valor proporcional del terreno, los honorarios del arquitecto y la diferencia entre el valor del departamento y el monto de la financiación. Para la obtención de la financiación de la construcción, todos los compradores se comprometieron a contraer las obligaciones pertinentes de las instituciones de crédito hipotecario. Los valores se consideraban estimativos, quedando su fijación definitiva a la liquidación de los costos finales de la construcción. Dentro de los 60 días de firmado el boleto, los compradores se obligaban a constituir una comisión administradora, a la que se otorgaría un poder general para realizar los actos que se detallaban. Al terminar la construcción, se incorporaría el inmueble al régimen de la ley 13512.

La actora demandó a los otros treinta y ocho compradores por división de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

condominio, luego de casi tres años y medio de firmado el boleto, alegando que la actividad de la comisión administradora y las resoluciones de la asamblea habían resultado insuficientes para realizar la obra proyectada, seguramente por el alza vertiginosa de los precios y la no obtención de crédito oficial. Anteriormente había propuesto a la asamblea la disolución del consorcio y división del condominio mediante la venta en bloque del terreno y lo construido.

A la demanda se adhirieron veintidós compradores; otros fueron declarados rebeldes, y trece se opusieron, sosteniendo que al no haberse constituido el consorcio previsto, la situación de los adquirentes era la de un condominio común regido por el Código Civil y lo convenido en los boletos; que los adquirentes habían aceptado los inconvenientes derivados de la falta de obtención del crédito hipotecario; que no correspondía la rescisión pues tratándose de un condominio se supone pactada la indivisión por el plazo de cinco años del art. 2693; que el boleto - que importa un contrato innominado al que deben aplicarse las normas del contrato de sociedad - no tenía pacto resolutorio expreso y los compradores sólo podían decidir continuar la obra o esperar el crédito, o bien pedir la fijación judicial del plazo, para lo cual no habían pedido la convocatoria de la asamblea.

En el voto del doctor Agustín Villar se desechan los argumentos basados en la falta de pacto comisario expreso, en la falta de solicitud de convocatoria de una asamblea, y en el plazo de cinco años de indivisión, a la sazón transcurridos durante el trámite de la causa. El doctor Villar hace mérito del hecho de que tanto los compradores oponentes como los accionantes y el juez de primera instancia sostienen que el contrato innominado que los vincula debe regirse por las normas del contrato de sociedad en todo cuanto en él no fuere previsto, y sostiene que la presunta sociedad no puede, por un motivo que tiene su origen en los socios, continuar el negocio para el que fue formada, por lo que corresponde ordenar su disolución (arts. 1710 y 1774 Cód. Civil). Sobre esta base, la Sala (con la adhesión de los doctores Mario E. Calatayud y Arturo G. González) hizo lugar a la demanda, decretó la división del condominio, la disolución y liquidación de la sociedad alegada, y declaró las costas por su orden, revocando la sentencia apelada.

4. La Sala B del mismo Tribunal resolvió la causa "Colldefours, Juan c/García Vázquez, Francisco y otros", el 13 de diciembre de 1963 (publicado en L.L., t. 114, pág. 525): un comprador demandó la resolución de un boleto de compraventa, pero la parte vendedora demandada alegó que la cosa prometida no le pertenecía, habiendo intervenido en la operación como representantes autorizados del propietario, y en subsidio sostuvo la culpa del actor en la falta de escrituración. La sentencia de primera instancia - que se revocó - rechazaba la demanda por falta de acción.

El vocal preopinante, doctor Jorge F. Fliess, sostuvo que en este caso "no se trata de un contrato común y típico de compra y venta de inmuebles, mejor dicho, de promesa, según las acostumbradas características de los usuales boletos que instrumentan estos acuerdos de voluntades [...]. Aquí el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

supuesto no es tan simple, pues se está frente a uno de esos negocios jurídicos bastante más complejos ideados al amparo de la todavía reciente ley de propiedad horizontal 13512, con cuyo motivo, y en función de las dificultades de la vivienda, han surgido creaciones donde se combinen diversos intereses o interesados".

Señala que en tales supuestos ya no se configura un contrato nominado, los clásicos, tradicionales o típicos contratos de la legislación secular, bien definidos, caracterizados y estudiados por la ley y en la doctrina, sino por innominados a que alude el art. 1143. El contrato que dio lugar a ese juicio es, a su entender, de esa índole no sólo porque comprende en el negocio global, cuando menos, a compradores de departamentos a construirse, y a arquitectos y promotores, sino igualmente en razón de que está de por medio una situación asimilable a la de promesa de venta de cosa ajena, no como propia, hipótesis que algunos autores (Laurent, Planiol, Ripert y Rezzónico) califican de contrato innominado.

En su criterio, "de más está anticipar que, si hay un interés que merece protección en estos supuestos de operaciones «horizontalistas» con promotores, etcétera, es el de los aspirantes a dueños de departamentos - muchas veces modestos padres de familia - cuya condición jurídico - económica y riesgos no ha sido todavía objeto de una adecuada regulación legal. En esta materia, nada elaborada aún, habrá que recurrir inclusive a los principios fundamentales de nuestra legislación y del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso (art. 16 Cód. Civil), sin olvidar que la justa solución a que se llegue trasciende el caso en sí, para adquirir una proyección ejemplar y moralizadora" .

Advierte que el boleto integra esa operación compleja que se complementa con la "adhesión" firmada en el mismo acto y por la que el actor compraba la parte proindivisa del terreno con la única finalidad de contribuir proporcionalmente a la construcción del edificio proyectado, en el que le sería adjudicado un determinado departamento "del consorcio de propietarios a construirse con la base del terreno".

Los tres arquitectos demandados prometieron al actor la venta de la porción indivisa del terreno alegando estar "debidamente autorizados por los propietarios", estipulándose en la adhesión que los planos serían confeccionados por esos profesionales, que quedaban designados como directores técnicos de la obra; además se consignaría el costo estimado del departamento por construirse, y la financiación mediante créditos oficiales.

Señala en su voto el doctor Fliess que era evidente que la calidad de promotores o gestores del consorcio la asumían dichos profesionales, a pesar de que ninguno de los documentos firmados lo establecía, ateniéndose a la conducta observada en los hechos posteriores al contrato (art. 218 del Código de Comercio, que estima aplicable en materia civil y, en general, en todo acto jurídico). Por otra parte no acreditaron poseer la autorización para vender del propietario del terreno, y obrando en el negocio por cuenta propia y asumiendo la consiguiente responsabilidad personal, prometieron la venta de un inmueble ajeno (circunstancia que en principio no ignoraba el comprador): "Promesa de venta de cosa ajena que, conociendo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el comprador ese carácter, es un contrato perfectamente posible y válido legalmente, como surge del texto del art. 1329 del Cód. Civil en relación con el 1177 [...]".

Acreditada en el juicio la mora culpable del vendedor, agregaba el doctor Fliess, puede el comprador pedir la resolución del contrato en virtud de lo dispuesto en el art. 1412, derecho que igualmente tiene quien acepta la promesa como comprador. Acepta, pues, el derecho del comprador a reclamar la resolución del contrato y la devolución de las sumas entregadas. Señala que si bien el art. 1329 dispone que "si el comprador sabía que la cosa era ajena, no podrá pedir la restitución del precio", debe interpretarse, siguiendo a Salvat, "en armonía con las reglas que el Código Civil ha consagrado para la evicción: por consiguiente, el derecho a la restitución del precio debe cesar únicamente cuando el comprador, sabiendo que la cosa era ajena, renuncia a la responsabilidad del vendedor o consiente que ella se excluya (art. 2101, inc. 3), porque en este caso puede decirse que la venta se realiza a riesgo del comprador".

Este voto contó con la adhesión de los doctores Luis A. Navarro y José V. Martínez.

5. La Sala B del mismo Tribunal entendió en la causa "Battaglini, Hércules y otros c/Administración Salvadores", fallo del 18 de diciembre de 1961 publicado en L.L., t. 106, pág. 102).

Se trataba de un convenio en que las partes quedaron vinculadas con la realización de lo necesario para el levantamiento de un edificio en el que cada uno de los actores resultaría copropietario de una determinada unidad de vivienda. El contrato tuvo por objeto establecer las relaciones entre los muchos interesados en la adquisición de departamentos y la parte demandada o promotor, que debía proporcionar la confección de planos, la dirección técnica, la aprobación de planos, la administración de la construcción y la licitación de trabajos, etcétera.

El voto del doctor Alfredo Navarro señala que la actividad del demandado, que se denomina empresa promotora, consiste en encontrar un terreno adecuado para el levantamiento de un edificio de departamentos para vivienda, y lograr el conjunto de interesados en la operación merced a la propaganda, celebrando con ellos un convenio mediante el cual toma a su cargo todas las tareas necesarias para la efectiva realización de la obra, sobre la base de la adquisición por ellos del terreno, de resolver convenientemente la financiación mediante créditos oficiales, y de ser pagado en la medida que resulta de la conveniencia mutua.

"No se trata - señala el preopinante -, como fácilmente puede advertirse, de un conjunto de personas que van en busca de quien les resuelva las dificultades propias de la obra a emprender, sino de lo contrario, de quien logra encontrarlas en el número necesario que, por consiguiente, acaso se han conocido con motivo de ese interés común".

Agrega que en contratos de la naturaleza del que es motivo de la controversia, se afina el sentido de la afirmación legal de que los contratos obligan no sólo a lo que formalmente expresan, sino a todas las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consecuencias que puedan considerarse que hubieran sido virtualmente comprendidas en ellos (art. 1198), debiendo efectuarse la prestación como lo exige la buena fe.

En el convenio en cuestión, las obligaciones del promotor aparecían establecidas casi por inferencia al establecer su remuneración. No cumplió con ellas en tiempo propio, los actores quedaron librados a su propia iniciativa, y tiempo después demandaron la rescisión del contrato, que la Cámara decreta, imponiendo las costas del juicio al promotor.

Adhirieron a este voto los doctores José V. Martínez y Jorge F. Fliess, quien agregó que la sentencia, en una materia nada elaborable todavía por lo novedosa, y la justa solución a la que llega, trasciende del caso para adquirir una proyección ejemplar y moralizadora, cumpliendo así, una vez más, otra función a la que la jurisprudencia no puede renunciar.

6. La Sala D del mismo Tribunal, en fallo del 7 de abril de 1967, en autos "Alvarez, Néstor y otros c/Arambarri, Raúl y otro" (Repertorio La Ley XXVIII - 414, sumario 2), estableció que si los promotores se comprometieron con los dueños del inmueble a enajenar las porciones indivisas de los terrenos, con la exclusiva finalidad de constituir un consorcio que se encargaría de levantar un edificio en propiedad horizontal, a financiarse con fondos que se obtendrían del Banco Hipotecario Nacional, se trataba de un negocio complejo pero único, que debía consolidarse definitivamente una vez que se hubieren conseguido los ciento sesenta y seis futuros propietarios de las unidades, constituido el consorcio y logrado el préstamo bancario; por consiguiente, si el consorcio se tornó de constitución imposible y si fracasó el negocio por no haberse logrado los fondos que pensaba obtener, es evidente que los primeros no pueden desvincular las promesas de compraventa del resto del negocio y obligar a los segundos a formalizar con ellos un condominio en forma alguna concertada.

7. El Superior Tribunal de Chubut, en fallo del 13 de febrero de 1970, dictado en autos caratulados "Vargas de Montiel, M. S. c/Santibáñez Higuera, A." (publicado en L.L., t. 141, pág. 633, sumario 25.267), resolvió que la relación de los condóminos entre ellos y con la cosa común es fundamentalmente distinta de la relación que existe entre los socios y los bienes sociales, cualquiera que sea la clase de sociedad. El inmueble en condominio tiene tanto dueños como condóminos. El inmueble de la sociedad no tiene más dueño que ésta y en modo alguno con condominio de los socios. Así, el establecimiento del condominio sobre el inmueble que alega la actora aparece contrariando su propia pretensión de haber constituido con el demandado una sociedad de hecho, porque la existencia de ésta supone una personalidad distinta de la de sus integrantes, que los desplaza en los negocios Jurídicos.

8. La Sala E de la Cámara Civil de la Capital Federal, según fallo del 27 de diciembre de 1968, en la causa "De Lella, Ricardo c/De Lella, Antonio" (publicado en L.L., t. 136, pág. 1033, sumario 21.880) declaró que estando

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en discusión si las fincas pertenecían en copropiedad a los comuneros, o bien eran dominio de una sociedad existente entre ellos, debe tenerse en cuenta, para dilucidar el problema, que la sociedad se constituye siempre con el fin de obtener una utilidad apreciable en dinero (art. 1648), y por lo mismo los bienes aportados por los socios se destinan a la realización de operaciones lucrativas: hay un estado activo de negocios. La copropiedad, por el contrario, es generalmente un estado pasivo, durante el cual los condóminos sólo procuran la conservación de la cosa, a la espera de la liquidación.

9. La Sala C del mismo Tribunal, en sentencia del 9 de mayo de 1967, autos "Piragini Lauría, Francisco c/González, Lucrecia" (L.L., t. 127, pág. 247) resolvió que la división del condominio presupone el dominio de la cosa común, de suerte que no puede exigirla quien, pese a la documentación acompañada y su reconocimiento, no tiene el bien escriturado todavía a su nombre, sin perjuicio, naturalmente, de las acciones que le corresponden para lograr la escrituración pertinente a fin de justificar la cotitularidad del dominio invocado.

Igual doctrina sostuvo la misma Sala, el 10 de setiembre de 1969, en autos "Spadaro, Josefa c/Argerich, Andrés, suc." (L. L., t. 138, pág. 986, sumario 23.884).

10. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, el 4 de agosto de 1964, en autos "Bosque, Juan G. c/Mocchiutti, Rubén" (L.L., t. 115, pág. 768) sostuvo que la eficacia del acto jurídico destinado a crear un condominio sobre un inmueble está sujeta a las solemnidades formales impuestas por el art. 1184 inc. 1º del Código Civil. Por consiguiente, el compromiso instrumentado en forma privada solamente da derecho a exigir la obligación personal de constituirlo mediante escritura pública.

11. El Superior Tribunal de Misiones, Sala I, resolvió el 7 de agosto de 1969, en autos "Fericola, Humberto y otros c/Cardozo, Robustiano y otros" (Repertorio La Ley XXX, pág. 256, sumario 1), que las facultades y derechos que el Código acuerda a los condóminos son aplicables a los comuneros.

5. DOCTRINA

Eduardo Jorge Laje advierte que la adquisición de departamentos en construcción origina un complejo de relaciones jurídicas que, cuando están reguladas convencionalmente, "significa que se ha celebrado un contrato que por su naturaleza es atípico o innominado, por cuanto no existen en nuestro derecho actual disposiciones legales que lo prevean y regulen orgánicamente sus efectos, es decir, los derechos y obligaciones de las partes. De donde viene a resultar que el juzgamiento de dichos efectos debe apoyarse ante todo en lo que las partes hayan convenido. Si alguna

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuestión no estuviera así prevista, para resolverla deberán aplicarse las normas correspondientes a los contratos típicos que guarden similitud con la convención en análisis, es decir, que se le parezcan. Si la solución no se logra sobre dicha base, deberán aplicarse los principios generales del derecho, particularmente la equidad, tomando en consideración las circunstancias del caso. Sin embargo, las reglas precedentes no bastan para resolver los graves, complejos y numerosos problemas que suelen presentarse en esta materia [...]. Así para las operaciones más corrientes de preincorporación, se celebran contratos atípicos en los que se observan caracteres, situaciones y reglas concordantes con las que corresponden a los contratos de compraventa, mandato, sociedad, locación de obra y de servicios, con acentuación mayor o menor de uno u otros, según las circunstancias"(10 bis)(397).

Ocurre que los integrantes de ese "consorcio", que la jurisprudencia considera regido por las normas pertinentes del contrato de sociedad civil (a menos que hayan constituido una sociedad comercial conforme a los tipos admitidos por la ley 19550), suelen ser a la vez condóminos del terreno sobre el que se construye el edificio, construcciones que también les pertenecen en virtud del principio de la accesión.

Es por ello que Hernán Racciatti ha sostenido que, a pesar de la semejanza, esta figura jurídica no debe ser confundida con la sociedad, ya que afirma que no existe en el caso la utilidad apreciable en dinero que requiere el artículo 1648, ni affectio societatis, ni patrimonio social, por cuanto los aportes están destinados a la creación de propiedades individuales(11)(398).

La discrepancia tiene una importancia práctica muy grande, que excede las formulaciones teóricas, doctrinarias o docentes, pues las reglas aplicables son diferentes según se emplee el esquema del condominio o de la sociedad civil: el condómino puede pedir la división del condominio en cualquier momento, salvo el caso de indivisión forzosa; el socio no puede pedir la disolución de la sociedad antes del plazo pactado, salvo los casos de excepción de los artículos 1758, 1759 y 1764 del Código Civil; el condómino puede disponer de su parte indivisa, en tanto que el socio no puede ceder sus derechos sociales, a menos que se hubiera reservado esa facultad (arts. 1671 y 1673); en caso de fallecimiento, los herederos del condómino ocupan su lugar, mientras que los herederos o legatarios del socio no tienen calidad de socio "si todos los otros socios no consintiesen en la sustitución; o si ésta no fuese convenida con el socio que hubiese fallecido, y aceptada por el heredero" (arts. 1670 y 1761); el condómino que ejerce la administración es reputado mandatario de los otros, aplicándose las disposiciones del mandato y no las del socio administrador (art. 2701); en cambio, en la sociedad, si el mandato fue dado a uno de los socios por una cláusula del contrato, no puede ser revocado sin causa legítima (art. 1681), pudiendo cualquiera de los socios pedir la disolución social en caso de renuncia o remoción del socio administrador (arts. 1686 y 1687), salvo que se trate de administrador que no tenga la calidad de socio, en cuyo caso el poder para administrar es revocable aunque hubiese sido dado por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el contrato de sociedad (art. 1690). Además, "tendrán los socios entre sí el derecho y la obligación de representar la sociedad, cuando los intereses de ella se opusieran a los del administrador, cuando hubiere demanda contra alguno de los socios, o contra terceros y el administrador fuese omiso en la defensa de la sociedad. En este caso ellos pueden defender la sociedad, e interponer los recursos que podrían interponer en negocios propios" (art. 1726). Por otra parte, los acreedores del condómino pueden embargar su parte indivisa, y subastarla antes de la partición (art. 2677), pero los acreedores del socio pueden ejercer sus derechos sobre las ganancias que pudiera retirar conforme a los balances (art. 1755), o sobre la cuota eventual que pueda corresponderle en la partición de la sociedad (art. 1756).

Además, las sociedades anónimas pueden ser propietarias de cuotas partes indivisas, pueden ser condóminas, pero sólo pueden formar parte de sociedades por acciones, conforme al artículo 30 de la ley de sociedades mercantiles.

Los alcances de esta jurisprudencia, que ve caracterizada en estos contratos a la sociedad civil, frente a la normativa del artículo 30 de la ley 19550, dio lugar a varios dictámenes que encomendó el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe(12)(399), ante la observación formulada por el Banco Provincial de Santa Fe a la bondad de los títulos de propiedad de edificios construidos mediante estos contratos, suscritos, entre otros adherentes, por varias sociedades anónimas.

Angel Chavarri opinó que no hallaba en el caso vestigio alguno de sociedad de hecho, que en todo el proceso ha habido condominio y no sociedad, que no ha habido affectio societatis ni propósito de lucro, ni el aspecto dinámico y no estático que caracteriza a las sociedades y que es ajeno al condominio; que no se advierte un régimen de participación en las ganancias y pérdidas como el que es propio de las sociedades. Señaló que los principios del condominio son los aplicables (arts. 2685 a 2690, 2701, 2703 y concordantes del Código Civil), que el título es inobjetable "sin perjuicio de los derechos personales o del régimen de créditos y deudas que haya podido existir entre los comuneros y que se hallan fuera del ámbito del derecho real y sí sólo en el campo de los derechos personales, absolutamente inoponibles a los terceros adquirentes de las unidades (Arg. arts. 503, 1195 in fine y sistema del Código Civil)".

Agregó el doctor Chavarri que opinar lo contrario sería introducir un grave régimen de incapacidades para las sociedades anónimas que estaría en pugna con todo nuestro régimen legal; que no cree que estemos en presencia de algún "negocio parciario", pero que, si lo ha habido en las etapas previas a la constitución del sistema, está referido al régimen de derechos personales existentes entre los comuneros que con su acción ha erigido el edificio, y puede dar lugar a créditos y deudas entre ellos, pero de ninguna manera al régimen de dominio del edificio y sus unidades.

Hernán Racciatti, en su dictamen, reiteró su anterior opinión en el sentido de que se trata de un condominio normal, regido por el Código Civil, sea en las relaciones de los condóminos entre sí, o las que se establezcan entre los condóminos y los terceros, todo ello sin perjuicio de que "las relaciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

internas de los condueños asuman un carácter vinculante y unitario que impone la necesidad de estar sujetos, en ciertos asuntos, a la decisión mayoritaria; lo cual explica, además, en este aspecto, la aplicación analógica de las normas específicas del instituto en situaciones vacantes de regulación condominial que pudieran estimarse comprendidas en sus previsiones (Arg. art. 28, ley 19724), pero sin que la existencia de ese fin común perseguido, o especie de voluntad asociativa con apoyo en el consorcio constituido para lograr la construcción del edificio, pudiera deducirse no obstante la semejanza con la figura, la existencia de una sociedad por la carencia, en el supuesto, de los elementos que legal y doctrinariamente requiere la existencia de las sociedades civiles".

Y agregó que sostener una opinión diferente implicaría admitir la existencia de un condominio sobre el suelo y de una sociedad sobre lo construido, olvidando que la sociedad implica eliminar la propiedad.

El comercialista Juan M. Farina dictaminó en igual sentido, señalando que existe una inclinación muy criticable tendiente a querer ver una sociedad toda vez que dos o más personas ponen bienes en común para cierto fin común, resultado de un apresuramiento o de una falta de profundización en el estudio de la naturaleza jurídica y de las funciones de las sociedades. Recuerda que la doctrina alemana establece una neta separación entre la llamada comunidad de fin y la comunidad de derecho: en la primera ubica a las uniones corporativas, las asociaciones y sociedades, y en la segunda a aquellas comunidades en que falta el elemento jurídico de la unión teológica, basándose la comunidad en la circunstancia de que una determinada cosa (copropiedad, coposesión, usufructo o servidumbre de predio común) o un derecho (patente industrial, derecho de autor) pertenece a varios sujetos en común.

El doctor Farina señala las siguientes diferencias fundamentales entre sociedad y condominio:

a) Para que nazca la sociedad es necesario que las partes manifiesten expresa o tácitamente la voluntad, no tanto de poner en común determinadas cosas o servicios, como de cooperar juntos para el disfrute económico de esos bienes; el condominio surge incluso sin la voluntad de los comuneros: más que un vínculo entre los condóminos se tiene en cuenta el derecho que sobre una misma cosa y por sus respectivas partes corresponde simultáneamente a varias personas. Por esto la regulación de la comunidad entra en la órbita de los derechos reales, mientras que la de la sociedad encuadra entre las obligaciones.

b) En el condominio falta entre los comuneros una colaboración dirigida al mismo fin, los fines de los participantes pueden ser distintos y contrarios entre sí, y no existe un interés particular de los componentes en la continuación del vínculo.

c) El patrimonio del condómino es un patrimonio en conservación, y el de la sociedad, en transformación (Carnelutti), por lo que el copropietario tiene derecho a su cuota en las cosas comunes, mientras que el socio tiene derecho a la parte de ganancia.

d) La unidad de fin que caracteriza a la sociedad significa el ejercicio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en común de una actividad económica, sea con la participación directa de los socios o por intermedio de los órganos respectivos.

e) En el condominio, cada copropietario tiene un derecho real sobre cada parte ideal; el socio no tiene un derecho real sobre parte del patrimonio social, sino un derecho personal sobre las utilidades de cada ejercicio y sobre el eventual resultado del activo en la liquidación.

Farina descarta que se trate en el caso en estudio de una sociedad mercantil, pues no responde a ninguno de los tipos previstos por la ley 19550; también descarta la sociedad comercial de hecho, porque para ello debería tener un objeto comercial (art. 21, ley 19550), y la construcción de un edificio para su división por el sistema de la ley 13512 no es un objeto comercial, conforme a los artículos 8 y 452 inciso 1° del Código de Comercio. También descarta que se trate de una sociedad civil, porque carece de patrimonio, sin capital, porque el edificio pertenece a los condóminos, conforme al artículo 2587 del Código Civil, afirmando categóricamente que no hay sociedad de ninguna clase.

Además, el importante dictamen del doctor Farina califica el negocio jurídico en estudio: "una de las facultades que tiene todo propietario es edificar en el inmueble de su propiedad; de modo que nada impide, si existe acuerdo unánime, que los condóminos decidan edificar en el inmueble; y esto no es sociedad. Se trata simplemente del ejercicio de un derecho inherente a la calidad de propietarios del bien raíz. De no aceptarse este criterio llegaríamos al absurdo de sostener que hay sociedad toda vez que dos o más condóminos realizan un acto sobre la cosa común. Dentro de tal postura tendríamos que decir que hay sociedad en una pared medianera reparada en común por ambos linderos". Otro dictamen presentado al Colegio de Escribanos de Santa Fe es el del doctor Hugo Papa Lavarino, quien señala que concurriendo la totalidad de los condóminos, la voluntad unánime de los comuneros pudo decidir válidamente la realización de actos materiales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad (art. 2680), no advirtiéndose atisbo alguno de vínculo societario entre los condóminos al decidir y contratar a su costa el edificio, sin perjuicio de lo cual analiza el tema desde el punto de vista de los llamados contratos plurilaterales.

En el mismo sentido opinaron Mario Zinny y Miguel I. Alberto, quien destacó a su turno que se trata de un contrato atípico pero no innominado, porque se ha nominado sin considerarse dentro de él todas estas situaciones particulares en la ley 19724 de prehorizontalidad, que no es de sociedad ni condominio, sino que configura un contrato atípico; "podría decirse que estamos en presencia de un joint venture, que no cabe dentro del art. 30 de la ley 19550, porque no es una sociedad", y concluye afirmando que estos actos "no configuran un condominio ni una sociedad, sino un contrato atípico de prehorizontalidad".

6. ALGO MÁS SOBRE CONDOMINIO Y SOCIEDAD

El artículo 1648 del Código Civil establece que "habrá sociedad, cuando

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada uno con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado".

En la nota a este artículo, Dalmacio Vélez Sársfield enseña que "la simple comunidad de intereses, resultante aun de un hecho voluntario de las partes, por ejemplo, una adquisición hecha en común, no forma una sociedad, cuando las partes no han tenido en mira realizar el fin característico del contrato de sociedad, que es obtener un beneficio, o un resultado cualquiera, que dividirán entre sí". Ejemplifica con el contrato por el que dos vecinos comprasen en común un terreno para proporcionarse un lugar de paseo, o una máquina para explotarla privativamente cada uno a su turno. Recuerda que Troplong sostiene que en estos casos hay sociedad, porque hay un beneficio apreciable en dinero, pero ese beneficio no es divisible entre los partícipes de la cosa, tal como se entiende la división entre socios, condición esencial de toda sociedad, y afirma que la utilidad debe ser apreciable en dinero (art. 2055 Cód. de Chile) y no una utilidad meramente moral.

En nuestra doctrina, Guillermo Borda(13)(400) explica que el condominio crea un estado de comunidad de intereses que presenta cierta analogía con la sociedad, pero que las diferencias son profundas: el condominio es un derecho real que se tiene sobre una cosa (puede derivar de un contrato, de una disposición de última voluntad o de la ley); sociedad confiere a los socios un derecho personal que sólo puede surgir de un contrato. El condominio da origen, por lo general, a una situación pasiva, durante la cual los condóminos sólo procuran la conservación de la cosa común a la espera de la liquidación; en cambio, siguiendo a Salvat(14)(401), sostiene que la sociedad es un estado activo de negocios y de operaciones jurídicas y económicas.

Nuestra jurisprudencia(15)(402) ha resuelto que no hay sociedad sino condominio, si varias personas compran en común un inmueble sin tener la intención inicial de lucrar con su venta posterior(16)(403), pero sí la hay si se hizo con el propósito de especular y repartir las ganancias(17)(404). No hay sociedad sino condominio, si dos personas adquieren conjuntamente un automóvil colectivo pagando en común los gastos con excepción de la nafta, pero cobrando cada uno para sí las entradas de su turno, ya que no existe una utilidad común para dividir entre los socios(18)(405); importa sociedad el acuerdo por el cual varias personas resolvieron comprar en común un billete de lotería, comisionando su compra a una de ellas, a quien entregaron o prometieron entregar su parte(19)(406).

Ahora bien, conviene recordar que los precedentes jurisprudenciales antes mencionados no afirman la existencia de una típica sociedad, sino que las relaciones entre los consorcistas, de carácter complejo, ofrecen una situación que "se asemeja a una sociedad y, si bien no lo es típicamente, los principios que la gobiernan permiten extraer las reglas de aplicación a las relaciones entre los adherentes, dado que la figura de que se trata no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posee regulación normativa", y asimilan la actuación del promotor, en la primera etapa en que trata de reunir los adherentes, a la del fundador de una sociedad anónima, en cuya cabeza recae la responsabilidad frente a aquéllos, pero que una vez constituido el consorcio el promotor queda desplazado, y las obligaciones y derechos convenidos por él con los consorcistas pasan al nuevo ente.

Héctor Lafaille enseñaba que la fuente más copiosa de confusiones y dudas se presenta en el condominio en relación con las sociedades civiles y comerciales, en las que predomina el factor personal: "Si en teoría la línea separativa parece clara, suele no serlo en el hecho cuando las encontramos superpuestas al condominio o aglutinadas con la administración del mismo"(20)(407).

A la vez que ponía de relieve la principal complicación que ofrece esta figura, originada, en su criterio, en la necesidad de contemplar simultáneamente los derechos de todos los copropietarios y de cada uno de ellos frente a la cosa, teniendo presente además las relaciones que se originan entre tales personas como consecuencia de la comunidad, de modo que, cuando se contempla la situación existente entre los condóminos, en las cuentas que se forman entre ellos para responder a las cargas o responsabilidades comunes o personales se ve un aspecto que se aproxima al de una sociedad, el que se hizo prevalecer por muchos romanistas que incluyeron esta categoría entre los cuasicontratos, y que otros, más modernos, enseñaban que en esta forma se determinan vínculos de obligación, y afirmaba, transcribiendo a Josserand, que "el progreso consistirá en liberar a la copropiedad del concepto de la indivisión para fraguarla en el molde de la propiedad colectiva; el sistema germánico del dominio en mano común prevalecerá sobre el romano de la propiedad indivisa: la construcción de un dominio a la vez plural e individual envuelve un absurdo jurídico"(21)(408).

Además señalaba Lafaille que durante años se creyó que la condición de sujeto de derecho era cabalmente el rasgo diferencial con la sociedad, negándose en absoluto que el condominio pudiera dar lugar a un sujeto de derecho independiente de sus miembros, pero que hoy se estima que los límites entre ambas figuras son harto difíciles de trazar, y que la noción de "persona" se torna cada vez más elástica, para fundarse en la existencia de intereses distintos. Más aún, en determinadas ocasiones la mayor participación se impone para designar y remover administradores o dar en arrendamiento la cosa, y se preguntaba cómo puede desconocerse en este caso la existencia de un sujeto diferenciado.

También advertía que por reducida que sea la actividad del condominio, surgen relaciones entre las partes que han sido equiparadas a las producidas respecto de los socios, y aunque el condominio no fue ideado por el codificador como provisto de personalidad autónoma, en el hecho existen créditos a favor de la masa y prestaciones a cargo de la misma: decir que hay deudas en pro de la comunidad (art. 2687) equivale a tornarla beneficiaria de su importe, lo que le lleva a afirmar que "debemos convencernos que el condominio es, en el fondo, una sociedad que no llegó

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a perfeccionarse, y que carece, por tanto, de armonía y de solidez como construcción jurídica"(22)(409).

Y es que, como señala Guillermo Borda, el condominio "no ha surgido como una construcción lógica de juristas, no es un producto elaborado en gabinetes o bibliotecas, sino que se ha ido conformando en los hechos, en la vida real, del modo que mejor llenase sus necesidades y satisficiera los intereses prácticos y económicos implicados, aunque la construcción total no resulte siempre de una lógica impecable"(23)(410)

Por nuestra parte, adherimos al criterio de quienes sostienen que estos convenios se rigen por las disposiciones que regulan el condominio (salvo cuando los contratantes organizan sus relaciones mediante esquemas societarios).

Una observación detenida sobre la economía de esta forma de contratación puede arrojar luz sobre el discutido panorama legal: una de las bases de la negociación es la adquisición de partes indivisas del inmueble; otra es la organización del condominio para lograr la construcción de un edificio que será dividido a su terminación por el sistema de la propiedad horizontal, adjudicando sus unidades entre los condóminos sobre la base de un acuerdo inicial sobre la partición.

La celebración de contratos de locación en cualquiera de sus variedades, entre los condóminos y los contratistas, no altera este panorama, salvo en cuanto sea aplicable la regla de la unanimidad (arts. 2680, 2681); el otorgamiento de mandatos al administrador del conjunto de condóminos, al administrador de la obra, o a una comisión interna, no es ajeno al régimen del condominio (art. 2701), como tampoco lo es lo vinculado con su administración (art. 2700).

La actuación del promotor ofrece peculiaridades que merecen un estudio pormenorizado, pero no implican una necesaria sujeción al esquema de los fundadores de una sociedad o de una fundación.

Las relaciones de los condóminos entre sí también están regidas por las reglas del condominio, aunque coexistan relaciones creditorias entre ellos, vinculadas con la obligatoriedad de los aportes, los recargos por mora, etcétera. De la misma manera que en la propiedad horizontal, coexisten disposiciones que regulan el derecho real con otras que disciplinan las relaciones personales entre los copropietarios (también relacionadas con la obligatoriedad de los aportes, los recargos por mora, etc.), lo que ha llevado a algunos autores a afirmar que la propiedad horizontal es un derecho real fuertemente penetrado de relaciones personales(24)(411).

Sin embargo, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires tiene declarado que si bien el condominio es un derecho real, la regulación de las relaciones entre condóminos pertenece al campo de los derechos creditorios(25)(412).

Queda dicho que la propiedad del terreno pertenece a los adherentes en condominio; las obras que se realicen acceden al suelo y pertenecen a los condóminos (arts. 2519, 2520 y concordantes).

Ahora bien, dentro del esquema de la sociedad civil, cabe preguntarse cómo funcionan las aportaciones de los fondos necesarios para construir el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

edificio: conforme al artículo 1649 se llama capital social a la totalidad de las aportaciones que consistiesen en obligaciones de dar, que ingresan en la sociedad como propiedad de ella (arts. 1702, 1703, 1704) .

En cuanto a los aportes suplementarios, el artículo 1710 dispone que "ninguno de los socios podrá ser obligado a nueva prestación si no se hubiere prometido en el contrato de sociedad, aunque la mayoría de los socios lo exija para dar mayor extensión a los negocios de la misma; pero si no pudiese obtener el objeto de la sociedad, sin aumentar las prestaciones, el socio que no consienta en ello podrá retirarse y deberá hacerlo si sus consocios lo exigen".

Entonces, si se considera que en la aportación de fondos para la construcción de un edificio se establecen relaciones propias de la sociedad civil, cabe preguntar también cuál es el empleo que hace de tales fondos esa pretendida sociedad, y no es otro que las obras necesarias para la realización del edificio de propiedad de los condóminos. Hecho lo cual, la sociedad queda sin capital social, sin obtener contraprestación alguna, ya que el edificio no le pertenece.

A menos que se considerara que esa sociedad sólo tiene por objeto la percepción y empleo de los fondos sin que ellos ingresen en su capital, o sea la administración de fondos de los condóminos, en cuyo caso estaríamos en presencia de una sociedad sin capital social (ver art. 1771) .

Pero debe recordarse nuevamente que la jurisprudencia en estudio no sostiene que en estos casos se encuentre tipificada una sociedad civil, sino que las relaciones entre los condóminos se rigen por las disposiciones de dicha figura jurídica.

Desde luego que la compleja problemática de estos contratos(26)(413) no tiene en el capítulo del condominio la respuesta de todos sus interrogantes. Pero en el texto contractual al que han adherido los condóminos habrá buena parte de previsiones nacidas de la autonomía privada, y deberá acudirse a las disposiciones que regulan las obligaciones o derechos creditorios para las cuestiones cuya solución no este prevista en el texto contractual o en el régimen del condominio.

Las dificultades que ofrece esta materia y las posibilidades que la realidad negocial encara parecen darle la razón a Héctor Lafaille, que veía en el condominio un embrión de personalidad.

Debe también advertirse que la calificación del negocio como contrato atípico o innominado que predomina en nuestra jurisprudencia demuestra que la relación jurídica en estudio - decididamente compleja - es observada desde el punto de vista de los llamados derechos personales o creditorios, omitiendo estudiarlo a partir del esquema técnico de los denominados derechos reales (el condominio, conforme a este criterio, parece un mero accidente).

Observada esa relación desde el punto de vista de los derechos reales, considerándola como un condominio, ofrece sin duda dificultades interpretativas, especialmente en todo cuando se vincula con la falta de personalidad jurídica del conjunto de condóminos que celebra los diversos contratos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Mayor dificultad aún se encuentra en los casos en que esta forma de contratación se verifica sin otorgarse la escritura de adquisición de las partes indivisas del inmueble a los adherentes (o sea cuando se promete la transferencia de las cuotas partes indivisas en boletos de compraventa). O si este caso debe ser resuelto por las disposiciones que regulan el condominio, a pesar de que los adherentes no han perfeccionado la adquisición del derecho real, y no obstante el carácter legítimo de su posesión conforme al nuevo texto del artículo 2355 del Código Civil, o si bien en estos casos tiene plena aplicación el criterio jurisprudencial que lo encara desde el punto de vista de los derechos creditorios como un contrato atípico afín a la sociedad con prestaciones propias de la locación de obras, la locación de servicios y el mandato.

Entiendo que a este supuesto, que indudablemente no tipifica un condominio (art. 2674 Cód. Civil), pero sí configura una comunidad, deben aplicársele las disposiciones más afines, que son precisamente, las del condominio, salvo, como se ha dicho precedentemente, que los contratantes hayan configurado específicamente algún tipo societario.

Finalmente, cabe reclamar a la doctrina una profundización del tema que esclarezca las reglas aplicables a estas relaciones y su adecuada caracterización jurídica y al legislador la sanción de normas que establezcan reglas equitativas y eficientes para los numerosos problemas que ofrece esta importante forma de contratación, que tiene un amplio papel por cumplir en la política de construcción de viviendas y de desarrollo de la industria de la construcción.

7. BREVE NOTICIA DE DERECHO COMPARADO

En derecho francés, Edith Kischinewsky - Broquise comenta que el primer capítulo de la ley francesa de 1938 reglamentaba las sociedades de construcción convalidándolas aunque su fin fuera extraño a la búsqueda de un beneficio; estas sociedades estaban autorizadas a proceder a pedidos de los fondos suplementarios necesarios para la realización efectiva del objeto social: la sociedad podía así realizar el fin que tenía fijado, o sea la conclusión de la construcción(27)(414).

La ley francesa 67 - 3 del 3 de enero de 1967 modificó el artículo 1601 del Código Civil por los siguientes textos: Artículo 1601 - 1: "La venta de un inmueble a construir es aquella por la cual el vendedor se obliga a edificar un inmueble en un plazo determinado por contrato. Puede ser hecha a término o en estado de terminación futura" Artículo 1601 - 2: "La venta a término es el contrato por el cual el vendedor se obliga a entregar el inmueble una vez concluido, y el adquirente a recibirlo y a pagar el precio en la fecha de su entrega. La transferencia del dominio se opera de pleno derecho a través de la constatación por acto auténtico de la terminación del inmueble, y produce sus efectos retroactivamente al día de la venta". Artículo 1601 - 3: "La venta en estado de terminación futura es el contrato por el cual el vendedor transfiere sus derechos sobre el suelo como así también la propiedad de las construcciones existentes. Las obras que en adelante se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

realizan son de propiedad del adquirente a medida que se ejecutan, y éste está obligado al pago de su precio a medida que avancen los trabajos. El vendedor conserva sus facultades de dueño de la obra hasta la recepción de la misma". Artículo 1601 - 4: "La cesión por el adquirente de los derechos que tiene en una venta de inmueble a construir sustituye de pleno derecho al cesionario en las obligaciones del adquirente respecto del vendedor. Si la venta ha sido provista de un mandato, éste continúa entre el vendedor y el cesionario".

En la venta de inmueble por construir el vendedor contrae una obligación de resultado, y las nuevas disposiciones contienen una reglamentación distinta de la venta de cosa futura.

Si por el contrario se trata de una obra comenzada en la que el adquirente toma a su cargo la terminación, se tratará de una venta de bien determinado en el estado en que se encuentra entonces, que escapa a la nueva reglamentación(28)(415).

La ley del 3 de enero de 1967, enmendada por la ley 67 - 547 del 7 de julio de 1967 y reglamentada por el decreto 67 - 1166 del 22 de diciembre de 1967, establece también garantías particulares derogatorias del derecho común, que son debidas por el vendedor, tanto en esta condición, como en la de constructor, y consisten en la garantía de los vicios aparentes a la terminación de la obra, de los que el vendedor no puede ser liberado antes de ella, ni antes de un mes de la entrega de la posesión al comprador (art. 1642 - 1); garantía de los vicios ocultos y de las obras menores, que son debidas por el vendedor durante diez años para los primeros, y durante dos años para los segundos luego de la recepción de los trabajos, garantías que benefician a los propietarios sucesivos (art. 1646 - 1).

En la venta a término, como se ha visto, la propiedad se transfiere a la finalización de la obra, con efecto retroactivo a la fecha de la venta, pero el precio no es exigible hasta la entrega del inmueble construido al adquirente, que puede ser obligado en el contrato a efectuar depósitos de garantía en una cuenta oficial, a medida que avance la obra, fondos que no pueden ser embargados ni tener otro destino que el pago al vendedor, sobre la base de los cuales éste obtiene créditos para la construcción.

En la venta en estado de terminación futura, en cambio, el vendedor puede recibir directamente del comprador anticipos del precio: hasta un 35 por ciento a la finalización de las fundaciones; hasta un 70 por ciento al quedar la obra a cubierto de aguas; hasta un 95 por ciento a su terminación; y el 5 por ciento restante a la puesta a disposición del inmueble construido. Pero, en estos casos, los adquirentes son propietarios desde el comienzo de las partes indivisas del terreno y sus accesorios. Estos contratos no pueden celebrarse antes de finalizar las fundaciones del edificio, o de concretarse la garantía de terminación de la obra o de reembolso de los fondos a los adquirentes.

Está permitida la celebración de contratos preliminares de reserva, depositando el comprador hasta el 5 por ciento del precio total en una cuenta especial, sumas que son intransferibles e inembargables hasta la suscripción del acto notarial en el que se celebra la venta y se transfiere la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuota parte del dominio del terreno.

Como puede verse, esta legislación es aplicable a la comercialización por empresa vendedora. Pero también es posible que un grupo de personas compre en común un terreno y construya sobre él un inmueble, llamado método directo o de Grenoble, o técnica de contratos individuales de trabajos con compra de milésimos de terreno. Fue la técnica utilizada desde 1924 en Grenoble y en los grandes centros del oeste de Francia, todavía empleada en la actualidad en estas regiones para la construcción de inmuebles pequeños y medianos.

Jurídicamente, la operación era analizada como un contrato de obra y los copropietarios tenían la calidad de maître d'œuvre⁽²⁹⁾(416), cuya calificación jurídica se considera todavía delicada, porque su técnica reunía indivisiblemente uno o varios contratos de trabajo y una venta de terreno.

Las disposiciones relativas a las sociedades francesas que tienen por objeto la construcción de inmuebles para uso de habitación o uso profesional y de habitación giran sobre la noción creada por la ley, del contrato de promoción inmobiliaria.

Dichas normas, contenidas en el título IV (ley 71 - 579 del 16/7/71), modificadas y completadas por la ley 72 - 649 del 1/7/72, están divididas en dos partes: una de alcance general (definición y efectos del contrato de promoción) que ha sido incorporada al Código Civil bajo los artículos 1831 - 1 a 1831 - 5, y otra dedicada especialmente a la construcción de inmuebles para uso de habitación o uso mixto, que es de orden público.

Según el artículo 1831 - 1 del Código Civil, este contrato obliga al promotor hacia el propietario del inmueble futuro, el dueño de la obra, por un precio convenido, mediante un contrato de locación de obra realizado con personas del oficio, arquitectos y empresarios, a proceder a la realización de un programa de construcción determinado, mediante una remuneración convenida, y a hacer realizar todas o parte de las operaciones jurídicas, administrativas y financieras que conciernan al objeto del contrato (salvo el préstamo si no fue previsto formalmente).

Es un contrato original que participa del contrato de empresa y también del mandato de interés común, que tiene por finalidad esencial hacer responsable al promotor frente al dueño de la obra. Debe ser otorgado por acto auténtico e inscrito en el Registro inmobiliario para ser opuesto a terceros y es de celebración obligatoria si el inmueble por construir está destinado a habitación o al uso profesional y de habitación.

Pero esta obligación cesa cuando el promotor es al mismo tiempo vendedor arquitecto o empresario que actúa en virtud de un contrato de locación de obra, ya que el adquirente está protegido por las disposiciones que reglan las ventas de inmuebles por construir, o por las responsabilidades propias del arte de la construcción^(29 bis)(417).

Señala Frédéric Aeby que en Bélgica, "en la venta sobre planos, el promotor libra el suelo los materiales y los trabajos. Hay entonces venta en virtud del derecho común, venta de una cosa futura en la medida que los apartamentos no existen materialmente. Esta solución está conforme con la intención de las partes, por las razones que venimos de exponer. La

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obligación de construir que pesa sobre el vendedor está regida por las reglas del contrato de venta y no por las del contrato de empresa. Ocurre a veces que el suelo fue vendido por una persona y las construcciones por el promotor vendedor a quien fue concedida una autorización de construir por el propietario del suelo. Esta circunstancia no cambia nada la naturaleza del contrato, que sigue siendo una venta"(30)(418).

En derecho español, Ventura Traveset(31)(419), con referencia al supuesto de varias personas que decidan construir un edificio para adjudicarse los pisos, da por supuesta la admisibilidad de la figura de la sociedad civil al amparo del art. 1665 del Código Civil poniendo en común los futuros propietarios dinero [...] y bienes [...] e industria [...] con ánimo de partir el objeto formado (el edificio), cuya construcción constituye el objeto lícito en interés común de los socios (art. 1666 Cód. Civil), y extinguiéndose una vez que se termina la construcción del edificio, que fue el objeto de la sociedad (art. 1700 Cód. Civil), y Batista Montero Ríos(32)(420), con referencia al supuesto de propietarios agrupados para edificar sobre un solar que adquieren proindiviso, cree que existe una sociedad de hecho, contraída per facta concludentia, aun reconociendo lo borroso de la distinción de la sociedad con la comunidad. A su turno, Francisco Lucas Fernández sostiene que no sería jurídicamente correcto utilizar el vehículo negocial de la sociedad para lograr dicha finalidad, y su utilización supondría un gran rodeo para conseguirla [...] porque en estas sociedades falta el requisito del propósito de repartir en común las ganancias que el Código Civil exige en el art. 1665: aquí no habría ganancias, sino propósito de reparto del presunto patrimonio social una vez que se haya extinguido la sociedad con el cumplimiento de su objeto, la edificación. Y señala que "ante esta consideración y en contemplación del artículo 1832 del Código Civil francés, correlativo a nuestro 1665, la doctrina y la jurisprudencia francesas negaron que estos grupos fueren considerados como verdaderas sociedades, y hubo de dictarse la ley de 28 de junio de 1938, para reconocer el carácter de sociedades a los grupos que tengan por objeto la construcción o adquisición de inmuebles para su ulterior división por pisos, aun cuando no tengan por fin repartir ganancias"(33)(421).

Y Manuel de la Cámara Álvarez, considerando el caso del aporte de solar a cambio de departamentos por construir, niega que se trate de una sociedad por motivos similares(34)(422).

El artículo 1° del decreto español del 12 de diciembre de 1968 somete a las disposiciones de la ley del 27 de julio de 1968 a la promoción para la construcción de viviendas que no sean de protección oficial por medio del denominado régimen de comunidad, excluyéndose los casos en que los interesados directos encaren la construcción sin intervención de intermediario o promotor.

Dicha ley estaba referida a la que nosotros denominamos comercialización por empresa vendedora, y obligaba a ésta a garantizar la devolución de las cantidades recibidas a cuenta del precio con más un interés anual del seis por ciento, mediante la contratación de aval bancario o seguro, y el depósito de esas sumas en una cuenta bancaria especial, de la que sólo podrán ser

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

extraídas para atender los pagos de la construcción.

Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que ello se haya verificado, el adquirente puede optar por prorrogar los plazos o exigir la rescisión del contrato con devolución de las sumas entregadas más el interés indicado. El seguro o aval unido al documento fehaciente que acredite la falta de comienzo de la obra o de entrega de la vivienda tiene carácter ejecutivo, y se impone una multa al infractor.

En Italia, al considerarse la venta del área solar a un grupo de adquirentes que luego de haber adquirido sus partes indivisas acuerdan destinar el terreno a construir un edificio en condominio (propiedad horizontal) obligándose cada uno a proveer los fondos necesarios para la construcción en la parte proporcional al respectivo apartamento, se ha negado que estos casos configuren una relación societaria(35)(423),

En cuanto a las relaciones entre los adquirentes de partes indivisas, especialmente cuando las adquieren por separado, se ha puesto de relieve la figura del contrato plurilateral expresamente previsto por el Código Civil de 1942, aplicable a la nulidad de alguna de las adquisiciones de partes indivisas, incumplimiento o incapacidad de alguno de los compradores en sus relaciones con los demás, etcétera, en lugar de la aplicación de las normas que regulan los contratos bilaterales.

En cuanto a la esencia jurídica de la relación en estudio, se han sostenido varias opiniones, como la de Barberis, que habla de acto con eficacia obligatoria inmediata y con eficacia real subordinada a la condición suspensiva de la efectiva construcción; según Salis, se trata de una aplicación del derecho de superficie; Cariota - Ferrara reconoce en el acuerdo inicial la eficacia de un acto de división; para Salvatore Rosa es una sociedad de hecho que tiene la obligación de transferir a cada socio, al término de la construcción, el apartamento reservado en la convención inicial (se le ha criticado que no todos los contratos plurilaterales son constitutivos de sociedad); según Branca, es una simple reglamentación del tipo que puede llamarse división de goce en el espacio: ninguna creación o constitución de derechos reales nuevos (superficie o propiedad del espacio aéreo), ninguna división de derechos, sino simple reglamentación del uso de la cosa(36)(424); según Antonio Visco, "cuando se promete vender, de una parte, y de la otra comprar, un apartamento sito en un edificio por construir a cargo y gasto del vendedor, aunque el precio sea entregado en anticipo, se trata de promesa de compraventa de cosa futura, y no de locación, como justamente ha sostenido la casación en sentencia del 3 de setiembre de 1957"(37)(425).

En Brasil, la ley 4591 del 16 de diciembre de 1964 regula el condominio (propiedad horizontal) y las incorporaciones inmobiliarias, o sea la actividad ejercida con la finalidad de promover y realizar la construcción para la enajenación total o parcial de edificios o conjunto de edificios compuestos de unidades autónomas (art. 28).

El título II de dicha ley reglamenta minuciosamente las obligaciones del incorporador, que define como la persona física o jurídica, comerciante o no, que aunque no efectúe la construcción, comprometa o efectúe la venta de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fracciones ideales de terreno, concretando la vinculación de tales fracciones a unidades autónomas en edificios por construir o en construcción bajo régimen condominial (que nosotros denominamos propiedad horizontal), o que meramente acepte propuestas para efectivizar tales transacciones, coordinando y llevando a término la incorporación, y responsabilizándose, según el caso, por la entrega en plazo cierto, precio y determinadas condiciones de las obras concluidas. Además, presume la vinculación entre la enajenación de las fracciones de terreno y el negocio de construcción, si al ser contratada la venta o promesa de venta o de cesión de las fracciones de terreno, estuviera aprobado y vigente, o pendiente de aprobación de la autoridad administrativa el respectivo proyecto de construcción, respondiendo el enajenante como incorporador (art. 29).

La ley extiende la condición de incorporador a los propietarios y titulares de derechos de adquisición que contrataren la construcción de edificios que se destinen a la constitución en condominio, siempre que iniciaran las enajenaciones antes de la conclusión de las obras (art. 30).

Entre las numerosas obligaciones del incorporador, detalla el archivo en el Registro inmobiliario del título de propiedad del terreno, o de la promesa de venta, cesión de derechos, o permuta; la historia de los títulos de propiedad abarcando los últimos veinte años; el proyecto de construcción aprobado; memorial descriptivo de las especificaciones de la obra proyectada; avalúo del costo total de la obra conforme a las bases que establece, discriminando el costo de construcción de cada unidad, autenticado por el profesional responsable de la obra; discriminación de las fracciones ideales de terreno con las unidades que a ellas corresponden; minuta de la futura convención del condominio (Reglamento de copropiedad); atestación de idoneidad financiera provista por establecimientos de crédito, etcétera (art. 32).

Se fija un plazo de cuarenta y cinco días para que el incorporador promueva la celebración del contrato relativo a la fracción ideal del terreno, así como del contrato de construcción y de la convención del condominio (art. 35).

Establece que en el contrato de construcción deberá constar expresamente la mención de los responsables por el pago de la construcción de cada una de las unidades respondiendo el incorporador en igualdad de condiciones con los demás contratantes, por el pago de las unidades que no hayan tenido responsabilidad por su construcción asumida por terceros, y hasta que la tengan (art. 35, parágrafo 6).

Obliga a discriminar el precio de la cuota del terreno y el de la construcción, aun en los casos en que se contrate un precio global (art. 41).

Permite estipular que en caso de atraso en el pago de la cuota del terreno o de la construcción, los efectos de la mora recaigan también sobre la parte construida o la fracción ideal del terreno, según el caso (art. 41, párrafos 1 y 2).

En caso de rescisión del contrato relativo a la fracción ideal del terreno y partes comunes, la persona en cuyo favor haya operado la resolución se subrogará en los derechos y obligaciones atribuidos contractualmente al incumplidor, en relación con lo construido (art. 42).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El incorporador debe informar por escrito a los adquirentes cada seis meses sobre el estado de la obra; responde civilmente por la ejecución de la incorporación, debiendo indemnizar a los adquirentes o promitentes por los perjuicios que se deriven del hecho de no concluirse la edificación o de retardo injustificado en la conclusión de las obras, teniendo acción regresiva contra el constructor si éste fuera culpable; tiene prohibido alterar el proyecto (especialmente en cuanto se refiere a la unidad del adquirente y a las partes comunes), modificar las especificaciones, o desviarse del plano de la construcción, salvo autorización unánime de los interesados o exigencia legal; etcétera (art. 43).

La ley regula también la construcción de inmuebles objeto de la incorporación (además del caso previsto por los arts. 41 a 43 citados en el que el incorporador se obliga a entregar las unidades por un precio global, asumiendo la construcción), por el régimen de empreitada (locación de obra a precio fijo o reajutable), o el de administración (a precio de costo), contratados con el incorporador, o directamente entre los adquirentes y el constructor (art. 48). En estos casos los titulares del terreno o promitentes de su compra costean las obras, que son construidas en su nombre(38)(426).

Al estudiar la naturaleza jurídica de estos contratos, Nascimento Franco y Gondo sostienen, siguiendo a Pierre Walet, Frédéric Aeby y Antonio Visco, que en todos estos casos en que interviene un incorporador se trata de una venta de cosa futura, y afirman que "en verdad, es el incorporador quien elige el terreno, procura el constructor, proyecta el contrato y establece los precios y las condiciones, restando a los condóminos apenas la posición de meros adherentes a la incorporación. Así, aunque la construcción se haga bajo el régimen de empreitada (contrato de obra a precio fijo o reajutable), o de administración (al costo), y no obstante se comprometan a adquirir la fracción ideal del terreno del propio incorporador, o de la persona que lo autoriza a lanzar el edificio, los interesados tienen, en realidad, la intención de adquirir un apartamento". Pero, cuando "adquiriendo partes ideales de un terreno y obligándose a costear la edificación de las respectivas unidades autónomas, desde entonces identificadas, los interesados no promueven una incorporación inmobiliaria, sino simplemente convienen aquello que los italianos denominan condominio preconstituido, encuadrable en el sistema de la ley 4591 apenas después de finalizada y anotada la construcción, a la espera de la escritura de institución, especificación, discriminación, división y convención del condominio"(39)(427).

El contrato de incorporación ha sido tipificado en el Proyecto de Código Civil brasileño de 1965(40)(428), conforme a cuyo artículo 763 "por el contrato de incorporación, el incorporador, persona física o jurídica, promueve y realiza, o tan sólo promueve y coordina, la construcción de edificio de cualquier naturaleza, de uno o más planos horizontales, dividido en unidades autónomas, sobre régimen condominial".

Sujeta al incorporador a los deberes y derechos que establezca la ley especial y establece que cualquiera que sea la modalidad de la incorporación, responderá solidariamente con el locador de obra por la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

solidez y seguridad del edificio, por un plazo de cinco años a contar desde la conclusión de la obra (arts. 764 y 766). Para el caso de constituirse una comisión de representantes de las unidades autónomas, sujeta los respectivos poderes a las reglas del Código sobre representación, y en lo que corresponda, las del mandato (art. 765).

Caio Mario Da Silva Pereira, autor del Anteproyecto que dio lugar a la ley 4591, sostiene que en el negocio jurídico de incorporación existe un *complexus* jurídico que requiere atención, ya que se conjugan un contrato traslativo de dominio sobre la fracción ideal del terreno, y el de construcción del edificio que irá a proporcionar la unidad autónoma al adquirente(41)(429), pero señala que la incorporación no se confunde con el contrato de construcción en lo tocante a la edificación de predio colectivo, que también gana foros de tipicidad(42)(430).

Este autor sostiene también que con el archivo de la documentación relativa a la incorporación en el Registro Inmobiliario (art. 32 párrafo 1), nace un derecho real en favor de los adquirentes de unidades como también del incorporador(43)(431).

En el sistema legal brasileño, las disposiciones comentadas se aplican tanto a la comercialización por venta de las unidades en construcción, como a la construcción que realicen los condóminos, siendo obligatoria la existencia de un incorporador, ya que se ha tratado de evitar la actuación de incorporadores ocultos(44)(432).

La incorporación está considerada como una empresa inmobiliaria, revistiendo el incorporador la calidad de empresario, ya que se considera que su función excede los lineamientos del corretaje, la comisión mercantil o el mandato(45)(433).

La ley 4591 faculta la reunión de los adquirentes en asamblea, cualquiera que sea el esquema de realización de la construcción para atender el cuidado de sus intereses; y el funcionamiento de una comisión de representantes de los adquirentes que intervendrá en todo lo que interese a la buena marcha de la obra, investida de los poderes necesarios para ejercer todas las atribuciones y practicar todos los actos que la ley y el contrato de construcción le confieren, sin necesidad de instrumento especial otorgado por los adquirentes o quienes se subroguen en sus derechos y obligaciones (arts. 49 y sigs.).

En los contratos de construcción por administración o "a precio de costo", la comisión de representantes efectuará en común con el constructor la estimación del costo de la obra cada seis meses, pudiendo examinar las cuentas recibos, balances, etc., y fiscalizar las compras de materiales y la realización de los servicios en la obra.

El sistema brasileño de incorporación ofrece una seguridad legal que la doctrina considera en buena medida insatisfactoria, habiéndose señalado que la incorporación vale lo que vale el incorporador que la promueve, que los innumerables edificios no terminados ofrecen un panorama urbano que es una demostración viva de la ineptitud o de la incorrección de sus incorporadores; que a pesar de que los pagos deben ser efectuados en una cuenta bancaria a nombre del condominio, ellas acaban siendo utilizadas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por el incorporador, lo que ha tornado inoperantes las medidas cautelares en defensa de los adquirentes que establece la ley 4591, porque los incorporadores inescrupulosos continúan como antes desviando el dinero para otros emprendimientos o para costear sus gastos personales; o que cuando terminan la obra los plazos de ejecución de las diversas etapas son ultrapasados derivando en un encarecimiento de la mano de obra que termina siendo soportado por los adquirentes, lo que también provoca un mayor honorario de los incorporadores, que se benefician con su propia desidia.

En resumen la ley 4591 en su aplicación práctica no dio los resultados esperados por el legislador: salvo la regularidad formal de la incorporación, nada existe en el campo de la incorporación inmobiliaria que resguarde efectivamente los intereses de los condóminos(46)(434).

8. CONCLUSIONES

Conceptualmente debe distinguirse al llamado consorcio para la construcción y adjudicación de un edificio por el sistema de la propiedad horizontal, del consorcio de copropietarios que regula la ley 13512 y su decreto reglamentario, y aun del llamado preconsorcio que administra un edificio ya terminado pero aún no dividido por el sistema de la propiedad horizontal.

El panorama que ofrece esta compleja forma de contratación nos muestra una jurisprudencia favorable a considerarla dentro del esquema de los contratos atípicos o innominados, que aplica las disposiciones de la sociedad civil para las relaciones de los adherentes o condóminos entre sí y en relación con terceros.

A la vez, importantes opiniones doctrinarias sostienen que en estos casos corresponde la aplicación de las normas que regulan el condominio, no siendo aplicables las de la sociedad civil.

Parece entonces conveniente llamar la atención sobre los numerosos problemas que muestra la realidad negocial en esta materia en miras a lograr una mayor profundización sobre su esencia jurídica y sus consecuencias legales, la elaboración de pautas interpretativas adecuadas, y, en lo posible, la sanción de una legislación que regule de manera equitativa y eficiente los múltiples intereses en juego.