

acción por una causal objetiva, ni tampoco se les puede impedir que luego del rechazo de la acción iniciada con fundamento en causales subjetivas, inicien otra que se base en ese tipo de causales, fundamentada ya sea en hechos culpables desconocidos por el esposo que los alega, o sobrevinientes a la sentencia.

Destaco, por último, que del contenido del voto de la minoría del tribunal parecería desprenderse la existencia de una especie de paralelismo en cuanto a sus efectos, entre la separación de hecho de los cónyuges y la declaración de divorcio vincular, como si ambas situaciones fueran exactamente iguales con la sola diferencia de la subsistencia en el primer caso del vínculo matrimonial. Lo que no es así, tal como se desprende de lo más arriba expresado, en donde no hemos pretendido agotar las diferencias entre ambos supuestos, debiendo recordar, entre otros efectos, que contrariamente de lo que ocurre en el caso de divorcio, la mayor parte tanto de la doctrina como de la jurisprudencia reconoce como subsistente el deber de fidelidad entre los cónyuges luego de la separación de hecho, al menos hasta un tiempo prudencial posterior a la separación<sup>18</sup>.

**18.** Con respecto a la subsistencia del deber de fidelidad luego de la separación de hecho de los cónyuges, remitimos a lo expresado en nuestro Tratado de Derecho de Familia: SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. II, p. 453 y ss., n° 440.

## Hipoteca

Inoponibilidad al tercero adquirente de buena fe. Adulteración de exhorto que daba cuenta del pago del gravamen. Afectación del requisito de publicidad. Improcedencia de considerar la compraventa como inexistente.

• 115.085 — CNCom., sala C, 2010/08/06 (\*) — Banco del Acuerdo S. A. c. Blanco, Marcelo. (Publicado en *La Ley*, 2010/12/14).

*Hechos: apeló el banco ejecutante la resolución que declaró la inoponibilidad de la reinscripción de hipoteca ordenada en un proceso en el cual se decretó la falsedad material e ideológica de cierto exhorto aparentemente librado por un juzgado federal, que daba cuenta del pago del crédi-*

*to reclamado por dicha entidad de manos del anterior propietario del inmueble, a la vez que ordenaba el levantamiento de la hipoteca respectiva. La Cámara confirma el fallo recurrido.*

**1.** Es inoponible al tercero adquirente

de buena fe y a título oneroso de un inmueble, la reinscripción de la hipoteca que recae sobre este, si el informe registral emitido al tiempo de la adquisición, omitió la constancia de dicho gravamen—en el caso, por existir un exhorto adulterado que daba cuenta del pago de un crédito hipotecario—, pues esto afecta su requisito de publicidad, ello sin perjuicio de las responsabilidades del Estado o del enajenante, por ocasionar al acreedor hipotecario la pérdida de su garantía frente al nuevo titular de dominio.

2. La compraventa de un inmueble no puede considerarse inexistente por ser una adquisición *a non domino*, en virtud de la existencia de un exhorto adulterado que daba cuenta del pago de un crédito hipotecario que recaía sobre aquel e impidió que el comprador tomara conocimiento de la existencia del gravamen, pues tal documento adulterado no incidió sobre la calidad de titular de dominio del vendedor y nada prohíbe la transmisión de bienes hipotecados o embargados.

(\*) Citas legales del fallo n° 115.085: ley nacional 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810).

## Peculiar conflicto entre un acreedor hipotecario y un tercero de buena fe\*

Por Alejandro Drucaroff Aguiar

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El caso y la sentencia. 3. Nuestra opinión

### 1. Introducción

La sentencia a la cual nos referimos<sup>1</sup> resuelve un conflicto planteado entre un acreedor hipotecario y el adquirente del inmueble sobre el que recaía el gravamen real, quien lo compró ignorando la existencia del mismo.

Se trata de una situación fáctica—afortunadamente—poco habitual, que generó la necesidad de que el órgano jurisdiccional defina la preeminencia del derecho de una de las dos víctimas perjudicadas por un ilícito.

En ello centraremos nuestro análisis.

\* Publicado en *La Ley*, 14/12/2010.

1. CNCom., sala C, “Banco del Acuerdo S. A. c. Blanco Marcelo s/ ejecución hipotecaria (incidente de inoponibilidad)”, 06/08/2010, expediente n° 20241.10.

## 2. El caso y la sentencia

De la sentencia se desprenden las siguientes circunstancias de hecho.

El asiento registral de una hipoteca constituida a favor de un banco fue suprimido mediante una falsa comunicación judicial, atribuida a un juzgado federal, que daba cuenta del pago del crédito por el propietario del inmueble y ordenaba el levantamiento del gravamen.

Tiempo después –un año y tres meses– de haberse registrado el levantamiento, el inmueble fue adquirido a título oneroso por una tercera persona.

Al tomar conocimiento el acreedor hipotecario de esa transferencia de dominio y del previo asiento registral que dejaba sin efecto la garantía real, promovió la redargución de falsedad de la supuesta comunicación –exhorto– judicial y obtuvo una sentencia que decretó la falsedad material e ideológica de la misma, ordenándose también allí la reinscripción de la hipoteca.

El tercero que había adquirido el inmueble planteó, a su turno, la inoponibilidad a su respecto de dicho pronunciamiento y, en especial, de la reinscripción hipotecaria decretada. En primera instancia obtuvo sentencia favorable a su pretensión, la que, apelada, dio lugar al fallo comentado en este trabajo.

El agravio central del banco acreedor consistió en alegar que el exhorto en cuestión fue un acto inexistente y no nulo, por lo que no resultaba aplicable al caso el artículo 1051 del Código Civil (C. C.). Dicha norma, como es sabido, excluye a los terceros adquirentes de buena fe de los efectos de la nulidad del acto por el cual les fueron transmitidos derechos reales o personales sobre un inmueble<sup>2</sup>.

La sentencia hace mérito de la calidad de adquirente a título oneroso y de buena fe del tercero, no cuestionada en la causa y validada por haber vivido el mismo en ese inmueble, que continuaba siendo su vivienda al momento de la decisión, durante un extenso lapso temporal. Resalta que no se le atribuyó tampoco haber tenido conocimiento alguno de la falsificación o haber incurrido en negligencia al respecto.

Se refiere luego a la antigua polémica doctrinaria relativa a la clasificación de las nulidades y a la procedencia o no de cate-

2. Art. 1051, Código Civil: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual, salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable”.

gorizar un acto como inexistente. Menciona asimismo que parte de la doctrina sostiene que la protección dada por el artículo 1051 citado al adquirente de buena fe a título oneroso no puede operar si se trata de una adquisición *a non domino*. Hace constar, inclusive, que el tribunal comparte esa postura, con independencia del debate relativo al acto inexistente.

Sin embargo precisa que esa interpretación se refiere a que los derechos del tercero son inoponibles al real propietario del bien, cuando este fue sustituido por alguien que aparentó tal condición mediante documentos falsos.

En el caso fallado, dice la sentencia, la situación es sustancialmente distinta y la norma en cuestión no resulta aplicable al caso. Ello por cuanto la litis no se refiere a una venta efectuada por alguien que no era realmente el dueño del bien; por el contrario, ese carácter de propietario del vendedor no estuvo en debate, limitándose la controversia a la existencia del gravamen hipotecario y a que este hubiera estado registrado al momento de transferirse el inmueble a la compradora de buena fe.

Dice con acierto la Cámara que el instrumento falsificado no guardaba relación con la calidad de titular de dominio de quien vendió sino solamente con la vigencia del gravamen constituido sobre la propiedad. En consecuencia, el tercero compró bien a quien era el dueño, aunque con la salvedad de que no surgía registrada –como hubiera correspondido– la hipoteca que pesaba sobre el inmueble, levantada –ilícitamente– en base al documento luego nulificado.

Concluye el fallo que la transferencia en sí misma no puede así considerarse un acto inexistente o una adquisición *a non domino*, dado además que –conforme al artículo 3162 C. C.– nada prohíbe la transmisión de bienes hipotecados o embargados.

Sentada la inaplicabilidad del artículo 1051, encuadra la disputa en los artículos 3162 y siguientes<sup>3</sup>, en mérito a los cuales el acreedor hipotecario puede perseguir –a pesar de la venta– el cobro de la deuda mediante la ejecución del bien, exigiendo al tercer poseedor el pago o el abandono del inmueble (artículo 3163) aunque en paralelo, el tercero puede excepcionarse “alegando la no existencia, o la extinción del derecho hipotecario, como la nulidad de la toma de razón o inenajenabilidad de la deuda” (artículo 3166).

3. Art. 3162, Código Civil: “Si el deudor enajena, sea por título oneroso o lucrativo, el todo o una parte de la cosa o una desmembración de ella, que por sí sea susceptible de hipoteca, el acreedor podrá perseguirla en poder del adquirente, y pedir su ejecución y venta, como podría hacerlo contra el deudor. Pero, si la cosa enajenada fuere mueble, que sólo estaba inmovilizada y sujeta a la hipoteca, como accesoria del inmueble, el acreedor no podrá perseguirla en manos del tercer poseedor”. Art. 3163, Código Civil: “En el caso de la primera parte del artículo anterior, antes de pedir el pago de la deuda al tercer poseedor, el acreedor debe hacer intimar al deudor el pago del capital y de los intereses exigibles en el término de tercer día, y si éste no lo verificare, cualquiera que fuese la excusa que alegare, podrá recurrir al tercer poseedor, exigiéndole el pago de la deuda, o el abandono del inmueble que la reconoce”.

Cita el artículo 3135<sup>4</sup> del mismo código, que habilita –a quien compró de buena fe– el planteo de la inoponibilidad de la hipoteca ante la falta de inscripción registral, sin perjuicio de las responsabilidades del Estado o del enajenante.

Entiende la sentencia que el proceder ilícito del anterior titular dominial del inmueble perjudicó tanto al adquirente como al acreedor hipotecario, víctimas ambos de la maniobra efectuada por el primero.

Merita que, para el banco, el perjuicio consiste exclusivamente en la pérdida de la garantía privilegiada de su crédito, persistiendo su derecho de accionar judicialmente contra el patrimonio del deudor original. En cambio, para el tercero está en juego su derecho a la vivienda, protegido por la Constitución Nacional en su artículo 14 bis.

En tal contexto y frente a la colisión planteada entre ambos derechos, el fallo estima razonable priorizar el del tercero y confirma la sentencia de primer grado en ese sentido.

### 3. Nuestra opinión

El encuadre normativo de los hechos que efectúa la sentencia aparece como razonable y fundado. Al tratarse de una transferencia concretada por el verdadero titular de dominio, no resulta aplicable el artículo 1051 C. C., disposición que contempla la transmisión de derechos llevada a cabo por una persona que alcanzó esa titularidad dominial como consecuencia de un acto luego anulado.

En ese marco, la siempre interesante discusión referida al acto inexistente deviene abstracta y no conducente a la definición de la litis.

La posibilidad de transmitir un inmueble hipotecado tampoco se discute. Dado ese supuesto, si la hipoteca hubiera estado registrada al momento de la transferencia, no cabría duda sobre el derecho del acreedor a perseguir su crédito mediante la ejecución del bien asiento del privilegio, previa intimación al deudor de origen.

La cita del artículo 3135 C. C. es igualmente conducente, en tanto marca la conocida pauta normativa según la cual

4. Art. 3135, Código Civil: “La constitución de la hipoteca no perjudica a terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto. Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción; y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública, se considera registrada. Al constituir la hipoteca, el propietario puede, con consentimiento del acreedor, reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de grado preferente, expresando el monto a que ésta podrá alcanzar”.

el gravamen hipotecario es oponible siempre y cuando se haya inscripto en el registro pertinente. Sin embargo, la situación fáctica del caso es muy particular, ya que la hipoteca se inscribió correctamente y, a posteriori, una maniobra ilícita logró suprimir ese registro y dejar, en apariencia, el inmueble libre de gravamen. En esas condiciones fue que el adquirente concretó la operación de compra.

La mención del artículo 3166 C. C. también es correcta, en lo que hace al derecho del tercer poseedor –en el caso, titular dominial y adquirente de buena fe– a excepcionar la ejecución. Sería irrazonable no interpretar esa norma extendiendo sus alcances a un supuesto como el de la litis fallada, en el cual el comprador no supo –ni pudo saber– que el inmueble estaba hipotecado. Esto, simplemente, porque tomado el recaudo que las normas exigen –es decir, la expedición de certificados por el Registro de la Propiedad Inmueble– no surgió que existiera un gravamen sobre el bien adquirido.

Sentado nuestro acuerdo con las normas que el fallo entiende aplicables para dirimir la contienda, consideramos que ellas daban suficiente fundamento a la decisión adoptada, sin que fuera necesario entrar a valorar los derechos de las partes en conflicto para luego otorgar a una de ellas protección preferente.

El fallo, en efecto, concluye sustentándose en dar prioridad a la parte adquirente del bien como tutela a su derecho constitucional a la vivienda digna, con arreglo al artículo 14 bis de la Carta constitucional.

En paralelo considera que para la acreedora hipotecaria, el perjuicio sufrido “sólo importa la pérdida del asiento del privilegio que reconocía su crédito, pero de ninguna manera perjudica su posibilidad de accionar judicialmente contra el patrimonio del anterior titular registral prefallecido”.

Entre ambos derechos, así valorizados, elige al primero como digno de mayor protección.

En primer lugar, creemos que la situación podía definirse sin entrar en ese campo de análisis. El artículo 3135 C. C. establece los límites de la oponibilidad de la hipoteca a terceros, consagrando para ello la exigencia de su inscripción registral. Más allá del modo –ilícito– en que fue levantado el asiento del gravamen en el registro, lo cierto es que, cuando el adquirente

compra –de buena fe– el inmueble, la hipoteca no estaba inscrita ni era, en consecuencia, oponible a quien concurría al acto ignorando su existencia.

El perjuicio infringido al acreedor es evidente y claro. Más aún, no compartimos el concepto vertido en la sentencia que, de algún modo, lo minimiza al reducirlo a la pérdida de la garantía privilegiada. Es sabido que la hipoteca proporciona un medio efectivo y cierto para el recupero del crédito, mientras que su ausencia implica, por lo general, la incobrabilidad con la consiguiente vulneración del derecho creditorio.

De todos modos, al no tener el tercero comprador relación alguna con el acto ilícito, no se advierte que corresponda imputarle responsabilidad por la pérdida de aquel. No existiendo un asiento que reflejara la hipoteca y habiéndose solicitado y obtenido certificados con arreglo a derecho, el tercero debía necesariamente quedar indemne ante el reclamo del titular del crédito privilegiado.

Dicho de otro modo, aunque ambas partes –acreedor hipotecario y adquirente de buena fe a título oneroso– hayan resultado víctimas de una maniobra ilícita de un tercero, las normas aplicables a la situación así generada definen, a nuestro criterio, con claridad, que al comprador no le es oponible una hipoteca no inscrita al tiempo de su adquisición.

Si bien este enfoque conduce a un resultado similar al determinado por el fallo, que por ello consideramos acertado, nos permite a la vez dejar constancia de nuestra discrepancia con la valorización que el mismo trae respecto de los perjuicios sufridos por las partes y con la prioridad adjudicada –a mérito de aquella valorización– a una de ellas.

La cuestión tiene interés doctrinario en cuanto el tribunal otorga, como dijimos, especial trascendencia al derecho constitucional a la vivienda digna y hace hincapié en él como dato relevante para optar por favorecer al adquirente en desmedro del acreedor.

Conviene recordar que la Corte Suprema hizo especial estimación de la misma garantía constitucional al resolver en diversas causas vinculadas con la emergencia hipotecaria, estableciendo un modo de cálculo claramente diferenciado para las acreencias con garantía real asentada en inmuebles

destinados a vivienda<sup>5</sup>.

Hemos desarrollado oportunamente nuestra opinión discordante en lo relativo a esa distinta forma de liquidar tales créditos, centrada en el debate sobre a quién corresponde hacerse cargo –materialmente– de la efectividad del derecho a la vivienda<sup>6</sup>.

Analizamos entonces el diferente tratamiento conferido por el Alto Tribunal a los acreedores por depósitos bancarios y a aquellos cuyos créditos tenían garantía hipotecaria constituida sobre inmuebles destinados a vivienda única.

En tal sentido, es públicamente conocido que la jurisprudencia de la Corte validó la legislación emergencial en materia hipotecaria y concluyó reduciendo de forma sustancial las acreencias garantidas con hipotecas sobre viviendas de los deudores, las cuales quedaron limitadas a aproximadamente un sesenta por ciento del valor reconocido a los créditos de los restantes acreedores particulares –esto es, que no fueran entidades financieras– afectados por la emergencia.

Al respecto, sostuvimos la improcedencia de imponerle al acreedor hacerse cargo del derecho a la vivienda del deudor, mediante tan significativa –como inexplicable e inconstitucional– quita a su crédito. Pusimos de manifiesto que la efectividad de aquel derecho era, incuestionablemente, una obligación de la sociedad representada por el Estado, pero nunca de quien contrató de manera legítima con el titular de la misma.

Hicimos notar que el acreedor no sabía ni podía saber, al contratar, el riesgo que corría de recibir un tratamiento –legal y jurisprudencial– distinto por prestarle dinero a alguien con destino a la compra, construcción o mejora de su vivienda y con garantía real sobre ella.

En esa dirección, el voto de la doctora Argibay en la citada causa “Rinaldi” es por demás preciso al poner en evidencia que no existe conflicto entre el derecho creditorio y el derecho del deudor a una vivienda digna. Señaló la magistrada del Tribunal Superior que ese inmueble “también es un bien patrimonial con valor económico que puede ser utilizado por su dueño para obtener dinero, sea mediante su venta, sea ofreciéndolo como garantía de un préstamo” y, en consecuencia, “si un inmueble es un bien venal al momento de enajenarlo o afectarlo como

5. *La Ley*, t. 2007-B, p. 415; Suplemento especial, marzo 2007, “Pesificación de Créditos Hipotecarios”, *La Ley*, 2007, p. 62.

6. DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “La Corte convalidó las normas de emergencia en materia hipotecaria”, Suplemento especial “Pesificación de Créditos Hipotecarios”, marzo 2007, *La Ley*, p.17. También analizamos la cuestión en “Los fallos ‘Massa’, ‘Rinaldi’ y ‘EMM S. R. L.’: un análisis de razonabilidad”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, LexisNexis, t. 2007-II, fascículo n° 4.



garantía, también debe serlo al momento de entregarlo al comprador o al ejecutante de la garantía” y concluye: “si no había conflicto con el derecho a la vivienda en el momento de celebrar el contrato, tampoco puede haberlo en el momento de ejecutar sus disposiciones”.

Resaltamos que el respaldo por la justicia a las normas en cuestión tendría, en el futuro, consecuencias gravosas para el crédito hipotecario, en especial del dirigido hacia sectores medios y bajos de la sociedad que intentan, por esa vía, acceder a su vivienda.

Ese mercado, esencial para hacer real la chance del derecho consagrado en la Carta, se vería –y se ha visto, de hecho– afectado por la incertidumbre de los potenciales acreedores en orden a la percepción de sus créditos, lo que forzosamente implicaría una retracción de tal segmento crediticio. Es lamentable que la realidad demuestre a qué punto así ha ocurrido, sin que luego de casi una década, se haya recuperado el volumen de las operaciones hipotecarias.

La colisión entre el derecho de propiedad del acreedor y el derecho a la vivienda del deudor es, pues, aparente pero no cierta. Es que la atención y garantía del segundo compete al conjunto social, que debe afrontarlo mediante apoyo crediticio o subsidios –por citar solo dos alternativas de las muchas existentes–. No a través del sacrificio individual de quienes se relacionaron con el titular de una vivienda, alternativa para la cual no es sencillo encontrar argumentos de índole constitucional ni legal que la respalden.

La sentencia analizada en este aporte, lo dijimos, había reunido fundamento bastante para resolver del modo en que lo hizo. No era preciso incursionar en un –a nuestro modesto entender– inexistente conflicto de derechos para justificar una valoración de los mismos y definir, sobre esa base, quién era más merecedor de la tutela.

A pesar de ello, no pudo evitar el fallo la brevísima referencia a la que aludimos antes y la errónea apreciación consistente en optar por la protección preferente de un derecho que, por su naturaleza, no debería entrar en controversia con el otro.

Al igual que en el fallo de la Corte en “Rinaldi” (*La Ley*, 2007-B,

415), tales afirmaciones devienen, pues, dogmáticas y brindan sustento solo aparente a lo resuelto, desde que el derecho a contar con una vivienda digna no puede serle opuesto como condicionante a quien no tiene la obligación de satisfacerlo.

Lo dicho en absoluto obsta a que volvamos a adherir, con énfasis, a la preocupación manifestada por nuestros tribunales por hacer efectiva la garantía constitucional de la vivienda. Esos precedentes se ubican en la línea de diversos fallos de la Corte que exigen a los funcionarios públicos responsables de las áreas respectivas la adopción de medidas para tutelar de modo concreto y eficaz otras garantías esenciales, por caso, la salud y la defensa del ambiente.

Los mismos deben ser elogiados y apoyados por todo aquel que se interese en la vigencia plena del orden jurídico.

Lo que hemos querido aclarar aquí es la necesidad de identificar con precisión sobre quién recae la responsabilidad de satisfacer esos derechos, sin cuyo goce el texto constitucional no supera el terreno de las buenas intenciones.

## Juicio de árbitros

Nulidad del laudo. Derecho aplicable. Compraventa de acciones: reajuste del precio. Servicio público. Emergencia económica.

- 115.044 — CNCom., sala C, 2009/12/09 (\*) — EDF International S. A. c. Endesa Internacional (España) y otros. (Publicado en *La Ley*, 2010/12/01).

Corresponde declarar la nulidad del laudo dictado por la Cámara de Comercio Internacional en un arbitraje motivado en desavenencias entre las partes que celebraron un contrato de compraventa de acciones de una empresa distribuidora de energía eléctrica, relativas a la procedencia del reajuste del precio de las ac-

ciones vendidas si en el aludido contrato se pactó que dicho reajuste solo sería procedente en caso de que se produzca una modificación del tipo de cambio antes del 31/03/2001 o una alteración del cuadro tarifario, y el tribunal arbitral tuvo por configurados los presupuestos del reajuste con sustento en la prohibición de