

AR/JUR/30926/2009; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 19/02/2008, Falato, Elba c. Cantarella, Carlos Ernesto, DJ 27/08/2008, 1193 - DJ 2008-II, 1193, AR/JUR/1316/2008; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 21/06/2006, O.F.A.S.A. Propiedades S.A. c. González, Alejandro H., DJ 15/11/2006, 816, AR/JUR/3954/2006

Daños y perjuicios

Rechazo del resarcimiento por incumplimiento de la obligación de escriturar — Falta de prueba del daño sufrido — ESCRITURACION — Obligación a cargo de ambas partes

- CNCiv., sala G, 2010/07/12. - Tuñón, Viviana Mabel c. Banco de Galicia y Buenos Aires Sociedad Anónima. (Publicado en *La Ley*, 2010/09/10)

Hechos: La sentencia de grado hizo parcialmente lugar a la acción de escrituración y daños y perjuicios incoada por el adquirente de un inmueble en subasta. Contra dicha resolución, ambas partes apelaron.

La Cámara confirma el fallo recurrido.

Corresponde desestimar el resarcimiento de los daños y perjuicios reclamados ante el incumplimiento de la demandada respecto de la obligación de escriturar un inmueble, pues si bien el actor sostuvo que dicha omisión le trajo aparejada la frus-

tración de un negocio, no aportó pruebas suficientes al respecto, por lo que el daño alegado es meramente conjetural y, por lo tanto, no resarcible.

La obligación de escriturar un inmueble pesa sobre el comprador y el vendedor, dado el carácter sinalagmático del contrato, por lo que ambas partes están obligadas a aportar su concurso personal para concretar en la escritura el compromiso asumido en el boleto de compraventa, y ambas están facultadas, y gravadas a la vez, con la carga de instar al escribano el cumplimiento de su cometido.

Hipoteca

Hipoteca constituida por condóminos — Solicitud de transferencia de la totalidad de dominio a nombre de uno de los copropietarios — Denegatoria de la entidad bancaria acreedora

- CNCiv., sala A, 2010/02/19. - A., C. y otros c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires. (Publicado en *La Ley*, 2010/09/15)

Hechos: Una pareja que había adquirido un inmueble mediante un crédito hipotecario, al romperse la relación acordó que uno de sus miembros transferiría su parte indivisa del bien al otro. En virtud de ello, este copropietario solicitó al banco prestamista que transfiriera la totalidad del dominio del inmueble a su nombre. La entidad se opuso a lo requerido, ante lo cual el solicitante inició una demanda. El juez de primera instancia rechazó la acción. La Cámara confirma el decisorio del a quo.

Debe desestimarse la demanda interpuesta por el propietario de la parte indi-

visa de un inmueble adquirido mediante un crédito hipotecario, a fin de que el banco prestamista transfiera la totalidad del dominio del bien a su nombre en virtud de haber arribado a un acuerdo con el codeudor, pues el actor, al momento de celebrar el mutuo, conocía la imposibilidad de efectuar dicha transferencia sin la previa conformidad de la entidad acreedora y la oposición de ésta a la liberación del deudor delegante no resulta abusiva ni arbitraria, atento a que no se encontraban configurados los requisitos exigidos a tal fin.

El derecho del deudor a transferir el inmueble hipotecado

La oposición del acreedor y el abuso del derecho

Por Jorge Adolfo Mazzinghi (h.)

I. Introducción

El caso resuelto por la Sala A de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil permite un doble análisis de las pretensiones esgrimidas por las partes involucradas en el conflicto, los deudores de un crédito hipotecario y el banco acreedor.

Los hechos admiten un primer enfoque, centrado en los términos precisos de las estipulaciones contractuales, en el examen exterior de las distintas posiciones.

Otra posibilidad es considerar las conductas desde un punto de vista finalista, atendiendo al sentido y a la razón de ser de las prohibiciones establecidas en el contrato, y teniendo en cuenta que la actividad financiera suscita relaciones que no siempre están encuadradas en un pie de estricta igualdad.

II. Las circunstancias del caso

Un hombre y una mujer vinculados por una relación afectiva requirieron un préstamo al Banco de la Ciudad de Buenos Aires para adquirir un inmueble destinado a conformar el asiento de su vivienda.

El Banco les otorgó el préstamo y, con ese dinero y otros fondos que ellos poseían, adquirieron un departamento en el barrio de Palermo.

El inmueble quedó registrado a nombre del varón -en un 30%- , y a nombre de la mujer, en el 70% restante, gravado con una hipoteca en primer grado a favor del banco.

Al poco tiempo de formalizar la compra, los adquirentes se pelearon, dejaron de convivir y realizaron un acuerdo para acomodar las cuestiones patrimoniales.

Ella, que había efectuado el aporte mayor, le reembolsó a su expareja el dinero que éste había invertido y las pocas cuotas del crédito hipotecario que había abonado hasta entonces.

La idea era que el cotitular del inmueble resultara absolutamente desinteresado y que la propiedad exclusiva del departamento se consolidara en cabeza de la mujer.

Como la escritura de constitución de la hipoteca establecía que los deudores no podían enajenar el inmueble gravado hasta la cancelación total del crédito, los cotitulares se presentaron al banco solicitando que autorizara la transferencia del 30% del bien a favor de la codeudora y titular del otro 70% del inmueble.

El banco se opuso a la pretensión de los copropietarios. Promovida la instancia judicial, la autorización fue denegada en ambas instancias.

III. Dudas con respecto a la pretensión del codeudor de liberarse de la deuda

En el caso está bien claro que el titular del 30% del inmueble pretendía transferir su cuotaparte a favor de la propietaria del otro 70% del bien, quien le había reembolsado, -por un acuerdo privado entre ellos- el dinero invertido.

También está claro que el propósito de las partes era que

la deuda hipotecaria continuara siendo afrontada por la cotitular del 70% del inmueble, y adquirente, al menos, entre ellos, del total del departamento.

En cambio, no resulta tan claro si, al requerir que se autorizara la transferencia del inmueble, las partes también le habían pedido al banco que liberara al cotitular del 30% de la deuda hipotecaria

La lectura del fallo permite presumirlo, pues de otro modo no se explica por qué la sentencia alude a la delegación de deuda, prevista en el art. 814 del Código Civil, y a la autorización necesaria del acreedor para liberar al deudor primitivo¹.

En rigor, la transferencia del inmueble hipotecado y la delegación de la deuda hipotecaria no son figuras necesariamente coincidentes.

Bien podría ocurrir -en el presente caso, o en algún otro parecido- que uno de los cotitulares del inmueble hipotecado quisiera transferir el bien al otro cotitular o a un tercero, manteniéndose como codeudor frente al acreedor hipotecario.

Porque el carácter de deudor de la hipoteca no está inescindiblemente ligado al carácter de propietario del inmueble hipotecado.

La separación entre ambos caracteres puede darse desde un principio, el titular de un inmueble que lo ofrece en garantía de una deuda ajena², o sobrevenir a la constitución de la hipoteca, como ocurre en el caso de un deudor que enajena el bien hipotecado sin trasladar la deuda al adquirente del bien.

IV. La prohibición de enajenar el inmueble y la solución del caso en ambas instancias

Las sentencias de primera instancia y de la Excm. Cámara rechazan el pedido formulado por la cotitular del 70% del inmueble para que se la autorizase a adquirir el 30% restante.

Los pronunciamientos se fundan en la prohibición de enajenar el inmueble establecida en la escritura de constitución de la hipoteca.

El argumento determinante para el rechazo de la acción es que “las condiciones del préstamo eran perfectamente conocidas y aceptadas por los deudores”, y que “la actora sabía la im-

1. La norma del art. 814 del Código Civil contempla la figura de la novación subjetiva por cambio del deudor. Es obvio que, en términos generales, el deudor primitivo sólo queda liberado, si el acreedor lo permite. En el supuesto del deudor hipotecario, la cuestión se vuelve mas flexible, pues -más allá del deudor como persona- el acreedor tiene su foco y su interés en la preservación de la garantía hipotecaria.

2. La figura del tercer poseedor o titular de un inmueble que no es deudor de la hipoteca está prevista en el art. 768 inc. 4º del Código Civil. El pago de la deuda hipotecaria es considerado como un supuesto de pago por un tercero que da lugar a la subrogación legal. El art. 3162 y los siguientes del Código Civil regulan las relaciones del acreedor hipotecario con “los terceros poseedores propietarios de los inmuebles hipotecados”.

posibilidad de transferir el dominio del inmueble adquirido, sin la previa conformidad del acreedor”.

El razonamiento del Tribunal es, en principio, irrefutable.

Porque es verdad que, de acuerdo con las condiciones del préstamo otorgado con garantía hipotecaria, los propietarios del bien estaban impedidos de enajenar el bien.

A la luz de lo prescripto por el art. 1197 del Código Civil, “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”, el banco tenía un argumento aparentemente muy sólido para oponerse a la enajenación pretendida.

Pero esta fuerza exterior puede no ser tan decisiva ni tan determinante, si se repara en que los deudores del crédito hipotecario no tuvieron seguramente ocasión de debatir e intervenir en la definición de las cláusulas del préstamo.

V. La caracterización del préstamo conferido por una entidad financiera como un contrato de adhesión

La lectura del fallo no permite formarse una idea cabal de los términos del crédito que el Banco de la Ciudad de Buenos Aires le otorgó a dos personas para que adquirieran su primera vivienda.

Sólo se sabe que el dador del préstamo era un banco oficial y que los deudores de la hipoteca estaban vinculados por un ligamen afectivo que se deshizo muy poco después de que se formalizara la adquisición del inmueble.

Aunque no se conocen los términos de la escritura de constitución de la hipoteca, es obvio que éstos fueron establecidos por el banco y que los beneficiarios del préstamo no tuvieron ni la más mínima posibilidad de intervenir en la definición de sus condiciones.

El contrato -como casi todos los que celebran los particulares en el ámbito de la actividad financiera- es casi seguro que fue un contrato de adhesión, con cláusulas dictadas por el banco otorgante del crédito, sujetas a la aprobación o al rechazo de los deudores, sin margen ninguno para un debate o una redefinición acorde a los requerimientos o necesidades singulares de los interesados.

3. Cfr. MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresa*, tomo II, Buenos Aires, Depalma, 2000, 2ª edición, pp. 31/33, ,

4. Cfr. MOISA, Benjamín, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Buenos Aires, Zavallá, 2005, p. 226: "Pero ocurre que en las condiciones generales de la contratación no se puede hablar de una voluntad común de los contratantes, pues como bien se sabe el contenido de las mismas es impuesto al adherente por el predisponente. En el campo de las condiciones generales de la contratación debe primar la interpretación objetiva, procurándose buscar el equilibrio de las posiciones contractuales. De ahí el nombre de remedios equilibradores que hemos dado a las reglas de interpretación que gobiernan en este ámbito. En definitiva, se trata de aplicar las reglas generales de interpretación contractual, pero con una orientación predominantemente objetiva y de protección a la parte débil de la contratación".

5. El fallo refiere que la solución propuesta por el banco pasaba por la cancelación del crédito hipotecario mediante el otorgamiento de uno nuevo en cabeza de la interesada en adquirir la totalidad del inmueble. El mecanismo parece más complejo, y ciertamente más caro, pues importa la cancelación del primer préstamo y la formalización de una nueva escritura para instrumentar el segundo.

En ese marco, la escritura de constitución de la hipoteca contenía una prohibición general para transferir el inmueble dado en garantía.

Al considerar los alcances de esta prohibición, y juzgar su aplicación concreta en función de las pretensiones de las partes, el Tribunal debió optar por una interpretación favorable a la posición de los particulares³.

Porque los contratos de adhesión, que se formalizan a partir de una relación desigual, requieren, en cierto sentido, una interpretación restauradora, que reivindique a la parte más débil, dispensándole la atención que no tuvo al tiempo de la celebración del contrato⁴.

VI. La razón de ser y los alcances de la prohibición de enajenar

A pesar de que la prohibición de transferir el inmueble hipotecado constaba en la escritura de otorgamiento del préstamo, es importante indagar acerca de las razones de fondo que impulsaron a la cotitular a requerir la autorización para adquirir una parte del inmueble, y acerca de los motivos de la negativa de la entidad bancaria.

Desde el punto de vista de la interesada en la adquisición, está perfectamente claro que ella había desinteresado económicamente a su expareja -y titular del 30% del inmueble- y que el riesgo pasaba por el hecho de que algún acreedor del copropietario desinteresado pudiera embargar la cuota parte del dominio registrado a su nombre.

El fundamento del banco para oponerse a la transferencia y a la consolidación del 100% del dominio en cabeza de uno de los requirentes del préstamo es mucho menos convincente.

Es cierto que existía una prohibición expresa de enajenar el inmueble hipotecado, pero no se advierte el daño que la transferencia podría infligirle al banco acreedor⁵.

Además, las normas que regulan las relaciones entre el deudor y el acreedor hipotecario justifican y dan pie a una solución distinta a la que se adoptó.

El art. 3157 del Código Civil establece con toda claridad que el deudor "conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad", con la salvedad de que no

puede realizar ningún acto “que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado”. El criterio es de una lógica innegable.

El deudor hipotecario sigue siendo dueño del inmueble dado en garantía y, en principio, tiene derecho a comportarse como tal, a usufructuar del bien e incluso a disponer del inmueble.

El acreedor hipotecario no experimenta daño ninguno a consecuencia de la enajenación, pues conserva el derecho de ejecutar la garantía, aunque el bien haya salido del patrimonio de su deudor.

La hipoteca es oponible al tercer poseedor del inmueble, y está clarísimo que éste no tiene derecho a repeler las acciones del acreedor hipotecario en defensa de su crédito⁶.

El deudor también puede enajenar una parte de la cosa hipotecada, “o una desmembración de ella”, como dice el art. 3162 del Código Civil.

Lo único importante es que el fraccionamiento no disminuya el valor de la garantía o haga más dificultosa la ejecución por parte del acreedor⁷.

Nada de esto pasa en el caso que nos ocupa.

Por el contrario, la interesada en adquirir una parte del inmueble hipotecado es la propietaria de la parte restante. La compra del inmueble habría conducido, en el caso, a concentrar el total del bien en cabeza de uno de los codeudores.

La hipoteca le concede al acreedor derechos de importancia significativa.

Pero su poder no es absoluto⁸.

Además de la clara directiva del art. 3157 del Código Civil, ya comentada, la norma del art. 3113 del Código Civil, en la redacción de la ley 17.711, también le pone un límite al acreedor.

De acuerdo con esta última norma, si la hipoteca recayera sobre varios inmuebles, el acreedor tiene, en principio, derecho a “perseguirlos a todos simultáneamente o sólo a uno de ellos”, pero “el juez podrá, por causa fundada, fijar un orden para la venta de los bienes afectados”.

El propósito es clarísimo: se trata de que el acreedor hipotecario goce de una tutela completa y efectiva de su crédito, pero también se trata de evitar cualquier exceso que pueda perjudicar los derechos del deudor.

6. La norma del art. 3167 del Código Civil le prohíbe al poseedor del inmueble hipotecado reclamar la ejecución de otros bienes hipotecados y en poder del deudor, y el art. 3168 del Código Civil le niega el derecho de retención por las mejoras necesarias o útiles que hubiere introducido en el inmueble.

7. En la nota al art. 3157 del Código Civil, Vélez Sarsfield se plantea la hipótesis de la venta fraccionada o a personas diferentes, y dice que el acreedor hipotecario podría oponerse únicamente en el caso de que la enajenación haga “más dispendiosa la realización de la garantía hipotecaria” poniendo “al acreedor en la necesidad de perseguir separadamente a varios terceros poseedores, y de recibir por partes lo que le era debido”. En estos supuestos, -algo excepcionales-, los motivos para negarle al deudor el derecho a disponer del bien hipotecado, son más que evidentes.

8. Cfr. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales*, tomo II, n° 1221, p. 277, 5ª edición, *La Ley*, 2008: “La regla es que el propietario del inmueble hipotecado conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad. En consecuencia el propietario puede enajenar la propiedad del inmueble sea por venta, donación, permuta, nada de lo cual perjudica al acreedor hipotecario, pues él conserva íntegra la garantía que surge del gravamen, y oportuna-

mente, si el deudor que ha enajenado el inmueble no paga la deuda, el acreedor hipotecario podrá hacer vender el inmueble, quienquiera sea el actual dueño”.

9. Bustamante Alsina se refiere al ejercicio antifuncional de los derechos: “En consecuencia, incurrirá en responsabilidad aquel que en el ejercicio de su derecho se desvía de los fines que tuvo en mira el legislador al reconocerlo, y que al hacerlo causa un perjuicio a otro (...) Desde que este factor se manifiesta en el ejercicio antifuncional de los derechos subjetivos, su ámbito de aplicación es tan amplio como el que abarca el reconocimiento de esos derechos y, por ello, excede el campo propio de los derechos personales”. (Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4ª edición, nº 1230/31, pp. 412-413).

10. En concordancia con este espíritu, enseña Lafaille: “La hipoteca no quita al dueño del inmueble gravado la facultad de transmitirlo. Más aun, sería nula cualquier cláusula en sentido contrario, porque se opondría al régimen legal, incompatible con el estancamiento de los valores” (LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil*, tomo V, *Tratado de los Derechos Reales*, vol. III, Buenos Aires, Ediar, 1945, nº 1737, p. 128)

VII. La figura del abuso del derecho

A partir de la reforma introducida por la ley 17.711 en el año 1968, nuestro Código Civil contempla de un modo expreso la figura del abuso del derecho.

Es una herramienta valiosísima para morigerar y graduar el rigor de algunas soluciones legales.

Porque los preceptos de la ley, y también las estipulaciones contractuales, están por lo general ordenados a un fin que los justifica y les da sentido.

Cuando el ejercicio de los derechos se aparta del propósito que explica su reconocimiento, puede volverse abusivo⁹.

A mi modo de ver, es lo que ocurre en el presente caso.

Es verdad que la escritura de constitución de la hipoteca les impedía a los deudores enajenar el inmueble gravado sin la expresa conformidad del banco acreedor.

La prohibición estaba obviamente dirigida a evitar que los derechos del banco experimentaran cualquier perjuicio.

Es que, en general, todas las limitaciones a los derechos del titular del dominio sobre una cosa hipotecada apuntan a lo mismo, a preservar la integridad de la garantía y a asegurar la libre y efectiva ejecución del crédito.

En el caso resuelto, la transferencia no acarrea ni podía acarrear ningún riesgo para el acreedor hipotecario.

La venta del 30% del inmueble a favor de la titular del 70% restante no sólo no perjudicaba al banco sino que, por el contrario, lo favorecía, pues la concentración del dominio en una persona simplificaba los trámites de una eventual ejecución.

En función de las circunstancias señaladas, la oposición del acreedor hipotecario aparece desprovista de un fundamento sustancial.

Los titulares de dominio de un inmueble hipotecado tienen los derechos de cualquier propietario, y lo único que no pueden hacer es perjudicar la integridad de la garantía y la plena vigencia de los derechos del acreedor hipotecario.

Las limitaciones a las facultades de los propietarios deben juzgarse con un criterio restrictivo¹⁰. En el caso, la oposición del banco a una transferencia inocua y que no le oca-

sionaba perjuicio alguno, pudo haber sido desestimada por el Tribunal con apoyo en la figura del abuso del derecho¹¹.

11. El abuso del derecho no entraña la ilicitud de la conducta, es una categoría más sutil y más flexible. “Si la figura se redujese a las hipótesis de actos ilícitos, sería totalmente inútil, pues la ilicitud fue siempre sancionada por nuestro ordenamiento jurídico; el aporte del nuevo texto es el de brindar un arma a la justicia para enmendar los efectos de una conducta dañosa, que sin caer en el campo de la ilicitud, vulneran los fines perseguidos por la ley” MOISSET DE ESPANES, Luis “El abuso del derecho”, en TINTI, Guillermo (Coord.), *El abuso en los contratos*, Buenos Aires, Ed. Abaco, 2002, p. 39.

Instrumentos públicos

Venta de inmueble: escrituración; sociedad; representación; facultades suficientes; art. 58, LS; actos notoriamente extraños; nulidad; inadmisibilidad; actuación del escribano; responsabilidad; improcedencia.

• CNCiv., sala C, febrero 9-2010. Barlotti, Osvaldo y otro c. Averdonne S.A. y otros s/nulidad de escritura/instrumento. (Publicado en *El Derecho*, 2010/09/17)

1– Las actuaciones de los gerentes pueden calificarse como orgánicas, originando así la teoría del órgano que no necesariamente se limita a la distribución interna de aquéllas y a sus competencias sino que alcanza proyección externa, siendo clásico que, tratándose de las facultades de los administradores en su calidad de representantes de la sociedad, se las vincule, de modo necesario, con el objeto social. De forma tal que el representante orgánico puede obligar a la sociedad con terceros siempre que los actos, conforme con el art. 58 de la Ley de Sociedades, no sean notoriamente extraños al objeto social.

2 – La costumbre en virtud de la cual se deja constancia en la escritura de

la manifestación del representante respecto a que posee facultades suficientes para el acto, manteniéndose vigente la representación que alega, es producto de una buena técnica registral, sin que por su ausencia el instrumento público no pueda considerarse válido. Es lo que se conoce como “bastanteo”, facultad que se otorga a los notarios; por lo que si bien una relación sucinta del título habilitante se torna conveniente, su omisión no conlleva privar de eficiencia a la escritura. De hecho, el art. 1104 del mismo ordenamiento conforme al texto de la ley 15.875, que debe interpretarse de modo restrictivo, ha eliminado la ausencia de las procuraciones y documentos habilitantes como causa de nulidad de las escrituras.