

Compraventa

Pacto comisorio expreso — Ejercicio abusivo — Vendedor que se niega a que el notario interviniente le retenga el adelanto del impuesto a las ganancias — Presentación del formulario de la AFIP que permite la exención de la retención — Comprador que se resiste a escriturar un día después de la frustración del acto.

• CNCiv., sala M, 2009/12/17. - Carpintero, María de los Ángeles c. Sistemas de Encuadernación S.A. (Publicado en *La Ley*, 2010/3/12)

Hechos: La escrituración de un inmueble se frustró porque el vendedor se negó a que el escribano interviniente le retenga el adelanto del impuesto a las ganancias, y al día siguiente presentó el formulario de la AFIP que permite la exención de la retención, ratificando su voluntad de otorgar la escritura. El comprador se resistió a escriturar invocando la operatividad del pacto comisorio expreso, e interpuso una demanda por cobro fundada en la resolución de la operación. El juez de primera instancia rechazó la demanda. La Cámara confirmó el fallo apelado.

1. — Si la escrituración del inmueble se frustró porque el vendedor se negó a que el notario interviniente le retenga el adelanto del impuesto a las ganancias, pero al día siguiente presentó el formulario de la AFIP que permitía la exención de la retención, resulta abusivo el ejercicio del pacto comisorio por parte del comprador pues, si bien medió un incumplimiento de la parte vendedora, ésta ratificó su voluntad de otorgamiento de la escritura antes de que el actor notificara la resolución contractual.

El uso abusivo del pacto comisorio. Una excusa para no cumplir
Por Ezequiel Cabuli

El presente fallo de los señores jueces de la Sala “M” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, nos brinda una acertada solución a una situación conflictiva que se presenta habitualmente en los negocios que tienen por objeto la transmisión de un bien inmueble. Esta circunstancia se da frecuentemente durante el lapso que transcurre desde el momento de la firma

del boleto de compraventa, hasta la celebración de la escritura traslativa de dominio.

Como ha sostenido la jurisprudencia y la doctrina notarial en reiteradas oportunidades, el boleto de compraventa de inmuebles representa un contrato, donde las partes asumen la obligación de otorgar en determinado plazo, la escritura definitiva y así cumplir con la forma impuesta por la ley para transmitir legítimamente el dominio. La estipulación contractual indica, que durante este periodo la parte vendedora deberá acercarle al escribano designado, la totalidad de la documentación necesaria a efectos que este realice los trámites pre escriturarios. Asimismo el comprador deberá suministrar los datos que el Escribano necesite y entre los tres deberán coordinar, conforme el contrato, el día y la hora en el cual van a concurrir a celebrar el acto definitivo.

Como contracara al efectivo cumplimiento de lo acordado, se establece además en el boleto de compraventa, las circunstancias referidas al incumplimiento de una u otra parte, y la operatividad del pacto comisorio. De esta forma, ante el incumplimiento de la parte vendedora, la compradora podrá optar por, o bien exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación pactada, reclamando judicialmente el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio (previo depósito del saldo de precio), o bien la resolución del contrato con la posibilidad de exigir al vendedor lo entregado como parte del precio y otro tanto igual en concepto de indemnización.

La intervención de los agentes inmobiliarios en la redacción de estos instrumentos, su asesoramiento sobre las consecuencias, como así también la lectura de los contratos de las partes sin una adecuada orientación jurídica, implica a veces una errónea interpretación literal del contenido de dicha cláusula de incumplimiento, que no es más que la operatividad del pacto comisorio. La lectura a *prima facie* es simple: ante una circunstancia mínima de incumplimiento (voluntaria o no) por parte del vendedor en cuanto al exacto acatamiento de los plazos y condiciones estipuladas, va a alentar al comprador a afirmar en forma triunfal: "Si el día estipulado para escriturar, el vendedor por la circunstancia que sea no se presenta, yo al otro día le reclamo el doble de lo que le di".

La realidad del tráfico inmobiliario indica, que al momento de operar los trámites pre escriturarios, y aún prestando la mayor diligencia, pueden ocurrir circunstancias por las cuales no es posible cumplir con los plazos estipulados contractualmente. A modo de ejemplo podemos indicar algunas de ellas: Administrativas: Imposibilidad de obtener la documentación necesaria (certificados municipales, catastro, Registro de la Propiedad Inmueble) por huelgas, fallas en los sistemas informáticos, atrasos etc.; Judiciales: En los casos que se realizan ventas que dependen de alguna instancia judicial, como ser la venta por tracto abreviado, ante un atraso, error u omisión de cualquier oficio u orden de inscripción, se debe rectificar antes de la escritura. Operativas: El banco no pudo girar los fondos y tenerlos disponibles, o la sucursal no cuenta con el dinero para el día solicitado. Personales: Accidentes, enfermedades. O bien Circunstanciales: como ser el ejemplo del presente caso, que por un error de comunicación, o de asesoramiento por parte del escribano o del contador del vendedor, este no ha podido tramitar en tiempo y forma, el formulario correspondiente para la exención del anticipo de ganancias.

Estos reclamos son conocidos en el ámbito notarial, y suelen tener como trasfondo que el comprador o bien se ha arrepentido de realizar la compra, o simplemente se ve tentado por la ambición de obtener ventaja en forma abusiva, de una situación indeseada para el vendedor que actuó diligentemente y que por cuestiones ajenas a su obrar, incurrió en mora.

Ante esta situación existen dos posturas respecto del incumplimiento que hace operativo el pacto comisorio: para una corriente de opinión a la cual adherimos (tesis subjetiva), es requisito inexcusable la existencia de culpa y para otra (tesis objetiva) no interesa la culpa sino el hecho objetivo del incumplimiento. A esta circunstancia nos referiremos en este comentario:

La interpretación regular de los derechos

La ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810) introduce algunas instituciones de carácter general que pueden tener incidencia en el derecho de propiedad. Tales son: el abuso del derecho, la lesión,

la teoría de la imprevisión, la nueva redacción de los arts. 2513, 2514 y 2618 del Código Civil, que con la elaboración jurisprudencial posterior, han logrado morigerar la estrictez de los caracteres del derecho positivo.

El abuso del derecho del artículo 1071, implica que las personas no pueden hacer uso abusivo de una prerrogativa jurídica, la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos y considera tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos, y al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Es importante destacar que el instituto del abuso del derecho implica no solamente el “ejercicio regular” de un derecho, sino también, y como consecuencia ineludible, una “interpretación regular” del mismo y de acuerdo a la finalidad que la ley tuvo en mira al tutelarlos.

La interpretación regular de una norma implica que ésta sea conforme al caso concreto y la solución no puede ejercerse en forma abusiva. El derecho, como herramienta de la sociedad, necesita brindar soluciones que de ninguna manera pueden dejar de lado valores que él mismo defiende. La aplicación lineal del derecho, en oposición a fundamentos y principios esenciales, no puede implicar en ningún caso “seguridad jurídica”, sino una irrazonable “desprotección jurídica”.

Resulta esencial, durante la aplicación de los efectos emergentes del contrato, distinguir entre la correcta aplicación de la normativa vigente orientada a obtener un resultado conforme a derecho, con la utilización de institutos en forma abusiva y arbitraria. En tal virtud celebramos la decisión judicial en ambas instancias.

El debido asesoramiento notarial. Consecuencias

La conducta del escribano, no ha sido objetada por las partes en el fallo comentado, no obstante ello, consideramos oportuno reflejar algunas cuestiones del quehacer notarial que influyen directamente en las consecuencias jurídicas del cumplimiento de los contratos. El correcto asesoramiento notarial resulta trascendental a la hora de mediar entre los conflictos derivados por la interpretación del boleto de compraventa.

El deber funcional del escribano, implica que este debe

asistir personalmente a lo que se denomina “primera audiencia”, en la cual deberá reunirse con el vendedor y el comprador a efectos de asesorar sobre las consecuencias y situaciones que puedan plantearse en ocasión del otorgamiento de la escritura.

En materia impositiva, si bien el escribano no es la persona idónea para asesorar sobre la elección de las opciones admitidas por ley para eximirse al pago de determinados tributos, éste deberá informar a las partes su función en virtud de las leyes impositivas. El escribano reviste el carácter de agente de retención a efectos de recaudar el tributo, o agente de información en los casos en que dicho tributo no se abone conforme la opción solicitada por el requirente, quien la ejerce con el debido asesoramiento contable.

No obstante la obligación funcional de asesoramiento del escribano, y amen de su responsabilidad disciplinaria, las partes no pueden eximirse de ninguna obligación fiscal, contractual o administrativa, alegando que no han sido debidamente informadas de sus consecuencias.

En el caso particular, (si bien no lo podemos determinar a ciencia cierta), con un adecuada intervención pre contractual del profesional, esta situación tal vez pudo haberse evitado. Se desprende de las piezas procesales, que el escribano estuvo junto con las partes un día antes del vencimiento del boleto en el marco de la escritura frustrada. Ese momento, es el indicado para asesorar a las partes que no dejen vencer el boleto sin antes establecer las causas por las cuales no se ha celebrado la escritura y cuando será la nueva fecha de su otorgamiento. Si esto no es posible, dejar constancia de los dichos de cada una de las partes a través de un acta notarial de constatación, a efectos de merituar anticipadamente la buena o mala fe contractual de la parte disconforme.

La intervención de los profesionales antes de los vencimientos de los contratos puede evitar innumerables conflictos.