

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

***I. COMPRAVENTA. - Escrituración. Inmueble transferido a un tercero.  
Imposibilidad de escriturar. Daños y perjuicios.***

DOCTRINA: La demanda por escrituración debe prosperar aunque el vendedor haya transferido a un tercero el inmueble objeto de la escrituración.

Se admite la posibilidad de que el vendedor recupere el inmueble para cumplir la condena de escrituración. En caso contrario, quedarán establecidas la imposibilidad del cumplimiento y la obligación de indemnizar daños y perjuicios.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires  
AUTOS: GIL, ENRIQUE C/POSSENTI, HUGO A. y otros.

La Plata, febrero 21 de 1967.

¿Es fundado el recurso de inaplicabilidad de ley?

El Dr. Portas dijo:

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

El actor demanda por escrituración a Hugo A. Possenti y Heberto N. Possenti, haciendo mérito de un boleto de compraventa. Estos contestan la demanda señalando que les resulta imposible acceder a tal pretensión porque uno de ellos - Heberto N. Possenti - vendió por escritura pública su parte indivisa (v. fs. 21 y 29). Al contestar el traslado que de sendas presentaciones efectuóse (v. fs. 22 vta. y 29 vta.), Enrique Gil reitera los términos de su alegación inicial, esto es, insiste en que se escribure; y si esto no fuere posible, se condene al pago de daños y perjuicios.

Por mediar imposibilidad de cumplimiento dada la actitud asumida por uno de los condóminos tanto la 1ª instancia como la cámara rechazan la demanda, condenando al pago de daños y perjuicios.

Pienso que el recurso de f. 73 - donde se denuncia la violación de los arts. 513, 514, 888, 889, 1197, 1198, 2377, 2378, 2506, 13329, 505 inc.1 y 629, Cód. Civil - resulta ineficaz.

Prescinde de todo aquello que, aunque vinculado con el tema litigioso, resulte extraño al contenido de la demanda y del replicato de f.37. Me atengo a lo que corresponde decir con respecto a la única cuestión propuesta a consideración de la instancia ordinaria (v. "A. y S.", 1963 - III, págs. 59 y 314).

Sobre el problema que somete la queja esta Corte tiene resuelto - no sin hacerse eco de opiniones adversas no prevalecientes - que obsta a la condena de escrituración la circunstancia de que quien prometió en venta un inmueble haya perdido el dominio por enajenación que a su vez efectuó a tercera persona, ya que la prestación debida viene a ser legalmente imposible y no cabe afirmar la posibilidad de readquirir la propiedad sin contar con la anuencia del nuevo propietario (v. "A. y S.", 1959 - III, pág. 459).

En el sentido expresado se expide también Morello (v. "El boleto de compraventa inmobiliaria", pág. 345, Nos. 100 y sigs. y notas): "De modo que cuando el cumplimiento de la obligación que el contrato de compraventa impone al vendedor - dar una cosa para constituir sobre ella el dominio - se torna imposible por culpa (lato Sensu, comprensiva de dolo) del deudor, la obligación primitiva «subsiste, pero convertida» en la de pagar daños e intereses" (pág. 353, N° 106). Lo mismo Llambías (en El Derecho, t. 2, pág. 1069, ap. V): "En suma, si estando pendiente la obligación de escriturar mediante la cual habrá de satisfacer el vendedor su principal obligación de transmitir el dominio de la cosa debida, aquél la enajena a un tercero, crea con ello la imposibilidad que le es imputable, de cumplir la prestación prometida. Tal conducta tiene su sanción adecuada en el art. 889, Cód. Civil, que convierte ministerio legis la obligación primitiva, sea de dar o de hacer, en la de pagar daños y perjuicios. Para este cometido no es indispensable una petición explícita del acreedor, ya que se ha decidido que toda demanda por cumplimiento específico de la obligación lleva implícita la de su equivalente (Suprema Corte Bs. As., J. A., 1960 - III, pág. 485; conf.: C. Civ. Cap., sala A, J. A., 1960 - I, pág. 700)".

Voto por la negativa.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

El Dr. Demo dijo:

En la causa 89747 de la C. 2ª, La Plata, sala 3ª, tuve oportunidad de sostener que el hecho de que quien prometió en venta un inmueble lo haya transferido a un tercero, no empece al progreso de la demanda por escrituración, puesto que el obligado puede readquirirlo para cumplir la condena.

Pese a que ese criterio no fue compartido por esta Corte (ver fallo citado por el juez preopinante), el cambio de composición del tribunal, en cuanto me exime de la obligación de prestar acatamiento a su jurisprudencia anterior (D.J.B.A., t. 79, pág. 177), y las particulares modalidades del caso en estudio, me impulsan a insistir en él, persuadida de que si bien puede resultar objetable desde el punto de vista estrictamente práctico, consulta mejor, en cambio, los intereses del contratante cuya conducta se ajusta a los principios de la buena fe, ínsitos en todo contrato.

Reproduciré a continuación, pues, las razones que expuse entonces: "Como lo acordaran los Dres. Tezanos Pintos, Salvat y Quesada, en el pronunciamiento de la vieja C. Civ. 2ª metropolitana que difunde La Ley t. 11, pág. 350, la circunstancia de que el vendedor haya vendido posteriormente a un tercero los terrenos objeto de la demanda de escrituración intentada por el primer adquirente, no empece a la admisión de la misma, «desde que siempre cabe la posibilidad de que los pueda readquirir para cumplir con la obligación contraída con el actor? además de que si no pudiera escriturar, la nueva situación está prevista en la ley»".

"Esta tesis, que coincide con la del fallo que se reseña en la La Ley, rep. IV, pág. 883, sum. 5, de la Sup. Corte Tucumán, fue asimismo aceptada por la sala 2ª de este tribunal en la causa titulada «Buffa, Ramón Alejandro c/Paredes, Blandina González de y otros, cumplimiento de contrato y daños y perjuicios», al confirmar la sentencia dictada por el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 6, secretaría N° 24, entonces a mi cargo, de este departamento judicial, en decisión que se registra en la revista citada, t.50, pág. 1039; por Salas, quien la enuncia en su exégesis del art. 1187, Cód. Civil («Código Civil...», t. 1, pág. 694, N° 4); y por Busso, «Cód. Civil anotado», t. 4, pág. 358, N°10) La C. 3ª Civ. y Com. Rosario ha dicho, concordantemente, que «mientras subsista la posibilidad de adquirir lo prometido en venta, la obligación de escriturar no puede declararse extinguida conforme con los arts. 627, 888 y 895, Cód. Civil, sin perjuicio que de no escriturarse la situación queda regida, por prevista, por el art. 1187» (La Ley, t. 73, pág. 663, p. 6º)".

Por supuesto que no se me escapa que la mencionada tesis puede adolecer de falta de practicidad, ni tampoco que algunos tribunales, tratándose de promesas de venta de inmuebles, han resuelto que existe imposibilidad de escriturar para el vendedor, lo que autoriza la resolución del contrato aunque no haya pacto comisorio, cuando éste no es el propietario de la cosa enajenada, o vendió la misma, o los títulos que exhibe no son perfectos, siendo que se había convenido que lo serían, o

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

se halla embargado o inhibido, o no puede hacer tradición de la cosa vendida por poseerla un tercero (ver Salas, ob. cit., pág. 725, N° 1)".

"Pienso, sin embargo, que el actor en el caso sub lite, ha podido, de acuerdo con lo que establece el art. 1412, Cód. Civil, exigir el cumplimiento del contrato en vez de pedir su resolución, porque el art. 1413, al disponer que si el vendedor se hallare imposibilitado para entregar la cosa, el comprador puede exigir que inmediatamente se le devuelva el precio que hubiese dado, sin estar obligado a esperar que cese la imposibilidad del vendedor, sólo consagra un derecho a favor del adquirente y no impide la opción que autoriza el precepto primeramente indicado (ver Rezzónico, «Estudios de los contratos... (Compraventa... », pág. 144; y Salvat, «Contratos», t. I, pág. 226)".

La Sup. Corte, confirmando la sentencia emitida por esta sala en la causa titulada "Merlo, Francisco y otro c/Herrera, María E. Eugui de s/escrituración", resolvió que cuando el vendedor se halla imposibilitado para entregar la cosa, el art. 1413, Cód. Civil, acuerda al comprador un derecho de opción: mas no una obligación que pueda imponérsele, de suerte que es a él a quien corresponde resolver el contrato o exigir su cumplimiento, si el impedimento, de existir, no se hubiera originado en un caso fortuito o de fuerza mayor ("A. y S.", 1956 - VI, pág. 386).

Conceptúo, además, que la circunstancia de que el vendedor haya sido desposeído de los lotes por la orden judicial antes mencionada, no configura un casus, en los términos de los arts. 513 y 514, Cód. Civil, puesto que la instauración del juicio reivindicatorio en que se la dictó, habida cuenta del origen meramente posesorio del título, no puede considerarse imprevisible, carácter que - según se sabe - ha de revestir todo acontecimiento para poder entrañar caso fortuito o fuerza mayor (conf. Busso, ob. cit., t. 3, pág. 310, N° 70; Salas, ob. cit., t. 1, pág. 323, N° 3, etcétera).

"El accionado, cesionario de los derechos y acciones del poseedor de los lotes, no podía dejar de prever, particularmente en nuestro medio, la eventualidad de que se intentara reivindicarlos. No han de olvidarse, en este sentido, ni el disfavor con que siempre se miraron los títulos de origen posesorio, ni la preocupación motivada por los abusos a que dio lugar la posibilidad de que la invocación de falsas posesiones treintañales concluyera en el reconocimiento judicial de la adquisición del dominio, que inspirara la sanción de los arts. 24 y 25, ley 14159, hoy modificada por el decreto - ley 5756/58".

"Tengo presente, asimismo, que la fuerza mayor no puede ser aducida por el deudor como causa de liberación, sino en tanto que constituye un obstáculo absoluto a la ejecución de la obligación, sin que baste para eximirlo de responsabilidad el hecho de que esta ejecución sea más difícil o más onerosa (conf.: Salvat, «Obligaciones», pág. 69, N° 145) o, para expresarlo con otras palabras, que, para que exista fuerza mayor, es preciso que el hecho que se arguye como tal haya imposibilitado el cumplimiento de la obligación, de manera que el aumento de las dificultades o la mayor onerosidad no la configuran (conf. Salas, ob. cit.,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

pág. 322, N° 2; Busso, ob. cit., t. 3, pág. 307, N° 50; etc.)".

"Si se admite que la circunstancia de que quien prometió en venta un inmueble lo haya transferido a un tercero no obsta al progreso de la demanda por escrituración, puesto que el obligado puede readquirirlo para cumplir con la condena, según se ha dicho supra, va de suyo que ello es así porque en tal supuesto, aunque la ejecución se torna más dificultosa u onerosa para el vendedor, se excluye la existencia del casus".

"Opino, en resumen, que el vendedor no puede eximirse por el incumplimiento de la obligación de escriturar, aduciendo que ello es imposible, a raíz de haber sido desalojado del inmueble vendido, en virtud de una orden judicial dictada en un juicio reivindicatorio instaurado contra quien le cedió sus derechos y acciones sobre la posesión del mismo, circunstancia que en su entender importa un casus, porque esa situación se debe a su propia imprevisión, al no tener en cuenta, cuando lo prometió en venta, que, atento al origen posesorio del título, podía ser objeto de una demanda de reivindicación y porque, a todo evento, siempre sería posible que lo readquiriera para dar cumplimiento a dicha obligación".

Antes de concluir, creo oportuno hacer presente, a fin de poner de relieve el designio ético que también inspira mi voto, que: a) Hugo A. y Heberto N. Possenti prometieron en venta al actor, el 27/9/49, el inmueble de que trata el sub lite, recibiendo la totalidad del precio pactado y entregando la posesión del bien al comprador (f. 2); y b) pendiente la escrituración, el codemandado Heberto N. Possenti vende su parte indivisa en el condominio a su cuñada Margarita J. Mancino de Possenti, esposa del otro condómino, Hugo A. Possenti, quien comparece al acto y lo ratifica (fs. 5/7), creando así la imposibilidad de cumplimiento que mienta la tesis sentada por este tribunal en la especie supra indicada.

Considero, en resumen, que la queja es fundada y voto, en consecuencia, por la afirmativa.

El Dr. Baños, por los fundamentos expuestos por el Dr. Demo, votó por la afirmativa.

El Dr. Borga dijo:

La imposibilidad de cumplimiento de la obligación deviene por culpa del deudor, que debe la reparación porque ello provoca daños y perjuicios (Mazeaud, Henri, León y Jean, "Lecciones de derecho civil", parte 2°, vol. 3, pág. 338, N° 1082, ed. 1960).

La circunstancia sobrevenida no tiene efecto liberatorio, que subsiga por extinción de la obligación en la medida que ella la provoca, cuando tiene cabida la regla: "a lo imposible nadie está obligado" (art. 888, Cód. Civil), ya que media la culpa del deudor (Josserand, Louis: "Derecho civil", t. 2, vol. 1, pág. 738, N° 959, ed. 1950; Mazeaud, H., L. y J., op. cit.; Busso, Eduardo B., "Código Civil anotado" t. 4, págs. 357 y 358).

Se trata, pues, de advertir "si la imposibilidad en que se halla el deudor pudo ser evitada; en caso afirmativo, será sin más responsable y su

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

hecho constituirá una culpa; en caso contrario, se tratará de una causa extraña independiente de su voluntad, o sea, el caso fortuito o la fuerza mayor que lo liberaran" (Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, "Tratado teórico práctico de derecho civil", t. 7, pág. 654, N° 1317).

La ley se refiere al hecho con sentido de acto positivo del daño causado directamente por el deudor, voluntariamente o por impericia, y el concepto de culpa, señala con especialidad a las omisiones o hechos negativos de negligencia o imprevisión por los que indirectamente se ocasiona el daño, pero comprende en la subsistencia de la obligación que establece al convertirla en la de pagar daños e intereses tanto la culpa in omittendo como incommittendo (Planiol y Ripert, op. cit.).

Así lo dispone el art. 889, Cód. Civil, al mantener la obligación pero modificando el objeto de la prestación en correlación con lo dispuesto por los arts. 513 y 627, Cód. Civil - como lo destaca la doctrina y jurisprudencia, a que se refiere el juez de primer voto, según concepto lato sensu de la culpa comprensiva del dolo; a lo que se suman los obstáculos propios de la readquisición del bien o cosa de orden fáctico - nuevo titular del dominio - y legal, cuando se ha perdido la propiedad de lo prometido en venta (arts. 1324, 1329, 2606 y 2610, Cód. Civil; Segovia, Lisandro, "El Código Civil de la República Argentina", t. 1, pág. 242, nota 4, ed. 1933; Morello, A. M., "El boleto de compraventa inmobiliaria", pág. 345, N° 100 y sigs.; "A. y S.", 1959 - III, pág. 459).

Por las razones dadas por el Dr. Portas y las precedentes, doy mi voto por la negativa.

El Dr. Bouzat, por las consideraciones aducidas por el Dr. Demo votó también por la afirmativa.

El Dr. Nápoli, por las razones dadas por el Dr. Portas, votó por la negativa.

Los Dres. Ramírez Gronda y Bremberg, por los fundamentos dados por el Dr. Demo, votaron también por la afirmativa.

Por lo expuesto concordantemente en el acuerdo que antecede, se hace lugar al recurso de inaplicabilidad de ley traído por la parte actora y se revoca la sentencia apelada en cuanto ha sido materia del mismo; con costas a la demandada (art. 71, Cód. de Proc.). El tribunal de origen dictará nuevo pronunciamiento conforme con lo que aquí se decide, al que se supedita la regulación de honorarios que corresponde a esta instancia (arts. 175 y 159, ley 5177). El depósito que acredita la boleta de f. 72 se reintegrará al recurrente (art. 327, Cód. de Proc.). - Néstor L. Portas. - Héctor R. Demo. - Heberto A. Baños. - Ernesto E. Borga. - Luis F. Bouzat. - Rodolfo A. Nápoli. - Juan D. Ramírez Gronda. - Axel M. Bremberg (Sec.: Orlando Rocco)

**Ver comentario siguiente:**

Este fallo nos muestra los dos campos en que se hallan divididas las opiniones de los magistrados. Ha prevalecido, en votación encontrada, el criterio cuyos argumentos podemos sintetizar así: a) Si el vendedor fue constituido en mora y el contrato debe cumplirse, es necesario agotar los medios legales tendientes a lograrlo, en virtud de que así lo exige el acreedor de la obligación; b) no existe imposibilidad física o legal que

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

impida al deudor retrotraer el dominio del inmueble y escriturarlo a favor del acreedor; c) la sentencia que condena al deudor a escriturar, configura el antecedente necesario de la acción subsidiaria para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran derivar del incumplimiento de la obligación; d) llegado el momento de ejecutar la sentencia, se establecerá con certeza si el deudor se halla o no en condiciones de escriturar y si el juez puede o no sustituirlo; en su defecto, el acreedor quedará habilitado para ejercer la acción subsidiaria por daños y perjuicios. Por su parte, los jueces que votaron en disidencia sustentaron el parecer que cuenta con la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, afirmando que la enajenación del inmueble debido, a favor de un tercero, ha de considerarse como un supuesto de imposibilidad de cumplir la obligación de escriturar. En consecuencia, ante este hecho no se justifica la insistencia en reclamar el cumplimiento de una obligación de hacer que aparece en ese momento, como jurídica y materialmente imposible y, por lo tanto, es más práctico y racional admitir que la obligación se ha vuelto de cumplimiento imposible por culpa del vendedor, subsistiendo en la única forma en que puede ser satisfecha: el pago de daños y perjuicios.- A. J. M.