

COMPRAVENTA. NULIDAD. DERECHO DE PREFERENCIA

Resumen

La omisión del ofrecimiento al gobierno departamental, prescripto por el artículo 66 de la ley 18308, no determina la nulidad de los negocios otorgados.

La norma no permite afirmar sin hesitaciones que su inobservancia genera la inoponibilidad de los actos realizados. No obstante, la circunstancia de que el derecho de preferencia se mantiene permite sostener que se trata de una situación de inoponibilidad.

Informe: Civil

Consulta

RELACIÓN DE HECHOS

a. Con fecha 30.3.2011, A cedió a B y C, y estos adquirieron los derechos de promitente comprador del inmueble padrón ... (terreno baldío).

b. Con fecha 30.11.2011, B y C cedieron a D, y este adquirió, casado con E, los derechos de promitentes compradores del inmueble relacionado.

c. Con fecha 7.8.2013, D y E cedieron los derechos de promitentes compradores del bien referido a XX S.A.

d. Con fecha 12.11.2015, XX S.A. escrituró judicialmente el inmueble relacionado precedentemente.

e. XX S.A. construyó en el terreno referido un inmueble en régimen de propiedad horizontal que consta de dos unidades.

f. Con fecha 30.6.2017, XX S.A. enajenó a K la unidad 001, y a Y y Z la unidad 002 del referido inmueble.

Todos los negocios relacionados fueron inscriptos en el Registro correspondiente.

En las escrituras de cesión de promesa relacionadas en los literales *a* y *b*, así como en las escrituras relacionadas en los literales *e* y *f*—escrituración judicial (2015) y compraventas (2017)—, no se realizó el ofrecimiento prescripto por el artículo 66 de la ley 18308.

En la cesión relacionada en el numeral *c* de este documento se realizó el ofrecimiento a la Intendencia y se obtuvo el certificado negativo.

De acuerdo a la resolución de la Intendencia de 27.10.2010, la citada aprobó el instrumento denominado *Costaplan*, que delimita un área para la cual antes de otorgar actos como los referidos, deberá ofrecerse el bien a la Intendencia, de conformidad con el artículo 66 de la ley 18308.

El bien en cuestión se encuentra ubicado dentro del área delimitada.

g. Con fecha 9.10.2017 se firmó un contrato preliminar por el cual K se obligó a otorgar un contrato de compraventa a favor de L y M sobre el

inmueble padrón .../001. La escribana designada por los futuros compradores observó la titulación del bien por haberse omitido el ofrecimiento al gobierno departamental en los actos referidos.

h. Actualmente se están ingresando a la Intendencia todos los ofrecimientos omitidos, a los efectos de que esta se pronuncie respecto.

CONSULTA

En virtud de no haberse realizado el ofrecimiento dispuesto por el artículo 66 de la ley 18308 a la Intendencia, ¿las escrituras de cesión de derechos de promitente comprador, de escrituración judicial y de compraventa relacionadas estarían viciadas de nulidad? En caso afirmativo, ¿es subsanable esta nulidad con la obtención de los certificados negativos expedidos hoy, con fecha posterior a los actos?

OPINIÓN DE LA CONSULTANTE

La consultante opina que los documentos de cesión, escrituración judicial y compraventa estarían viciados de nulidad relativa, subsanable por la obtención hoy del certificado negativo de derecho de preferencia con fecha retroactiva a la fecha de las escrituras.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

I. LA NORMATIVA APLICABLE

El artículo 66 de la ley 18308 dispone:

(Derecho de preferencia). El gobierno departamental tendrá preferencia para la adquisición de inmuebles objeto de enajenación onerosa entre particulares en las áreas dispuestas específicamente por los instrumentos de ordenamiento territorial, a excepción de lo dispuesto en la ley 11029, de 12 de enero de 1948.

II. EL DERECHO DE PREFERENCIA Y SU DISTINCIÓN CON OTROS INSTITUTOS

El *derecho de preferencia* impone al propietario del inmueble, en caso de decidirse a enajenarlo, ofrecerlo al gobierno departamental.

La diferencia con el *derecho de tanteo* es notoria. En este se confiere a su titular el derecho de adquirir un bien en las mismas condiciones establecidas en un negocio. Es la situación consagrada en el artículo 35 de la ley 11029, modificativas y concordantes, a favor del Instituto Nacional de Colonización.

En materia de derecho de preferencia no existe un acuerdo previo, de la naturaleza que fuere, sino solamente el derecho de adquirir el bien, de

fuente negocial o legal, si el propietario se decide a enajenarlo. De ahí que, en su caso, corresponderá fijar el precio y demás condiciones del negocio. Al respecto cabe poner de resalto la orfandad en el tema del artículo 66 transcripto.

La diferencia con la opción de compra también es relevante. En la opción de compra, el vendedor ya manifestó su voluntad de vender en las condiciones pactadas, mientras que al titular de la opción le es conferido el derecho de diferir para un momento posterior su decisión que, para el caso de ser afirmativa, conformará el consentimiento del contrato de compraventa.

III. LA TUTELA LEGAL DEL DERECHO DE PREFERENCIA ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 66 DE LA LEY 18308

La tutela legal en las distintas situaciones mencionadas *supra* es diferente. En la opción de compra, en un todo de acuerdo con la teoría general del derecho de las obligaciones, el titular del derecho podrá exigir la entrega de la cosa en cumplimiento del contrato que perfeccionó con su manifestación de hacer uso de la opción. En cambio, tanto en el caso del derecho de preferencia como en el de tanteo, el eventual perjudicado no llega a ser parte del contrato, por no haber desarrollado el obligado la conducta debida.

La protección legal responderá a una decisión de política legislativa. Así, en el caso del derecho de tanteo previsto por el artículo 35 de la ley 11029, modificativas y concordantes, la norma sentencia la nulidad absoluta del negocio otorgado en contravención a ella, amén del pago de una importante multa.

La ley 18308, en su artículo 66, no dispuso en el mismo sentido. La norma referida se limitó a consagrar el derecho de preferencia, a favor de los gobiernos departamentales, para la adquisición de inmuebles objeto de enajenación onerosa entre particulares en las áreas dispuestas específicamente por los instrumentos de ordenamiento territorial.

Prima facie, podría sostenerse que de no haber establecido el gobierno departamental respectivo las áreas a que refiere la norma, no regiría el mencionado derecho de preferencia. El profesor MARTINS⁵⁴ es de esta opinión:

Mientras no se dicten los instrumentos de O. T. [ordenamiento territorial], y si en los mismos no se indican específicamente las áreas en que podrá ejercerse ese derecho, no existe derecho de preferencia y los escribanos no tienen obligación de consultar a las intendencias sobre si existe un instrumento de O. T. porque los mismos deben ser publicados en el *Diario Oficial* (art. 26 *in fine*).

54 MARTINS, Daniel Hugo, *Ordenamiento territorial: análisis de la ley 18308*, Montevideo: FCU, p. 240.

El gobierno departamental estableció el área requerida por la norma en el instrumento denominado *Costaplan*, por lo que para los inmuebles ubicados en ella rige, sin dudas, el derecho de preferencia a su favor.

Con carácter general, la inobservancia del derecho de preferencia no afecta la validez y eficacia del negocio otorgado, salvo disposición legal expresa, de manera que se descarta la consecuencia de nulidad de las enajenaciones otorgadas sin haberse ofrecido los bienes al gobierno departamental.

También con carácter general cabe afirmar que la referida inobservancia podría generar acciones de responsabilidad por daños tanto contra el titular del bien como contra el tercero adquirente, de conocer esta la situación. En el caso del tercero, se tipificaría una lesión extracontractual al derecho de crédito.

Corresponde analizar si en la situación que motiva estos obrados puede entenderse que la ley consagra la inoponibilidad de los negocios respecto del gobierno departamental, sin perjuicio de una eventual responsabilidad por daños.

La inoponibilidad es una decisión de política legislativa que, como expresan CAFARO y CARNELLI,⁵⁵ no responde necesariamente a la concreción de ningún principio jurídico. Los distinguidos civilistas ilustran acerca de las consecuencias de la vigencia del instituto: «La oponibilidad de un interés o derecho respecto de otro tendrá como reflejo que el titular del interés o derecho protegido ejercite el mismo o se prevalezca de él, con total prescindencia del interés o derecho excluido de la protección».

En el mismo sentido, RAGEL SÁNCHEZ:⁵⁶

La inoponibilidad [...] consiste en una especial protección concedida por la ley a ciertas personas por el hecho de formar parte de una relación jurídica —a la que se pretende favorecer— para que puedan considerar como no realizados unos actos llevados a cabo por personas que también forman parte de la relación jurídica protegida, por tratarse de actos que han sido realizados con posterioridad al nacimiento de esa relación jurídica o con desconocimiento de las personas favorecidas.

Agrega el autor español citado:⁵⁷

La inoponibilidad no es una particular forma de ineficacia de los actos jurídicos, sino una medida especial establecida por la ley para salvaguardar los legítimos derechos anteriores de ciertas personas, ajenas a estos actos, facultándolos para que actúen como si no se hubiera realizado. El tercero protegido por la inoponibilidad tiene el beneficio legal de hacer valer la ficción de que el acto ajeno se ha realizado y, en consecuencia, de actuar

55 CAFARO, Eugenio, y CARNELLI, Santiago, *Eficacia contractual*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 53.

56 RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Tirant Monografías, p. 22.

57 RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, o. cit., p. 209.

eliminando jurídicamente ese obstáculo para el ejercicio de sus legítimos derechos.

La inoponibilidad es por lo tanto una ficción jurídica que permite considerar algo como si fuese de manera distinta a lo que es.⁵⁸ Por tratarse de un procedimiento de técnica legislativa, la doctrina es conteste en exigir norma legal que conceda al tercero esa facultad de actuar como si el acto no hubiera tenido lugar.

La norma en examen merece serios reparos, dada la pobreza de su enunciado, para permitir afirmar sin hesitaciones que consagra la inoponibilidad de las enajenaciones realizadas con desconocimiento del derecho de preferencia.

Una primera interpretación podría concluir que debido a que la ley no consagró una consecuencia específica, la inobservancia del ofrecimiento podría generar acciones de responsabilidad por daños tanto contra el titular del bien como contra el tercero adquirente, de conocer esta situación, pero no la inoponibilidad del acto.

Desde otra perspectiva, podría argumentarse que si no se realiza el ofrecimiento y se procede directamente a la enajenación, el gobierno departamental igualmente mantiene el derecho de preferencia que le confirió la ley, lo cual significa que la enajenación efectuada no se le puede oponer con prescindencia de su voluntad. Es por ello que en esa situación, el acto será oponible al gobierno departamental recién una vez que haya desistido de su derecho. De esta manera, la norma que consagra el derecho de preferencia consagra, al mismo tiempo, la inoponibilidad del acto con omisión del ofrecimiento.

La mala técnica legislativa empleada conspira en contra de una respuesta contundente. A pesar de ello, consideramos que esta última es la interpretación que mejor se ajusta al derecho consagrado, dada la relevancia de la materia de la ley, esto es, el ordenamiento territorial del país.

IV. CONCLUSIONES

1. La inobservancia de lo dispuesto por el artículo 66 de la ley 18308 no afecta la validez y eficacia de los negocios jurídicos otorgados por los particulares. No se está en presencia de una norma prohibitiva, y el legislador no dispuso, a texto expreso, la nulidad de los referidos negocios. Lo expuesto en este numeral es lo que en el tema consultado puede concluirse sin hesitaciones.

2. La orfandad de la norma genera en el intérprete dudas de todo tipo; en especial, qué sucede si no media el ofrecimiento preceptuado. Se considera que la respuesta que mejor se ajusta a la situación planteada, teniendo en

58 RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, o. cit., p. 89.

cuenta la materia regulada por la ley 18308, es la de la inoponibilidad de los actos realizados respecto del gobierno departamental.

3. Ante dicha situación, el gobierno departamental podrá manifestar con posterioridad que no hace uso de su derecho de preferencia, con lo cual el acto, que ya era válido y eficaz frente a los demás, le será oponible.

4. Si el gobierno departamental decide hacer uso de la preferencia, tendrá derecho a adquirir el bien, y la actuación del propietario del bien y del tercero adquirente, en su caso, podrían generar acciones de responsabilidad por daños.

Esc. Roque Molla
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. M.^a Jesús Almandoz, Américo Bianchi, Karen Bonner, Sabrina Buono, Miguel Burdín, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Lourdes González Fernández, Carlos Groisman, Ana Celia Irabedra, Francisco Mastropierro, Patricia Méndez, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Margarita Puertollano, María del Pilar Ramírez, Ana Lucía Realini, María Ritacco, Mildred Secondo, Diego Séré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, Horacio Varoli, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Roque Molla.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional
de la AEU el 6.2.2018, expediente 1635/2017.*