

IV

NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS. Sustitución ilícita de propietario en la constitución de la hipoteca. Efectos sobre el tercer adquirente de buena fe. COSTAS.

Doctrina: 1) Si el titular del dominio fue ilícitamente sustituido en la escritura de constitución de hipoteca sobre el inmueble y éste fue luego vendido en subasta, no es aplicable al comprador la protección de la apariencia brindada al adquirente de buena fe y a título oneroso por el art. 1051 del Cód. Civil.

2) El conflicto entre el titular del dominio que no participó en el acto de enajenación y el subadquirente de buena fe a título oneroso que funda su pretendida adquisición en un acto a non domino, debe ser resuelto en favor del primero.

3) Si el titular del dominio no ha celebrado acto jurídico alguno de enajenación y es víctima de una maniobra dolosa de terceros, cualquier solución que so pretexto de mantenimiento de una apariencia deje el dominio en cabeza del subadquirente, por más que sea de buena fe, comportaría una privación del derecho violatoria de la

garantía de la propiedad establecida en el art. 17 de la Constitución Nacional.

4) Para que un subadquirente pueda invocar la protección conferida por el art. 1051 del Cód. Civil, es necesaria la efectiva adquisición del derecho real, por lo menos en su faz externa, cumpliendo los requisitos de título y modo, además de la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad Inmueble.

5) Quien ha limitado su actuación en el proceso a la defensa de aquello que entendía conformaba su derecho, sin apoyar a ninguna de las partes, debe ser encuadrado en el art. 94 del Cód. Procesal. En consecuencia, por más que la sentencia lo afecte como a los litigantes principales, no existe mérito suficiente para reputarlo codemandado a los fines de la imposición de costas.

Cámara Nacional Civil, Sala G.

Autos: “Bottini, Agustín c/Tarek Ma-de” (*)

2ª Instancia. — Buenos Aires, marzo 27 de 1995.

¿Es justa la sentencia apelada?

I. Agustín Bottini demandó la declaración de nulidad e inexistencia de una escritura de constitución de hipoteca sobre un inmueble de su propiedad en la que afirmó haber sido ilícitamente sustituido por alguien que se arrogó su identidad. La sentencia de grado, por haber comprobado que el constituyente no participó en el acto constitutivo, en el que Horacio C. Fernández se hizo pasar por Bottini con la complicidad de la cónyuge de éste, Norma E. Andrade de Bottini, decreta la inexistencia de ese acto con la consecuencia de invocabilidad de los derechos del art. 1051 del Cód. Civil por parte del comprador en subasta Gerónimo H. Pabón.

Consentido el fallo por todos los restantes intervinientes en el proceso, se alza Pabón quien se agravia a fs. 1206/1208 reiterando anteriores invocaciones de su carácter de comprador de buena fe, a cuyo fin objeta la aplicación de la teoría de la inexistencia, sostiene que la sentencia viola la cosa juzgada, deja planteado el caso federal y cuestiona la imposición de costas. Esa pieza fue replicada por el actor a fs. 1209/1211, oportunidad en la que también introduce la cuestión federal.

II. El presupuesto de hecho en el que se asienta la decisión recurrida consiste en que el titular del dominio Agustín Bottini no participó en el negocio jurídico instrumentado en la escritura pública ni suscribió la constitución de hipoteca. Estos extremos son reconocidos por el único apelante.

Sin entrar en el debate doctrinario acerca de la esencia o naturaleza jurídica de un acto de supuesta venta volcado en una escritura pública declarada falsa o por sustitución de la persona del hipotecante,

cabe puntualizar que nuestra doctrina, casi sin excepciones, descarta para este supuesto de falta de autoría la protección de la apariencia brindada al adquirente de buena fe y a título oneroso por el art. 1051 reformado por la ley 17711. Una dirección, bien definida, a la que adhiere la sentencia recurrida, lo hace porque considera jurídicamente inexistente el acto por ausencia de un elemento esencial como es el sujeto. Enrolan en esta tendencia Llam-bías —quizás el paladín de la categorización de la inexistencia como racionalmente autónoma de la nulidad y la anulabilidad (sus obras *Efectos de la nulidad y la anulación de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1953, N° 3, págs. 5/6; *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, 7ª ed., 1978, N°s. 1909 y sigtes., págs. 583 en adelante; sus trabajos “Vigencia de la teoría del acto jurídico inexistente”, *Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires*, año III, N° 11, julio-setiembre de 1948, págs. 631/660; “Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos”, *LA LEY*, 50-876/890 y su comentario a fallo: “Nulidad y terceros de buena fe”, *LA LEY*, 1979-D, 102/107, en especial las dos últimas, en que trata la hipótesis del propietario ajeno al acto de transmisión); Ernesto Cordeiro Alvarez (“El acto jurídico inexistente”, en *Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1942, pág. 143 y su *Tratado de Derecho Civil*, Parte General y Obligaciones, t. 1, pág. 261, 1959); Borda (*Tratado...* Parte General, t. 2, N° 1279, pág. 426, 6ª ed., y “La reforma del Código Civil. Nulidades”, *ED*, 29, en esp. pág. 737, N° 4); Belluscio (“La teoría de la inexistencia y su aplicación al testamento”, en el volumen *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al doctor Pedro León*, Córdoba, 1976, págs. 73 y sigtes., en esp. punto 8º, pág. 85 al tratar la inexistencia por ausencia de sujeto, y págs. 86 *in fine* y 87 al dar como conse-

(*) Publicado en *La Ley* de 17/11/95, fallo 93.759.

946 — *Revista del Notariado* N° 843

cuencia la inaplicabilidad del art. 1051 reformado a la hipótesis de autos); Elena I. Highton (“Solución a algunos problemas que plantea el art. 1051 del Código Civil”, *LA LEY*, 1980-D, 290-298); Abelenda (*Derecho Civil*, Parte General, Ed. Astrea, t. 2, N° 860, págs. 454/455, Buenos Aires, 1980).

Otra dirección, sobre las enseñanzas de René Japlot (*Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, París, 1909, Arthur Rousseau Editeur, pág. 19 y nota 4 —al pie, pág. 20 y nota 2— al pie, pág. 514 y sigtes.) desarrolladas luego por Daniel Bastian (*Essai d'une théorie générale de l'imprescrite*, París, 1929, Librairie du Recueil Sirey) y trasladadas a nuestro medio según mi información por Roberto Martínez Ruiz (“Distinción entre acto nulo y acto inoponible”, *JA*, 1943-IV-335), entiende que la enajenación *a non domino*, por no haber autoría o intervención de *versus dominus* en la configuración del estado aparente, se dé un supuesto de inoponibilidad (Allende, “La reforma del Código Civil, ley 17711”, *LA LEY*, 146, en esp. pág. 979, nota 9; Jorge Horacio Alterini, “El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible”, *JA*, Doctrina, 1971-634 y sigtes. en esp. págs. 640/641; Trigo Represas, “Nulidad y reivindicación de subadquirentes”, en el volumen que con otros dos estudios publica la Ed. Lex, La Plata, 1978, en esp. XI, pág. 103 y sigtes. y pág. 109 con muy atendibles fundamentos; Goldenberg, “El alcance de la protección legal dispensada a los terceros adquirentes de inmuebles: el controvertido agregado al artículo 1051, Código Civil”, *Revista Notarial*, año 1978, N° 841, págs. 1276 y sigtes. en esp. cap. V, en págs. 1291/1297). En consecuencia, lo obrado por quien sustituye ilícitamente el hipotecante en el acto notarial falso juntamente con quien en él aparece como acreedor no puede esgrimirse contra el propietario, por definición ausente en ese acto, ni da fundamentos a la protección de adquirentes sucesivos.

Cabe agregar que, aun para autores que no admiten en la hipótesis ni existencia ni inoponibilidad y la encasillen en la categoría de nulidad absoluta, tampoco resulta aplicable el nuevo dispositivo del art. 1051 (Hernán Cortés, “Los efectos contra terceros de la nulidad de los actos jurídicos y la reforma de la ley 17711”, *LA LEY*, 139-906/912, en esp. 908/910; Lilian Gurfinkel de Wendy, *Clasificación de las nulidades frente al artículo 1051 del Código Civil*, Buenos Aires, 1976, Ed. Depalma, N° 6, págs. 1113/1116; Pérez Lasala, “La fe pública registral y las normas civiles argentinas de protección a los terceros”, *LA LEY*, 148-1116 y sigtes., en esp. cap. III, punto 5, págs. 1128/1129).

Hasta donde llega mi información, sólo disienten Alsina Atienza, por no haberse aprobado una adición que propusiera como miembro de la comisión de reformas —después renunciante—, aunque de *lege ferenda* considera que la situación del adquirente sin intervención del propietario debe excluirse de la protección del nuevo art. 1051 (“Los derechos reales en la reforma del Código Civil”, *JA*, Doctrina, 1969-457 y sigtes., en esp. puntos 81 a 84 en las págs. 470/471); Spota (*Sobre las reformas al Código Civil*, Buenos Aires, 1969, Ed. Depalma, N° 13, letra c, 85/86 y “El artículo 1051 del Código Civil comprende el denominado acto inexistente”, nota a fallo aparecida en *ED* 106/657), y María Emilia Lloveras de Resk (*Tratado teórico-práctico de las nulidades*, Buenos Aires, 1985, Ed. Depalma, págs. 464 y sigtes. y conclusiones de fs. 499/501). Sin embargo, hay un matiz en las opiniones de estos dos últimos que, con referencia a una particularidad del caso de autos, será analizado más adelante.

La tendencia doctrinaria abrumadoramente mayoritaria, cuya mención aquí dista de ser exhaustiva, ha tenido recepción —en este ámbito sí en forma unánime— en la jurisprudencia hasta ahora conocida. Preferentemente por inclinarse por la inexistencia, o bien evitando pronunciarse

Jurisprudencia. — 947

sobre esta cuestión teórica por considerarlo innecesario, los fallos resuelven el conflicto entre el titular del dominio que no participa en el acto de enajenación y el subadquirente de buena fe a título oneroso que asienta su pretendida adquisición en un acto *a non domino*, en favor del primero (1a. instancia firme, *LA LEY*, 140-193/6; fallo del doctor Cifuentes, Sala F, *LA LEY*, 1980-D, 290 y sigtes. con múltiples referencias en el voto del doctor Yáñez, publicado con la nota de Highton ya mencionada; Sala A, *ED*, 106-657, con voto del doctor Di Pietro, publicado con la nota de Spota cit.; Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 10/10/78, autos “Roldán Ramos c/Grecco”, *DJBA*, 116-3452, diario del 27/2/79, en esp. voto del doctor Ibarlucía; esta Sala, *JA*, 1985-1, págs. 378/382).

Entiendo que no puede ser de otro modo. Constituido el dominio, en el caso en cabeza de Agustín Bottini, este derecho real inmobiliario subsiste por la propia inercia de su título en tanto no advenga uno de los medios de extinción mentados en los arts. 2604 a 2610 del Cód. Civil. Para que se pierda por enajenación —que si bien implica extinción para el propietario, constituye en realidad transmisión o adquisición derivada, porque el mismo derecho se traslada al adquirente o bien por ejecución de obligación garantizada con hipoteca— es menester un acto jurídico del dueño capaz de cambiar el estado de su derecho (art. 1040, Cód. Civil) que ordinariamente consistirá en la constitución de una obligación de transmitirlo (art. 574), seguido del pago de esa obligación (art. 725) consistente en el otorgamiento de la escritura pública (art. 1184, inc. 1) y la tradición (art. 2609 y cons.). O bien de la eventual disposición que comporta la constitución de hipoteca. Si el propietario no ha celebrado acto jurídico y es víctima de una maniobra dolosa de terceros, cualquier solución que so pretexto de mantenimiento de una apariencia dejase el dominio en cabeza de un subadquirente por

más que fuese de buena fe, comportaría una privación del derecho conculcatoria de la garantía establecida en el art. 17 de la Constitución Nacional. No hay, por tanto, en la especie función legitimante de la apariencia que pueda computar el recurrente; si Agustín Bottini retuvo el dominio porque fue inepto para hacérselo perder el acto volcado en la escritura pública falsa en la que fue ilícitamente sustituido, la subsistencia de ese derecho es incompatible con el que invoca Pabón.

No es que se trate de la aplicación de una categoría jurídica extralegal, como se dice en el recurso, sino de la interpretación y valoración de los comportamientos implicados, realizada por el organismo jurisdiccional en función del esquema normativo vigente, integrado —como es obvio— por las distintas fuentes del derecho entendidas como criterios de objetividad para la resolución de los conflictos (Julio Cueto Rúa, *Fuentes del Derecho*, Buenos Aires, 1961, *passim*).

III. Para que un subadquirente pueda invocar la protección del agregado al art. 1051, es necesario que haya adquirido efectivamente el derecho real —por lo menos en su faz externa— cumpliendo los requisitos de título y modo (Trigo Represas, *ob. cit.*, pág. 93). Pabón no lo adquirió nunca, sólo resultó comprador en subasta, abonó el precio y no llegó a diligenciarse el mandamiento que equivaldría a la tradición, por haberse decretado una medida de no innovar, sobre este tópico; mal puede agravarse ahora cuando el cuestionamiento de esa medida lo hizo al apelarla y la Sala dictó el pronunciamiento de fs. 1120/1122 que dejó precluida la cuestión. Ni aducir que la sentencia en recurso viola la cosa juzgada que resultaría de la sentencia dictada en la ejecución hipotecaria tramitada sobre la base de un título falsificado, como ha quedado probado en el presente en conclusión que el apelante no ataca.

Respecto de este requisito, el pensamiento de Spota coincide con la exigencia

948 — *Revista del Notariado* N° 843

de tradición, al expresar: "... el tercer adquirente a título oneroso y con buena fe creencia diligente (v. gr. obteniendo la tradición posesoria de quien posee el inmueble)..." (trabajo cit. en *ED*, 106-657, párrafo final). Otro tanto ocurre con Lloveras de Resk (ob. cit., págs. 423/425) quien exige, para que el tercero titular de un derecho real obtenga la protección del art. 1051, no sólo la escritura y tradición, sino que el título haya sido inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble, lo que el recurrente por cierto no llegó a hacer.

Por último, es también erróneo el enfoque de Pabón respecto del rol que jugó Norma E. Andrade de Bottini. Esta señora no era titular del inmueble ni hipotecó parte indivisa; sólo concurrió al acto en el que —con su complicidad— un tercero se hizo pasar por Agustín Bottini a prestar el asentimiento del art. 1277 del Cód. Civil con el gravamen que —aparentemente— se estaba constituyendo sobre él (escritura testimoniada a fs. 924/932). La alegada ganancialidad es tema interno entre los cónyuges Bottini y sólo significa que, producida la disolución de la sociedad conyugal, cada uno de ellos se llevará la mitad o el valor de esa mitad. De ninguna manera, que pueda acordarle legitimación para hipotecar el todo ni una parte indivisa. Cualquier conflicto que pueda suscitarse sobre la base de un hipotético enriquecimiento sin causa queda al margen de la continencia del presente, cuyo objeto se limitó a la invalidez del acto de constitución efectuado sin la autoría del titular dominial.

IV. La parte actora, sin incluir en su demanda a Gerónimo H. Pabón ni ampliarla contra él, le cursó la cédula de fs. 48. El notificado compareció diciendo que le contestaba pidiendo la repulsa en cuanto a él concierne (fs. 67/68). Si bien pudo entenderse que con esta actitud se consideró demandado, lo cierto es que al haber

limitado su actuación a la defensa de lo que entendía su derecho, sin apoyar a ninguna de las partes, quedó encuadrado en el art. 94 del Cód. Procesal y, por más que la sentencia lo afecte como a los litigantes principales (su art. 96 *in fine*), no hay mérito suficiente como para reputarlo codemandado a los fines de la imposición de costas. Debe aclararse, por tanto, que las de primera instancia, impuestas a los demandados —y él no lo fue— no le comprenden, y, con ese alcance, admitirse este agravio.

Distinto es el caso de las de la alzada, en la que la controversia se trabó exclusivamente entre este apelante y la parte actora, desde que al no triunfar su pretensión recursiva en cuanto a la aplicabilidad del art. 1051 inviste, sin lugar a dudas, el carácter de apelante vencido en su recurso (doctrina de los arts. 68 y 69, Cód. Procesal).

V. Por lo expuesto, voto por la afirmativa. Propongo confirmar la sentencia en todo lo que fue materia de recurso por Pabón, con la sola modificación —o aclaratoria— de que no lo alcanza la condena en costas de la instancia de origen. De compartirse mi voto, las costas de la alzada se impondrán al recurrente vencido en su recurso.

Los doctores *Bellucci* y *Montes de Oca* votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor Greco.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 1169/1173 en lo que fue materia de recurso por Gerónimo H. Pabón, con la aclaración de que se encuentra excluido de la condena en costas de primera instancia. Costas de la alzada al apelante vencido. — *Roberto E. Greco*. — *Carlos A. Bellucci*. — *Leopoldo Montes de Oca*.