

# Daños y perjuicios

Posesión de mala fe de un inmueble — Adquirente por boleto de compraventa — Daño moral — Restitución de los frutos

• CNCiv., sala C, 2009/06/23, Grinberg, Hugo Hernan c. Wasserman, Jorge M. (Publicado en *La Ley*, 2010/04/06)

*Hechos: El propietario de un inmueble interpuso demanda de daños y perjuicios, contra quien obtuvo la posesión del bien mediante un boleto de compraventa suscripto por el padre del actor cuando éste era menor de edad. El reclamante demandó una suma de dinero en virtud de la posesión de mala fe del emplazado y solicitó la reparación del daño moral. El juez de grado admitió la demanda. La Cámara confirma el decisorio del a quo en lo principal.*

**1.** — Debe admitirse la demanda de daños y perjuicios deducida por el propietario de un inmueble, contra el adquirente mediante boleto de compraventa, en virtud de que éste habría poseído el bien de mala fe durante varios años, pues el padre del actor suscribió el boleto en representación de su hijo menor con el compromiso de efectuar la escritura traslativa de dominio cuando éste alcanzara la mayoría de edad, por lo que no habiéndose procedido a la escrituración llegado

dicho momento, el emplazado debió devolver la cosa ante la existencia de un desplazamiento patrimonial sin causa.

**2.** — Procede otorgar una indemnización en concepto de daño moral al propietario de un inmueble, en virtud de la posesión de mala fe efectuada por quien adquirió el bien mediante un boleto de compraventa, ya que el emplazado nada hizo para aclarar la situación por la cual tomó posesión de la cosa, sino que esperó a que el reclamante lo intimara a restituirla, provocándole un estado de ánimo disvalioso, máxime considerando el parentesco habido entre las partes.

**3.** — El poseedor de mala fe de un inmueble debe restituir al propietario sólo los alquileres devengados con posterioridad a la emancipación de éste, pues conforme a lo dispuesto por el art. 287 del Código Civil, los frutos y rentas que el bien produjo durante la vigencia de la patria potestad corresponden a los progenitores.

## Boleto de Compraventa. La posesión y la percepción de los frutos

por Adriana N. Abella

Sumario: I. Hechos. II. Análisis de las cuestiones trascendentes. III. La cuestión de los frutos. IV. El caso.

### I. Hechos

Se presenta la situación de un peculiar boleto de compraventa, suscripto por el padre del actor —quien así lo reconociera en su presentación como tercero, aunque en definitiva fuera desestimada por no haberse activado el trámite de la mediación— que engloba en un solo precio, según se expresa recibido en ese acto, a cuatro inmuebles, uno de ellos de propiedad del accionante, por donación que le realizara su madre.

La demanda es por una suma de dinero, en razón de haber el accionado, adquirente por boleto, poseído de mala fe más de cinco años la unidad funcional de su propiedad.

El demandado destacó que el padre del actor es su primo hermano, que la representación de aquél surge de la ley, y que el otorgamiento de la posesión por parte del representante legal no se encuentra entre los actos prohibidos por el art. 297 del Código Civil, sino más bien que ello se trata de un acto de administración y/o de ejercicio del usufructo legal que le confiere el art. 287 del mismo cuerpo. Agrega que el boleto de compraventa nunca fue impugnado por el actor por lo que la legítima posesión fue confirmada tácitamente, e invoca lo establecido en los arts. 2355 y 2362 del Código Civil.

### II. Análisis de las cuestiones trascendentes

#### 1. Intervención del padre por el hijo menor de edad

Según nuestro régimen se incluye a los menores entre los incapaces de hecho, con los matices de los menores impúberes (art. 54 inc. 2 del C.C.) y los menores adultos (art. 127 del C.C.)<sup>1</sup>.

Los padres son representantes legales y necesarios de los hijos bajo patria potestad y los actos dispositivos que realicen

1. Excepciones a su situación de incapacidad se regulan en los arts. 286, 128, 131, 134 y 135, 275, 2392, 1897, 3614 y cc., Véase ABELLA Adriana, *Derecho Notarial, Derecho Documental*, Zavallía, 2005, p. 344 y ss.

con relación al patrimonio del menor necesitan autorización judicial y la debida intervención del Ministerio de Menores, órgano que controla su actuación ( art. 59 de C.C.).

Consecuentemente los actos celebrados que no cumplen los requisitos legales son nulos (arts. 1042,1043 del C.C.), de nulidad relativa, ya que el interés protegido es privado. Sólo puede ser alegada por la parte interesada y es posible el saneamiento por la confirmación expresa o tácita (art. 1059 y ss. del C.C.)<sup>2</sup>.

La ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, de reciente sanción, les reconoce el derecho a opinar y a ser oídos en todo proceso judicial o administrativo y en todo otro ámbito en el que tenga interés<sup>3</sup>.

Las normas básicas que juegan en la determinación del régimen de gestión de los padres sobre los bienes de los hijos bajo patria potestad son los artículos 264 quater (incs. 6° y 7°), 294 y 297 del C.C. El artículo 294 del C.C. establece como regla la administración conjunta de los padres, cuando ambos estén en ejercicio de la patria potestad<sup>4</sup>. En ese orden, la gestión de los bienes del menor puede ser ejercida por uno solo de los padres que se encuentran en ejercicio de la patria potestad, en dos supuestos: cuando hay acuerdo de ambos, o cuando existe resolución judicial (art. 294 C.C.). Excepcionalmente, los padres no serán administradores legales de los bienes de sus hijos cuando: 1) los hereden con motivo de la indignidad o desheredación de sus padres; o 2) se trate de bienes adquiridos por herencia, legado o donación, cuando les hubieran sido transmitidos con la condición de que los padres no los administren. En el último supuesto, es en razón de la remoción de uno de los padres de la administración de los bienes del menor (arts. 301, 302 y 303 C.C.).

Los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su patria potestad (art. 279 del C.C.). Necesitan autorización judicial para enajenar bienes de cualquier clase de sus hijos, constituir derechos reales o transferir derechos reales que pertenezcan a sus hijos sobre bienes de terceros (art. 297 del C.C. ley 23.264).

Para los actos de disposición, corresponde la gestión conjunta de padre y madre matrimoniales o extramatrimoniales convivientes, con autorización judicial, cuando recaen sobre in-

2. ABELLA Adriana, *Derecho Notarial. Derecho Documental*, Zavalía, 2005, p. 499.

3. XXXVI Jornada Notarial Bonaerense Tema III, se resolvió: "Las niñas, niños y adolescentes pueden ejercer su derecho a opinar y ser oídos en sede notarial. Estas intervenciones enmarcadas en la ley 26.061 y concordantes no modifican la validez y la eficacia de los documentos notariales que las contienen", Necochea, 28.11.2009.

4. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Bienes de los Hijos Menores. Administración. Disposición. Usufructo*. Editorial Rubinzal Culzoni, pp. 133 y ss. Según la autora el término *administración* involucra la celebración de todo tipo de actos, de administración y disposición.

muebles o muebles registrables; cuando consisten en enajenaciones de cualquier tipo de bienes de los hijos, en gravámenes o en transferencia de derechos reales de los hijos sobre bienes de terceros; la gestión conjunta con autorización judicial, en caso de tenencia del hijo o administración atribuida a un progenitor; gestión del único progenitor en ejercicio de la patria potestad o del único que tiene la gestión, con autorización judicial<sup>5</sup>.

En el fallo en comentario se resolvió: en consecuencia respecto al bien del menor, su padre no pudo actuar sino como su representante legal. Y al respecto, aunque se considere, en cuestión opinable, que su otorgamiento como acto de disposición no sólo requiere, salvo delegación, la participación de ambos padres y la autorización judicial (en contra Bossert-Zannoni, Régimen legal de la filiación y patria potestad, p. 356) lo que debe destacarse en el caso, y sobre lo que se discute en la causa, son las consecuencias de lo expresado en la cláusula tercera: “En este acto el vendedor entrega a la compradora la posesión de los departamentos y parte indivisa del local vendidos”. En consecuencia, a criterio del juez opinante, quien actuaba como su representante legal prometió el hecho de un tercero en los términos del artículo 1163 del Código Civil y el demandado no ignoraba, por así haberlo hecho constar en el “boleto” y reconocido al absolver posiciones, que el dueño del bien era el hoy actor. Ello impediría siquiera hablar de posesión y mucho menos calificarla pues de conformidad con el artículo 2352 del mismo ordenamiento, el demandado era simple tenedor de la cosa”.

## 2. Boleto de compraventa y la posesión

La polémica sobre la naturaleza jurídica del boleto de compraventa no se ha podido acallar con la reforma de la ley 17.711 al Código Civil, y la doctrina se mantiene dividida en posturas que podemos resumir: a) quienes sostienen “(...) que el boleto de compraventa es un verdadero contrato de compraventa firme, serio y definitivo, perfecto en sí mismo, esto es, como contrato de compraventa, y que la exigencia de la escritura pública (artículos 1184, inc. 1, 1185 y 1187 C.C.) es un requisito formal que hace al modo de adquisición del dominio en sí “;<sup>6</sup> b) el boleto de compraventa es promesa de venta que da lugar a una venta forzosa;<sup>7</sup> c) el boleto es un contrato preliminar o promesa de

5. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, ob.cit. p. 134 y ss.

6. MORELLO, A. M., *El boleto de compraventa inmobiliaria*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 50.

contrato o antecontrato, que sólo da derecho a exigir el otorgamiento de la escritura, pero no el de otras obligaciones distintas a la de escriturar<sup>8</sup>; d) el boleto de compraventa es una compraventa imperfecta, que obliga no sólo a otorgar la escritura pública sino también al cumplimiento del haz de obligaciones y derechos que contiene, ya que las partes se encuentran vinculadas jurídicamente; e) el boleto de compraventa implica un contrato definitivo, aun cuando no tenga virtualidad para transmitir el dominio<sup>9</sup>.

La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria han arribado a un punto de coincidencia, y es que con la firma del boleto estamos en el campo de los derechos personales que autoriza a demandar el cumplimiento de las obligaciones en los términos de los artículos 1412 y 1428 del Código Civil y la obligación de hacer la escritura pública<sup>10</sup>.

Sólo habrá derecho real cuando se cumpla con las formalidades impuestas para la celebración del contrato de compraventa inmobiliaria (cfr. artículos 976 y 1184 inc. 1, 1183, 1185, 1187, 577, 2609 y cc. del C.C.)<sup>11</sup>.

No debe confundirse la tradición que realiza el propietario con el objeto de transmitir solamente la posesión (art. 2454 del C.C.) con el instrumento público, como lo confirma la disposición del art. 2609: "el dominio de los inmuebles se pierde una vez firmado el instrumento público seguido de la tradición"<sup>12</sup>.

Y si bien esta es la regla general, nada se opone a que el vendedor, al firmar el boleto de compraventa, realice anticipadamente la tradición del inmueble y en este caso aún no mediando la escritura pública. Para que la tradición traslativa del dominio ocurra debe ser por el título suficiente (art. 2602 del C.C.). El título suficiente, título causa de adquisición, es el acto jurídico que tiene por finalidad transmitir un derecho real sobre la misma cosa con relación a la cual versa el título, revestido de las solemnidades legales, otorgado por un disponente capaz, legitimado al efecto. La verdadera causa de adquisición es el modo suficiente, causa inmediata y el título suficiente, causa mediata. Por su parte, aparecen aquí dos planos que es menester distinguir: el de la adquisición de la posesión y el del carácter de la posesión adquirida desde que si la posesión tiene el carácter de ilegítima por no configurar el ejercicio de un derecho real,

7. GATTI, E., ALTERINI, J., *Prehorizontalidad y el boleto de compraventa*, Buenos Aires, ed. La Ley, 1973.

8. Véase SPOTA, G., *Curso sobre temas de derecho civil*, p. 122 y LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, T. 2, Parte especial, p. 290.

9. Véase KIPER, C., *Juicio de escrituración*, ed. Hammurabi, p. 60. Cit. en ABELLA Adriana, *Derecho Inmobiliario Registral*, Zavallía, 2008.

10. Cfr. BORDA, *Contratos*, T. I, 339; LLAMBIAS, J. J., *Obligaciones*, T. II-A, 822.

11. ABELLA, Adriana, *Derecho Inmobiliario Registral*, Buenos Aires, Zavallía, 2008.

12. Véase LLAMBIAS Joaquín, ALTERINI Jorge, *Código Civil Anotado*, Tomo IVA.

ello no descarta que esa posesión ilegítima, por no considerar el ejercicio de un derecho real, haya sido adquirida legítimamente (conforme a derecho). La adquisición de la posesión será legítima, cuando el título por el cual se ingresa en ella (en el caso, el boleto) es otorgado por el titular del derecho real (en el caso el dueño del inmueble). La adquisición será ilegítima, si el promitente de venta que otorga la posesión al promitente recompra no es el propietario del inmueble<sup>13</sup>. Y si la cuestión se ciñe a calificar la “posesión” que detentaba el comprador, ... “aunque se discrepa acerca de las consecuencias prácticas que engendra el párrafo adicionado al art. 2355 del Código Civil”, no cabe duda acerca que actualmente corresponde calificar al poseedor de inmuebles con boleto de compraventa como poseedor de buena fe, a pesar de lo dispuesto en el art. 4009, que conduciría a calificarlo como poseedor ilegítimo de mala fe a raíz del defecto de forma de que adolece su título”. La doctora Mariani de Vidal también analiza la escasa trascendencia práctica de la reforma considerando diversos supuestos y aborda, en último término, la posibilidad del comprador por boleto de oponer su derecho contra el vendedor, para concluir que no era necesaria la reforma: si por efecto del boleto entregó la cosa de modo voluntario no puede volver sobre sus pasos, a menos que ataque el acto en virtud del cual realizó la tradición, ya sea por estar afectado de nulidad o por configurarse alguna causal de rescisión legal o convencional, y, caído éste, reivindique la cosa, que se detentaría, entonces, sin causa alguna<sup>14</sup>.

La buena fe no es una calidad atribuida por la ley al poseedor en virtud de un boleto sino requisito para que mediando ese boleto la adquisición sea considerada legítima. De la correlación de los arts. 4006 y 4007, y del 929 del Código Civil, puede formularse que la posesión es de buena fe cuando el poseedor se persuade de su legitimidad sin duda alguna. El error de derecho excluye la buena fe y el error de hecho debe ser excusable (arts. 4007 y 929). La existencia de la legitimidad apunta como dice Freitas en el Esbozo, que es la fuente del art. 2356 del Código Civil, a la existencia, calidad y validez del título, al modo de adquirir y al derecho del transmitente<sup>15</sup>.

Por ello, no habiendo, en el caso, el menor procedido a la escrituración al llegar a la mayoría de edad, en ausencia de cau-

13. LLAMBÍAS Joaquín ALTERINI Jorge, *Código Civil Anotado*, Tomo IV. A, p. 88.

14. MARIANI DE VIDAL, Marina, su colaboración en el Código de BUERESHIGHTON, 5 A, p. 173, Hammurabi, 2da. ed.

sa, el demandado debía devolver la cosa a su propietario, como lo hizo.

### III. La cuestión de los frutos

La clasificación de la posesión de buena fe y de mala fe tiene relevancia para el régimen de la percepción de los frutos. Y si bien si la posesión es de buena fe o mala fe tomando en cuenta el momento de su adquisición (art. 2358), en relación a la percepción de frutos, se considera aisladamente cada acto de percepción y será de buena o mala fe cada uno de los actos independientemente del otro.

El poseedor de mala fe responde por los frutos percibidos, los que por negligencia no percibió (sacando gastos de cultivo y extracción), y los frutos civiles que el propietario hubiera podido percibir (arts. 2438, 2439, 2442).

### IV. El caso

En esta permanente confusión entre las figuras, a la que ayuda por momentos la contradictoria y sobreabundante legislación, la parte actora reconoció la posesión del demandado y éste así se expresó, como lo habían consignado, por lo demás, los firmantes del respectivo boleto; y demandó una suma de dinero por haber el accionado poseído de mala fe durante más de cinco años la unidad funcional de su propiedad. Como se tuvo por probada la ilegitimidad de la posesión y la mala fe en ella, a partir del conocimiento que tenía el demandado acerca de la titularidad del inmueble en el actor, la falta de diligencia de su parte para tomar los recaudos necesarios a fin de cerciorarse respecto de la representatividad aludida y la circunstancia de que el propio demandado reconoció que ante la negativa del actor a extender la escritura de compraventa, le devolvió el inmueble por reconocerle la calidad de propietario.

Y se resolvió que dado el grado de parentesco entre los firmantes del boleto —primos hermanos—, el carácter de abogado del padre del entonces menor y de médico neonatólogo

del “comprador”, como se lo expresa en la demanda, y al parecer de trato frecuente como lo reconoce el actor en igual presentación, no había mucha investigación que realizar en orden a la representación, máxime teniendo en cuenta que, en definitiva, se prometía el hecho de quien, llegado a la mayoría de edad, podía transmitir el dominio o no, sin ningún tipo de responsabilidad personal.

Estas mismas relaciones familiares, llevarán a proponer, que los frutos producidos por la cosa lo sean desde la emancipación del actor, hecho no sólo registrado sino que debe entenderse conocido por el accionado. Y por aplicación del art. 2358 del ordenamiento de fondo, pues la buena fe debe existir con cada percepción de frutos, por mantenerse en la posesión llegado el tiempo de la escrituración sin que el acto se llevara a cabo, o por existir un desplazamiento patrimonial sin causa del actor hacia el demandado, se propuso se confirme, en lo principal que decide, la sentencia en crisis.

## Impuesto a las Ganancias

Transferencia del fondo de comercio — Conjunto económico — Reorganización societaria — Requisitos de publicidad e inscripción

- CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, 2009/11/05 (\*). - Abb S.A. c. E.N. - A.F.I.P. - D.G.I. - Resol 7/05.(Publicado en *La Ley*, 2010/03/25)

La transferencia del fondo de comercio operada entre dos empresas de un mismo conjunto económico constituyó una reorganización societaria alcanzada por los efectos del art. 77° inc. c) de la Ley 20.628, pues, los requisitos de publicidad e inscripción exigidos por el Fisco no son aplicables a la transferencia en cuestión, en tanto no cabe extender por analogía la previsión establecida en el anteúltimo párrafo del art. 105 del decreto reglamentario de la Ley del Impuesto a las Ganancias que expresamente se refieren a los requisitos establecidos en la ley 19.550, al supuesto regulado por la ley 11.867.