

Convención hipotecaria. Exclusión de parte material prometida en venta. División de dominio

Dictamen elaborado por el escribano MARIO G. SZMUCH, aprobado por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 19/2/2013.

1. Doctrina

- *La cláusula insertada en la convención hipotecaria por la cual se excluye del gravamen una fracción a tomarse de un inmueble general aún no dividido, respecto de la cual se otorgó un boleto de compraventa, no produce ab initio el efecto inmediato de limitar la hipoteca al remanente del inmueble general.*
- *Dicha cláusula implica el reconocimiento de un mejor derecho al comprador por boleto, quien, como consecuencia de dicha cláusula y la publicidad cartular que ella implica, puede oponerlo exitosamente al acreedor hipotecario, al adquirente en la subasta que se realice en la ejecución hipotecaria y a sus sucesores.*
- *El dominio sobre un inmueble adquirido por una persona que efectivamente conoce –o que debió conocer como consecuencia de una razonable diligencia en la realización del estudio de los títulos antecedentes– que ese inmueble fue prometido en venta a otra persona es imperfecto y está sujeto a resolución y restitución a favor de quien otorgó la promesa de venta para que pueda cumplir con la misma.*
- *La división de un inmueble (el dominio sobre un inmueble) requiere la obtención del plano correspondiente aprobado por la autoridad competente y el otorgamiento de la escritura de división. La división del dominio implica su extinción (la del dominio de origen), para dar nacimiento, a expensas del mismo, a dos o más nuevos derechos reales de dominio.*
- *Los derechos reales son derechos sobre inmuebles y viceversa. Cuando se vende en subasta pública un inmueble, al igual*

que cuando se lo dona, permuta, etc., se persigue, en el plano jurídico-real, el efecto de transferir el inmueble o, lo que es lo mismo jurídicamente hablando, el derecho real de dominio que tiene por objeto o recae sobre o en ese inmueble, o, más abstractamente, la sucesión en la relación jurídico-real dominial.

- *El derecho real de dominio se confunde con la cosa misma al absorber todas las facultades que se pueden tener sobre ella.*

2. Hechos

Una sociedad anónima gravó con hipoteca un inmueble ubicado en la colonia Nahuel Huapí de la provincia de Río Negro (en adelante, el inmueble general). Antes de otorgar dicho acto, la sociedad anónima había vendido por boleto (o mejor dicho prometido en venta) una fracción de 40 hectáreas al señor L. y donado otra fracción al Consejo Provincial de Educación, ambas a tomarse del inmueble general.

Como el inmueble general estaba indiviso y la sociedad anónima no contaba por entonces con el pertinente plano de división, no pudo antes de constituir la hipoteca otorgar las correspondientes escrituras de donación¹ y de venta. Por tal razón, en el título de la hipoteca el representante de la sociedad anónima dejó expresado que del gravamen

... se excluye la superficie de terreno donada al Consejo Provincial de Educación [...] como asimismo una fracción de 40 has vendida al Sr. [...] L. ubicado sobre el límite este de la fracción objeto de la presente, al norte de la ruta nacional n° 258.²

Ante la mora de la sociedad anónima, se promovió la correspondiente ejecución hipotecaria, con el inmueble general aún indiviso y sin contar con el plano de división, que, sumado a la correspondiente escritura, habría permitido originar los derechos reales de dominio de las fracciones *excluidas* de la hipoteca y del *remanente* comprendido en la misma.

Según surge del estudio de títulos presentado en fotocopia por el consultante, a fs. 326 del expediente de dicha ejecución

... aclaran que de la hipoteca surgen excluidas una fracción de 40 has. Las fracciones excluidas no habían sido objeto de divi-

1. Artículo 1810 del Código Civil: “Deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad: 1) las donaciones de bienes inmuebles [...] Las donaciones al Estado podrán acreditarse con las constancias de actuaciones administrativas”.

2. [N. del E.: los nombres en las citas textuales han sido abreviados para la publicación del dictamen en la *Revista del Notariado*].

sión, por ende el bien gravado consistirá en una fracción mayoritaria y corresponde ordenar la subasta de *derechos condominiales* [sic] conforme constancias.

A fs. 329 se decretó la venta en pública subasta de “los derechos sobre el inmueble hipotecado”. A fs. 404 se agregó el boleto de compraventa de “los derechos”. A fs. 431 se ordenó hacer tradición de “los derechos sobre el inmueble hipotecado”. En el mandamiento de posesión de fs. 484, el juez ordenó al oficial de justicia constituirse en el inmueble y hacer tradición de “los derechos que sobre dicho inmueble detenta la ejecutada”.

De la subasta se tomó razón en el Registro de la Propiedad Inmueble por medio de la escritura de protocolización de las actuaciones respectivas, tratándose la adquisición como del dominio de la parcela y no “derechos condominiales” sobre la misma. Es decir que las fracciones excluidas de la hipoteca quedaron, bajo el inmueble general, no dividido, inscriptas a nombre del adquirente en subasta, señor R.

Luego, L., promitente comprador de las 40 hectáreas, promovió acción de escrituración contra R., la que fue rechazada en razón de que éste no fue quien se obligó en el boleto de compraventa, pero se ordenó al Registro de la Propiedad “retroceder” a nombre de la sociedad anónima el dominio de la fracción de 40 hectáreas. Evidentemente, a esta altura ya se había obtenido el plano de división del inmueble general.

Por escritura del 9/1/2006, R. vendió a C. el inmueble designado como parcela DOS-A de la fracción P-10. La parcela vendida es parte de la mayor fracción adquirida por R. en la subasta. El comprador manifestó adquirir con dinero de y para las sociedades hoy denominadas Club [...] S. A. y Dos [...] S. R. L. En esta escritura se transmitió el dominio, no haciéndose mención alguna a que R. había adquirido por subasta derechos condominiales.

Por escritura de fecha 17/2/2006, la sociedad anónima, dando cumplimiento a lo oportunamente acordado por boleto de compraventa, transmitió, a título de venta, a L. la parcela 1-D con una superficie de 400.129,62 m², es decir, las 40 has que habían sido excluidas.

Por escritura del 17/2/2006, L. vendió a C. y M. las 40 hectáreas. Los compradores manifestaron adquirir con dinero de y para las sociedades hoy denominadas Club [...] S. A. y Dos [...] S. R. L.

Por escritura del año 2008, el señor M. vendió a C. la parte indivisa que a él correspondía. El adquirente manifestó comprar para las mismas sociedades.

3. Posible observación

El consultante entiende que el título podría resultar observable en razón de que entiende que R. nunca adquirió el dominio del inmueble que había sido objeto de la hipoteca cuya ejecución originó la subasta. En la escritura de hipoteca se habían dejado a salvo los derechos del adquirente por boleto de las 40 hectáreas. Luego, al ordenarse el remate, el juez ordenó vender derechos condominiales y, respecto de éstos, puso al adquirente en posesión. Las posteriores escrituras de protocolización de actuaciones judiciales y de venta al actual titular hacen caso omiso de tal circunstancia, por lo cual éste nunca habría adquirido dominio pleno del predio.

4. Opinión del consultante

Para el consultante, es evidente que de los antecedentes relacionados surgen varios errores.

En primer lugar, el juez que ordena la subasta manda ejecutar “derechos condominiales” cuando no existía sobre el bien condominio alguno. En realidad, debió ordenar el remate de la parcela hipotecada, dejando a salvo los derechos del adquirente por boleto de las 40 hectáreas. De ese modo, el adquirente en subasta habría adquirido el dominio pleno del bien y habría debido, luego, cumplir la obligación pendiente respecto del comprador por boleto. No llega a comprender cómo se hace tradición al adquirente en subasta de los derechos condominiales.

En la escritura en la que se protocolizaron las actuaciones se trata la adquisición como si la subasta hubiese tenido por objeto el dominio pleno del inmueble, haciéndose caso omiso de lo que en realidad resultaba del expediente. Tampoco se tuvo en cuenta esta circunstancia al venderse el inmueble al actual propietario (gestor de negocios).

De estos errores podría resultar que el título de C., quien adquirió para las citadas sociedades, hoy denominadas Club [...] S. A. y Dos [...] S. R. L., resulta observable.

Sin perjuicio de ello, entiende que los mal denominados derechos condominiales objeto de la subasta se refieren a que, en oportunidad de hipotecarse el inmueble, se reservaron los derechos del comprador por boleto de las 40 hectáreas. Esta reserva motivó que, al rematarse el bien, se preservaran los mismos derechos. Por tanto, R. adquiere dominio del inmueble, pero debe restituir las 40 hectáreas que habían sido prometidas en venta al señor L. Esta restitución se cumple como consecuencia de la sentencia que ordena retrotraer el dominio de esas 40 hectáreas a la sociedad ejecutada. Luego, la venta de ésta a L. satisface el derecho de éste. Por último, nota que el mismo señor C., actuando como gestor de las mismas sociedades, termina comprando las 40 hectáreas en cuestión. En consecuencia, al aceptar ambas sociedades la gestión de negocios a su favor, terminarán consolidando el dominio además de la parcela cuyo título podría ser observable, las 40 hectáreas que habrían generado la observación.

Por lo expuesto, considera que, una vez que las sociedades Club [...] S. A. y Dos [...] S. R. L. acepten las dos compras que fueron realizadas para ellas, habrán adquirido dominio perfecto sobre la suma de ambas parcelas.

5. Opinión del dictaminante

Debemos partir de la base de que no fue ni clara, ni precisa, ni común la situación con la que el juez de la ejecución hipotecaria se encontró al decretar la subasta, dado que: a) del título de la hipoteca resulta una cláusula por la que quedaron *excluidas de la hipoteca* dos fracciones a tomarse del inmueble general (en adelante, la cláusula de exclusión) y b) a fs. 326 del expediente de la ejecución hipotecaria se expresó que

... las fracciones excluidas no habían sido objeto de división, por ende el bien gravado consistirá en una fracción mayoritaria y corresponde ordenar la subasta de derechos condominiales conforme constancias... [Según así resulta del estudio de títulos acompañado en fotocopia por el consultante].

El origen de los errores y problemas que plantea el consultante está en la manifestación efectuada por las partes en la escritura de constitución de la hipoteca, por la que excluyeron del grava-

men las referidas fracciones, y en los desafortunados términos del escrito de fs. 326.

La cláusula de exclusión no produjo, al menos no de manera inmediata, los efectos perseguidos *literalmente* por los otorgantes, dado que la hipoteca comprendió, objetivamente, desde un comienzo, la totalidad del inmueble gravado. La virtualidad de esa manifestación consistió no en acotar de manera inmediata el objeto hipotecado, sino en obtener o provocar un *reconocimiento* por parte del acreedor hipotecario de un mejor derecho, respecto de las fracciones excluidas, a favor del Consejo Provincial de Educación (donataria) y de L. (promitente comprador). Es decir, la cláusula de exclusión insertada en el título de la hipoteca no limitó el objeto de esta última, sino que implicó el otorgamiento de una prioridad a favor de los beneficiarios de la misma (L. y el Consejo Provincial de Educación), quienes, de tal manera, quedaron en condiciones de oponer exitosamente sus derechos y postergar al acreedor hipotecario y al adquirente en subasta y sus sucesores.³

Por efecto de la mentada cláusula de exclusión –es decir, la mala fe que ésta letalmente inocular–, los beneficiarios de dicha cláusula quedaron en condiciones de triunfar en cualquier conflicto de derechos que se plantee con el hipotecario o el adquirente en subasta o sus sucesores. La exclusión no operó de manera inmediata en el plano jurídico-real respecto de las fracciones excluidas, sino que otorgó a los beneficiarios la acción de inoponibilidad contra el acreedor hipotecario, el adquirente en subasta y sus sucesores, y la acción para solicitar la división del inmueble general para originar las fracciones correspondientes.

La virtualidad de la cláusula de exclusión implicó, además, el compromiso tácito asumido por el acreedor hipotecario de liberar de la hipoteca las fracciones excluidas una vez que se hubiera obtenido el plano correspondiente y otorgado la escritura de división del inmueble general, y también el reconocimiento del mejor derecho de L. (promitente comprador) por parte de cualquier adquirente del inmueble general, conforme al artículo 594 del Código Civil, dado que dicho adquirente estaría en condiciones de conocer la cláusula de exclusión al compulsar el expediente de la ejecución hipotecaria en el marco del estudio de títulos.

La cláusula de exclusión no podría haber tenido nunca el efecto de dejar fuera de la hipoteca las fracciones excluidas, dado que el inmueble general estaba indiviso, no se contaba con

3. Artículo 594 del Código Civil: "Si la cosa fuere inmueble y el deudor hiciere tradición de ella a otro con el fin de transferirle el dominio, el acreedor no tendrá derecho contra tercero que hubiese ignorado la obligación precedente del deudor; pero sí contra los que sabiéndola hubiesen tomado posesión de la cosa". En virtud de la manifestación de exclusión hecha en la escritura de constitución de hipoteca, el comprador en subasta estuvo en condiciones de conocer el compromiso asumido por la ejecutada, y, por ello, pudo ser condenado a restituir la fracción que la ejecutada le prometió en venta a L.

el plano de división y no se determinaron en el título constitutivo de la hipoteca las medidas y linderos del *remanente* afectado por la hipoteca. No puede interpretarse que la intención de los otorgantes de la escritura de constitución de hipoteca fue la de excluir del gravamen de manera inmediata las mencionadas fracciones, dado que, al no haber determinado los otorgantes en dicho acto las medidas y linderos del remanente, único objeto afectado por la hipoteca –si es que se interpretara que tales fueron los efectos de la cláusula de exclusión–, habrían violado la especialidad de la hipoteca en cuanto al objeto.⁴ Un intérprete razonable no debe colegir que las partes hayan querido otorgar un acto viciado de nulidad absoluta por indeterminación del objeto hipotecado (remanente).

Es que, al tiempo de otorgar la escritura de constitución de hipoteca, la sociedad anónima era titular de un único derecho real de dominio, que tenía por objeto el inmueble general. Por entonces, la sociedad anónima no contaba con el plano de división, base para el otorgamiento de la escritura de división que haga nacer, en reemplazo del dominio de origen sobre el inmueble general, los tres derechos reales de dominio que tendrían por objeto cada uno: 1) la fracción donada, 2) la fracción prometida en venta y 3) el remanente hipotecado.

La sociedad anónima, al tiempo de constituir la hipoteca, era titular del derecho real de dominio que abarcaba todo el inmueble general descripto en el título de la hipoteca. Y mal podría la sociedad anónima haber hipotecado por una parte indivisa el inmueble general, dado que la facultad de hipotecar por una parte indivisa únicamente es reconocida por la ley a favor del condómino; para hipotecar por una parte indivisa, debe necesariamente existir de manera actual el derecho real de condominio. Por lo tanto, la hipoteca recayó sobre la totalidad del inmueble general, pero el derecho del hipotecario quedó, por efecto de la cláusula de exclusión, subordinado a los derechos (personales) del Consejo Provincial de Educación y de L. El mejor derecho de estos últimos no deriva de la posesión de las fracciones objeto de la exclusión, dado que no sabemos si detentaban o no la misma, sino de la publicidad cartular derivada de la cláusula de exclusión contenida en la escritura hipotecaria. La situación del hipotecario respecto de L. fue, por analogía, la misma que plantea el artículo 3135 del Código Civil entre dos acreedores hipotecarios, artículo cuya nota exterioriza la esencia moral de la solución legal aplicable al caso.

4. Artículo 3109 del Código Civil: “No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas...”. Artículo 3131 del Código Civil: “El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: [...] 3) la situación de la finca y sus linderos, y si fuere rural, el distrito a que pertenece...”.

La exclusión no produjo de manera inmediata efectos *reales* respecto del inmueble general (sin metalepsis: el dominio que tiene por objeto el inmueble general), sino que operó en el plano obligacional, con proyección a futuro en el campo real como se advierte de los hechos que narra el consultante. En efecto, en el juicio por escrituración entablado por L. contra R. se rechazó la acción de *escrituración* contra este último, pues R. no fue quien se obligó bajo el boleto, pero, con toda justicia, el juez del juicio por escrituración ordenó retroceder el dominio de la fracción correspondiente a favor de la sociedad anónima para que esta última quede en condiciones de cumplir con la promesa que le hizo a L. y, consecuentemente, con la sentencia dictada en el juicio por escrituración. Es decir, R. adquirió en subasta la totalidad del inmueble general, pero, respecto de la fracción prometida en venta a L., era de mala fe, pues conocía o debió conocer, por la compulsa del expediente de la ejecución hipotecaria, el mejor derecho del promitente comprador L. Entonces, R. restituyó la fracción en cuestión a la sociedad anónima y esta última se la vendió, es decir, otorgó la escritura de venta de la misma a L. (escritura de fecha 17/2/2006).

Es que el dominio que R. adquirió a título de venta por subasta pública no fue un dominio pleno, al menos no en toda su extensión objetiva, sino uno imperfecto, resoluble, sujeto a condición resolutoria parcialmente por una parte material: la fracción prometida a L. Una vez obtenido el correspondiente plano de división del inmueble general y, por lo tanto, en condiciones de dividirse el dominio en las fracciones correspondientes, R. estaba obligado, como consecuencia de la cláusula de exclusión, a hacer tradición restitutiva del dominio a la sociedad anónima respecto de la fracción que la misma le había prometido en venta a L. De esta manera, la sociedad anónima recuperaría el dominio de dicha fracción y quedaría en condiciones de otorgar la escritura de la venta que le había prometido a L. Por ello fue que el juez del juicio por escrituración ordenó retroceder el dominio de la fracción correspondiente a favor de la sociedad anónima. El remanente del inmueble general cuyo dominio R. adquirió a título de venta por subasta pública sí era dominio pleno y perfecto, no sujeto a revocación o resolución.

El dominio adquirido por R. estaba potencialmente sujeto a división material, en virtud de la promesa de venta que la sociedad anónima le hizo a L. de una fracción de 40 hectáreas a tomar del inmueble general. R. consintió la división del domi-

nio al adquirir en subasta como consecuencia de conocer o deber conocer la cláusula de exclusión. Una vez obtenido el plano correspondiente, cada fracción estaría en condiciones de matricularse en el Registro de la Propiedad Inmueble y, por lo tanto, inscribirse en dicho organismo el título a favor de L., obviamente una vez que se haya otorgado el mismo.

De fs. 326 del expediente resulta, según el estudio de títulos acompañado por el consultante:

Aclaran que [...] las fracciones excluidas no habían sido objeto de división [...] y corresponde ordenar la subasta de derechos condominiales...

Esta presentación persiguió únicamente que se salvaguardaran los derechos de L. y que los mismos no fueran afectados por la subasta. Pero (según resulta del referido estudio de títulos) el juez *no aludió en el decreto de subasta a los derechos condominiales*, mencionados únicamente a fs. 326 (siempre según el referido estudio de títulos), *ni ordenó la venta de una porción indivisa* del inmueble general, ni citó a L. al proceso. Es que los derechos de este último quedaron siempre a salvo por la cláusula de exclusión hecha en la constitución del gravamen hipotecario.

El juez decretó la venta en subasta pública de “los derechos sobre el inmueble hipotecado, en el estado en que se encuentran”. Luego, en el boleto, se vendieron “los derechos” y, por último, se ordenó hacer tradición de “los derechos sobre el inmueble hipotecado”. El recto sentido de estos actos ordenados por el juez puede conocerse con certeza, sin dejar margen a la duda, a través del procedimiento interpretativo que prescribe la ley, aplicando la regla *falsa demonstratio non nocet*. Las dudas son superables a través de la interpretación, que, por sí sola, puede cumplir en muchos casos, como en el sometido a consulta, la misma función que la subsanación. Pero, a diferencia de la subsanación vía rectificación o aclaración, la interpretación no se incorpora al contenido del acto, sino que opera en su funcionamiento.

Podría argumentarse que la interpretación puede variar según la persona que la efectúa y así, de hecho, haber múltiples interpretaciones divergentes, mientras que la rectificación o aclaración es una sola. Tal proposición es falsa y no responde a criterio jurídico alguno. Al respecto, cabe expresar, siguiendo a Héctor Alegria, que el método de interpretación debe ser, en principio, idéntico para todos los intérpretes, pues de un con-

trato no puede sino haber *una* interpretación final⁵ (criterio de la unicidad de la interpretación contractual). Como observa Carnelutti,⁶ para que la comunicación del pensamiento llegue a buen fin, debe haber armonía entre declaración e interpretación: declarante e intérprete deben ser dos jugadores perfectos para que cada uno de ellos conozca y sepa aplicar las reglas del juego; lo que se precisa es la unidad de método entre ellos; han de recorrer, aunque en sentido inverso, el mismo camino.

Y, si bien la rectificación o aclaración es una sola, cabría siempre la interpretación de la subsanación, ya que la interpretación es una operación necesaria siempre, aun cuando las palabras no sean ni oscuras ni ambiguas. La claridad del texto no es presupuesto sino resultado de la interpretación, con lo que, siguiendo a la más moderna doctrina, la aplicación de la regla *in claris non fit interpretatio* debe descartarse, de manera entonces que, siguiendo el mismo argumento, también podría haber múltiples interpretaciones divergentes en orden a la escritura de aclaración o rectificación, cayendo, por lo tanto, en saco sin fondo el argumento de que la rectificación o aclaración es una sola, siendo lo correcto entonces sostener que la interpretación final de la rectificación o aclaración debe ser una sola, al igual que debe ser una sola la interpretación final del acto que motivó la rectificación o aclaración.

Una pregunta que cabe formular es: ¿está habilitado legalmente el notario para interpretar los contratos?, o, lo que es lo mismo, ¿forma parte de la competencia material del notario la interpretación de los contratos? La respuesta afirmativa se impone con fundamento en su calidad de profesional del derecho a cargo de una función pública, siempre que lo haga con ocasión de algún ejercicio funcional previsto en la ley (p. ej., para emitir un dictamen, al examinar la legitimación del disponente, etc.).

En el plano doctrinario, una opinión sostiene que las normas legales de interpretación contractual tienen por destinatario al juez. Otros entienden que los destinatarios de dichas normas son las partes. Más modernamente, y de acuerdo con el referido criterio de la unicidad de la interpretación contractual, se comprende que las reglas de interpretación no sólo se dirigen al juez (último y supremo de los intérpretes al dirimir un conflicto) y a las partes, sino también a todos aquellos que de alguna manera tengan relación jurídica vinculada al contrato, entre quienes están: a) los terceros a quienes el contrato favorezca o cuya

5. ALEGRIA, Héctor, "La interpretación de los contratos en el derecho argentino", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 2005-E, p. 952 (ver punto 4.1).

6. Citado por Alegria. Ver *ibidem*.

voluntad incida sobre el mismo; b) aquéllos cuya prestación se prometa en el contrato o que tengan derecho a prestaciones relacionadas con él; c) las autoridades públicas o privadas vinculadas por cualquier razón con el contrato.

Como enseña el maestro López de Zavalía, las reglas de interpretación se dirigen a todos los que están en el supuesto de hecho de tener que interpretar, y en ese supuesto entran no sólo las partes del contrato, sino que pueden entrar también los terceros (v.g.: interpreta el abogado que aconseja, interpreta el acreedor embargante o que acciona por subrogatoria, interpreta el subcontratante, el subadquirente), siendo, en caso de contienda, el último y supremo intérprete el juez.

No cabe duda, pues, que el notario, para ejercer adecuadamente su función, necesariamente debe interpretar no sólo la voluntad de los otorgantes, sino también, y muy especialmente, los actos y contratos que legitiman al disponente. Sin interpretación, no habría estudio de títulos posible y la actuación del notario quedaría reducida a una mera tarea mecánica degradante de su condición profesional e intelectual.

Creer que las reglas de interpretación están dirigidas únicamente al juez implica, como señala Alegria, que para interpretar un contrato siempre haya que recurrir a la vía judicial, lo que, como indica la experiencia, no es lo que normalmente sucede. Y, si bien es cierto que en caso de conflicto la última palabra la tiene el órgano jurisdiccional (o el árbitro), ello no significa que las normas de interpretación no estén produciendo sus efectos en las decisiones de las partes: ellas seguramente han de considerarlas para juzgar por sí mismas en qué posición están frente al contrato y decidir su ejecución, plantear una negociación frente a la otra parte si no hubiera coincidencia o, finalmente, evaluar una eventual controversia.

A diferencia del juez, el notario no interpreta para dirimir y poner fin a una controversia, sino que, como ya expresé, lo hace toda vez que así se lo exija su función preventiva, especialmente al analizar la legitimación del disponente. No obstante que la función judicial y la notarial son bien diferentes, atento a la distinta competencia material que abarca cada una, el método de interpretación a seguir por ambos debe ser el mismo, el prescripto por la ley, que es igual para ambos operadores del derecho. Es decir que el notario que aplica correctamente la ley debería arribar al mismo resultado interpretativo que el juez y viceversa,

aunque cada uno en el ejercicio de su propio ministerio, sin inmiscuirse en la competencia reservada al otro, colaborando ambos, cada uno desde su lugar, en la lucha por el derecho.

Hechas estas formulaciones, intentaremos comprender el recto sentido de los actos por los que el juez decretó la venta en subasta pública de “los derechos sobre el inmueble hipotecado, en el estado en que se encuentran”, aprobó el boleto por el que se vendieron “los derechos” y ordenó luego hacer tradición de “los derechos sobre el inmueble hipotecado”. Para ello, tendremos en cuenta que el derecho que la sociedad anónima ejecutada tenía sobre el inmueble hipotecado no era otro que el real de dominio. El otorgamiento del boleto a favor de L. obviamente no modificó el derecho real de la sociedad anónima, sino que hizo nacer, en cabeza de la misma, la obligación de vender (o de escriturar la venta), obligación que quedó en el patrimonio de la sociedad anónima y no en la cosa, ni se transfirió al adquirente en subasta. Del informe de dominio presentado en la preparación de la subasta resultó que el dominio del inmueble general constaba inscripto en un 100% a nombre de la ejecutada. Además, en el expediente se presentó el título de adquisición del dominio a favor de la sociedad anónima. En ningún momento se dudó de la titularidad dominial del inmueble en cabeza de la sociedad anónima.

Como ya se expresó, la desafortunada presentación de fs. 326 no tuvo otra finalidad que la de dejar a salvo los derechos de L., presentación que resultó absolutamente innecesaria a tal efecto, dado que los derechos de L. quedaron siempre a salvo, desde un primer momento, por la inserción de la cláusula de exclusión en la convención hipotecaria. No era en absoluto necesaria la presentación de fs. 326 para salvar los derechos de L., ni el juez tuvo que hacer diligencia alguna para dejarlos a salvo (podría haber mandado a confeccionar el plano de división); adviértase que ni siquiera lo citó como tercero interesado al proceso. Y esa presentación de fs. 326 es la que causa una perturbación en el intérprete y la que condujo al juez a referirse a “los derechos sobre el inmueble” como mero *mecanismo lingüístico* para satisfacer el pedido de fs. 326 y que los presentantes se queden tranquilos que la subasta no perjudicaría de ninguna manera los derechos de L. Fue una *vía*, oblicua si se quiere, que empleó el juez para satisfacer la inquietud de los presentantes de fs. 326, pero de ningún modo implicó que se haya subastado una porción indivisa del inmueble general, ni menos que lo que la

sociedad anónima tenía en el inmueble general; el juez no mencionó en el decreto de subasta derechos condominiales, ni hizo alusión a parte indivisa, ni determinó el *quantum* de la misma.

La cláusula de exclusión contenida en la convención hipotecaria no refirió a una parte ideal o indivisa, sino a una material, de 40 hectáreas de extensión, con un cierto grado de determinación en la ubicación (“sobre el límite este de la fracción objeto de la presente, al norte de la ruta nacional n° 258”). Lo prometido a L. no fue una porción indivisa.

La idea planteada a fs. 326 –aunque no llevada a cabo– de que se rematen derechos condominiales implicaba que quede una porción indivisa del inmueble general en cabeza de la sociedad anónima ejecutada, *representativa* de las 40 hectáreas prometidas a L., para luego, en la división de condominio entre el adquirente en subasta y la sociedad anónima, adjudicar a cada uno la respectiva fracción: a la sociedad anónima (o a L., una vez otorgada la escritura de venta a su favor), las 40 hectáreas y al adquirente en subasta, la fracción remanente. Pero esa no era la única manera de preservar los derechos de L., dado que la cláusula de exclusión constituyó una protección suficiente y mejor.

El juez no ordenó vender una porción indivisa, no citó a L. para que se defienda o haga valer sus derechos, pues la sociedad anónima hizo oportunamente, afortunadamente para L., lo que tenía que hacer: dejar asentada la existencia de su obligación hacia L. en la convención hipotecaria para evitar que la hipoteca y su eventual ejecución arrasasen devastadoramente con los derechos de L. emergentes del boleto.

La alusión que en las diversas piezas del expediente hizo el juez a “los derechos sobre el inmueble hipotecado” no debe causar ninguna preocupación al intérprete, dado que el derecho real, como el dominio que tenía la sociedad anónima ejecutada sobre el inmueble general, es un derecho que se tiene *sobre* la cosa o *en* la cosa (*jus in re*) y no un derecho *a* la cosa (*jus ad rem*) o crédito. Con esa frase (“derechos sobre el inmueble”), el juez no hizo más que reconocer que la ejecutada tenía efectivamente un derecho real, un derecho *en* la cosa o *sobre* la cosa (el inmueble general), del cual nunca dudó que se trataba del dominio.

La frase “derechos sobre el inmueble” sólo tiene sentido si se la interpreta como aludiendo al inmueble general o al derecho real de dominio *sobre* el inmueble general. ¿Qué otro derecho tenía la sociedad anónima sobre el inmueble que no sea el real de dominio? No se trató de más que de una *elipsis* para denotar

el derecho real de dominio sobre el inmueble general que tenía la ejecutada y la necesidad de dejar a salvo los derechos de L. emergentes del boleto y reconocidos en la cláusula de exclusión, para satisfacer el juez, sin mayor complicación, la presentación de fs. 326. Buena prueba de ello es que el juez ordenó poner en posesión de “los derechos” al adquirente, hacer tradición de “los derechos” y, para ello, “constituirse en el inmueble”. La posesión se ejerce *sobre* cosas, la tradición de inmueble requiere *constituirse* en el mismo. Evidentemente, el juez entendió siempre referirse al dominio que tenía la ejecutada, pero lo hizo de manera solapada para llevar tranquilidad ante lo planteado a fs. 326. El juez, de manera indirecta, se refirió al inmueble general y lo hizo de esa manera para satisfacer el pedido de las partes de dejar a salvo los derechos de L., pedido que, como ya se expresó, careció de todo sentido, pues esos derechos estuvieron siempre a salvo con la cláusula de exclusión.

Si bien el derecho que la sociedad anónima tenía sobre el inmueble era uno solo, el real de dominio, en los actos ordenados por el juez se alude a “derechos”, es decir, más de un derecho, una pluralidad de derechos. Ello puede entenderse en razón de que el dominio que se transmitiría en la subasta pública era, por decirlo de alguna manera, compuesto: por una parte, se adquiriría dominio pleno (el remanente) y, por otra parte, dominio imperfecto resoluble (la fracción prometida a L.). El adquirente en subasta, una vez aprobado el correspondiente plano de división y dividido el dominio del inmueble general, pasaría a ser titular de un dominio pleno y de otro imperfecto. De allí que el juez razonablemente haya aludido a “derechos sobre el inmueble”.

Quizás, en lugar del dominio pleno y dominio imperfecto resoluble, podría tratarse de dominio oponible por una parte y dominio inoponible por la otra. El fundamento de la inoponibilidad estaría dado por la mala fe que la cláusula de exclusión inoculó en el adquirente, que hirió de muerte al dominio adquirido sobre la fracción prometida a L., obligando a restituirla a la sociedad anónima para que ésta cumpla con la obligación que contrajo. Para L., es como si el dominio de la fracción que se le prometió nunca hubiese salido del patrimonio de la sociedad anónima o, lo que es lo mismo, la transmisión de esa fracción al adquirente en subasta no le es oponible, o, lo que es lo mismo, L. tiene un mejor derecho respecto de dicha fracción, que neutraliza cualquier derecho personal o real adquirido sobre la misma, siempre que el adquirente haya conocido o debido co-

nocer la cláusula de exclusión. Ambas tesis dan una explicación plausible de lo sucedido con la fracción prometida a L.; escoja el operador la que más acertada le parezca.

El dominio que el comprador en subasta adquiriría estaba sujeto a división material como consecuencia de la cláusula de exclusión y, por lo tanto, de él nacerían dos dominios, como ya se expresó: uno perfecto o pleno (oponible *erga omnes*, sin excepción) sobre el remanente y otro imperfecto, resoluble (oponible *erga omnes*, salvo a L.), sobre la fracción prometida en venta a L. De allí que no sea reprochable al juez la alusión a una pluralidad de derechos sobre el inmueble; aunque esa pluralidad estaba en potencia, no era actual, al decretarse la subasta.

En cuanto a que la subasta haya tenido por objeto “los derechos sobre el inmueble” y no el inmueble mismo, no es más que una de las tantas situaciones metonímicas⁷ que se dan en nuestro ámbito, de la cual da debida cuenta la doctora Highton:

En tiempos antiguos, y aún en nuestra época, en términos vulgares, se designa al dominio a través del concepto de pertenencia y se dice: “la cosa es mía”; ello, por cuanto *el derecho se confunde con la cosa al absorber todas las facultades que se pueden tener sobre la misma*.

Así ocurre con la compraventa, la donación, etc. Lo que se transmite en base a esos títulos, ¿es la cosa o el dominio que se tiene sobre ella? Hilando fino, se advierte que con ellos se trata de transmitir (cumplido que sea el modo) el derecho real de dominio, que tiene por objeto (uno de sus elementos, el otro es el subjetivo: el titular, el sujeto) la cosa, su asiento material; en rigor, se trata, bien en la profundidad del mundo jurídico, con un nivel de abstracción que evita toda referencia al mundo material, de la sucesión en la relación jurídica dominial.

Si el derecho real recae sobre cosa propia, es fácil identificar el objeto como cosa (dominio).

La cuestión se complica cuando la cosa sobre la que se constituye el derecho real es ajena, es decir, pertenece en dominio a otro (usufructo, etc.). Pero, si el dominio recae sobre la cosa y su titular enajena algunas de sus facultades o las limita extraordinariamente, el otro derecho necesariamente recae también sobre la cosa, convirtiendo al dueño en dueño imperfecto (arts. 2507 y 2661, Cód. Civil).

Nada hay más incoherente que considerar aisladamente el objeto material sobre el que recae el dominio –haciendo abstracción de

7. La metonimia es una figura retórica relacionada con la metáfora, que consiste en designar una cosa o idea con el nombre de otra basándose en la relación de proximidad existente entre el objeto real y el objeto representado. Los casos más frecuentes de metonimia son las relaciones tipo causa-efecto y las del todo por la parte.

este primer derecho real– al paso que se prescinde al contrario del objeto de los otros derechos, tomando sólo en consideración éstos, cuando sean reales sobre cosa ajena. Se explica esta teoría diciendo que *el dominio o el derecho real completo, absorbiendo toda la utilidad del objeto corporal que le está sometido, se confunde con él y por él queda representado*; mientras que los demás derechos reales no absorben toda la utilidad de dicho objeto, de manera que no pueden ser representados por él. En realidad, en ambos casos el derecho adquirido se ejercita *sobre la cosa, salvo que en el dominio se designa sólo a la cosa porque el derecho sobre ella está sobreentendido. Se habla de cosa sin mencionar expresamente el derecho que se tiene sobre la misma*, y en los demás derechos reales se menciona expresamente el derecho que se tiene sobre ella. En el primer caso se dice que tal cosa me pertenece, que yo tengo esta cosa. En el segundo caso se dice que tal derecho me pertenece sobre tal cosa, que yo tengo tal derecho sobre ella. Sin duda es sólo el modo de expresar lo que difiere; el pensamiento en los dos casos se refiere igualmente a *un derecho que se afirma tener sobre una cosa*. En efecto, *cuando se transfiere el dominio, transfiérese la cosa que es objeto de él, y también se transfiere la cosa cuando se constituye o transfiere el usufructo, el uso, la anticresis y la prenda...*

En la nota al final que lleva el número 8, la doctora Highton expresa que lo consignado precedentemente pertenece a Freitas, nota al artículo 317 del *Esboço*; *no hay acuerdo en la doctrina acerca de si lo que se enajena es la cosa o el derecho que sobre ella se tiene*, pero de lo que no tenemos duda es de que el criterio que debe aplicarse es el mismo para el dominio y los demás derechos reales.⁸

En definitiva, que el juez haya decretado la venta en pública subasta de “los derechos sobre el inmueble hipotecado” es exactamente lo mismo desde el punto de vista jurídico que ordenar la subasta del inmueble o del derecho real de dominio que en o sobre el mismo tiene la ejecutada. Se trata de lo mismo: el inmueble o el derecho que la ejecutada tenía sobre el inmueble. La alusión a “los derechos sobre el inmueble” no fue más que la manera de satisfacer las inquietudes planteadas a fs. 326, las que, en rigor, ya estaban cubiertas por la cláusula de exclusión con virtualidad *erga omnes* como consecuencia de la publicidad cartular en el marco de la ejecución hipotecaria (por lo que ni siquiera era necesario hacerlas constar en los edictos de la subasta).

8. HIGHTON, Elena I., *Lineamientos de derechos reales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 36, §20.

En cuanto a que el juez haya ordenado hacer tradición de “los derechos”, si interpretáramos literalmente tales términos se violarían los requisitos de corporalidad y determinación del objeto de la posesión; ergo, debe descartarse tal posición. Es que la autoridad de la que emanan tales actos hace presumir la legalidad de los mismos y es trabajo del intérprete encontrar el recto sentido de los mismos, adecuándolos vía interpretación al ordenamiento jurídico.

Con respecto al requisito de la *corporalidad*, el artículo 2400, segunda parte, del Código Civil establece que “los bienes que no fuesen cosas no son susceptibles de posesión”. En la nota a dicho artículo, Vélez aclara que sólo las cosas propiamente dichas pueden ser objeto de posesión. Se poseen las cosas y no los derechos.

En cuanto a la *determinación* del objeto de la posesión, el artículo 2410 del Código Civil dice:

Para tomar la posesión de una parte de una cosa divisible, es indispensable que esa parte haya sido *material o intelectualmente determinada*. No se puede poseer la parte incierta de una cosa.

Es decir que la cosa sobre la que recae la posesión debe estar bien individualizada, o sea, debe ser determinada, pues es física y jurídicamente imposible ejercer un poder sobre cosas indeterminadas. Si la división del todo no es real sino abstracta, la posesión de una parte aislada puede concebirse si la extensión de esta parte está determinada; es una determinación puramente aritmética.⁹ En el caso de la consulta no hubo determinación de partes (ni material ni ideal), sino que se ordenó hacer la tradición del todo. Como ya se expresó, la frase “derechos sobre el inmueble”, en lo que a la tradición y posesión respecta, sólo tiene sentido si se la interpreta como haciendo referencia al inmueble general.

El juez dio, de la manera expuesta, satisfacción al interés del acreedor hipotecario, sin desmedro de la seriedad, transparencia y seguridad que deben rodear a las subastas. El juez no necesitó dejar a salvo los derechos de L., pues ya estaban a salvo con la cláusula de exclusión (por eso no lo citó al juicio ni ordenó confeccionar el plano de división), y dio pronta respuesta al pedido de fs. 326, refiriéndose con la frase “derechos sobre el inmueble” al dominio que la ejecutada tenía sobre el inmueble general y a los particulares derechos (dominio compuesto) que

9. HIGHTON, Elena I., *Posesión*, Buenos Aires, Hammurabi, pp. 95-97, §112 y §116.

el comprador en subasta adquiriría, evitando así cuestionamientos por parte de los presentantes de fs. 326.

Se reitera: el juez sacó a la venta el derecho que la ejecutada tenía sobre el inmueble general, ni más ni menos. Eso es lo que suelen hacer los jueces en las subastas: forzar la transmisión del dominio (el inmueble) que tiene el ejecutado. El juez no determinó ninguna porción o parte indivisa en las piezas del expediente relacionadas con la subasta, no hubo remate de parte indivisa. La idea que inspiró al juez fue correcta, pero los medios y las palabras que utilizó en el expediente para plasmar ese loable propósito y satisfacer la presentación de fs. 326 quizás no fueron del todo claros: quizás habría sido mejor que dicte un auto en el que *declare* que quedaban a salvo los derechos de L.; claro que esos derechos ya estaban a salvo, como consecuencia de la cláusula de exclusión contenida en la convención hipotecaria.

Subsidiariamente, si se interpretara que el juez ordenó rematar derechos condominiales, es decir, una porción indivisa del inmueble general –conclusión que, como ya expusimos, no se desprende de los términos del decreto de subasta, que alude a “derechos sobre el inmueble” y no a derechos condominiales–, cabría hacernos el siguiente interrogante: ¿cuál fue la porción que se sacó a la venta en subasta?, dado que su *quantum* no fue determinado por el juez. La respuesta la encontramos en los motivos que habrían inspirado a este último a subastar sólo una parte indivisa y no el todo: salvaguardar los derechos de L. Entonces, la respuesta sería: la sociedad anónima ejecutada habría conservado la porción indivisa, *representativa* de las 40 hectáreas, que deje a salvo los derechos de L., y el *resto* es lo que se habría subastado. Si la interpretación fuera esa, al final de cuentas el título tampoco sería observable, dado que en definitiva el todo se consolidará en cabeza de las sociedades Club [...] S. A. y Dos [...] S. R. L. cuando ratifiquen la gestión de negocios que para ellas hizo el señor C.

6. Conclusión

La sociedad anónima ejecutada *no conservó ningún derecho sobre el inmueble*, dado que el juez ordenó venderlos (los derechos sobre el inmueble, es decir, el derecho real de dominio) en subasta pública, sin deducción, exclusión ni reserva alguna. El juez no ordenó vender en subasta una porción o parte indivisa

del inmueble general, sino “los derechos sobre el inmueble”, que no son otros que el real de dominio que la sociedad anónima ejecutada tenía. Sí mantuvo esta última la obligación de escriturar que contrajo bajo el boleto de compraventa con L., la que fue cumplida por ella mediante escritura de fecha 17/2/2006. El adquirente en subasta, señor R., como consecuencia de la mala fe que la cláusula de exclusión le inoculó letalmente, quedó obligado a restituir a la sociedad anónima ejecutada la fracción que esta última le había prometido a L. Respecto de esta porción, el dominio adquirido por R. a título de venta por subasta pública era resoluble. Hecha la restitución, la sociedad anónima cumplió con su obligación de escriturar a favor de L. Y, a la postre, R. se quedó en dominio pleno con la fracción que resultó de segregar (excluir) del inmueble general la fracción que luego se le escrituró a L. Todo ello como consecuencia de los efectos derivados de la cláusula de exclusión insertada a favor de L. en la convención hipotecaria.

Así las cosas, el título de propiedad de R. no es observable, dado que, al final de cuentas, se dio cumplimiento a la obligación que la sociedad anónima ejecutada contrajo con L. y que motivó la inserción de la cláusula de exclusión en la convención hipotecaria.

Si, por el contrario, se interpretara que el juez ordenó rematar una porción indivisa del inmueble general, la sociedad anónima ejecutada habría conservado luego del remate una porción *representativa* de las 40 hectáreas y *el resto* es lo que se habría subastado. En tal caso, el título motivo de la consulta tampoco sería observable, dado que en definitiva el todo del inmueble general (dividido esta vez materialmente en dos dominios) se consolidará en cabeza de las sociedades Club [...] S. A. y Dos [...] S. R. L. cuando ratifiquen la gestión de negocios que para ellas hizo el señor C.