

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En consecuencia, teniendo presente que ninguno de los demás extremos exigidos para la procedencia de la consignación (arts. 756 y sigtes., Cód. Civil) ha sido cuestionado por el demandado, deberá confirmarse la sentencia de la instancia en tanto y en cuanto admite la demanda de consignación, declarando válidos los depósitos efectuados en la causa y rechaza la reconvencción pero deberá ser revocada en todo lo demás que decide. Si este criterio fuese compartido, las costas en ambas instancias serán soportadas por el vencido, es decir la demandada (art. 68, Cód. Procesal).

Por análogas razones los doctores Morandi y Williams, adhirieron al voto anterior.

Por los fundamentos del acuerdo que precede se resuelve confirmar la sentencia de fs. 370/374, en cuanto admite la demanda de consignación declara válidos los depósitos efectuados en la presente causa y rechaza la reconvencción, y revocarla en lo demás que decide. Las costas de ambas instancias a cargo de la demandada. - Jorge N. Williams. - Juan C. F. Morandi. - Eduardo Martiré. (Sec.: Rómulo E. Di Iorio).

Ver comentario siguiente

TRES SOLUCIONES DISCUTIBLES EN LA COMERCIALIZACIÓN DE UNIDADES EN CONSTRUCCIÓN

LAUREANO ARTURO D. MOREIRA

SUMARIO

I. El fallo. II. Los contratos sobre departamentos en construcción. III. El régimen prehorizontal. IV. La teoría de la imprevisión.

I. EL FALLO

Los cambios económicos, sociales y culturales de la sociedad contemporánea exigen una progresiva adaptación del derecho a las nuevas necesidades de la convivencia organizada.

Pero esa inevitable evolución del derecho supone la aceptación de los nuevos criterios por quienes intervienen en su aplicación.

La resistencia al cambio, actitud temerosa de quienes siguen aferrados a los esquemas antiguos que por más conocidos ofrecen menos inseguridad, es una valla que dificulta notoriamente esa evolución.

El legislador impuso nuevas pautas al reformar el Código Civil en 1968, siguiendo la orientación de una lúcida doctrina, y reconoció entre otras reformas la problemática nacida de la llamada teoría de la imprevisión, cláusula rebus sic stantibus, o excesiva onerosidad sobreviniente.

También incorporó en 1972 una nueva regulación para la contratación sobre departamentos en proyecto o en construcción, que a pesar de su insuficiencia implica una tentativa de protección para numerosos contratantes.

Pero esas novedades pueden tener un campo muy limitado si los jueces

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que deben aplicarlas lo hacen de un modo tan restrictivo que, de hecho, implica asignar a la ley nueva la misma orientación que tenía la solución legal derogada o modificada.

No es común encontrar en un breve voto tantas conclusiones ajenas a los requerimientos de la realidad actual, y que a la vez expresen una actitud tendiente a limitar la aplicación de los criterios impuestos por las leyes nuevas.

Nos referimos al voto del Dr. Eduardo Martiré (al que adhirieron los doctores Jorge N. Williams y Juan C. F. Morandi) en la causa "Ringelheim, Julio y otros c/CIGAIF SA", resuelta el 28/6/82 por la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal (publicado en La Ley del 15/6/83).

Los actores habían suscripto "boleto de compraventa" de varias unidades de vivienda en construcción: como la empresa constructora se negó a continuar recibiendo las cuotas pactadas, la demandaron por consignación. La empresa consideró que el pago era incompleto, pidió el rechazo de la demanda, y reconvino por nulidad del contrato en base a la desproporción asumida por las prestaciones a su cargo (arts. 1198 y 1633 y concordantes del Código Civil).

En primera instancia se admitió la demanda y se rechazó la reconvención.

II. LOS CONTRATOS SOBRE DEPARTAMENTOS EN CONSTRUCCIÓN

El primer tema que encara el voto del doctor Martiré es el de la esencia jurídica de los llamados boletos de compraventa de departamentos en construcción, afirmando que deben ser considerados como la venta de una cosa futura.

El tema es controvertido: los tribunales de la Capital Federal participan mayoritariamente de ese criterio, pero en la provincia de Buenos Aires y en la doctrina nacional prevalece la opinión (inspirada en la profunda elaboración de Alberto G. Spota) de considerarlos como locación de obra, si la parte adquirente no se encuentra desinteresada - en la economía del contrato - del proceso interno de fabricación⁽¹⁾(897).

En el voto comentado se puso de relieve que el objeto - fin por el que el adquirente paga el precio estipulado es la adquisición de la unidad, sin ningún tipo de intervención en la construcción o en el control de su ejecución. A mi modo de ver, esta corriente jurisprudencial no se ha expedido sobre los argumentos de quienes sostienen que en estos casos se tipifica una locación de obra y no una compraventa, ni ha levantado los agudos interrogantes formulados en la materia.

Opino que no basta con sostener que la empresa solo promete la entrega de la posesión y la transferencia del dominio a cambio de un precio en dinero.

Al momento de suscribirse esos boletos, las unidades se encuentran en proceso de una construcción que debe ser realizada por la empresa llamada vendedora. Esa obligación de construir, de fabricar la unidad contratada, ¿dónde está regulada sino en el contrato de obra? ¿Acaso el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

título de la compraventa contiene alguna disposición vinculada con la fabricación de la cosa vendida? ¿La "venta" de unidades a construir está desvinculada de la obligación de construir? ¿Esa obligación de construir que asume una de las partes, no atribuye facultades a la otra parte? ¿Cómo puede la empresa cumplir con la entrega prometida si no construye previamente el edificio (no sólo la unidad vendida)?

Señala López de Zavalía que "la conceptualización del negocio bajo el prisma exclusivo de la venta, dejaría totalmente en la sombra sus aspectos más interesantes, que se justifican precisamente en la obligación de realizar la obra"(2)(898).

Opinan también que estos contratos se rigen por el contrato de locación de obra Alberto G. Spota(3)(899), Luis María Rezzónico(4)(900), Jorge Mosset Iturraspe(5)(901), Augusto Mario Morello(6)(902) y Guillermo A. Borda(7)(903). Nadie duda que al momento de celebrarse el contrato la unidad aún no existe como cosa, y que se trata de una cosa futura.

Pero de ello no debe concluirse que se trata de una compraventa de cosa futura, aunque las partes la llamen boleto de compraventa.

La venta de cosa futura reconoce dos supuestos en nuestra legislación y en el derecho comparado: 1) la venta de cosa esperada (*emptio rei speratae*), contrato conmutativo y condicional subordinado a la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir; y del hecho de que llegue a existir dependen condicionalmente su entrega, el pago del precio, y las demás obligaciones que integran el contrato (art. 548, 1173, 1370 y concordantes del Código Civil); 2) la venta de esperanza (*emptio spei*), contrato aleatorio en el cual el comprador toma a su cargo el riesgo de que las cosas no lleguen a existir total o parcialmente, y debe pagar el precio aunque la cosa no llegue a existir (arts. 1332, 1404, 1405 y concordantes).

¿Cuál de estos supuestos rige para los boletos que la jurisprudencia califica como venta de cosa futura? Ninguno.

A tal punto que en el derecho francés, cuyo Código Civil optó por la posición de Troplong en el sentido de que hay compraventa cuando el empresario aporta la materia principal, y que la legislación de 1965 califica a estos contratos como venta a término, o venta en estado de terminación futura, se ha señalado que la venta de un departamento terminado es normalmente un contrato instantáneo, pero cuando se trata de una unidad a construir no puede serlo, sino que se trata de un contrato de ejecución sucesiva, y que no debe descuidarse el rol asignado a la obligación de construir. Efectivamente, Michel Dagot en reciente obra(8)(904), sostiene que en realidad el vendedor - constructor construye como dueño de la obra, realiza un trabajo contra remuneración, que es la parte del precio separada de la del terreno propiamente dicho, lo que lleva a concluir que la obligación de construir que pesa sobre el vendedor de inmueble a construir es una forma particular de contrato de empresa, si bien le reconoce un rol primordial al aspecto venta en virtud del rol fundamental del terreno en el derecho inmobiliario, y de la denominación seguida por la ley.

En el caso objeto del fallo en estudio, la empresa vendedora - constructora trató de demostrar que a pesar de la calificación de "boleto de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

compraventa" asignada al contrato, se trataba en realidad de una locación de obra y por tanto comprendida en las previsiones de los artículos 1633 y 1198 (excesiva onerosidad sobreviniente).

Tratar al caso bajo el prisma del contrato de compraventa, corrientemente de ejecución instantánea y no de ejecución sucesiva, desnaturaliza la economía que subyace en estos contratos y desvirtúa la realidad sobre la que operan.

III. EL RÉGIMEN PREHORIZONTAL

La parte llamada "compradora" se opuso al reajuste del precio solicitado por la empresa, porque ésta no dio cumplimiento a la obligación de inscribir el boleto en el registro inmobiliario, en base a la disposición del artículo 12 de la ley 19724 de prehorizontalidad, que establece que "los contratos no registrados no dan derecho al propietario contra el adquirente, pero sí a éste contra el enajenante, sin perjuicio de no ser oponibles a terceros". Para ello sostuvo las conclusiones del fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal dictado en el caso "Cotton c/Tutundjian" que aplican esa norma, y establecen la irrenunciabilidad de los derechos conferidos al adquirente por la ley 19724.

El doctor Martiré disiente con la doctrina del fallo plenario citado que no lo obliga por integrar otro tribunal. En cambio participa de la opinión de la minoría de dicho plenario, en el sentido que las relaciones entre las partes se rigen por lo libremente convenido aunque el "vendedor" no haya inscripto el boleto.

El voto minoritario de los doctores Vernengo Prack y de Igarzábal en el plenario "Cotton" hizo mérito del subtítulo que contiene el art. 12 (Preferencia de los contratos registrados), y sostuvo que "el comprador, aun sin escritura de afectación, puede inscribir sus boletos; su falta de inscripción le es imputable y su inactividad significa una renuncia a poder oponer su derecho a terceros que desconocen su contratación por falta de publicidad"(9)(905).

La jurisprudencia y la doctrina han respaldado (salvo excepción) el criterio sostenido por la mayoría en el plenario antes mencionado.

La opinión minoritaria a la que adhiere la Sala B de la Cámara Comercial es desvaliosa, extrae de la ley una conclusión contraria a su texto, y desvirtúa la finalidad protectora expresamente buscada por el legislador (ver nota de elevación del proyecto de ley).

IV. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Como se ha dicho, la empresa reconvino por nulidad del contrato en base a la desproporción de las contraprestaciones originada en las derivaciones económicas de las medidas oficiales de junio de 1975 (el llamado "Rodrigazo").

En el voto del doctor Martiré se sostiene que la agudización del proceso inflacionario producido en esa época "constituye - es cierto - un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acontecimiento extraordinario, pero no imprevisible... Es de público conocimiento la existencia de determinadas conductas oficiales que por medios artificiales consiguieron con éxito aparente detener la inflación cuando, en realidad, al comprimirla, estaban preparando una escalada que ulteriormente la aumentaría geométricamente". Afirma también siguiendo un voto del doctor Quiroga Olmos, que "el aumento del costo de vida producido en 1975. . . si bien fue notable con relación al año anterior, fue sin embargo un acontecimiento previsible".

Al evaluar el caso sujeto a resolución se sostuvo que la empresa dedicada a la venta de departamentos por mensualidades debió tomar todas las precauciones del caso para hacer un buen negocio, pero que si no lo hizo no puede ampararse en la teoría de la imprevisión.

El fallo que comentamos fue severamente criticado por Alejandro Borda en nota de jurisprudencia(10)(906), quien puso de manifiesto la opinión abrumadoramente mayoritaria que consideró al llamado "Rodrigazo" como un acontecimiento extraordinario e imprevisible comprendido en el artículo 1198 del Código Civil (reformado por la ley 17711).

Al punto que Jorge Mosset Iturraspe señaló que "resulta poco menos que risueña la pretensión dirigida a considerar al «rodrigazo» como hecho ordinario y susceptible de ser anticipado con una diligencia media"(11)(907).

En un importante fallo de la Sala C de la Cámara Civil de la Capital Federal del 23 de agosto de 1979(12)(908), se ha sostenido que el plenario del caso "Cotton c/Tutundjian" no consagra en forma expresa que el incumplimiento de la afectación impida solicitar la resolución del contrato por conducto de la teoría de la imprevisión.

En cambio, una interpretación tan restrictiva como la del fallo que ahora criticamos, tiende a tornar casi inaplicable la reforma introducida al artículo 1198 del Código Civil, y especialmente por su fecha pone sobre el tapete la posible aplicación de la teoría de la imprevisión sobre contratos similares afectados en su equilibrio económico por las devaluaciones de 1981 y 1982 (cambio agudo en la política económica y derivaciones de la guerra).

IV. COMPRAVENTA INMOBILIARIA: Prehorizontalidad; naturaleza de los contratos de promoción para la edificación; elementos caracterizantes. Retiro de un consorcista; efectos respecto del grupo; cláusulas contractuales; aplicación

DOCTRINA: 1) El contrato de promoción para la edificación de un edificio y posterior adjudicación a los adherentes de las unidades bajo el régimen de la propiedad horizontal requiere un comportamiento solidario durante la etapa de cumplimiento, por cuanto el cabal cumplimiento de las obligaciones asumidas es decisivo para el logro de los fines del negocio, que, desde luego, involucra una pluralidad de personas con intereses coincidentes: el grupo de consorcistas adheridos.

2) Tratándose de un contrato de promoción para la edificación de un edificio y posterior adjudicación por el régimen de la propiedad horizontal, la deserción de alguno de los adherentes de las unidades provoca serias dificultades en el desenvolvimiento