

4) Para que no queden dudas del doble régimen jurídico, la ordenanza fija que, a la caducidad de la concesión del terreno, los ex titulares o sus sucesores sólo tendrán derecho al "reintegro del valor de lo edificado y que subastado lo edificado, previa deducción de los gastos, el saldo se reservará en Tesorería "para devolverlo" a los ex titulares.

5) El sepulcro es susceptible de enajenación y comporta una compraventa de inmueble.

6) El acto involucra en su precio la venta de la bóveda y la cesión del terreno, o solamente lo primero con la cesión gratuita de éste último.

7) En ambos supuestos la situación deberá juzgarse a la luz del artículo 13 de la ley de Impuesto de Sellos que trata sobre los instrumentos que contienen actos interdependientes..., en tanto la cesión del terreno conlleva la venta de lo edificado o, a la inversa, ésta incluye aquello... Debería estarse al acto cuyo gravamen resulte mayor.

CUESTION DE HECHO

Por NELLY A. TAIANA DE BRANDI

Con fecha 26 de noviembre de 1990, una colega de la matrícula autorizó una escritura pública que membretó "compraventa", por la que instrumentó la transferencia de una bóveda ubicada en el cementerio de la Recoleta. A tenor de tal instrumento el disponente vende, cede y transfiere" a los adquirentes "quienes adquieren en condominio... todos los derechos y acciones que tienen y les corresponden sobre una bóveda... incluye asimismo el dominio de una fracción de subsuelo de .., haciendo ambas fracciones un total de..."

Al momento de abonar el impuesto de sellos, la autorizante encuadró el acto en una cesión de derechos gravada con el uno por ciento.

Dirección General Impositiva liquidó el impuesto y aplicó multas fundando su pretensión en que se habían instrumentado una compra y venta.

El Tribunal Fiscal de la Nación se ha pronunciado por la confirmación de la sanción invocando que en la operación se dispone de derechos de dos órdenes: a) un derecho de concesión sobre el terreno, no susceptible de enajenación, y b) un derecho de propiedad común sobre la construcción, disponible por el derecho privado. Para este último tribunal, el instrumento está sujeto al pago del impuesto de sellos a la luz del artículo 13 de la ley respectiva que se refiere a los documentos que contienen actos interdependientes, supuesto en que queda gravado el negocio cuyo gravamen resulte mayor; dado que sólo hay un precio y no se discrimina, corresponde abonar el impuesto sobre el total como compra y venta.

El fallo ha sido apelado por ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal y el recurso ha quedado radicado en la Sala 2; no tendremos oportunidad de conocer el criterio de esta instancia superior por cuanto la multa ha quedado condonada por disposición del decreto 493/95, art. 10.

ESTADO DE LA CUESTION

Dada la derogación del impuesto de sellos en la ciudad de Buenos Aires, dispuesta por el decreto 114/93 para todos los hechos imponibles salvo la transferencia de dominio de inmuebles y su extensión a esta última cuando de viviendas se trate por el decreto 229 1/94, debemos poner atención en el criterio del Fisco que difiere tan radicalmente del de la colega autorizante del instrumento sujeto a sanción.

Siguiendo la línea de pensamiento de esta última, tratándose de una cesión de derechos, hoy el acto estaría exento del pago del impuesto de sellos.

Según el criterio sustentado por el Fisco, la transferencia está gravada en su totalidad como compra y venta.

Para el Tribunal Fiscal sería conveniente desdoblarse el precio, dividiendo las porciones que respectivamente corresponden a la cesión del terreno y a la venta del sepulcro.

Un actuar prudente y con responsabilidad fiscal nos indica que en futuras operaciones debemos pagar el impuesto; no otra intención que aconsejar dicho comportamiento tienen la publicación del fallo

realizada en nuestra revista 842 y la breve nota al pie. No obstante, a su vez, debemos señalar a los contribuyentes que es posible reclamar su repetición porque los fundamentos expuestos por el ente recaudador no resultan convincentes y, más aún, sus argumentos son incongruentes y antijurídicos.

Ante la existencia de un criterio sentado por parte del órgano fiscalizador, la publicación de este fallo cumple una función preventiva tendiente a evitar a los colegas la suma de pasivos de consecuencias imprevisibles y, en todo caso, sumamente onerosas.

Además, los argumentos interpuestos por la actora como los que invocaremos más adelante pueden resultar útiles a los notarios que deban articular su defensa por instrumentaciones anteriores.

COMENTARIO A LA SENTENCIA

Si se parte de la base de que el terreno de un cementerio público pertenece al dominio público a tenor de las previsiones del art. 2340 inc. 70 del Código Civil, éste no puede ser objeto de transferencia entre particulares y solo puede ser entregado por el Estado a éstos en concesión. Así, los adjudicatarios resultarán titulares de un derecho de uso que será cesible en la medida en que así se concluya del acto administrativo concedente.

Lo que antecede es lo previsto por la ordenanza municipal 27590 en el art. 1º., texto que invoca el fallo para sentar la imposibilidad de la existencia de un dominio transmisible sobre el terreno de la bóveda y afirmar, a su vez, su existencia sobre la construcción que le accede. Releamos la parte pertinente: el particular "no tiene sobre las sepulturas otros derechos que los que deriven del acto administrativo municipal que los otorgó, sin que, en ningún caso, tales actos importen enajenaciones".

En cuanto a la construcción que accede al terreno, no cabe hablar de un doble régimen jurídico" para colocarse frente a un dominio privado respecto a la misma.

Mantenerse en la postura del fallo violenta nuestro ordenamiento jurídico por dos razones fundamentales:

a) significa reconocer la existencia del derecho real de superficie no previsto por el art. 2503 del Código Civil que se enrola para nuestro derecho en el sistema de "numerus clausus", derecho expresamente rechazado por el art. 2617. La única excepción a esta negativa está dada por la ley 13512 que lo admite para las unidades

independientes pertenecientes a un edificio y que tengan salida a la vía pública; y

b) desconoce el principio de accesión que Vélez Sársfield consagra en los artículos 2315: "son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentren realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter de perpetuidad" y 2520: "La propiedad de una cosa comprende simultáneamente la de los accesorios que se encuentran en ella, natural o artificialmente unidos". La accesión y la atribución de la calidad de inmueble al mueble proviene de la conciencia de la ley de que ambos forman "un todo, un conjunto único que racionalmente no sería posible separar", al decir de Salvat en su parte general, apartado 1403.

Es conclusión lógica de ambas razones expuestas que la construcción es un inmueble por accesión pero, en este caso, accede a un bien del dominio público. Así, el sepulcro no puede generar un dominio del derecho público, un dominio superficiario, sino que la concesión es la que genera un derecho al uso del terreno y ese uso se ejerce. se actúa mediante el aprovechamiento del bien: la construcción que le accede. Si caduca la concesión expira el uso y al ex adjudicatario sólo le resta un derecho creditorio sobre el valor de lo edificado. Este crédito es el que reconoce correctamente el art. 17 de la ordenanza municipal 27590, mal invocado por el fallo que comentamos. Así, el inc. d) dispone: "Los ex titulares o sus sucesores sólo tendrán derecho al reintegro del valor de la edificado" y el inc. f) concluye: "si la Municipalidad subastara lo edificado, previa deducción de los gastos, reservará el saldo en Tesorería para devolverlo cuando la reclamen las personas mencionadas en el inc. d)" Entender que las disposiciones transcriptas significan el reconocimiento normativo de un derecho de dominio sobre el sepulcro independiente del dominio público sobre el terreno, es realizar una interpretación interesada voluntariosa del derecho positivo, en contradicción con su letra, su espíritu y con un enfoque integrador del mismo.

NECESIDAD DE UNA MAYOR EXACTITUD Y CORRECCION EN LA REDACCION DE LAS ESCRITURAS

No cabe duda de que una redacción equivocada no ayuda al correcto encuadre de los hechos.

El notario no puede hablar de "cede, vende y transfiere" ya que habrá compra y venta o cesión excluyentemente según sea el objeto sobre el que recae la operación: COSA, como "objeto material susceptible de tener un valor" o BIEN, como "objeto inmaterial susceptible de valor". En todo caso, habrá transferencia de un titular a otro en razón del título causa: compra y venta o cesión.

Por otra parte, si el dominio es el derecho real "por el que una COSA se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona", mal podemos hablar de una cesión de derechos de "dominio de una fracción" o de adquisición "en condominio"; es correcto utilizar el término omnicompreensivo "propiedad" abarcativo de cosas y bienes.

IV

HIPOTECA. Ejecución; ley 24441; ámbito de aplicación, alcances; efectos sobre las relaciones jurídicas con consumadas: mutuos suscriptos con anterioridad a su vigencia; desocupación del inmueble: desalojo previo a la subasta; existencia, cláusula específica, efectos de la nueva ley.

DOCTRINA: 1) La ley 24441 no sólo regula la ejecución especial o extrajudicial contemplada en el Título y sino que en el Título IX, art. 79, modifica expresamente el art. 598 del Cod. Procesal Civil y Comercial de la Nación, sustituyéndose el procedimiento de ejecución hipotecaria luego de dictada la sentencia de trance y remate, disponiendo nuevas normas para el caso, sin que quepa interpretar que las mismas resultan aplicables a la ejecución extrajudicial, pues para estos supuestos prevé un régimen especial (arts. 52 a 67). Por ende, cabe concluir que el nuevo procedimiento impuesto a las ejecuciones hipotecarias en el ordenamiento procesal nacional resulta aplicable a todas ellas sin que se requiera haberlo pactado, en tanto el recaudo sólo es exigible para la ejecución extrajudicial.

2) Conforme lo dispuesto en el art. 3º. del Cod. Civil. la ley nueva tiene un efecto inmediato, aplicándose a las relaciones y situaciones que nazcan con posterioridad a ella coma a los efectos futuros de las relaciones pasadas; es que la ley nueva toma la relación o situación jurídica en el estado en que se encontraba al tiempo de ser

sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aun no cumplidos, el tanto que a los cumplidos se los considera regidos por la ley vigente a tiempo que se desarrollaron.

3) Si bien la ley 24441 tiene como finalidad acelerar el trámite de la ejecución hipotecaria para hacer efectivo el cobro de las acreencias así garantizadas, no puede considerarse imperativa o de orden público, en tanto en el aspecto que interesa en el caso - desocupación del inmueble a subastar- sólo se han tenido en cuenta los intereses de las partes y no, en cambio, intereses públicos, sociales o colectivos.

4) Si, en el caso, las partes pactaron en el mutuo hipotecario que las vinculó, suscripto con anterioridad a la vigencia de la ley 24441, que el deudor se comprometía a desocupar totalmente el inmueble dentro del plazo máximo de 10 días de la fecha del auto que aprueba el remate, tal aspecto, estipulado de común acuerdo por las partes, no puede verse ahora alterado unilateralmente por el acreedor porque ya está firme y, por tanto, precluyó para el nombrado la facultad que le acuerda la nueva ley de solicitar el desalojo del inmueble antes del remate. L.CP.

Cámara Nacional Civil, Sala E

Autos: "Idiazábal, María Carmen y otros c. Vera, Gertrudis s/ ejecución hipotecaria."¹⁰⁰

Buenos Aires, febrero 19 de 1996.-

Autos y vistos: y Considerando: 1) Aun cuando nuestros Tribunales han alarmado que el litigante a cuya solicitud se dicta una resolución, aunque sea de las comprendidas en la enumeración del art. 135 del Código Procesal, queda notificado de ella por ministerio de la ley (CN. Civil, Sala D. LL. 91, pág. 693), este principio debe limitarse a las providencias simples que sólo tienden, sin sustanciación, al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución (art. 1260 del Código Procesal; CNCiv., esta Sala. C. 128.266 del 13-5- 93: c. 180.080 del 5-10-85), pero no si, como en el caso, la resolución de fs. 152 se dictó previa sustanciación, decide artículo y causa a la apelante gravamen irreparable.

Siendo ello así, cabe tener a la recurrente por notificada expresamente con el escrito de fs. 153. En consecuencia. la apelación deducida resulta temporaria.

¹⁰⁰ Publicado en El Derecho de 15/11/96, fallo 47.529.

II) Lo mismo cabe concluir con respecto a la incidencia promovida a fs 126/8. Es que la providencia de fs. 85 ordenaba que el escribano propuesto por la ejecutante verificara el estado físico y de ocupación del inmueble, pero tal diligencia fracasó a tenor de lo que resulta de fs. 98 y vta. Luego, con el mandamiento cursado a fs. 116 y diligenciado conforme surge de fs. 117, se concretó la intimación para desocupar el inmueble en el plazo de 10 días, bajo apercibimiento de lanzamiento, de lo que tomó real conocimiento la demandada. Y si en el plazo de cinco días de intimada se presentó a fs. 126/8 para hacer valer las defensas a que se consideró con derecho, tal presentación no puede considerarse extemporánea. Máxime, si se repara en que el Código Procesal prescribe la notificación personal o por cédula cuando se ordenan intimaciones (art. 135 inc. 60 del código citado).

III) Corresponde, ahora, entrar a considerar el fondo de la cuestión. La ley 24441 [(EDLA. 1995-B-63)] (ADLA, LV-A, 296) no sólo regula la ejecución especial o extrajudicial contemplada en el Título V, sino que en el Título IX, art. 79, modifica expresamente el art. 598 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sustituyéndose el procedimiento de ejecución hipotecaria luego de dictada la sentencia de trance y remate. Disponiendo nuevas normas para el caso, sin que quepa interpretar que las mismas resultan aplicables a la ejecución extrajudicial, pues para estos supuestos prevé un régimen especial (arts. 52 a 67).

Por ende cabe concluir que el nuevo procedimiento impuesto a las ejecuciones hipotecarias en el ordenamiento procesal nacional resulta aplicable a todas ellas sin que se requiera haberlo pactado, en tanto tal recaudo sólo es exigible para la ejecución extrajudicial (ver al respecto arts. 52 y 64 de la ley: CNCiv., Sala L; c. 49.207 del 28-8-95).

Ahora bien, la ley objeto de análisis también contiene reformas al Código Civil (Título VI) y en el art. 75 dispone... "Agréguese como segundo párrafo del art. 3936 el siguiente: las legislaciones locales dispondrán el régimen procesal de la garantía hipotecaria conforme a las siguientes pautas... e) si fuera solicitado por el acreedor, el juez decretará el desalojo del inmueble antes del remate". La regulación es de orden sustancial y no meramente procesal pues modifica las facultades del titular del derecho real de hipoteca, que ahora incluye la de tomar la renuncia para anticipar y facilitar la entrega a quien

resulte comprador en subasta (conf. Highton Elena. "Juicio Hipotecario" t. 2. N0 222, p. 571).

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 30 del Código Civil, la ley nueva tiene un efecto inmediato, aplicándose a las relaciones y situaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ella como a los efectos futuros de relaciones pasadas. Es que la ley nueva torna la relación o situación jurídica en el estado en que se encontraba al tiempo de ser sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aun no cumplidos, en tanto que a los cumplidos los considera regidos por la ley vigente al tiempo que se desarrollaron (coni. Belluscio-Zannoni, "Código Civil..." t. I, com, art. 3, No. 4. p. 20; Llambías. "Código Civil Anotado" t. I. p. 19). Si se repara en que en la cláusula VIII del mutuo las partes acordaron expresamente que en caso de subasta judicial, la deudora se compromete a desocupar totalmente el bien dentro del plazo máximo de diez días de la fecha del auto que aprueba el remate, tal aspecto, estipulado de común acuerdo por las partes con anterioridad a la vigencia de la ley 24441, no puede verse ahora alterado unilateralmente por el acreedor porque ya está firme y, por tanto, precluyó para el nombrado la facultad que le acuerda la nueva ley de solicitar el desalojo del inmueble antes del remate (conf. CNCiv., Sala M, c. 174728 de 5-10-95).

Por lo demás, si bien la normativa en cuestión tiene como finalidad acelerar el trámite de la ejecución hipotecaria para hacer efectivo el cobro de las acreencias así garantizadas, no puede considerarse imperativa o de orden público. en tanto en el aspecto que nos ocupa sólo se han tenido en cuenta los intereses de las partes y no, en cambio, intereses públicos, sociales o colectivos (conf. Borda, "Efectos de la ley con relación al tiempo", ED. 28-814).

En consecuencia, corresponderá, con el alcance que surge de este pronunciamiento, admitir el pedido de suspensión de lanzamiento formulado a fs. 12618, y estar, en este punto, a lo acordado por las partes en la cláusula VIII del contrato que obra a fs 2/6.

Por ello, se resuelve: Revocar la resolución de fs. 152 y admitir, con el alcance que surge de este pronunciamiento, el pedido formulado a fs. 12618. debiendo estarse, en este aspecto, a lo acordado por las partes en la cláusula VIII del mutuo hipotecario. Con costas de ambas instancias a la perdidosa (arts. 68 y 69 del