

*Universidad Empresarial Siglo 21*

# ***“Oponibilidad del Boleto de Compraventa”***

*Alumno: Pablo Andrés Nervi*

*Carrera: Abogacía*

*Año: 2010*

A mi familia: mis padres Carmen y Horacio por darme la posibilidad de ser un profesional; a mi hermano Luciano por su ayuda con la compu.

A mi novia Elina por su apoyo incondicional.

A todos y cada uno de mis amigos, por los momentos compartidos.

A los doctores Marmissolle y Muñoz por ser los mentores que hicieron posible la realización de este trabajo.

## **RESUMEN**

El presente trabajo tiene como misión principal exponer los diferentes escenarios en los que se puede encontrar un sujeto cuando adquiere mediante boleto la posesión de un inmueble, siendo aquel un elemento insustituible e indispensable en el tráfico inmobiliario de nuestro país y en la vida profesional del abogado. Como cuestión preliminar, que hace al estudio del tema, en la primera parte del trabajo se hará una breve reseña de la naturaleza jurídica del boleto de compraventa (contrato o precontrato), como así también de la posesión (hecho o derecho). Un punto clave será también aclarar si el boleto otorga un derecho real o un derecho personal cuando se le añade la posesión. Luego se analizará el controvertido agregado del artículo 2355 del Código Civil, incorporado por la ley 17711, siendo ésta una de las innovaciones más difíciles de explicar en nuestra temática. La disimilitud de criterios jurisprudenciales y doctrinarios no es nueva y aún, en la actualidad, subsisten, debido a que la reforma suministró determinadas respuestas políticas buscando la solución urgente e inmediata en base a un determinado problema en particular (en este caso, el de la seguridad del adquirente por boleto de compraventa) pero no utilizó el tecnicismo correcto en el agregado del mencionado artículo al considerar legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe mediante boleto de compraventa, lo que valió muchas críticas. Entonces, al ser la posesión legítima el ejercicio de un derecho real constituido de conformidad a las disposiciones de nuestro Código Civil, surgen las más variadas opiniones y argumentos para explicar y hacer vivir la norma, antes que buscar su ineficacia o las contradicciones que la redujeran a la nada. En la segunda parte, y como eje central del trabajo, se estudiarán las diversas hipótesis de potenciales roces entre plurales adquirentes compradores con boleto de compraventa entre sí, por un lado, como así también entre éstos y los terceros ajenos a la operación (embargantes, hipotecarios, entre otros). Las diferentes opiniones doctrinarias y jurisdiccionales, las crisis patrimoniales y las operatorias en el ámbito inmobiliario dan lugar a un amplio abanico de contiendas, que merecen un tratamiento y estudio en particular, siendo éste el objetivo principal del trabajo.

**ABSTRACT**

This paper's main purpose is to show the different scenarios for a subject who is purchasing real estate through a deed, as the latter is an irreplaceable and indispensable item in our country's real estate operations and lawyers' professional lives. As a preliminary to the analysis of the topic, the first part of the study consists of a brief summary of the legal nature of a purchase-sale deed (contract or preliminary contract), as well as that of a title deed (de facto or by law). A key point also would be to define whether the deed grants real or personal rights when possession is an adjuvant factor. Then we will analyze the controversial appendix to Article 2355 of the Civil Code, incorporated through Law 17711, this innovation being highly difficult to explain within our subject matter. The dissimilarity of jurisprudence and doctrine criteria is nothing new, and currently continues to exist, because the reform sought specific political answers for an immediate and urgent solution to particular problems (in this case that of purchase security through a purchase-sale deed), but did not use the correct technicality for aggregating the article upon considering the acquiring of ownership of real estate to be legitimate and in good faith if executed through a purchase-sale deed, and thus came in for widespread criticism. Therefore, legitimate possession being the exercising of a real constituted right according to the precepts of our Civil Code, a great variety of opinions and arguments emerge to explain and give life to the norm, rather than to analyze its inefficacy or the internal contradictions that annul it. In the second part, and as a central guideline for the paper, different hypotheses are studied of potential friction among several purchasers sharing a purchase-sale deed, on one hand, as well as among themselves and the third parties outside the operation (embargoers, mortgagers, etc.). The different opinions on doctrine and jurisdiction and the real estate asset and operating crises give rise to a wide range of contests, deserving of specific treatment and analysis, this being the main purpose of the paper.

## **INTRODUCCION**

Innumerables son los conflictos que se suscitan, cotidianamente, en la práctica jurídica, en torno a la posesión de Inmuebles por boleto de compraventa.

La utilización del boleto está muy generalizada en el tráfico jurídico argentino, por ser útil e imprescindible para la concreción de un determinado negocio Inmobiliario.<sup>1</sup>

La necesidad de tutelar a los adquirentes por boleto ha sido una necesidad constante, por su función en el mercado inmobiliario; y lo sigue siendo porque todavía no hay respuesta certera, o lo son contradictorias, en cuanto a la oponibilidad de este instrumento.

Spota dice: *“El boleto de compraventa responde a una necesidad económica, una necesidad argentina. No es un círculo inútil. El boleto es un instituto nuestro, argentino”*.<sup>2</sup>

Se analizará a lo largo del presente trabajo de investigación la naturaleza jurídica del boleto; aunque se puede adelantar al lector que son dos las posturas enfrentadas: las que sostienen que es un contrato de compraventa definitivo, y los que se inclinan por la figura de un contrato preliminar.

Por otro lado, se realizará un estudio exhaustivo del artículo 2355 del Código Civil; reza en su contenido el mencionado artículo lo siguiente: *“Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa”*. La problemática se genera al contraponer este artículo con el 1184 (inc. 1) del Código Civil, que establece que *“deben ser hechos por escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados por subasta pública los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro”*. Entonces, ¿Es

---

<sup>1</sup> Morello, Augusto M. “El Boleto de Compraventa Inmobiliaria”, ed. Platense, Bs. As, 2008, pág. 72.

<sup>2</sup> Spota, Alberto G., “Curso sobre temas de Derecho Civil”, Publicación del Instituto Argentino de Cultura Notarial, Buenos Aires, 1971, 4ª Edición, pág. 33-34, citado por Morello, Augusto, en “El Boleto de Compraventa Inmobiliaria”, ed. Platense, Bs. As., 2008, pág. 73.

suficiente la posesión por boleto o se requiere también la escritura pública para la oponibilidad frente a terceros?

En el desarrollo del trabajo se tratará de explicar si existe o no contradicción entre estos dos artículos, ya que la intención del legislador con la sanción de la ley 17711 fue la de tutelar a los adquirentes de inmuebles que en virtud de boleto se encuentran en posesión de la cosa.

Conforme al artículo 2355, última parte, la posesión adquirida por boleto mediando buena fe del comprador sería una posesión legítima, y por ende el boleto sería título suficiente para la posesión. Nuevamente, resulta poco clara la redacción de la última parte de este artículo, al contraponerla con el primer párrafo que establece que: *“la posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad a las disposiciones de este Código”*. Ello condujo a la doctrina a buscar una interpretación que armonizará ambos textos.

Se estudiarán los distintos conflictos que se generan entre plurales titulares de boleto, como así también su oponibilidad frente a terceros, y las consecuencias prácticas que se deriven de tales situaciones. Se abordará también la cuestión referida a si el boleto configura justo título para la usucapión breve.

Se tratará de determinar la importancia que tiene la posesión en nuestro derecho. Se enunciará la noción y clasificación de la misma, conforme a lo receptado por el Código Civil.

Se hará referencia a la obligación de escriturar, y los requisitos que deben concurrir para que proceda la misma.

No solo se analizará la legislación, sino también la doctrina de diferentes autores sobre el tema objeto de investigación.

## **JUSTIFICACION**

No son pocos los inconvenientes que se generan con el denominado Boleto de Compraventa. Desde el siglo pasado existen y seguirán existiendo discusiones y controversias en el ámbito de las relaciones personales que luego se convertirán en reales.

Con la reforma al artículo 2355 por la ley 17711 se buscó llenar un vacío legislativo, donde las divergencias doctrinales no dejan de ser apasionantes en referencia al controvertido tema de la posesión por boleto y los efectos que se pueden llegar a producir.

Resulta del agregado una discusión de profundo contenido, y es por eso la elección del tema a tratar, donde en el transcurso del presente trabajo se buscará explicar si la modificación conlleva a una inmejorable solución para los adquirentes por boleto o si esto dificulta en sí la comprensión general del Código Civil en materia posesoria.

También se considerará detalladamente las diversas hipótesis de los potenciales conflictos entre los derechos que asisten al adquirente comprador por boleto de compraventa, por un lado, y los que corresponden a un universo de sujetos que se entrecruzan en el devenir de aquella situación (el propio vendedor y los terceros ajenos a la operación) en busca de llegar a una conclusión justa para cada supuesto en particular.

## **OBJETIVOS GENERALES**

\_Distinguir y caracterizar el ser del boleto de compraventa ¿Es un precontrato o reúne los requisitos de un contrato de compraventa definitivo?

\_Enunciar la noción, clasificación e importancia de la posesión en nuestro derecho.

\_Evaluar si la posesión configura un hecho o un derecho para nuestro ordenamiento jurídico.

## **OBJETIVOS PARTICULARES**

-Analizar si el poseedor por boleto tiene un título suficiente y definir la problemática que gira en relación a la adquisición de la posesión de inmuebles por boleto de compraventa ¿Dicha posesión reúne la calidad de legítima o es ilegítima?

-Investigar y precisar los diversos escenarios y conflictos que le asisten al adquirente comprador por boleto de compraventa frente a una pluralidad de sujetos que se entrecruzan (el propio vendedor y terceros) en el transcurso de la operación.

-El boleto de compraventa ¿Configura un justo título para la usucapión breve?

# **PRIMERA PARTE**

## **CAPÍTULO I: ANTECEDENTES**

### **A. Origen histórico del derecho real y de su terminología. Historia**

El derecho Real (*ius in re*), o derecho sobre la cosa, es una figura que nace en el derecho romano; y se utiliza en contraposición de los derechos de crédito o personales.

En el derecho romano era imposible diferenciar los derechos personales de los reales ya que el derecho era el poder que ejercía el pater familias sobre las personas y cosas sometidas a su *mancipium*, sobre las cuales era soberano.

Con posterioridad, y con el correr de los tiempos, recién comienza a ser visible la distinción entre derechos reales y personales, cuando se reemplaza la vinculación o atadura personal del deudor por la de sus bienes, pasándose de la ejecución personal a la patrimonial.

Los derechos reales fueron apareciendo de acuerdo a las necesidades socio- económicas, los primeros fueron: las servidumbres rústicas, luego las urbanas. Posteriormente siguieron los derechos de uso, habitación, entre otros. Por otro lado, la figura de la enfiteusis, superficies, prenda e hipoteca surgen en el derecho honorario.

Las expresiones *ius in rem* o *ius personam*, aparecen por primera vez en el *Brachilogus iuris civilis* (compendio de derecho realizado en Lombardía, de autor desconocido), redactado entre los siglos X y XII.<sup>3</sup>

En el derecho canónico es cuando nace el concepto de *ius ad rem*, que es ajeno al derecho romano, y que pronto fue adoptado por los escritores para reemplazar el concepto de *ius in personam*.

---

<sup>3</sup> Rocco, Emma Adelaida, "Boleto de Compraventa", ed. Astrea, 1º reimpresión, Bs. As., 1989, pág. 10.

En conclusión el ius in re es la facultad de un hombre sobre una cosa sin consideración a otra persona; y el ius ad rem es la facultad que se tiene sobre otra persona para que dé o haga algo determinado.<sup>4</sup>

El ius in re se establece sobre la cosa y se adquiere por la tradición de esta (y da a su titular una acción real de reivindicación), y el ius ad rem otorgaba al titular la facultad para exigir que otro le hiciera la tradición de la cosa, y concede al titular una acción contra una persona para exigirle el cumplimiento, de modo de obtener la cosa (ad rem).

## **B. El derecho real en la Argentina y su clasificación conforme al Código Civil**

Para el Doctor Guillermo Allende el derecho real es: *“Un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto), una relación directa e inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al ius perseguendi y al ius preferendi”*.<sup>5</sup>

El artículo 2502 expresa: *“Los derechos reales solo pueden ser creados por ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o que modificase los que por este Código se reconocen, valdrá solo como constitución de derechos personales, si como tal pudiesen valer”*.

Es en este artículo donde se materializa el principio de numerus clausus o números cerrados en referencia a los derechos reales donde las partes no solo no pueden crear, sino que tampoco pueden modificar por contratos privados las normas que las regulan. Distinto es el caso de cuando entran en juego los derechos personales, aplicándose, por ende, el artículo 1197: *“Las*

---

<sup>4</sup> Rocco, Emma Adelaida ob. cit, pág. 10.

<sup>5</sup> Allende, Guillermo L. “Panorama de Derechos Reales”, ed. La Ley, Bs. As., 1967, 1º Edición, pág. 18 y sgtes. citado por Mariani de Vidal, Marina, “Curso de derechos Reales”, ed. Zavallía, Buenos Aires, 1998, 5º Edición, tomo 1, págs. 23-24.

*convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".*

Nuestro Código Civil argentino enumera los derechos reales en el artículo 2503 y son: dominio, condominio, usufructo, uso, habitación, servidumbres activas, hipoteca, prenda, anticresis, superficie forestal. Esta numeración, no es taxativa, sino enunciativa de derechos que no solo están contemplados en dicho artículo, sino que además los podemos encontrar en otras leyes, como la de propiedad horizontal (13512); la ley 12962 de prenda con registro; el Código Aeronáutico, que crea la hipoteca sobre aeronaves (arts. 52 a 57), entre otros.

Ahora bien, si las partes crean un derecho real no enumerado ni en el Código Civil, ni en las leyes especiales ¿Qué solución se aplica? La constitución sería nula como derecho real, pero valdría como constitución de derecho personal, si como tal pudiese valer.

Un ejemplo claro es el que cita Vélez Sarsfield en la última parte de la nota al artículo 2503: *"Si se hace, pues, un contrato de enfiteusis, valdría solo como contrato de arrendamiento, ya que no puede valer como de usufructo, y durará solo por el tiempo que puede durar la locación"*.

La forma de adquirir un derecho real surge de la lectura del artículo 577 del Código Civil, que establece que: *"antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real"*. Es decir, para que exista transmisión y correlativa adquisición del derecho real (entre vivos) debe haber tradición (modo suficiente) y título (en el caso de inmuebles, escritura pública).

En síntesis, son numerosos los problemas que se generan en el tráfico jurídico, (y que se analizarán oportunamente) vinculados el poseedor con boleto de compraventa; pero no obstante esto si hay coincidencia de opiniones entre la doctrina en que la compraventa podrá quedar, o no, perfeccionada con la mera suscripción del boleto, pero tal perfeccionamiento queda supeditado al ámbito de los derechos personales; en el campo de los derechos reales en cambio, para que se perfeccione la transmisión del dominio del inmueble en cabeza del vendedor a la del comprador; para que se extinga el derecho de propiedad del primero y nazca el del segundo , no basta con el

boleto y la tradición, sino que es indispensable el otorgamiento de la escritura pública.<sup>6</sup>

Esto se ve reflejado claramente en el artículo 2609 del Código Civil aún vigente, el cual expresa: *“Se pierde igualmente el dominio por enajenación de la cosa, cuando otro adquiere el dominio de ella por tradición en las cosas muebles, y en los inmuebles después de firmado el instrumento público de enajenación, seguido de la tradición”*.

Para finalizar con el tema de la clasificación de los derechos reales, como se dijo, el artículo 2503 es enunciativo por ello la propiedad horizontal no aparece allí.

A continuación se hará una breve mención a las tesis más difundidas en cuanto a su naturaleza jurídica: por un lado la que la considera un dominio que se integra con un condominio de indivisión forzosa, y por otro lado la que la caracteriza como un derecho real autónomo.

Para la primer postura la ley 13512 al referirse al derecho sobre las unidades (partes exclusivas), habla siempre de “propietarios”, en cambio, menciona “copropietarios” al referirse a los derechos sobre partes comunes.

Las limitaciones impuestas a la propiedad privada no alcanzarían a desnaturalizar el dominio y refiriéndose a las partes comunes sostienen que pertenece por una parte indivisa a cada consorcista, pudiendo caracterizarse como un condominio de indivisión forzosa de dominio, y el condominio de indivisión forzosa se encuentran “indisolublemente unidos” en una relación de principal (el dominio) a accesorio (el condominio de indivisión forzosa)<sup>7</sup>.

Otros sostienen que la Propiedad Horizontal *“es una figura sui generis en la cual se combinan dos formas jurídicas distintas: dominio y condominio, cuya unidad de destino las reúne en un todo indivisible”*<sup>8</sup>. Sus fundamentos son:

---

<sup>6</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit, págs. 23-24.

<sup>7</sup> Laquis- Siperman, “La propiedad horizontal en el derecho argentino”, 1966, pág. 25 y sigtes., citado por Mariani de Vidal, Marina, ob. cit., tomo 2, pág. 245.

<sup>8</sup> Racciatti, Hernán, “Manual de la Propiedad Horizontal. Interpretación exegética de la ley 13.512, concordada con la jurisprudencia”, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., vol. 1, 1998, pág. 37, citado por Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit, págs. 245-246.

- Las restricciones que la ley establece sobre el derecho de las partes exclusivas, en relación y con respecto al conjunto del edificio.
- Los propietarios no pueden expresarse individualmente, sino dentro de asambleas.
- El administrador debe ajustarse a las resoluciones que surgen de la voluntad de las mayorías estatutarias o legales.
- Existe un consorcio que constituye un ente distinto de cada uno de los titulares de los diferentes derechos de propiedad horizontal; los derechos y obligaciones de los mismos están regulados por un reglamento de copropiedad y administración cuya redacción e inscripción registral dan nacimiento al llamado estado de Propiedad Horizontal.

Son estas características entre otras, las que dan cuenta y nos permiten deducir que nos encontramos ante un derecho real autónomo.

### **C. El boleto de compraventa antes de la ley 17711**

Antes de la reforma de la ley 17711 del 1 de julio de 1968, para la doctrina y la jurisprudencia el boleto de compraventa de inmuebles no era un título traslativo de dominio ni creaba la obligación de dar la cosa al comprador. Se lo consideraba como un ante-contrato no traslativo de la propiedad, que solo otorgaba el derecho de hacer: el otorgamiento de la escritura pública.

El acreedor por boleto, por otra parte, no puede oponer a terceros que hayan constituido derechos reales sobre el inmueble los que aquel le acuerda, porque solo le confiere facultades meramente personales o de crédito. Como no hay transmisión del dominio, los actos de disposición que realice el vendedor serán válidos e inatacables, hasta tanto no esté hecha la escritura pública. El otorgante de la promesa de venta no se despoja de ninguno de los derechos sobre la cosa y la propiedad permanece en su poder.<sup>9</sup>

Es decir, este ante-contrato (según la opinión generalizada de los autores, antes de la reforma), implicaba que las partes establecieran las condiciones

---

<sup>9</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit. pág. 139 y sgtes.

para una posterior operación definitiva; o sea que se presentaban dos actos jurídicos diferentes: el boleto como compromiso de vender, y la venta como transferencia de dominio. En síntesis el que otorga un boleto no vendía, sino que prometía vender.

Otra de las posiciones encontradas, antes de la reforma, era la de considerar que el boleto constituía un verdadero contrato de compraventa, ya que una de las partes se obliga a transferir y la otra a pagar un precio cierto en dinero (art. 1323).

#### **D. Evolución y origen del boleto de compraventa**

La conveniencia económica del boleto de compraventa en nuestro país fue trascendental a lo largo del siglo XX, como verdadero instrumento de protección para la vivienda y la posibilidad de acceder a ella. A lo largo de los años el avance y las exigencias, tanto en el aspecto social como económico, traen como consecuencia, entre otras, el nacimiento de la propiedad horizontal, el auge de la contratación, la división de la tierra mediante el fraccionamiento de los inmuebles y su venta en lotes y a plazos.

Con el crecimiento poblacional, el boleto de compraventa fue ganando terreno y hoy cuenta con una extraordinaria vigencia en lo referente a la concreción de las más diversas operaciones sobre inmuebles. A raíz de esto y, simultáneamente, se produce la creciente demora del proceso notarial de escrituración por algunas cuestiones, tales como: deudas por tributos que pueda presentar la propiedad, consultas, planos, entre otros, que abarcan un tiempo considerable, que va desde una semana hasta varios meses. Resultaría todo un incordio exigir a las partes directamente la celebración de la escritura traslativa.

Gutiérrez Zaldivar destaca que *“si se efectúa una breve visión retrospectiva de la evolución del boleto de compraventa, es evidente que en un principio las partes realizaban ante un escribano todo lo referente a la transacción inmobiliaria, y éste redactaba de inmediato la escritura de compraventa, sin necesidad de recurrir previamente a la confección del*

*boleto. Posteriormente dadas las trabas de orden administrativo y fiscal, que conspiraban contra la celeridad de la escritura, se recurrió al boleto de compraventa, para fijar en un escrito las obligaciones de cada una de las partes".<sup>10</sup>*

---

<sup>10</sup> Gutiérrez Zaldívar, Álvaro, "La Hipoteca y otros derechos reales", Rev. Del Notariado, N° 718, jul.-ag. de 1971, pág. 1282, citado por Morello, Augusto, ob. cit., pág. 76.

## **CAPÍTULO II: DE LA POSESION**

### **A. Concepto y Naturaleza**

Se define a la posesión en el artículo 2351 del Código Civil de la siguiente manera: *“Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”*.

Es importante destacar que la intención de la persona de someter la cosa al ejercicio de un derecho real es independiente de que este exista o corresponda al poseedor.<sup>11</sup>

Cuando se discute acerca de la naturaleza jurídica de la posesión, se pueden destacar dos corrientes: las que sostienen que es un hecho<sup>12</sup> (Pizarro, Allende, Mariani de Vidal) y las que establecen que es un derecho (Segovia, Martínez, Salvat.) siendo la primera postura la que comparte el autor del presente trabajo de investigación, por las razones que se expondrán a continuación.

- El Código es bastante claro en el artículo 2470 cuando comienza diciendo: *“El hecho de la posesión....”*
- Vélez trata la posesión antes de comenzar el análisis de los derechos reales, y no entre ellos.
- En la nota “a” al libro tercero, dice que la posesión es uno de los elementos de los derechos reales; por lo tanto no puede ser un elemento y un derecho real a la vez.
- *“El poseedor no tiene la obligación de producir su título a la posesión...Él posee porque posee”* reza el artículo 2363 del Código Civil. Esto es así porque todo derecho nace de un hecho que le sirve de causa (título); entonces quien alega un derecho tiene que probar la causa y producir su título. Es decir, si el

---

<sup>11</sup> Musto, Néstor Jorge, “Derechos Reales”, tomo I, ed. Astrea, Bs. As., 2000, pág. 155.

<sup>12</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit, pág. 128.

poseedor invoca la posesión pero sin producir título, es porque la posesión es un hecho, y no un derecho.<sup>13</sup>

- No aparece en la enumeración del 2503 la posesión, por ende no es un derecho real.

Dentro de las teorías que consideran un hecho a la posesión, se puede mencionar a Savigny, que sostiene que la misma es un hecho con fundamento en las circunstancias fácticas que constituyen el corpus. Este hecho tiene consecuencias jurídicas: las acciones posesorias y la posibilidad de usucapir. Mackeldey, en la misma línea que Savigny considera a la posesión como un hecho, que junto con las cosas, constituye los elementos de los derechos reales. Esta tesis es la más importante porque representa el método seguido por el codificador (“nota al encabezamiento del libro III: “De los Derechos Reales”).

Por otro lado Ihering, considera a la posesión como un derecho. Sostiene que en la base de la posesión hay un soporte de hecho, que debe existir para que se dé el derecho de la posesión: el poseedor solo tiene derecho mientras posee, mientras se mantenga su vínculo con la cosa<sup>14</sup>. Este autor ubica a la posesión entre los derechos reales, porque se presenta una relación directa e inmediata entre el poseedor y la cosa.

Existe una tercera postura que es la de Molitor,<sup>15</sup> que sostiene que la posesión es un derecho, porque contiene el elemento que poseen los derechos en general que es el de la voluntad. Dice que la posesión es un derecho mixto, real y personal. Personal porque solo puede demandarse contra los violadores de la posesión, y real, porque crea un vínculo directo e inmediato con la cosa.

---

<sup>13</sup> Musto, Néstor Jorge, ob. y tomo cit. págs. 155-156.

<sup>14</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., pág. 128.

<sup>15</sup> Molitor, “La possession, la Revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain” n° 8, ed. 1863, citado por Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., pág. 128.

## **B. Etimología de la palabra posesión**

Para algunos (Molitor, entre otros), la palabra posesión deriva de la preposición *port*, que significa “hacia”, y del verbo *sedere*, que ejemplifica el “sentarse o estar sentado”, “estar establecido”<sup>16</sup>.

Los germanos utilizaban la partícula *besizt*, con el mismo significado, los italianos *possesso*, y los franceses el término *saisine*.

Para otros autores (Bonfante<sup>17</sup>, entre otros) el vocablo derivaría de la raíz indoeuropea *posse*, *pot* o *poti*, que hace referencia al poder o señorío y significa señor, amo o jefe.

## **C. Distintos sentidos en que se utiliza la palabra posesión**

Cotidianamente, se utiliza la palabra posesión con sentidos diferentes. Para ejemplificar la cuestión el Dr. Allende<sup>18</sup> explica: Si se dice que una persona es rica porque son varias sus posesiones; aquí se está utilizando la palabra posesión como sinónimo de *Dominio*.

Si se dice que Juan le alquilo un local a Pablo, y que este le otorgó la posesión, aquí se está utilizando el vocablo como sinónimo de *tenencia*.

Pero la palabra posesión está tomada en su sentido técnico jurídico, recién en el ejemplo siguiente: Como hace varios años que un terreno está desocupado, Pablo tomó posesión del mismo, y el dueño pretende desalojarlo, lo que probablemente consiga porque aún no ha operado la prescripción a su favor.

---

<sup>16</sup> Molitor, ob. cit., citado por Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit. pág. 123.

<sup>17</sup> Bonfante, “Instituzioni di diritto Romano”, pág. 353, citado por Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., pág. 123.

<sup>18</sup> Allende, Guillermo L., “Panorama de Derechos Reales”, ed. La Ley, Bs. As., 1967, 1º Edición, pág. 18 sgtes. citado por Mariani de Vidal, Marina, “Curso de derechos Reales”, ed. Zavalía, Buenos Aires, 1998., 5º Edición, tomo 1, pág. 123.

#### **D. La terminología en el Código Civil argentino**

El Código Civil diferencia entre "Tenencia" (art. 2352) y "Posesión" (art. 2351). No se adoptan figuras intermedias como la de la cuasiposesión o la posesión derivada.

Sin embargo el Codificador incurre en algunas imprecisiones que se pueden destacar, entre otras, a modo de ejemplo:

- El artículo 732 habla de "*posesión de un crédito*".
- El artículo 325 menciona "*la posesión de estado*" (de familia).
- El artículo 1095 menciona a la tenencia, llamándola "*simple posesión*".
- El artículo 3939 dice: "el derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa para conservar la posesión de ella"....

#### **E. La terminología en los códigos modernos**

Los códigos alemán y suizo intentan simplificar el problema, por lo que borran la distinción entre posesión y tenencia. No obstante lo dicho, estos cuerpos introducen una serie de clasificaciones que tornan más confusa la cuestión aún.

El código suizo clasifica a los poseedores en originarios y derivados; dice el artículo 920 de dicho cuerpo normativo: "*Cuando el poseedor entrega la cosa a un tercero para conferirle sea un derecho de servidumbre o de prenda, sea en razón de un derecho personal, ambos tienen la posesión. Los que poseen a título de propietario, tienen una posesión originaria, los otros una posesión derivada*".

Es decir, posesión originaria tiene el propietario y derivada el no propietario, ambos tienen acciones posesorias.

Para algunos autores, como Allende<sup>19</sup>, entre otros, la posesión originaria del código suizo es similar a la posesión del artículo 2351 del Código Civil argentino; y la posesión derivada, se correspondería a la figura de la tenencia del mismo cuerpo normativo mencionado.

El código alemán clasifica a la posesión en *inmediata* y *mediata*. El poseedor inmediato es quien ejerce directamente el poder de hecho sobre la cosa. Poseedor mediato en cambio es quien tiene una pretensión de entrega de la cosa, por ejemplo, el nudo propietario, el locador, entre otros; quienes pueden exigir al poseedor inmediato, la entrega de la cosa, en un momento dado<sup>20</sup>.

Tanto los poseedores mediatos como los inmediatos tienen acciones posesorias.

En el código alemán se introduce la figura de "*los servidores de la posesión*". El artículo 855 establece: "*Si alguien ejerce el poder de hecho sobre una cosa por otro, en casa de este, en su industria o con motivo de una relación análoga, en virtud de la cual reciba instrucciones relativas a la cosa de ese otro, este último solo es poseedor*".

Los servidores de la posesión carecen de acciones posesorias, solo tienen la defensa extrajudicial.

El código civil y comercial italiano de 1942, distingue entre posesión y detentación. Reza el artículo 1140 de dicho cuerpo normativo: "*La posesión es el poder sobre la cosa que se manifiesta en una actividad correspondiente al ejercicio de la propiedad o de otro derecho real. Se puede poseer directamente o por medio de otra persona, que tiene la detentación de la cosa*".

---

<sup>19</sup> Allende, Guillermo L., "Panorama de Derechos Reales", ed. La Ley, Bs. As., 1967, 1º Edición, pág. 18 sgtes. citado por Mariani de Vidal, Marina, "Curso de derechos Reales", ed. Zavalía, Buenos Aires, 1998, 5º Edición, tomo 1, págs. 126-127.

<sup>20</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., págs. 125-127.

Están reglamentadas dos acciones posesorias en el código italiano: la de manutención que tienen solo los poseedores, y la reintegración que corresponde tanto a los poseedores como a los detentadores<sup>21</sup>.

#### **F. Extensión de la posesión a otros derechos reales distintos del dominio**

El artículo 2351 establece que existe posesión toda vez que alguien tiene una cosa bajo su poder (por sí o por otro), con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad.

El animus domini significa no reconocer en otra persona un señorío superior. El artículo 2351 no habla de dominio a pesar de que el 2352, para caracterizar al tenedor, dice *“reconociendo en otro la propiedad”*.<sup>22</sup>

Es decir un usufructuario, un habitador, un usuario, entre otros, reconocen el dominio en el nudo propietario. Podría pensarse que los titulares de estos derechos reales son meros tenedores; pero el artículo 2355 del Código Civil, primera parte, dice: *“La posesión será legítima cuando sea el ejercicio de un derecho real constituido de conformidad a las disposiciones de este Código”*.

El artículo anteriormente citado dice que se llama poseedores legítimos a quienes ejercen un derecho real, por lo que surge, en apariencia una discordancia entre este artículo y el 2351 y 2352, que califican como poseedores a quienes reconocen el dominio en otra persona.

En síntesis no hay contradicción entre ambos artículos sino que en el 2351 debería reemplazarse el vocablo *“propiedad”* por el de *“derecho real”*.

La definición de posesión, entonces, comprende no solamente el derecho de dominio sino también todos los otros derechos reales, que por ella se ejercen.

Cuando se hace referencia a la posesión hay que tener en cuenta de que derecho real se trata; así por ejemplo con respecto al derecho real de dominio, el usufructuario podría ser considerado tenedor, con relación a su

---

<sup>21</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., págs. 108-123.

<sup>22</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., pág. 112.

derecho de usufructo, pero no es así porque él no reconoce ese derecho real en nadie más que en sí mismo, y en relación con ese derecho real él es el poseedor<sup>23</sup>.

## **G. La cuasiposesión**

Este vocablo es de origen romano. Es preciso recordar que este derecho clasificaba a las cosas en corporales (objetos materiales más derecho de dominio y de condominio) y cosas incorpóreas (demás derechos reales y de crédito). El dominio se identificaba con las cosas corporales, y quien se comportaba como si fuera Dominus era considerado poseedor. Los titulares de los demás derechos reales, se entendía que ejercían una especie de cuasiposesión ya que la cosa no era corporal, sino intelectual o incorpórea<sup>24</sup>.

Cuasiposeedor es el que se comporta como si fuera titular de derechos reales distintos del dominio, Ej. Usufructo, uso, habitación, prenda y anticresis.

Vélez en la nota al artículo 2400 del Código Civil dice que: *“Esta cuasiposesión de un derecho consiste en el goce que tiene aquél a quien pertenece”*.

El codificador en concordancia con la nota del 2400, establece en la nota del 2351 que: *“se ha considerado como poseedor de una servidumbre al que ejerce los poderes contenidos en el derecho de servidumbre. Esta es la iuris possessio o la quasi possessio”*. Es decir que el régimen jurídico de la posesión y de la cuasiposesión es el mismo, como lo señala la última parte de la nota al artículo anteriormente citado.

---

<sup>23</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., pág. 113.

<sup>24</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., pág. 114.

## H. La coposesión

Reza el artículo 2401 que no pueden recaer sobre la misma cosa dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, porque la posesión es exclusiva. Dos personas no podrían poseer por el todo, a título de propietarios la misma cosa, pero sí pueden concurrir sobre el mismo objeto dos posesiones de distinta naturaleza o jerarquía, que no se contrapongan ni excluyan entre sí.<sup>25</sup>

El artículo 2408 del Código Civil establece que: *“Cuando la cosa es indivisible, la posesión de una parte importa la posesión del todo”*. En concordancia el artículo 2405 reza: *“cuando la cosa forma un solo cuerpo, no se puede poseer una parte de él sin poseer todo el cuerpo”*. En la nota al mencionado artículo existe un claro ejemplo: *“De una estatua, uno no puede poseer la cabeza y otro los brazos”*.

La pregunta entonces es si se puede poseer parte de una cosa; y la respuesta es que si la cosa es indivisible, deben determinarse las partes ideales; si se trata de cosas divisibles, también debe existir una división, pero material. El artículo 2409 establece que: *“Dos o más personas pueden tomar en común la posesión de una cosa indivisible, y cada una de ellas adquiere la posesión de toda la cosa”*. Da la impresión de que este artículo se contrapone con el 2401, ya que hay dos posesiones sobre la misma cosa.

Armonizando la cuestión con las normas de los artículos 2401, 2405, 2407, 2408 y 2409, se puede establecer la siguiente clasificación:

- En las relaciones entre los coposeedores entre sí: Rigen aquí los artículos 2407 y 2410; es decir que cada coposeedor se considera poseedor de una porción ideal (art. 2401), ya que cada coposeedor es poseedor exclusivo de su parte. Pero puede ocurrir que uno de los coposeedores se convierta en poseedor por el todo si llega a intervertir su título, conduciéndose como señor exclusivo, excluyendo a los demás, cuestión que resulta relevante en el caso de la usucapión<sup>26</sup>.
- En las relaciones con terceros: rige el artículo 2409 por lo que cada poseedor se considera poseedor por el todo. Cualquier poseedor puede

<sup>25</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., pág. 136.

<sup>26</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., pág. 138.

intentar acciones posesorias contra terceros, sin el concurso de los otros coposeedores (art. 2489).

## I. **Elementos**

Existen discusiones doctrinarias acerca de cuales son los elementos que deben estar presentes para que se configure la posesión. Dos son las posturas fuertemente enfrentadas: la de Savigny y la de Ihering; Vélez se inclinó por la primera.

➤ Para Savigny dos son los elementos de la posesión: El corpus (elemento objetivo) y el animus (elemento subjetivo); el primero representa la posibilidad que tiene el poseedor de disponer físicamente de una cosa que tiene bajo su poder, de accionar sobre la misma y repeler cualquier ingerencia posible de terceros sobre la misma.<sup>27</sup> La posibilidad que se tiene de disponer sobre la cosa, tiene que ser querida, es decir, debe existir un elemento volitivo que permita diferenciarla de la mera yuxtaposición local.

La mera yuxtaposición es *“una relación de simple contacto físico sin voluntad alguna jurídicamente relevante de tener ese contacto”*<sup>28</sup>. Si se ejerce el corpus sin reconocer en otro un mejor derecho, existe el otro elemento que es el animus domini.

El animus domini, es el elemento volitivo de la posesión y representa, para este autor, la intención de tratar la cosa como si le perteneciera al poseedor, es decir como si fuera su dueño. No debe confundirse el animus domini con el opinio domini, que es la convicción que se tiene de ser el verdadero propietario.<sup>29</sup>

➤ Por otro lado, Ihering, define de subjetiva la posición de Savigny. Para este autor el corpus no significa el poder de disponer materialmente de la cosa, sino que representa un criterio económico; *“la relación exterior que normalmente vincula al propietario con la cosa, según el destino económico de ésta, incluido*

---

<sup>27</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., pág. 108-123.

<sup>28</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., pág. 116.

<sup>29</sup> Musto, Néstor Jorge, ob. y tomo cit., pág. 146.

*un mínimo de voluntad para que esta relación no sea una mera yuxtaposición local*"<sup>30</sup>. No se requiere un permanente contacto físico con la cosa para que subsista. El animus domini no es necesario que esté presente; para probar la posesión basta demostrar que existe corpus; y si alguien dice que hay otra relación con respecto a la cosa, por ejemplo tenencia, tendrá que probarlo.<sup>31</sup> Para Ihering el animus está implícito en el corpus. Para este autor el animus domini es un elemento subjetivo y variable. Si se alega ser poseedor de algo se debe demostrar solo el corpus, pero si alguien sostiene que solo hay tenencia, deberá probar que se originó en una causa detentionis. Un ejemplo muy claro es el de aquel que alega ser poseedor de un campo al que ha cultivado, cercado y con respecto al cual se comporta como si fuera propietario, esa persona debe ser considerado poseedor, salvo que la contraria pruebe que existe un contrato de locación (causa detentionis), ya que a los locatarios se les niegan las acciones posesorias.<sup>32</sup>

El Código Civil sigue la postura de Savigny, como ya se indicó, en el artículo 2374 que establece que: *"La aprehensión, debe consistir en un acto que, cuando no sea un contacto personal, ponga a la persona en presencia de la cosa con la posibilidad física de tomarla."*

Es decir, no es necesario tomar la cosa, basta con la posibilidad física de poder tomarla para Vélez. En la nota al artículo el codificador muestra la clara influencia de Savigny cuando dice: *"La ley nos dice que para tomar la posesión de un fundo, no es necesario entrar en él porque el que se encuentra próximo y lo abraza con la vista, tiene sobre ese fundo el mismo poder que el que hubiese entrado"*. Y para despejar cualquier duda de la influencia de Savigny en Vélez, basta transcribir la última parte de la nota al citado artículo, donde este último dice: *"Savigny sigue demostrando la proposición con innumerables textos."*<sup>33</sup>

En el artículo 2351, cuando se define a la posesión, se puede observar claramente la presencia del animus domini cuando reza: *"con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad."*

---

<sup>30</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., pág. 118.

<sup>31</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., pág. 108-123.

<sup>32</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., pág. 119.

<sup>33</sup> Musto, Néstor Jorge, ob. y tomo cit., pág. 150.

## J. Clasificación

La clasificación de la posesión surge del artículo 2355, 1º párrafo, donde dice: *“La posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad a las disposiciones de este Código”*.

Es decir que será legítima la posesión cuando sea el ejercicio de un derecho real de: dominio, condominio, usufructo, uso, habitación, prenda, anticresis o superficie forestal: ya que los derechos reales de hipoteca y servidumbre no se ejercen a través de la posesión.

La posesión legítima es parte del contenido del derecho real, pero no obstante esto nada impide que el poseedor legítimo la defienda sin tener que invocar el derecho real que le sirve de base.

Continúa diciendo el artículo 2355 que la posesión *“será ilegítima cuando se tenga sin título, o por un título nulo, o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla.”*

Para transmitir derechos reales se requiere la presencia de título y modo, si falta alguno, no está configurado el derecho real; o puede ocurrir también que estén presentes ambos, pero el que transmite no tenga derecho a poseer la cosa o a transmitirla.<sup>34</sup> Antes de continuar es preciso aclarar algunos conceptos:

Título: es el acto jurídico (en el sentido del art. 944 del Código Civil) muñido de las condiciones de fondo (capacidad en el transmitente y en el adquirente y titularidad del derecho que transmite en el transmitente) y de forma que en cada caso resulte exigible (en principio, para las cosas muebles no es menester el cumplimiento de formalidad específica alguna, salvo el caso de las cosas muebles registrables) y dotado por la ley de aptitud para transferir derechos reales. Satisfacerían este recaudo la compraventa, la donación, el aporte en sociedad, entre otros; no la satisfacerían, porque según la ley carecen de fuerza en orden a la transmisión de derechos reales, el depósito, la

---

<sup>34</sup> Rocco, Emma Adelaida, ob. cit., págs. 133-136

locación, el comodato, ya que ellos dan origen a derechos personales y no reales.<sup>35</sup>

Tiene una doble apreciación: a-Material: es un hecho-causa que justifica el derecho como condición que me permite aspirar a un señorío ejemplo: compraventa, donación. B-Formal: como instrumento que recepta esa declaración de voluntad (escritura pública).

Modo: Es la tradición, que significa un acto de desapoderamiento del que transfiere, y un acto de apoderamiento del que adquiere. Es la exteriorización del título.

Es necesario hacer una aclaración: no todos los autores le atribuyen a la teoría del título y modo el mismo ámbito de aplicación.

La doctrina mayoritaria (Moisset de Espanés,<sup>36</sup>Papaño,<sup>37</sup>Mariani de Vidal<sup>38</sup>) sostiene que esta teoría es aplicable a la adquisición de los derechos reales derivados, entre vivos. No es posible en los demás casos de adquisiciones originarias enumeradas por el artículo 2524 del Código Civil (apropiación, especificación, accesión, percepción de frutos, sucesión y prescripción) distinguir o diferenciar lo que es el título, y lo que es el modo ya que no existen dos hechos jurídicos diferentes, ni conceptualmente<sup>39</sup>.

Para otros el sistema de título y modo esta presente en toda adquisición de derechos reales (López de Zavalía)<sup>40</sup>. Este doctrinario afirma que en toda pérdida, modificación, adquisición o transmisión de derechos reales existe título y modo. Entiende al modo como causa próxima y al título como causa remota de la mutación real.

A su vez, una segunda clasificación de la posesión se hace en el Código; cuando establece que la posesión ilegítima puede ser de buena o de mala fe; en realidad, se define la de buena fe y la segunda se extrae contrario sensu de la primera.

---

<sup>35</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., pág. 99.

<sup>36</sup> Moisset de Espanés, Luis, "Automotores y Motovehículos- Dominio", ed. Zavalía, Bs. As., 1992, págs. 114 y 294.

<sup>37</sup> Papaño, Ricardo José y otros, "Derechos Reales", ed. Depalma, Bs. As, 1990, tomo 1, pág. 33.

<sup>38</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., pág. 99.

<sup>39</sup> Bono, Gustavo A., "El adquirente por Boleto de Compraventa y los acreedores del vendedor", LL 1995- E, 743.

<sup>40</sup> López de Zavalía, Fernando, "Derechos Reales", ed Zavalía, Bs. As., 1989, tomo 1, pág. 260 y sigtes.

El artículo 2356 dice: *“La posesión es de buena fe cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho se persuadiere de su legitimidad”*. Se trata de una buena fe creencia, cuando por error o ignorancia de hecho esencial y no imputable al agente, éste está convencido de ser legítimo titular de un derecho real, que le da derecho a poseer (elemento subjetivo de la buena fe).<sup>41</sup>

Esta buena fe- creencia- tiene una base objetiva, cual es tener la posesión en virtud de un título apto para transmitir un derecho real (elemento objetivo de la buena fe). El título es el requisito objetivo de la buena fe, pero con el título putativo basta. Para la usucapión breve, como se dijo, se requiere justo título. Los vicios en la forma del título hacen suponer la mala fe del poseedor.

El artículo 2362 del Código Civil dice: *“Todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe de su posesión, hasta que se pruebe lo contrario, salvo los casos en que la mala fe se presume”*, esta presunción es iuris tantum.

En materia de inmuebles, en el artículo 4006 también se recepta el principio de la buena fe; y el 4009 establece que el vicio de forma en el título de adquisición hace presumir la mala fe del poseedor; pero no obstante no impide esto que el adquirente de la posesión sea de buena fe, pues la forma del boleto es viciosa a los fines de servir como título de adquisición del dominio, pero no como título de adquisición de la posesión.

Para determinar la existencia de la buena fe se debe estar al momento en que tiene origen la posesión, salvo para los frutos, en que se requiere para cada acto de percepción (art. 2358).<sup>42</sup>

El título putativo es un caso especial de posesión por buena fe, conforme al artículo 2357 que dice: *“El título putativo equivale a un título realmente existente, cuando el poseedor tiene razones suficientes para creer en la existencia de un título a su favor, o para extender su título a la cosa poseída”*. Se pueden presentar diversos supuestos:

Cuando no existe un título, pero el poseedor está convencido de que sí lo hay, por ignorancia o error de hecho excusable.

---

<sup>41</sup> Musto, Néstor Jorge, ob. y tomo cit. pág. 150-153.

<sup>42</sup> Musto, Néstor Jorge, ob. y tomo cit. pág. 168.

Cuando sí existe título, pero no lo es respecto a la cosa poseída.

El título putativo no sirve para adquirir por usucapión breve, porque no es justo título conforme al artículo 4011 que establece: *"El título debe ser verdadero y aplicado en realidad al inmueble poseído. El título putativo no es suficiente, cualesquiera que sean los fundamentos del poseedor para creer que tenía un título suficiente"*.

La mala fe puede clasificarse, a su vez en simple y viciosa. El Código no define la mala fe simple pero puede definirse contrario sensu de la viciosa; así podemos decir que existe mala fe simple cuando no hay buena fe y no existen vicios en la posesión.<sup>43</sup> La posesión de mala fe simple se da cuando el poseedor, en la época de la adquisición, haya debido conocer la ilegitimidad de su posesión o haya tenido razones para dudar de ella.

La mala fe viciosa lo puede ser con respecto a bienes muebles o inmuebles, según el artículo 2364 del Código Civil, la de inmuebles se clasifica en posesión adquirida por violencia o clandestinidad; y la precaria cuando es por abuso de confianza.

Es clandestina cuando se toma furtiva u ocultamente. Es decir es opuesta a la pública.

La posesión es violenta cuando se opone a la paz. La violencia puede ser material o moral, sin importar si la ejerce el propio poseedor o un tercero en su nombre.

La posesión es precaria cuando se tiene sin título por una tolerancia del dueño, o cuando se tiene por un título que obliga a devolver la cosa, en el momento que lo requiera el dueño. Ocurrido ello, si el precarista no la devuelve y pretende continuar en la posesión, se configuraría una interversión de título, y por ende posesión por abuso de confianza.

---

<sup>43</sup> Musto, Néstor Jorge, ob. y tomo cit. pág. 172.

## **K. Importancia de la clasificación y sus consecuencias**

La distinción efectuada entre posesión ilegítima de buena fe y de mala fe es de gran importancia en nuestro ordenamiento, entre otras situaciones, porque:

-En materia de cosas muebles no robadas ni perdidas el poseedor de buena fe tiene la presunción de propiedad sobre ellas, pudiendo repeler cualquier acción de reivindicación (art. 2412).

-Si el transformador es de buena fe adquiere el dominio de la cosa transformada, teniendo su dueño solo derecho a la indemnización que corresponda (arts. 2567, 2568).

-El que de buena fe edifique, sembrare, plantare, con semillas o materiales propios en terreno ajeno, tendrá derecho a ser indemnizado por el dueño del terreno (art. 2588).

-El que adquiere un inmueble con buena fe y justo título prescribe la propiedad por la posesión pública, pacífica, continua e ininterrumpida durante diez años (art. 3999).

En materia de usucapión de cosas muebles, la buena fe requiere un plazo menor (art. 4016 bis).

Diversas normas, ante la reivindicación triunfante, distinguen si el poseedor obligado a restituir fue de buena o mala fe, y es lo que analizaremos en el título siguiente.

## **L. Derechos y obligaciones del poseedor de buena o de mala fe en caso de reivindicación triunfante**

### **1. La reivindicación**

En la reivindicación, si una persona ha estado poseyendo una cosa (que puede ser mueble o inmueble), y es demandada por reivindicación resultándole desfavorable la misma, debe devolver la cosa; pero no es tan

sencillo, hay que aclarar varias cuestiones. El Código tiene en cuenta el período anterior al juicio a los fines de determinar: el derecho sobre los frutos, el derecho al reembolso sobre las mejoras y gastos efectuados por el poseedor, responsabilidad por las pérdidas y deterioros sufridos por las cosas, entre otras cosas. Por lo dicho hay que tener en cuenta: Si la posesión es de buena o mala fe, simple o viciosa, el carácter de las mejoras, de los gastos, causas de las pérdidas o deterioros en la cosa.

## 2. **Frutos**

La nota al artículo 2329 tiene un concepto de frutos que dice: "*Frutos son los que la cosa regular y periódicamente produce sin alteración ni disminución de su sustancia*".

El Código distingue tres tipos de frutos: naturales, industriales y civiles. Los primeros son las producciones espontáneas de la naturaleza, los segundos los que produce el hombre con su industria o por el cultivo de la tierra, los terceros son las rentas que la cosa produce. El artículo 2330 dice que los frutos civiles son los que provienen del uso y goce de la cosa concedida a otro, o de la privación de su uso; son también frutos civiles los salarios u honorarios.<sup>44</sup>

Con respecto a los frutos es preciso distinguir entre frutos percibidos y pendientes.

El primero es el que se separa de la cosa fructuaria. Para el Código el acto de adquisición es un modo de adquirir el dominio.

El propietario de la cosa es propietario de los frutos, pero puede ocurrir que este haya desmembrado su derecho, por ejemplo si ha dado la cosa en usufructo, los frutos los percibe el usufructuario. Pero en el caso de los poseedores ilegítimos la situación se complica, porque no obstante que puedan ser de buena fe, la extracción de los frutos, es sin derecho ya que corresponden al propietario.

---

<sup>44</sup> Musto, Néstor Jorge, ob. y tomo cit., pág 174.

Se pueden configurar diversas situaciones: a) poseedor de buena fe; b) poseedor de buena fe que no conserva la buena fe; c) poseedor de buena fe, después de la citación al juicio de reivindicación; d) poseedor de mala fe simple; e) poseedor de mala fe vicioso.

El Código hace una regulación determinando a quien corresponde la percepción de los frutos, ordena la restitución o reembolso, determina a quien corresponde pagar los gastos aplicados en su producción y establece la responsabilidad por los frutos dejados de percibir.<sup>45</sup>

Sobre la percepción de los frutos, hay que distinguir diferentes situaciones:

- Poseedor de buena Fe: Toma como suyos los frutos percibidos durante la posesión, por lo que debe afrontar los gastos de conservación de la cosa.
- Poseedor de buena fe que no la conserva: la buena fe es suficiente que exista al momento de adquirir la posesión, no requiriéndose luego, pero para la percepción de los frutos se tiene en cuenta el acto mismo. El Código le niega a este el derecho de quedarse con los frutos.
- Poseedor citado a juicio de reivindicación: cuando el poseedor de buena fe ha sido condenado a restituir la cosa, debe los frutos percibidos desde el día en que se lo notificó de la demanda.

Pero si es de mala fe (simple o viciosa) debe los frutos que dejó de percibir por su negligencia y los que el demandante hubiera podido percibir, sacando gastos de cultivo y extracción. Responde también por los frutos civiles que el propietario hubiere podido percibir (arts. 2438, 2439, 2442).

- Poseedor de mala fe simple: debe los frutos percibidos durante toda la posesión, o a partir del momento en que cesó la buena fe. Si no se puede establecer cuando comenzó la mala fe se estará al tiempo de la citación a juicio. La mala fe es el conocimiento del vicio en su posesión.

---

<sup>45</sup> Musto, Néstor Jorge, ob. y tomo cit. pág 175.

### 3. Productos

*“Producto de la cosa son los objetos que se separan o se sacan de ella y que una vez separados, la cosa no los produce, y que no se pueden separar de ella sin disminuir o alterar su sustancia”.*

El artículo 2444 del Código Civil y su nota establecen que el poseedor debe restituir los productos percibidos. En concordancia, la nota al artículo 2329 del Código Civil establece que el poseedor debe restituir los productos, sin importar si es de mala o buena fe. Si no pueden restituirse, deben ser indemnizados en su valor.

### 4. Mejoras y gastos

El artículo 591 clasifica las mejoras en necesarias (necesarias para la conservación de la cosa), útiles (de provecho para cualquier poseedor) y suntuarias (las de lujo).

Aquí también hay que distinguir varias situaciones.

- Poseedor de buena fe: Las mejoras solo se reembolsan si existen al tiempo de la restitución de la cosa. El pago de impuestos ordinarios corresponde a gastos de conservación; en cambio el pago de hipotecas por ejemplo, corresponde a impuestos extraordinarios, es decir gastos útiles.<sup>46</sup>Las mejoras suntuarias no son reembolsables pero pueden ser retiradas por el poseedor de buena fe, siempre que no se dañe la cosa. La ley establece la posibilidad de retener la cosa hasta ser indemnizado por los gastos útiles y necesarios.
- Poseedor de mala fe: Los gastos necesarios deben ser pagados al poseedor de mala fe. El Código establece que los gastos útiles también, si las mejoras subsisten al momento de la restitución y solo en la medida del mayor valor adquirido (art. 2441, por el principio del enriquecimiento sin causa); y son compensables con los frutos percibidos o que pudo percibir. En cuanto a las mejoras suntuarias, sea de mala o buena fe las puede retirar siempre que no dañe la cosa.

---

<sup>46</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., págs. 191-192.

## 5. Destrucción o deterioro de la cosa

Es muy factible que las cosas sufran deterioros o se destruyan total o parcialmente; por lo que aquí hay que tener en cuenta, también, varias hipótesis.

- Poseedor de buena fe: No va a responder por los deterioros en la cosa aunque sean por su culpa; pero si ha obtenido un provecho de ellas responde hasta la concurrencia del mismo; esto es así para evitar el enriquecimiento sin causa para uno a costa del empobrecimiento de otro.
- Poseedor de buena fe notificado de la demanda: Responde por los daños que hubiere causado en la cosa, pero no por daños fortuitos.
- Poseedor de mala fe: El de mala fe simple responde por los daños provocados por su culpa y por caso fortuito, pero en este último caso si la cosa igual hubiese perecido en poder del dueño no debe el resarcimiento. En cambio el poseedor vicioso responde por los deterioros sufridos por la cosa aunque igual hubiesen perecido en manos del propietario.

Siempre debe tenerse en cuenta si existe la buena fe al momento de percepción de los frutos; dice el artículo 2432 del Código Civil: *“El heredero del poseedor de mala fe, hará suyos los frutos correspondientes a su posesión de buena fe”*.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit. págs. 191-192.

## **M. Importancia de la posesión**

En el derecho argentino, la posesión cumple importantes funciones, entre ellas:

- Es el contenido de los derechos reales: los derechos reales que se ejercen por la posesión son los siguientes: dominio, condominio, usufructo, uso, habitación, prenda, anticresis, superficie forestal y propiedad horizontal. Quedan excluidos la hipoteca y las servidumbres. Sin la posesión estos derechos serían vacíos ya que su titular no tendría la facultad de disponer materialmente de la cosa objeto de derecho.
- Es el instrumento o medio para la adquisición de un derecho: Los derechos reales requieren, además de título suficiente, la tradición (Art. 577) de la cosa al adquirente para que opere la transmisión y la consiguiente adquisición. Este debe tener capacidad para enajenar, y el que la reciba debe ser capaz de adquirir (art. 2601). Sin posesión no hay adquisición del derecho real.
- Es la etapa previa para la adquisición originaria de la propiedad; la posesión sirve como punto de partida para la ulterior adquisición de los derechos reales en el caso de la usucapión o prescripción adquisitiva; conceptualizándose ésta como el modo de adquisición del dominio o de otro derecho real por la posesión continúa e ininterrumpida, pública y pacífica por el plazo que fija la ley.
- Es fundamento de un derecho; aunque un sujeto se encuentre en la posesión de una cosa sin tener un derecho a ella, igual goza de protección legal, ya sea extrajudicialmente (art. 2470) o ejerciendo las acciones posesorias, policiales o interdictos (arts. 2469, 2487, 2490, 2495, 2498, 2499).

## **CAPÍTULO III: DEL BOLETO DE COMPRAVENTA**

### **A. Concepto y naturaleza jurídica**

Difícil resulta dar una definición de que es el boleto de compraventa, ya que hay dos tesis fuertemente enfrentadas, en cuanto a la naturaleza jurídica del mismo. Por un lado las que sostienen que es un verdadero contrato, definitivo y perfecto; y por otro lado las posturas que ven en el boleto solo un precontrato o contrato preliminar.

➤ Aquellos autores que comparten la primera postura (entre ellos Natalio P. Etchegaray, Augusto M. Morello, entre otros), sostienen que el boleto es un verdadero contrato de compraventa<sup>48</sup>, conforme al artículo 1323 del Código Civil que dice: *“Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero.”* El boleto constituye un negocio definitivo, las partes han prestado su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares de la compraventa que son: pago del precio y obligación de transferir el dominio de una cosa (inmueble), esto es suficiente para que el acto surta efectos. Es decir, la obligación de escriturar (art. 1184, inc. 1 C.C), es un requisito para la transmisión del dominio, a lo cual hay que agregar también la inscripción registral (art. 2505 C.C).

Para estos autores el contrato de compraventa inmobiliaria es un negocio no formal. La escrituración se debe realizar para dar cumplimiento a la obligación asumida al celebrar el boleto de transmitir el dominio.<sup>49</sup> Se trataría de una obligación accesoria a la obligación principal surgida del contrato de compraventa.

Otro de los argumentos a favor de esta tesis es la voluntad de las partes, es decir cuando éstas realizan el boleto, lo hacen con la intención de celebrar

---

<sup>48</sup>Etchegaray, Natalio Pedro, “Boleto de Compraventa”, ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 3.

<sup>49</sup>Morello, Augusto M., ob. cit., págs. 9-13.

un contrato definitivo de compraventa; “y no una promesa de hacer, de hacer más precisamente un escritura pública”<sup>50</sup>.

Conforme a esta teoría es preciso analizar algunas cuestiones:

- El acuerdo de voluntades (con respecto a objeto y precio), perfecciona el contrato de compraventa que es consensual y no real.<sup>51</sup>
- La escritura pública es un requisito para transmitir el dominio, y no del acto de compraventa.<sup>52</sup>
- El adquirente por boleto tiene un derecho a la cosa, ya que el dominio permanece en cabeza del vendedor, para quien seguirán siendo los riesgos, hasta la escrituración.
- La falta de eficacia traslativa del dominio del boleto justifica que sea insusceptible de sostener la tercería de dominio.

En conclusión para estos autores *“Las partes, en el boleto, compran y venden en firme y ni remotamente piensan que deberán luego celebrar otro contrato de compraventa. El boleto de por sí, obligatoriamente, agota el negocio querido por dos particulares, la compraventa, si bien no opera la transmisión del derecho real de propiedad”*<sup>53</sup>.

➤ La tesis que sostiene que es un contrato preliminar, es seguida, también, por prestigiosos autores como Gatti, Alterini, Rocco, entre otros. Ellos hallan fundamento a su postura en diversos artículos del Código Civil, comenzando por el 1184 inciso 1 (que se analizará oportunamente), que se complementa con el artículo 1185 que establece que *“Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública”*. Al expresar que los contratos no quedan concluidos como tales mientras la

<sup>50</sup>Cura Grassi, Domingo, “Derecho Inmobiliario”, ed. La Rocca, Buenos Aires, 2006, págs. 47-48.

<sup>51</sup> Morello, Augusto M., ob. cit., págs. 9-13.

<sup>52</sup> Etchegaray, Natalio Pedro, ob. cit., págs. 3-6.

<sup>53</sup> Morello, Augusto M., ob. cit., págs. 9-13.

escritura pública no se haya firmado, sugiere que el boleto es un contrato preliminar de compraventa, quedando concluido el negocio definitivo, recién al otorgarse la escritura pública. Por otro lado, el 1187 reza *“La obligación de que habla el artículo 1185 será juzgada como una obligación de hacer, y la parte que resistiere hacerlo, podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses”*; por lo que el contrato de compraventa sería un contrato formal, no solemne. Es decir, este artículo califica a la obligación de escriturar como obligación de hacer, y agrega que en caso de negativa de alguna de las partes a otorgar la escritura pública se podrá demandar su ejecución judicialmente, pero la sentencia solo podrá condenar a escriturar bajo apercibimiento de resolver el contrato e indemnizar los daños y perjuicios correspondientes. Para esta corriente, esta norma vedaría claramente la posibilidad de otorgar escritura pública por el juez, por el carácter personalísimo de la misma, tema que será tratado más adelante en el presente trabajo.

López de Zavalía, en opinión particular, sostiene que la compraventa inmobiliaria celebrada por instrumento privado (y desde luego también la oral, cualquiera sea su valor), es una compraventa nula porque la forma es requerida ad-solemnitatem, y al mismo tiempo es un precontrato (preliminar de contrato) válido. En otros términos: la compraventa por instrumento privado, tratándose de inmuebles, es una compraventa nula que vale como precontrato<sup>54</sup>.

Dicho autor fundamenta su pensamiento en los artículos 973 Y 976 del Código Civil, el primero dice: *“La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar”*. Continúa diciendo el segundo: *“En los casos en que la forma del instrumento público fuese exclusivamente ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba, y también el acto será nulo.”* Pero el argumento más fuerte lo encuentran en el artículo 1185.

---

<sup>54</sup> López de Zavalía, Fernando J., *“Teoría de los Contratos”*, ed. Zavalía, Bs. As., 1997, 4º edición, tomo 1, parte general, pags. 315-316.

El boleto no puede configurar un contrato de compraventa, porque no hace nacer las obligaciones que tipifican a esta figura. Conforme a la definición de compraventa del artículo 1323, el principal efecto de los contratos es hacer nacer obligaciones; el contrato de compraventa debe generar para el vendedor la obligación de entregar la cosa y para el comprador la de pagar el precio. El boleto no genera ni para vendedor, ni para comprador ninguna de esas acciones.

Las partes deben cumplir previamente con la obligación del otorgamiento de la forma exigida en el artículo 1184 inciso 1; mientras esa forma no se cumpla, ni el vendedor puede exigir el precio, ni el comprador que se le entregue la cosa.

## **B. El boleto y la posesión. El agregado al artículo 2355 del Código Civil**

Con la reforma introducida por la ley 17711 al Código Civil de 1968, se agregó al artículo 2355 el siguiente párrafo: *“Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe mediando boleto de compraventa.”*

El boleto no es título suficiente para adquirir el dominio porque no reviste las solemnidades exigidas por el artículo 1184 que establece que: *“Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: 1° Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro....”*. Aquí la forma tiene carácter ad solemnitatem.

Es decir, el boleto no sirve para transmitir el dominio, y aún si el contrato fuese celebrado por escritura pública, requiere además de la tradición (art. 577) para que se consolide la adquisición del derecho real. En síntesis la posesión por boleto no es legítima, pero ¿cómo explicar entonces el agregado introducido al artículo 2355 que la considera legítima?

Morello afirma que el poseedor por boleto tiene una posesión legítima con base en un contrato que es fuente, como título (acto o causa)

sustancialmente suficiente para hacer adquirir el dominio, pero formalmente todavía insuficiente (es instrumento privado y no escritura pública). El poseedor posee para sí, en la creencia que como comprador de buena fe va a ser propietario de lo suyo<sup>55</sup>.

En opinión de Llambías, *"la calificación de legítima con respecto a la posesión obtenida en esas condiciones se justifica, sea porque la tradición constituye un modo regular de ejercicio del derecho real de posesión, sea porque aun bajo el ángulo del desplazamiento del dominio, se trata de un proceso in fieri que habrá de culminar con el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio y su inscripción en el Registro de la Propiedad: he aquí un proceso que en la intención de las partes ha comenzado a realizarse, legalmente con el boleto de compraventa y la subsiguiente entrega de la posesión, que no cabe calificar de ilegítima. Luego, si no es ilegítima, ciertamente es legítima"*<sup>56</sup>.

Para Borda el poseedor por boleto es titular de un dominio imperfecto, ya que al equipararse a la posesión que se tiene en tal virtud de posesión legítima, se equipara esta situación a un derecho real de dominio *"ya que no puede haber posesión legítima sin dominio ni viceversa"*. Pero este dominio para este autor, se trata sin duda de un "dominio imperfecto", debido a que no se ha otorgado escritura pública ni se ha registrado<sup>57</sup>.

En igual opinión se expresa Bustamante Alsina y define al dominio imperfecto como *"el dominio inoponible a ciertos terceros, fruto de una adquisición cuyo título no ha sido inscripto en el registro inmobiliario"*<sup>58</sup>.

Adrogué expone que aunque el agregado se refiere a la adquisición, la calificación que se hace de ella se traslada a la posesión, de tal manera que habla en definitiva de una posesión legítima, pero con un concepto particular de legitimidad sugerido por el *"se considera"*. Para este autor corresponde distinguir entre la legitimidad propia del primer párrafo del artículo 2355 que

---

<sup>55</sup> Morello, Augusto M., ob. y tomo cit., pág. 53.

<sup>56</sup> Llambías, Jorge J.- Alterini, Jorge H., Código civil Anotado, tomo IV- A, "Derechos Reales", ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, pág. 90, en anotación al artículo 2355.

<sup>57</sup> Borda, Guillermo A., "La reforma de 1968 al Código Civil", Ed. Perrot, Bs.As. 1971, pág. 393.

<sup>58</sup> Bustamante Alsina, "Derechos reales: la posesión, eficacia del boleto de compraventa. Las defensas posesorias en materia de muebles y extensión de la tenencia", en ED 25-833.

corresponde al titular de un derecho real y la legitimidad impropia del párrafo agregado acordado al titular de un derecho personal. Los efectos de esta legitimidad serían "los del poseedor ilegítimo de buena fe"<sup>59</sup>.

El agregado de la reforma, según Laquis, configura una posesión legítima en sí misma<sup>60</sup>.

Según otros doctrinarios, el agregado del artículo 2355 configura un nuevo derecho real, que no es el de dominio, sino el derecho real de posesión<sup>61</sup>.

Luis María Games, en su análisis, concluye que con tradición y boleto se adquiriría el dominio de inmuebles ya que la posesión así obtenida es legítima según la reforma, lo que implica asimilarla a la proveniente del ejercicio de un derecho real constituido de conformidad a las disposiciones del Código (art. 2355 párr.1) u otorgarle a dicha adquisición el carácter de modo suficiente de adquirir derechos reales (art. 2355 párr. 2). Establece este autor que se configura en este artículo una doble posesión de carácter dominial, pero deja en claro la incongruencia que resultan de la reforma introducida por la ley 17711 con el artículo 2609: el enajenante no pierde el dominio sino por tradición y firma del instrumento público de enajenación<sup>62</sup>.

Para Mariani de Vidal el agregado del artículo 2355 no tiene ninguna consecuencia, salvo considerar al poseedor por boleto como poseedor de buena fe e imputándole el tratamiento de tal calificación. Expone la prestigiosa autora que "el supuesto de posesión legítima en virtud del boleto de compraventa aparece bien separado del supuesto en que la posesión se considera tal por ser el ejercicio de un derecho real"<sup>63</sup>.

López de Zavallía fija su posición expresada de la siguiente fórmula: Si se dan todos los recaudos extra notariales se considera, respecto a algunos terceros legítima, perfecta, la adquisición de la posesión de inmuebles de

---

<sup>59</sup> Adrogué, en Adrogué y otros, "Temas de Derechos Reales", ed. Plus Ultra, Bs. As., 1979, pág.14-15.

<sup>60</sup> Laquis M., Algunas observaciones en torno del agregado al art. 2344 del Código Civil, "Estudio y crítica del Código Civil", vol. III, ed. 1974, pág. 386.

<sup>61</sup> Spota, Alberto G., "el art. 2355 del Código Civil y la posesión legítima del comprador de buena fe con boleto de compraventa inmobiliaria, ED 98-821; Fazzio de Bello M., "El derecho real de posesión", LL, sup. del 29.9.83.

<sup>62</sup> Games, Luis María, "La quiebra del vendedor de inmuebles, la obligación de escriturar y las reformas al Código Civil", LL 130-1181.

<sup>63</sup> Mariani de Vidal, Marina, "El poseedor en virtud del boleto de compraventa", LL 141-949.

buena fe, mediando boleto de compraventa. Este jurista en su teoría incluye las palabras del agregado y propone otras propias. Explica que el primer párrafo del artículo 2355 habla de la posesión legítima, en tanto que el segundo párrafo de una posesión ilegítima, pero que se asimila o aproxima a la legítima.<sup>64</sup>

Gustavo Bono, con un tratamiento clásico, lo califica al poseedor por boleto como ilegítimo y de mala fe, porque su posesión no es el ejercicio de un derecho real constituido de conformidad a las disposiciones del Código Civil, y por más sincero en su credulidad que sea el individuo, no puede alegar buena fe, amparándose en un error de hecho que la ley no dispensa<sup>65</sup>.

Sobre este punto Gatti y Alterini diferencian entre "posesión" y "forma de adquisición de la posesión", es decir que una posesión ilegítima puede haber sido adquirida legítimamente. Afirman que *"si la posesión tiene carácter de ilegítima por no configurar el ejercicio de un derecho real, ello no descarta que esa posesión ilegítima haya sido adquirida legítimamente (conforme a derecho)"*.

*"La adquisición de la posesión será legítima cuando el título por el cual se ingresa en ella (en este caso, el boleto) es otorgado por el titular del derecho real de que se trate (el dueño del inmueble). La adquisición será ilegítima si el promitente de venta que otorga la posesión al promitente de compra no es propietario del inmueble".<sup>66</sup>*

En síntesis, dichos autores consideran que el boleto no es instrumento suficiente para calificar a la posesión como legítima o ilegítima, sino para calificar la forma de adquisición.

*"... De buena fe..."* surge aquí la discrepancia en la doctrina de determinar a que se considera buena fe; Para Bustamante Alsina y para Borda, al acto jurídico contenido en el boleto de compraventa<sup>67</sup>. Elena Highton y Kemelmajer de Carlucci sostienen que *"el párrafo introducido no dice que la posesión sea legítima sino que considera legítima la adquisición, aserto que*

---

<sup>64</sup> López de Zavalía, Fernando J., ob. y tomo cit. págs. 431-432.

<sup>65</sup> Bono, Gustavo A., "El adquirente por boleto de compraventa y los acreedores del vendedor, LL 1995-E-743.

<sup>66</sup> Gatti, Edmundo- Alterini Jorge, "Régimen jurídico del boleto de compraventa", LL 143-1155.

<sup>67</sup> Borda G. estudio en ED, supl. Del 1/7/70; Bustamante Alsina, J, LL, 131-1274.

*implica que este verdadero poseedor no ha accedido a su situación por vías antijurídicas, razón por la cual puede hacerse oír en justicia"*<sup>68</sup>.

*"....mediando boleto de compraventa...." Se utiliza la expresión mediando en lugar de mediante. Emplear aquel vocablo implica que "la adquisición de la posesión se efectiviza en virtud del boleto que le sirve de antecedente inmediato y que se produzca a través de él. El boleto es inidoneo para generar la adquisición posesoria ya que ésta se efectiviza por medio de actos materiales y el boleto es una declaración de voluntad como la que se requiere en el derecho francés para probar posesión, pero no en nuestro sistema"*<sup>69</sup>. Al decir "mediando" el boleto puede ser anterior, simultáneo, o posterior a la tradición, lo cual complica más la sostenibilidad del agregado.

---

<sup>68</sup> Highton E, "Colección de Derechos Reales", ed Hammurabi, tomo 1, Posesión, págs. 65 y sigs., ed. 1986; Kemelmajer de Carlucci, A, su voto en S.C Mendoza en pleno, 6/12/91, doctrina judicial, 1992-I-1092.

<sup>69</sup> Alterini, Jorge, "La tutela del adquirente por boleto de compraventa fuera del Ámbito específico del artículo 1185 bis del Código Civil", ED 153-635.

## **SEGUNDA PARTE**

### **CAPÍTULO I: El adquirente por boleto. Efectos frente a otras relaciones jurídicas**

Son numerosas en la práctica jurídica, las situaciones en las cuales se puede ver enfrentado el poseedor por boleto (incluso aquel que tiene el boleto, pero no todavía la posesión) con terceros. Muchas de las soluciones a estas problemáticas, que se analizarán seguidamente, cuentan con una opinión unánime de la doctrina en cuanto a su solución; pero otras generan grandes discusiones, que paulatinamente tratan de ser salvadas por los tribunales, que van sentando jurisprudencia sobre el tema.

#### **A. Frente a otro boleto de compraventa sobre el mismo inmueble** **Distintas Hipótesis**

Resulta indispensable analizar varias situaciones:

- Primera situación: Hay que diferenciar si al adquirente por boleto se le ha hecho tradición posesoria del inmueble, él triunfará, si es de buena fe (es decir, si ignora que existe otro boleto precedente) sobre el adquirente por boleto al que no se le hizo la tradición; conforme al artículo 594 que establece que: *“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 el tercero que hubiese ignorado la obligación precedente del deudor; pero sí contra los que sabiéndola hubiesen tomado posesión de la cosa”*, y al artículo 3269 que reza: *“Cuando una persona ha contratado en diversas épocas con varias personas la obligación de transmitirles sus derechos sobre una misma cosa, la persona que primero ha sido puesta en posesión de la cosa, es preferida en la ejecución del contrato a las otras, aunque su título sea más reciente, con tal que haya tenido buena fe, cuando la cosa le fue entregada”*. En el caso de ambos artículos se puede hacer referencia a dos principios que tienen origen

en el derecho romano. En el 594 queda reflejada la máxima romana que dice que en igualdad de causa es mejor la condición del poseedor; y por el segundo artículo el principio de primero en el tiempo más fuerte en el derecho.<sup>70</sup>

➤ Segunda Situación: Cuando se les ha hecho tradición a los dos adquirentes por boleto, será preferido el primero que ha sido puesto en posesión de la cosa, siempre que sea de buena fe, conforme a los artículos 594, 3269 (analizados anteriormente) y el 2453 que establece que: *“La posesión se pierde por la tradición que el poseedor hiciere a otro de la cosa”*, o sea el propietario, le ha transmitido al segundo adquirente una posesión que él ya no tenía, por habérsela transmitido al primer adquirente.

➤ Tercera Situación: Si ninguno de los adquirentes por boleto ha sido puesto en posesión del inmueble, vencerá el que tenga boleto de fecha anterior conforme al artículo 596, que si bien se refiere a instrumento público y no boleto, se puede tomar por analogía; y reza lo siguiente: *“Si la cosa fuere inmueble, y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin que a ninguno de ellos le hubiese hecho tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo instrumento público sea de fecha anterior”*.

## **B. Frente a un contrato de compraventa instrumentado en escritura pública**

Hay que diferenciar aquí también distintas cuestiones:

➤ Boleto con fecha cierta y posesión posterior a la escritura.

Si la escritura hubiese sido inscripta, el titular del boleto no puede excusarse ni puede alegar buena fe ya que debió haberse informado de la situación jurídica del inmueble en el Registro de la Propiedad (arts. 512, 929 del Código Civil y arts. 22 y 27 de la ley 17801).

---

<sup>70</sup> Rocco, Emma Adelaida, ob. cit. págs. 143-144.

Si la escritura no hubiese sido registrada pero se encontrare en curso de inscripción, ya sea por el plazo de validez del certificado (arts. 22, 23, 24 y 25 de la ley 17801) o por el plazo para su inscripción (art. 5), por los mismos motivos anteriormente expuestos, el poseedor no podrá alegar buena fe<sup>71</sup>, por lo que prevalecerá, sin duda alguna, a efectos de integrar su derecho al dominio, el titular de la escritura. Si estos plazos hubiesen vencido, triunfará el poseedor por boleto.

- Boleto con fecha cierta y posesión anterior a la escritura.

Gana el poseedor por boleto (arts. 592, 594, 2791, 3269) ya que el sujeto que firma la escritura debería corroborar que el inmueble esté vacuo. En este caso al no exigir éste la tradición, no actúa de buena fe y el adquirente le puede oponer la publicidad posesoria.

Kiper postula que dar prevalencia al que promueve una acción reivindicatoria sería lo más acertado, aún cuando la fecha cierta del boleto sea anterior debido a que el comprador por escritura no tuvo manera de enterarse de la existencia de un boleto precedente, por lo que le resulta inoponible (arts. 1195, 1199). De lo contrario, se pondría en riesgo la práctica comercial del sistema del Código Civil<sup>72</sup>.

### **C. Frente a un acreedor hipotecario del transmitente**

El problema se plantea cuando el vendedor, luego de firmado el boleto y hecha la tradición, hipoteca el inmueble.

Los criterios no son coincidentes:

Para algunos prevalece siempre la hipoteca, sea anterior o posterior a la adquisición de la posesión por boleto porque el vendedor, a pesar de la firma del boleto y la entrega del inmueble, lo conserva en su patrimonio hasta la firma de la escritura y su inscripción en el Registro de la Propiedad. Según el artículo

---

<sup>71</sup> Doctrina de S.C. de Mendoza en pleno, 6/12/91, Doctrina Judicial, 1992-I-1093, con voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci.

<sup>72</sup> Kiper, Claudio M., "Código Civil Comentado". Derechos Reales, ed. Rubinzal – Culzoni, tomo 1, 2004, pág. 184.

2609 el titular todavía no ha perdido el dominio, por lo tanto la hipoteca es válida siendo oponible erga omnes<sup>73</sup>.

Otros, como Spota, dirán que prevalece siempre el poseedor por boleto, sea anterior o posterior a la hipoteca, por la aplicación del agregado al artículo 2355 del Código Civil<sup>74</sup>; no obstante este autor, en un trabajo posterior<sup>75</sup>, se inclina a favor del acreedor hipotecario anterior y no, en cambio, si es posterior.

Una tercera posición sostiene que triunfa el poseedor por boleto si la posesión es anterior a la hipoteca porque cuenta con la publicidad posesoria que podrá oponer al acreedor hipotecario posterior<sup>76</sup>.

Esta postura presenta también sus falencias porque como los boletos, por regla, no se inscriben, esa publicidad posesoria por parte de quien está en el inmueble podría ser de un intruso, por ejemplo, y no poseedor<sup>77</sup>.

Leandro S. Picado expone su punto de vista en el Manual Comentado de Kiper afirmando en este supuesto que *"los efectos de la hipoteca se relativizan y quedan subordinados a las resultas del negocio, pudiendo resumirse sólo a la agresión del saldo del precio de compra adeudado por el adquirente por boleto, en razón de la subrogación real operada"*<sup>78</sup>. Es interesante su pensamiento pero le criticamos su falta de fundamentos de por qué y con qué fundamentos arriba a lo anteriormente expresado.

---

<sup>73</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. cit. LL 141-941; Fazio de Bello, M., "Teoría y técnica del boleto de compraventa", Bs. As., 1984, pág. 169.

<sup>74</sup> Spota A. G., "Sobre las reformas al Código Civil", ed. Depalma, Bs. As., 1969, pág. 75.

<sup>75</sup> Spota A. G., "Artículo 2355 del Código Civil reformado por la ley 17711 y posesión legítima del comprador de buena fe con boleto de compraventa inmobiliaria", ED, sup. del 6/4/82.

<sup>76</sup> Gatti E. – Alterini J., "El derecho real, Elementos para una teoría general", Bs. As., 1974, págs. 57-59.

<sup>77</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. y tomo cit., págs. 149-150.

<sup>78</sup> Kiper, Claudio M. ob. y tomo cit., pág. 185.

#### **D. Frente a otros acreedores del transmitente, en caso de ejecuciones individuales**

Aquí también son distintas las opiniones: Para algunos prevalece siempre el poseedor por boleto sea anterior o posterior su posesión al crédito, debido a la carencia de publicidad de estos últimos; ya sean quirografarios o privilegiados (con excepción de los hipotecarios, que son registrables)<sup>79</sup>.

Pero si el crédito es anterior a la posesión del titular por boleto; para algunos<sup>80</sup>, debe triunfar el primero porque no podría utilizarse el argumento de la publicidad posesoria, y porque el boleto engendra solo derechos de carácter personal, sin privilegios.<sup>81</sup>

La vía procesal a la que debe recurrir el poseedor por boleto es la tercería de mejor derecho, ya que carece de derecho real para interponer la tercería de dominio.

#### **E. Frente al locatario**

Es necesario plantear las diversas situaciones que pueden presentarse, cuando el titular de un inmueble otorga un boleto de compraventa y a la vez suscribe un contrato de alquiler con un tercero:

- Primera situación: Si ya hubo entrega de la cosa a alguno de ellos, resulta indiferente la fecha de los contratos; ya que prevalece el locatario si recibió la tenencia primero y el adquirente por boleto ganaría solo el derecho a percibir los alquileres, porque ingresa en la posesión por traditio brevi manu. Pero prevalece el adquirente por boleto si recibió primero la posesión.
- Segunda situación: Ahora si el contrato de locación tiene fecha cierta y comenzó la ejecución antes de la venta, prevalece el locatario, conforme al

---

<sup>79</sup> López de Zavalía, Fernando J., ob. y tomo cit. , pág. 437; Fazio de Bello M., ob. y tomo cit., pág. 170.

<sup>80</sup> Doctrina de S.C de Justicia de Mendoza en pleno, 6/12/91, LL 1992-B-160 o Doctrina Judicial, 1992-I-1093, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, para el supuesto de un embargo trabado con anterioridad al boleto, en el mismo sentido se pronunció ese tribunal en el nuevo plenario del 30/5/96, J.A, suplemento diario del 12/3/97.

<sup>81</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. cit., págs. 146-148.

artículo 1498 que dice: *"Enajenada la finca arrendada, por cualquier acto jurídico que sea, la locación subsiste durante el tiempo convenido"*.

- Tercera situación: Si el contrato de locación tiene fecha cierta anterior a la venta, pero sin tenencia, la solución podría discutirse. Cabrían dos posibilidades, aplicar también el artículo anterior para resolver la cuestión, ya que la locación no requiere la entrega de la cosa para su perfeccionamiento porque es consensual; o se podría hacer triunfar al adquirente por boleto, porque el vendedor podría otorgar un contrato de locación con fecha cierta y ocultarlo, para hacerlo valer después de la venta, en perjuicio del adquirente. Conforme a esta última posición si el locatario no tiene todavía la tenencia de la cosa puede demandar al locador por daños y perjuicios<sup>82</sup>.
- Cuarta situación: Si el contrato de locación es de fecha posterior a la venta, haya o no entrega de la tenencia al locatario, este último no podrá oponer su contrato al comprador (art. 3275). Tampoco se aplicaría el artículo 1498 del Código Civil pues el inmueble vendido no estaba arrendado aún.

## **F. Frente al transmitente**

Si el vendedor hizo tradición del inmueble al adquirente, nada puede hacer ya salvo que ataque la validez del boleto o de la tradición. El último párrafo del artículo 2355 al expresar que es legítima la posesión por boleto le permite repeler al poseedor la acción de reivindicación, que pueda llegar a intentar el vendedor, o quienes son sus sucesores universales o particulares.<sup>83</sup>

## **G. Frente al embargante**

Siguiendo con el análisis, en este caso el tema a tratar es el conflicto que se da entre el adquirente por boleto, que procura conservar en su poder el inmueble, evitando la venta en subasta, y el acreedor que traba el embargo sobre el bien de su deudor, pretendiendo aquél satisfacer su crédito con el producido de la cosa.

---

<sup>82</sup> Rocco, Emma Adelaida, ob. cit., págs. 167-170.

<sup>83</sup> Mariani de Vidal, Marina, ob. cit., págs. 148-149.

Entonces nos generamos la siguiente pregunta: ¿son oponibles al acreedor embargante los derechos derivados del boleto de compraventa?

Hay que diferenciar:

- Embargo anterior a la firma del boleto y entrega de la posesión.

En este caso, que no ofrece dudas, cabe afirmar que vence el acreedor embargante ya que para invocar la buena fe del adquirente es necesario que éste consulte el registro como paso previo a la formalización de cualquier operación<sup>84</sup>.

Además, como afirma la Doctora Kemelmajer, si la cosa se transmitió cuando el embargo ya estaba anotado, el adquirente que conoció (o pudo conocer) la traba del embargo, no puede pretender ser titular sin gravamen alguno por aplicación del artículo 3270. Aún admitiéndose la subsistencia de la publicidad posesoria, los supuestos de colisión entre ésta y la publicidad registral deben resolverse por los principios básicos de los derechos reales: primero en el tiempo, primero en el derecho<sup>85</sup>.

- Embargo posterior a la firma del boleto y entrega de la posesión.

Para quienes piensan que la publicidad posesoria no fue eliminada por la publicidad registral incorporada por las leyes 17711 y 17801, dirán que prevalecerá el adquirente por boleto frente al acreedor embargante<sup>86</sup>.

Esta corriente se basa en consideraciones sociales y económicas, en las necesidades que surgen de la vida real, ante la frecuencia de las transmisiones por instrumento privado.

En tal sentido, se dijo en la comisión N° 4 del Segundo encuentro de abogados civilistas (Santa Fe, 1988), *"no obstante reconocerse la superioridad técnica de la publicidad registral en materia inmobiliaria, con relación a la publicidad posesoria, debe destacarse que la posesión constituye la exteriorización de una situación jurídica real, de innegable trascendencia*

---

<sup>84</sup> Palmieri, Jorge, "El poseedor con boleto en la tercería de dominio", ED 135-309.

<sup>85</sup> Doctrina de S.C. de Mendoza en pleno, 6/12/91, JA 1992-I-462.

<sup>86</sup> Gatti y Alterini, "Prehorizontalidad y boleto de compraventa", ob. y tomo cit., pág. 45; López de Zavalía, Fernando, "Teoría de los Contratos, parte general", "Compraventa y Permuta", Bs. As., ed. Astrea, 1984, pág. 406.

*publicitaria, cuando se aprecia no desde el punto de vista fugaz de la tradición sino ejercida y prolongada en el tiempo durante un lapso razonable”.*

Entonces, será preferido el poseedor por boleto si la tradición es anterior al embargo por la función publicitaria de aquella y siempre que tenga buena fe.

Prestigiosos autores, en opinión diferente, otorgan preferencia a la publicidad registral, con sólidos argumentos (Gustavo Bono<sup>87</sup>, Julio Cesar Rivera<sup>88</sup>, Aída Kemelmajer<sup>89</sup>).

Gustavo Bono deduce que hay dos conductas que hay que valorar, siendo importante analizar los valores jurídicos que hay en juego: un fallo que favorezca al adquirente se ajustará a un criterio de equidad por el fin social que tuvo la reforma (arts. 1185 bis y segundo párrafo del art. 2355 del Código Civil), y en la situación que generalmente se encuentre el poseedor, las más de las veces por ignorancia o falta de asesoramiento. Por el contrario, un fallo que favorezca al acreedor embargante, responderá a un principio de seguridad jurídica, pues el acreedor cuenta con el patrimonio del deudor como garantía de su crédito. Para el derecho, continúa expresando Bono, el valor supremo no es la equidad, sino la seguridad jurídica, en sentido general y objetivo. Como consecuencia, para resolver un conflicto entre un acreedor y un adquirente por boleto, nunca puede verse comprometida la seguridad jurídica, so pena de ser equitativo. *“Si bien hay publicidad posesoria del derecho del adquirente, y no obstante la vigencia del artículo 577 del Código Civil, debe recordarse que para el caso de inmuebles la ley ha previsto todo un sistema de publicidad por medio de la registración, que deja a un lado el anuncio posesorio frente a terceros”.*

A juicio de Rivera, *“la publicidad posesoria vigente no es suficiente para excluir la buena fe del acreedor embargante o hipotecario, quienes pueden fundar su pretensión excluyente de terceros en claras disposiciones legales”.*

---

<sup>87</sup> Bono G., “El adquirente por boleto y los acreedores del vendedor”, LL 1995-E-743.

<sup>88</sup> Rivera J., “Conflicto entre acreedor embargante y poseedor con boleto de compraventa”, ED 159-246.

<sup>89</sup> Doctrina de S.C. de Mendoza en pleno, 6/12/91, Doctrina Judicial, 1992-I-1093, con voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci.

Según Kemelmajer no se trata de resolver el conflicto asumiendo la injusticia de la solución, sino de hacerlo en función de todo un sistema normativo fundado en valores que también realizan la justicia, la seguridad dinámica y, por ende, la paz social. Fija su posición y expone:

- El artículo 2505 no es un texto aislado, se completa con todo el sistema registral creado por la ley 17801.

- La publicidad registral tiende a la seguridad dinámica del tráfico, protege la apariencia jurídica que ofrecen los medios publicitarios que el propio estado organiza, por eso, éste responde cuando el servicio funciona mal.

- Esta publicidad debe otorgar prioridades, pues de lo contrario, sería un mecanismo inútil.

- El embargante se prevalece de las constancias registrales; no hay por qué obligarle a verificar el estado del inmueble sino que les basta con la publicidad del registrador, prestada por los medios previstos legalmente.

Esta solución no significa, continúa la autora, que el poseedor por boleto carezca de todo derecho frente al embargante. En efecto: puede ejercer el derecho de retención por mejoras introducidas, ofrecer al acreedor otros bienes del deudor común, pagar y compensar su saldo de precio, recuperar los gastos efectuados para producir frutos, entre otros.

## **H. Poseedor por boleto y acciones reales**

Sí puede el poseedor por Boleto ejercer las acciones reales por vía subrogatoria (art. 1196 Cód. Civil), o si éstas le son cedidas, pero nos preguntamos si puede deducirlas por "derecho propio".

Las opiniones no son uniformes y por la afirmativa se pronuncian, entre otros:

Bustamante Alsina, que sostiene que al otorgarle el carácter de dominio imperfecto al poseedor por boleto, dirá este que tiene un derecho que es oponible a terceros que están obligados a respetarlo; y si no respetan esta situación el titular de ese derecho tiene las acciones reales. Es muy importante

señalar, dice el autor, que tiene acciones petitorias, porque podría suceder que no tuviera acciones posesorias para defender su posesión por no tener el adquirente la anualidad exigida para las defensas posesorias<sup>90</sup>.

Para Fazio de Bello, sobre la base de que el poseedor por boleto tiene un nuevo derecho real por obra del agregado al artículo 2355, sostiene que el poseedor puede intentar las acciones reales reivindicatoria y negatoria si se lo despoja o se turba su posesión, respectivamente<sup>91</sup>.

López de Zavalía al afirmar que no existe dominio, se inclina por la negativa y aclara: *“el vendedor no podrá accionar por reivindicación contra el comprador, pero ello no es el resultado de lo normado por el agregado del artículo 2355, sino de los principios generales, para los que no se exige la buena fe que el agregado requiere. El vendedor por boleto que hace tradición no puede repetir”*<sup>92</sup>. (art. 515 inc. 3 Cód. Civil).

## **I. Poseedor por boleto de buena fe y concurso del transmitente**

El artículo 1185 bis incorporado al Código Civil en 1968 por la reforma introducida por la ley 17711 establece: *“Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El Juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio”*. Es preciso distinguir que la buena fe del poseedor con boleto, se refiere a la ignorancia de este del estado de cesación de pagos del transmitente. Además de la buena fe, los otros requisitos exigidos son: pago del 25% del precio por lo menos, fecha cierta del boleto.<sup>93</sup>

La fecha cierta y la publicidad, posesoria o registral, no surgen como requisitos necesarios según el artículo 1185 bis, pero la doctora Kemelmajer se expide sobre este punto en el fallo plenario de Mendoza del año 1996. *“En principio, el boleto de compraventa debe tener fecha cierta, aún cuando*

<sup>90</sup> Bustamante Alsina, J., “Derechos Reales, La posesión. Eficacia del boleto de compraventa. Las defensas posesorias en materia de muebles y extensión de la tenencia.”, ED 25-833.

<sup>91</sup> Fazio de Bello, M., ob. cit., págs. 125-131.

<sup>92</sup> López de Zavalía, Fernando., ob. y tomo cit., pág. 436.

<sup>93</sup> Cura Grassi, Domingo, ob. cit., pág. 51.

*cabe admitir que la enumeración del artículo 1035 no constituye una lista cerrada y limitada que impida el reconocimiento judicial de otros casos en que la certidumbre fáctica se imponga fuertemente a la conciencia de los jueces y el negarlo importaría hacer prevalecer el formalismo hueco, violatorio de la justicia frente a la verdad real".*

En cuanto a la publicidad, la mayoría de los autores sostiene que el boleto es oponible haya o no posesión.<sup>94</sup>

Entre otros argumentos, la jueza Kemelmajer afirma que la oponibilidad amplia del boleto de compraventa, sin exigir ningún tipo de publicidad, configuraría una ruptura ilógica, irracional dentro de nuestro sistema. Lejos de favorecer la justicia distributiva, beneficiaría el fraude. Remitimos a éste fallo citado para ver en detalle la exposición de motivos en referencia a dicho requisito.

La anterior ley de quiebras 19551, agregaba, además de los requisitos establecidos por el Código Civil, el de que se trate de un inmueble destinado a vivienda. Pero surgían en este punto las discusiones doctrinarias acerca de que debía entenderse por inmueble destinado a la vivienda; para algunos, <sup>95</sup> quienes se enrolan en una posición restrictiva: tendría que tratarse de la vivienda actual propia del adquirente y cuyo valor no supere el del bien de familia. También en el sentido de que para que resulte aplicable el mecanismo del artículo 1185 bis del Código Civil, debe tratarse de vivienda personal del adquirente<sup>96</sup>; era necesario que la misma fuera ocupada por el comprador, para otros<sup>97</sup> no era necesario que ocupara la misma, ya que se satisfacía el requisito impuesto por la ley, también, si se trataba de una casa de veraneo, o si se alquilaba a un tercero. Lo importante es que el destino de vivienda debe ser actual, sostenían algunos, es decir si se adquiere un terreno, aunque sea con intenciones de edificar la vivienda no se satisfacía el requisito impuesto por la ley.

---

<sup>94</sup> Martínez de Petrazzini, Verónica, "Ley de Concursos y Quiebras n° 24522", ed. Macchi, Bs. As., 1995, pág. 185; Fassi- Gebhardt, "Concursos y Quiebras", 5 edición, ed. Astrea, Bs. As., 1996, pág. 345.

<sup>95</sup> Nuta-Abella, A., "oponibilidad del boleto de compraventa frente al concurso del vendedor", LL, supl. del 29/4/91.

<sup>96</sup> S.C. Mendoza en pleno, 6/12/91, Doctrina Judicial, 1992-I-1093.

<sup>97</sup> C.N.Com., sala C, LL, 1975-A-193; id., SALA B, 26/5/92, LL, fallo 92.218, supl. Diario del 27/5/94, p. 5, en el que se sostuvo que "la exigencia del art. 150 de la ley de concursos no supone que se trate de vivienda personal del comprador de vivienda única".

La nueva ley de quiebras 24522, en su art. 146 reza: “...cualquiera sea el destino del inmueble”; para algunos es apropiada esta modificación, para otros no. El artículo 1185 bis no exige la inscripción registral del boleto, por lo que no sería necesaria, salvo en aquellos casos en que lo imponga la ley Nacional específica (ejemplo ley 14005 de venta de inmuebles fraccionados en lotes pagaderos a plazos.)<sup>98</sup>

Dice Kemelmajer que *aunque las referidas normas aluden sólo al caso de concurso o quiebra del deudor, también es aplicable a las ejecuciones individuales y, por lo tanto, el adquirente de un inmueble mediando boleto triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad ejercida tanto en el proceso individual como concursal si cumplimenta los requisitos exigidos (publicidad posesoria o registral, pago del 25% del precio, fecha cierta)*<sup>99</sup>.

Siguiendo esta misma corriente, donde el artículo dice “al concurso o quiebra del vendedor”, debió decir “a la ejecución del vendedor”; lo que estaría más acorde a las intenciones de los reformadores, conforme surge de los mensajes y aclaraciones que hicieron con posterioridad a la incorporación del artículo.

## **J. Poseedor por boleto y el delito de defraudación**

Dentro del capítulo IV del título VI (delitos contra la propiedad) el inciso 11 del artículo 173 del Código Penal conforme al agregado introducido por la ley 17567, prescribe:

*“Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:*

*...11) El que tornase imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no*

<sup>98</sup> S.C. Mendoza en pleno, 6/12/91, Doctrina Judicial, 1992-I-1093.

<sup>99</sup> S.C. de Mendoza en pleno, 30/05/96, JA 1997-I-83.

*importe enajenación, sea reteniéndolo, removiéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio como garantía".*

En forma categórica se expidió la Corte Suprema de Tucumán a fines de 1972. Allí, el prestigioso doctor López de Zavalía, en razón de que a su juicio el boleto de venta es "una compraventa nula y un preliminar válido", afirmó que las obligaciones de hacer "no son susceptibles del desbaratamiento incriminado por el artículo 173, inciso 11 del Código Penal", por lo tanto no se configura éste delito.

Según el sistema de nuestra ley civil, concluyó: *"para que una escritura pueda ser susceptible de desbaratar un boleto es preciso suponer que el comprador según escritura no sea un previo promisorio según boleto, que haya obtenido con anterioridad la posesión. Pues si ya antes hubo boleto y posesión por la doctrina del agregado al artículo 2355 del Código Civil, la escritura pública no da nada al segundo promisorio con buena fe (la que se presume) frente al primer promisorio que no la tuviera ya"*<sup>100</sup>.

Siendo ésta la tendencia más amplia en los últimos años no puede decirse que las opiniones sean unánimes.

Morello explica que la posición que se predique respecto de la naturaleza jurídica del boleto de compraventa tiene una profunda relevancia en la temática tratada. *"Se cometen fraudes en perjuicios de adquirentes de buena fe consistentes en que el vendedor por boleto, con posterioridad, vuelve a vender ese inmueble a un tercero otorgándole, concurrentemente, o la posesión legítima o, además, escriturándole el bien, con lo que el comprador originario verá definitivamente frustrada su expectativa legítima, de buena fe, de adquirir el dominio"*<sup>101</sup>.

Cura Grassi sostiene que: *"cuando se hace aplicación del artículo 173, inciso 9 del Código Penal, es precisamente cuando se incrimina al que vendiere; de ahí que la compra y venta de inmuebles, no conlleva necesariamente la exigencia de escritura pública, atento que ésta es un*

<sup>100</sup> C.S de Tucumán, 7/12/1972, en "Quiroga José S.", Der., vol. 49, pág. 409, fallo n° 22791; López de Zavalía, F., ob. y tomo cit., págs. 332 y sigtes.

<sup>101</sup> Cura Grassi, ob. cit., pág. 52.

*requisito que hace al nacimiento del derecho real (dominio: arts. 2506, 2602, 2609 y 2505 del C.C), pero no del personal (compra y venta: arts. 1197, 1137 y 1323 del C.C).*<sup>102</sup>

La transferencia de la propiedad, hace al derecho real; pero aquel que vende un inmueble en virtud de boleto de compraventa, lo hace en el ámbito de los derechos personales; y si vende mal, debe responder por la comisión del delito de defraudación,<sup>103</sup> por ejemplo si se vende una cosa ajena, estelionato. El artículo 172 del Código Penal se refiere al delito de estafa, que es uno de los tipos de defraudación; en el 173 de dicho cuerpo normativo se contempla el delito de defraudación, que es el género, y en el inciso 9 se trata la figura del estelionato (especie).

Quien se comprometiére por boleto de compraventa, sabiendo que no puede hacerlo, comete el delito de estelionato, aunque falte la escritura pública.<sup>104</sup>

La escritura pública, junto con la inscripción registral de la misma, hacen al aspecto de la publicidad que debe tener todo derecho real, ya que son derechos absolutos, derechos que sus titulares ejercen contra la sociedad entera, por ello para respetarlos deben ser dados a conocer previamente.

### **K. Poseedor por boleto y prehorizontalidad**

El poseedor con boleto, con posesión de buena fe, fecha cierta, que pagó ya el precio de la unidad y las expensas, tiene derecho a voto. Si bien no es este titular del derecho real de dominio, posee ciertas facultades en las relaciones de comunidad que otorga este instituto. No tendría razón de ser, si el poseedor de buena fe que pagó el precio en su totalidad, que paga mensualmente las expensas, que asiste a las asambleas, se le negara el derecho a voto<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Cura Grassi, ob. cit., pág. 52.

<sup>103</sup> Cura Grassi, ob. cit., pág. 54.

<sup>104</sup> Cura Grassi, ob. cit., pág. 54.

<sup>105</sup> Cura Grassi, ob. cit., pág. 52.

## **L. Poseedor por boleto e interdicto de adquirir**

Para la doctrina resulta difícil de aplicar esta figura procesal, atento que se le otorga a quien pretende tener una posesión que nunca tuvo, lo que es imposible, porque en última instancia, si el verdadero propietario hizo abandono del inmueble, está igualmente el Estado.

Se considera al interdicto de adquirir como una acción posesoria, ya que el que la intenta no ha tenido ni tiene la posesión, y la interposición de la acción, es con el objeto de adquirir la misma.

Conforme al artículo 607 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación los requisitos que deben estar presentes para que proceda este interdicto son: - Título suficiente para adquirir la posesión con arreglo al derecho; - Que nadie tenga título de dueño o de usufructuario o posea los bienes cuya posesión se pide<sup>106</sup>.

Es importante, para poder continuar, analizar esta situación conforme a la naturaleza que cada sector de la doctrina le asigne al boleto:

➤ Aquel sector que ve en el boleto un antecrédito, que solo genera una obligación de hacer, que se perfeccionaría en el momento de otorgarse la escritura pública; sostiene que el comprador el único derecho que tiene es a solicitar la escritura, pero no puede exigir la entrega. El boleto no configura título suficiente para la transmisión o constitución de un derecho real. El artículo 1184 inciso 1 es muy claro debe hacerse por escritura pública la transmisión.

➤ Por otro lado, los que ven al boleto como un contrato definitivo, sostienen que el mismo configura título suficiente, no para transmitir el dominio, pero sí para acreditar con fuerte presunción que el inmueble es del comprador, por lo que resulta posible la aplicación del interdicto de adquirir la posesión (hecho), independientemente del dominio (derecho)<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> Cura Grassi, ob. cit., pág. 53.

<sup>107</sup> Cura Grassi, ob. cit., pág. 53.

## **CAPÍTULO II: FORMAS Y PLAZOS PARA USUCAPIR. POSEEDOR POR BOLETO Y USUCAPION BREVE**

### **A. Prescripción adquisitiva**

*“La prescripción adquisitiva o usucapión es la adquisición del dominio (u otro derecho real) por la posesión, continua e ininterrumpida, pública y pacífica, por el plazo que fija la ley”.<sup>108</sup>*

El plazo para adquirir por usucapión bienes inmuebles variará según que, además de los elementos mencionados (posesión y tiempo), estén presentes los de justo título y buena fe (diez años), o falten ambos o alguno de ellos (veinte años).

#### **1. Prescripción breve u ordinaria**

Para adquirir un inmueble por la vía más breve, como se explicó anteriormente, se requieren, además de posesión y transcurso del tiempo, dos elementos más que deben estar presentes: El justo título y la buena fe. Dice el artículo 3999 del Código Civil: *“El que adquiere un inmueble con buena fe y justo título prescribe la propiedad por la posesión continua de diez años.”*

El justo título (causa) no es aquel que no tiene defecto alguno, porque si fuera así, no haría falta recurrir a la usucapión, para llegar a ser propietario. Justo título, en cambio, es aquel que reúne todas las condiciones de validez extrínsecas, para ser traslativo del dominio.<sup>109</sup> Reza el artículo 4010 del Código Civil: *“El justo título para la prescripción, es todo título que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, sin consideración a la condición de la persona de quien emana”*; es decir el defecto que padece el título es que, de quien emana el mismo (enajenante), carece de titularidad sobre el derecho que transmite.

---

<sup>108</sup> Musto, Néstor Jorge, ob. y tomo cit., pág. 205.

<sup>109</sup> Cura Grassi, ob. cit., pág. 53.

Es indispensable hacer referencia también a los artículos 4009 y 4012 del Código; el primero establece que el vicio en la forma del título hace presumir la mala fe del poseedor; y el segundo dice que el defecto de forma en el título, hace que este se torne inservible para adquirir por usucapión.

El justo título hace presumir la buena fe (presunción iuris tantum) del poseedor; pero puede ocurrir que no sea así.

Cuando se habla de buena fe se hace referencia a la buena fe creencia; es decir que el poseedor está convencido, tiene la convicción, de ser el exclusivo señor de la cosa.

## **2. Prescripción larga o extraordinaria**

El artículo 4015 del Código Civil establece que: *"Prescribese también la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y buena fe por parte del poseedor, salvo lo dispuesto respecto a las servidumbres para cuya prescripción se necesita título."* Continúa diciendo el artículo 4016: *"al que ha poseído durante veinte años sin interrupción alguna, no puede oponérsele ni la falta de título, ni su nulidad, ni la mala fe en la posesión"*.

Antes de la reforma de la 17711 el plazo para adquirir por usucapión larga era de 30 años, y se distinguía entre presentes y ausentes.

Los derechos reales que pueden ser adquiridos por usucapión larga son: el dominio, el condominio, usufructo, uso, habitación y las servidumbres reales, continuas y aparentes. Se requiere título para la adquisición de las servidumbres discontinuas, sean o no aparentes. Los derechos reales de garantía no se pueden adquirir por usucapión.

## **B. Poseedor por boleto y usucapión breve**

Conforme a lo explicado anteriormente no existe ningún inconveniente para adquirir inmuebles por usucapión larga; pero ¿cual sería la situación del poseedor por boleto de compraventa, y que posibilidad tiene de adquirir por prescripción adquisitiva breve?

El boleto de compraventa no constituye justo título a los fines de la usucapión breve; si bien su titular es poseedor, es poseedor ilegítimo, y por ende no tiene aptitud para adquirir el dominio, por ausencia de la formalidad de la escritura pública que exige el artículo 1184 del Código Civil.<sup>110</sup>

Al margen de si la posesión por boleto es legítima o ilegítima, la mayoría de la doctrina (Mariani de Vidal<sup>111</sup>, Bustamante Alsina<sup>112</sup>, entre otros) sostiene en concordancia con el artículo 4010 del Código Civil, que el boleto no configura justo título.

Gatti y Alterini, que consideran que el instrumento privado no es el contrato de compraventa exigido por el Código Civil, afirman que: *“No existe proyección alguna de la ley 17711, pues el boleto no es justo título para usucapir al no estar revestido de la forma de escritura pública, es decir, al no constituir un contrato de compraventa”*<sup>113</sup>.

Morello dice que *“aunque la posesión es legítima el comprador no tiene, y de hecho está persuadido –pues no cabe alegar el error de derecho- el justo título, por ausencia de la formalidad legal (la escritura pública del art. 1184, que es la única que se cuenta para que pueda operarse la transferencia de la propiedad)”*<sup>114</sup>.

Con posterioridad al agregado hecho por la ley 17711 al artículo 2355 del Código Civil, algunas opiniones aisladas consideraron al boleto como justo título para usucapir; pero la mayoría, sostiene lo contrario, basándose en la

---

<sup>110</sup> Mariani de Vidal, M., ob. y tomo cit., pág. 147.

<sup>111</sup> Mariani de Vidal, M., “El poseedor en virtud del boleto de compraventa”, LL 141-955.

<sup>112</sup> Bustamante Alsina, J., “El boleto de compraventa inmobiliaria”, LL 131-1274.

<sup>113</sup> Gatti E. y Alterini, J., “Régimen jurídico del boleto de compraventa”, LL 143-1170.

<sup>114</sup> Morello, A., ob. y tomo cit., págs. 492- 493.

afirmaciones de Vélez contenidas en la nota in fine al artículo 4012<sup>115</sup>, donde establece que la falta de forma: *“es un obstáculo invencible para que sea un justo título; tal sería la venta de un inmueble por un documento privado”*.

En situación minoritaria ha quedado Borda, creyendo éste que el boleto configura justo título para la usucapión breve en virtud del agregado del artículo 2355, dándose legitimidad a la posesión por boleto de compraventa. Este civilista sostiene que la ley 17711 le da al poseedor el rango de un verdadero dominio imperfecto, toda vez que le son reconocidos los atributos propios del Dominus<sup>116</sup>.

Conforme al artículo 3999, el adquirente por boleto, no posee un justo título para adquirir por prescripción decenal debido a la falta del requisito formal de escritura pública.<sup>117</sup>

Con respecto a la prescripción decenal, la doctrina moderna extranjera exige la inscripción del justo título en los registros, como lo hace el código portugués que establece que tiene lugar la usucapión cuando: la posesión es de buena fe, durante 10 años desde la fecha del registro. Y si la posesión es de mala fe se adquiere por prescripción a los 15 años.<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> Rocco, Emma Adelaida, ob. cit. pág. 164.

<sup>116</sup> Borda, G. A., "Tratado de derecho civil", Derechos Reales, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1975, vol. 1, pág. 317, n° 373.

<sup>117</sup> Morello, Augusto M., ob. cit., pág. 171-174.

<sup>118</sup> Rocco, Emma Adelaida, ob. cit., pág. 164.

### **CAPÍTULO III: OBLIGACION DE ESCRITURAR**

Escriturar es cumplir con la obligación principal nacida del boleto, es decir, realizar la escritura pública (título al dominio) con intervención del funcionario público. De este modo el comprador se vuelve dueño ante el vendedor, faltando solo para cerrar el ciclo la registración del título para que sea oponible el dominio frente a terceros.<sup>119</sup>

En la nota al artículo 4023, Vélez dice que: *“todas las acciones, que no sean acciones reales, o mas bien toda prescripción liberatoria, se cumple a los diez años”*. Es decir que para las acciones personales que no haya, ni en el Código ni en una ley, alguna disposición especial, prescriben a los 10 años (ejemplo: la acción por escrituración).

Conforme al artículo 4023 en concordancia con el 3956 la acción de hacer emergente del boleto de compraventa prescribe a los 10 años; plazo que comienza a correr desde que la fecha en el título de la obligación se hace exigible, siempre que no se haya indicado plazo para el cumplimiento de la misma, conforme al artículo 3957.<sup>120</sup>

Si las partes no cumplen con la obligación de escriturar, conforme lo establece el artículo 1185 del Código Civil, la misma puede ejecutarse judicialmente, y es el juez, en última instancia, quien ejecuta la prestación sustituyendo al deudor remiso (sea el comprador o vendedor).

Esto surge de la interpretación amplia que puede hacerse del artículo 505 inciso 2 que dice: *“Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son:... Para hacérselo procurar por otro a costa del deudor”*. Este principio general es aplicable a todos los supuestos en que sea posible la sustitución.

Como la escrituración es una obligación de hacer (según arts. 1185 y 1187), como regla podrá operarse la sustitución que establece el artículo 630 del Código, concordante con el 505 inciso 2. Reza el artículo 630: *“Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo*

---

<sup>119</sup> Mosset Iturraspe, Novellino, “La Obligación de escriturar”, ed. La Rocca, Buenos Aires, 2001, págs. 77-78.

<sup>120</sup> Rocco, Emma Adelaida, ob. cit, pág. 175.

*por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o solicitar los perjuicios e intereses por la inexecución de la obligación*". El artículo 512 del Código de Procedimiento de la Nación establece: *"La sentencia que condenare al otorgamiento de escritura pública, contendrá el apercibimiento de que si el obligado no cumpliere dentro del plazo fijado, el juez la suscribirá por el y a su costa"*. La sentencia debe contener no solo el plazo dentro del cual se debe hacer efectiva la condena, sino también, el apercibimiento contenido en el artículo mencionado precedentemente.<sup>121</sup>

En los casos, que por circunstancias especiales, no pueda operarse la sustitución (ejemplo por normas administrativas de parcelamiento mínimo o tramites catastrales, existencia de medidas cautelares impeditivas; como prohibición de innovar, de disponer; en fin) la firma del juez en sustitución, no podrá salvar ese impedimento.

Puede ocurrir también que hubiese un saldo de precio, por lo que el adquirente haya previsto en el boleto la constitución de hipoteca a favor del vendedor.

Establece el artículo 3128 del Código Civil que *"La hipoteca sólo puede ser constituida por escritura pública o por documentos, que sirviendo de títulos al dominio o derecho real, estén expedidos por autoridad competente para darlos, y deban hacer fe por sí mismos. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que acceda"*. El citado artículo y la prohibición del 3115 y su nota, que eliminan las llamadas hipotecas judiciales, permite hacer una doble interpretación: 1) que no puede haber promesa de hipoteca en los términos de los artículos 1184 y 1187, ó 2) Que el mismo artículo establece la posibilidad de constituir la hipoteca no solo por escritura pública, sino por otros documentos que sirven de título al dominio o derecho real, otorgados por autoridad competente y que hagan plena fe, es decir supuesto en que el juez instrumente el título. En conclusión, la interpretación que se quiera hacer y defender depende del lector, este autor se inclina por la segunda interpretación.

---

<sup>121</sup> Mosset Iturraspe, Novellino, ob. cit., págs. 77-78.

Cuando el artículo 1184 enumera los actos ad solemnitatem que deben realizarse por escritura pública, exceptúa los que fuesen realizados en subasta pública; por lo que cuando la hipoteca garantice un saldo de precio por compra en subasta, podría aplicarse el supuesto mencionado.

Más allá del caso mencionado, de compra en subasta con garantía hipotecaria por saldo, en que la hipoteca es autorizada por el juez, pueden presentarse otros casos, en que la suscripción de la escritura la realice el juez, ejecutando de este modo la obligación de escriturar que surge de la promesa de hipoteca (conforme arts. 1185 y 1187).

Esa situación no le da el carácter de hipoteca judicial, lo que chocaría con el artículo 3115 del Código Civil. El instrumento es notarial y consiste en la ejecución forzada de la voluntad ya expresada por el condenado en el contrato respectivo. La escritura de compraventa, en los casos de ejecución a que se refiere el artículo 1187, no es compraventa judicial, sino que el juez sustituye la voluntad de las partes remisas, lo mismo ocurre cuando reemplaza al deudor reticente cuando suscribe la escritura de hipoteca en cumplimiento de una promesa surgida de un instrumento privado. (arts. 1184, 1185 y 1187 del C.C).

*“Que la forma del contrato de hipoteca sea ad solemnitatem no impide el funcionamiento del contrato de promesa que es distinto de este y no constituye derecho real alguno. Si se promueve pleito y se condena a suscribir la escritura, bajo apercibimiento de ley, la sentencia no constituirá una hipoteca judicial, pues esta surge por voluntad de los interesados que se han comprometido a ello. Las cláusulas no incluidas en la promesa serán las de estilo”.<sup>122</sup>*

---

<sup>122</sup> Higthon, Elena, ob. cit., págs. 65 y sigs.

## **CONCLUSIÓN**

Llegó el momento más difícil en el camino de investigación, cual es dar un cierre al trabajo, con la postura del autor que puede o no ser compartida por el lector, debido a las innumerables opiniones sobre la materia de análisis. Antes de continuar es necesario hacer algunas precisiones; en primer lugar, el material bibliográfico utilizado pertenece a autores que tienen posturas diferentes con respecto a la naturaleza jurídica del boleto de compraventa, y de allí las diferentes posturas en cuanto a su oponibilidad. En segundo lugar no se puede dar una respuesta general diciendo si el boleto es o no oponible; sino que se analizará su oponibilidad frente a cada situación en concreto, considerando que el eje de estudio del presente trabajo es la oponibilidad del boleto frente a diversas situaciones que se suscitan en el tráfico inmobiliario.

Es indispensable hacer un comentario al agregado al artículo 2355. El mismo al utilizar el vocablo legítima no se refiere a la posesión, sino a la adquisición de la misma. La primera parte del artículo dice que la posesión será legítima cuando sea el ejercicio de un derecho real constituido conforme a las disposiciones del Código; pero el boleto, contrato por instrumento privado, no sirve para constituir el derecho real de dominio y se opone con el artículo 1184 Inciso 1, 2609, entre otros del Código Civil. Para superar este problema algunos autores, como Bustamante Alsina, hablan de un dominio imperfecto; otros de legitimidad perfecta o imperfecta (López de Zavalía); o de un tipo de posesión legítima (Games). Por todo lo expuesto se considera acertada la propuesta de la Dra. Rocco que propugna la derogación de este agregado; que en lugar de aclarar ciertas situaciones las tornó aún más complejas. Por esta parte se considera ilegítima la posesión por boleto, ya que como reza el artículo 2355, no es, aquel, título suficiente para transmitir derechos reales.

La posesión es de buena fe cuando el poseedor está persuadido, sin duda alguna, en virtud de un error de hecho excusable, de la legitimidad de su posesión, vale decir, se cree titular de un derecho real.

Entonces, si una persona cree que tiene el derecho real habiendo adquirido por un instrumento insuficiente, como es el boleto (y no por escritura

pública) ésta incurriría en un error de derecho. Consecuentemente, si él está persuadido en virtud de un error de derecho, su posesión es de mala fe.

Es decir, a pesar de lo que dice este agregado por la ley 17711, que intentó dar una solución razonable al adquirente por boleto, no hizo más que ocasionar dificultades y romper con la estructura que establece nuestro ordenamiento jurídico en materia posesoria. Tampoco se entiende como a un caso típico de posesión ilegítima de mala fe, se le agrega el término "legítimo" y además el término "buena fe", lo que resulta una contradicción porque la posesión legítima es siempre de buena fe y no existe posesión legítima de mala fe.

Para este autor, lo que se quiso decir, y como se debe entender, es que debe considerarse a la posesión por boleto de compraventa "como si fuera legítima" y no que "es legítima", por lo tanto nos adherimos a la postura de López de Zavalía. Este jurista, citado en este trabajo, en su teoría sostiene que hay posesión ilegítima pero que se asimila o aproxima a la legítima. Reconocemos que la reforma ha querido tutelar a los adquirentes que muchas veces veían frustradas sus expectativas de acceso a la vivienda propia, pero el tecnicismo utilizado no ha sido el adecuado. Por consiguiente, si le otorgamos el régimen de la posesión legítima y su tratamiento, será muy beneficioso en lo referido a los frutos, productos, mejoras, en fin. (Tema desarrollado en el capítulo II, punto k).

Se concluye entonces que el poseedor por boleto de compraventa es ilegítimo y de mala fe, pero se le aplicará el régimen de la posesión legítima.

Con respecto a la oponibilidad del boleto frente a terceros, se analizará a continuación la conclusión a la que se llegó en algunas de las diversas hipótesis, ya que no resultaría acertado dar una respuesta general.

❖ Poseedor por boleto y las acciones reales: Se descarta la idea de ver en el poseedor por boleto un dominio imperfecto, o una posesión legítima, o un derecho real. Lo cierto es que el poseedor por boleto aún no adquirió el derecho real, lo que en este caso sería un obstáculo insalvable para el ejercicio de una acción real. No hay que olvidar que el poseedor por boleto no es título suficiente. En todo caso, podría oponer la acción reivindicatoria pero no por

derecho propio, sino a través de la acción subrogatoria ejerciendo los derechos y acciones del vendedor titular del inmueble.

❖ Frente a otro boleto de compraventa: Si no se hizo tradición a ninguno prevalecerá el que tenga boleto de fecha anterior; y si se hizo tradición a ambos el primero que es puesto en posesión de la cosa, vencerá. Y si se entregó a uno la posesión, vence ese.

❖ Frente a una escritura pública: Si ninguno tiene posesión vence el que tenga fecha cierta anterior. Si tiene la posesión el comprador por boleto pero hay escritura inscrita en el registro de la propiedad con anterioridad a la posesión, prevalece la escritura, porque el comprador por boleto, debió haber tomado la diligencia de hacer las averiguaciones dominiales en el registro. Si la escritura no estuviere inscrita prevalece el poseedor por boleto.

❖ Frente a un acreedor hipotecario del transmitente: Prevalece el acreedor hipotecario si la hipoteca es anterior a la posesión, debido a que consta tal situación en el registro, y debió ser conocida por el comprador por boleto diligente. Pero si la hipoteca es posterior prevalece el poseedor por boleto, que puede oponer la publicidad de su posesión.

❖ Frente a otros acreedores del transmitente, en caso de ejecuciones individuales: Debería triunfar el poseedor con boleto ya que los créditos, salvo las hipotecas, no son registrables, y por ende no pueden ser conocidos. La vía procesal para oponerse, con la que cuenta el poseedor, es la tercería de mejor derecho, como se explicó oportunamente.

❖ Frente al locatario: Prevalece el que tenga contrato de fecha anterior si el comprador por boleto no tiene la posesión y el locatario no tiene la tenencia; y si alguno ya la tiene, sea posesión o tenencia, prevalece sobre el otro. En caso de ser el locatario, el comprador por boleto solo tiene derecho de percibir los alquileres. La discusión suele generarse cuando el contrato de locación es de fecha anterior pero sin tenencia. Para este autor prevalece el comprador por boleto que tiene la posesión.

❖ Frente al embargante: Si el embargo es anterior prevalece el embargante ya que un comprador diligente hubiese hecho las averiguaciones pertinentes

en el registro. Pero si es posterior el embargo prevalece el poseedor por boleto, por la publicidad de su posesión.

❖ Frente a la quiebra del vendedor: el boleto de compraventa será perfectamente válido entre partes y oponible a terceros si cumple ciertos requisitos como haberse pagado el 25% del precio, sin importar el destino dado al inmueble. Obviamente el adquirente debe ser de buena fe y le agregamos el requisito de la fecha cierta aunque no surja del artículo 1185 bis.

❖ El poseedor por boleto y la prehorizontalidad: comparte este autor la postura de Cura Grassi, que sostiene que si bien el boleto no hace adquirir el dominio, el poseedor por boleto de buena fe goza de ciertas facultades frente al consorcio, como por ejemplo la de voto en las asamblea, ya que el paga las expensas, entre otras cosas, y se comporta como verdadero propietario.

❖ El poseedor por boleto y el interdicto de adquirir: La opinión personal del autor es que no configura el boleto el título suficiente al que se refiere el artículo 607 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Para que proceda el interdicto de adquirir, no puede faltar la formalidad de la escritura pública.

Para finalizar, con respecto al interrogante planteado en la introducción de si es el boleto un instrumento suficiente para adquirir el dominio por prescripción breve; puede concluirse que no, ya que los requisitos para que se configure la misma son buena fe y justo título; y falta la presencia de este último.

El boleto no configura un justo título para adquirir el dominio por prescripción ordinaria ya que según el artículo 1184 inciso 1, la transmisión de derechos reales sobre inmuebles debe instrumentarse por escritura pública (acto ad solemnitatem).

Más allá de que el lector comparta parcial o totalmente las conclusiones a las que arribó el investigador luego de un minucioso estudio, sí es cierto, y nadie puede negar la gran importancia que reviste el boleto de compraventa en las operaciones inmobiliarias que se desarrollan de la vida cotidiana.

Tanto aquellos autores que lo consideran como un contrato preliminar, o los que sostienen que es un contrato definitivo, comprenden la utilidad que posee este instrumento en el tráfico jurídico; por nuestra parte, adherimos al

brillante razonamiento del maestro López de Zavalía, el cual señala que el boleto de compraventa es un contrato de naturaleza bifronte, siendo nulo como compraventa, resaltando éste que la forma requerida es ad-solemnitatem, pero al mismo tiempo es un preliminar válido en el cual las partes se obligan a la realización de la escritura respectiva.

Más allá de la calificación que quiera darse al mismo, este investigador es conciente del valor que este instrumento presenta, y de la gran utilización que se hace del mismo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

**Adrogué, Manuel**, en Adrogué y otros, "Temas de Derechos Reales", editorial Plus Ultra, Bs. As., 1979.

**Allende, Guillermo L.**, "Panorama de Derechos Reales", editorial La Ley, Bs. As., 1º Edición, 1967.

**Alterini, Jorge**, "La tutela del adquirente por boleto de compraventa fuera del Ámbito específico del artículo 1185 bis del Código Civil", ED 153-635.

**Bono, Gustavo A.**, "El adquirente por boleto de compraventa y los acreedores del vendedor", LL 1995-E-743.

**Borda, Guillermo A.**, estudio en ED, suplemento del 1/7/70.

**Borda, Guillermo A.**, "La reforma de 1968 al Código Civil", editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1971.

**Borda, Guillermo A.**, "Tratado de Derecho Civil", Derechos Reales, editorial Abeledo Perrot, Bs. As, 1975.

**Bustamante Alsina, J. M.**, "Derechos reales": la posesión. Eficacia del boleto de compraventa. Las defensas posesorias en materia de muebles y la extensión de la tenencia. ED 25-833.

**Bustamante Alsina, J. M.**, "El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor", LL 131-1274.

**Cura Grassi, Domingo**, "Derecho Inmobiliario", editorial La Rocca, Bs. As., 2006.

**Etchegaray, Natalio Pedro**, "Boleto de Compraventa", Editorial Astrea, Bs. As., 2006.

**Fassi- Gebhardt**, "Concursos y Quiebras", 5º edición, editorial Astrea, Bs. As., 1996.

**Fazio de Bello, Marta**, "El derecho real de posesión", LL, suplemento del 29/9/83.

**Games, Luis María**, "La quiebra del vendedor de inmuebles, la obligación de escriturar y las reformas al Código Civil", LL 130-1181.

**Gatti, Edmundo – Alterini, Jorge**, "El derecho real, Elementos para una teoría general", Bs. As., editorial Abeledo Perrot, 1974.

**Gatti, Edmundo- Alterini Jorge**, "Régimen jurídico del boleto de compraventa", LL 143-1155.

**Gutiérrez Zaldívar, Álvaro**, "La Hipoteca y otros derechos reales", Revista del Notariado, nº 718, jul.-ag. de 1971.

**Highton, Elena**, "Colección de Derechos Reales", Posesión, editorial Hammurabi, 1986.

**Kiper, Claudio M.**, "Código Civil Comentado". Derechos Reales, editorial Rubinzal – Culzoni, 2004.

**Laquis, Manuel**, Algunas observaciones en torno del agregado al art. 2355 del Código Civil, "Estudio y crítica del Código Civil", vol. III, 1974.

**López de Zavalía, Fernando J.**, "Derechos reales", editorial Zavalía, Bs. As., 1989.

**López de Zavalía, Fernando J.**, "Teoría de los Contratos", editorial Zavalía, Bs. As., 1997, 4º edición, parte general.

**Llambías, Jorge J.- Alterini, Jorge H.**, Código Civil Anotado, tomo IV- A, "Derechos Reales", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981.

**Mariani de Vidal, Marina**, "Curso de derechos Reales", editorial Zavalía, Bs. As., 1998.

**Mariani de Vidal, Marina**, "El poseedor en virtud del boleto de compraventa", LL 141-941.

**Martínez de Petrazzini, Verónica**, "Ley de Concursos y Quiebras nº 24522", editorial Macchi, Bs. As., 1995.

**Morello, Augusto M.**, "El Boleto de Compraventa Inmobiliaria", editorial Platense, Bs. As., 2008.

**Moisset de Espanés, Luis**, "Automotores y Motovehículos- Dominio", editorial Zavalía, Bs. As., 1992.

**Mosset Iturraspe, Novellino**, "La Obligación de escriturar", Bs. As., editorial La rocca, 2001.

**Musto, Néstor Jorge**, "Derechos Reales", editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.

**Nuta, Ana-Abella, Adriana**, "oponibilidad del boleto de compraventa frente al concurso del vendedor", LL, supl. del 29/4/91.

**Palmieri, Jorge**, "El poseedor con boleto en la tercería de dominio", ED 135-309.

**Papaño, Ricardo José y otros**, "Derechos Reales", editorial Depalma, Bs. As, 1990.

**Racciatti, Hernán**, "Manual de la Propiedad Horizontal. Interpretación exegética de la ley 13.512, concordada con la jurisprudencia", editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1998.

**Rivera, Julio César**, "Conflicto entre acreedor embargante y poseedor con boleto de compraventa", ED 159-246.

**Rocco, Emma Adelaida**, "Boleto de Compraventa", editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.

**Spota, Alberto G.**, "Artículo 2355 del Código Civil reformado por la ley 17711 y posesión legítima del comprador de buena fe con boleto de compraventa inmobiliaria", ED, suplemento del 6/4/82.

**Spota, Alberto G.**, "Curso sobre temas de Derecho Civil", Publicación del Instituto Argentino de Cultura Notarial, Bs. As., 4º Edición, 1971.

**Spota, Alberto G.**, "el artículo 2355 del Código Civil y la posesión legítima del comprador de buena fe con boleto de compraventa inmobiliaria, ED 98-821.

**Spota Alberto G.**, "Sobre las reformas al Código Civil", Bs. As., editorial Depalma, 1969.

## **INDICE**

INTRODUCCIÓN.....	1
JUSTIFICACION.....	3
OBJETIVOS GENERALES.....	4
OBJETIVOS PARTICULARES.....	4
<b>PRIMERA PARTE.</b>	
<b>CAPÍTULO I: ANTECEDENTES</b>	
A. Origen histórico del derecho real y de su terminología. Historia.....	5
B. El derecho real en la Argentina y su clasificación conforme al Cód. Civil.....	6
C. El boleto de compraventa antes de la ley 17711.....	9
D. Evolución y origen del boleto de compraventa.....	10
<b>CAPÍTULO II: DE LA POSESION</b>	
A. Concepto y naturaleza.....	12
B. Etimología de la palabra posesión.....	14
C. Distintos sentidos en que se utiliza la palabra posesión.....	14
D. La terminología en el Código Civil argentino.....	15
E. La terminología en los códigos modernos.....	15
F. Extensión de la posesión a otros derechos reales distintos del dominio.....	17
G. La cuasiposesión.....	18
H. La coposesión.....	19
I. Elementos.....	20
J. Clasificación.....	22

K. Importancia de la clasificación y sus consecuencias.....	26
L. Derechos y obligaciones del poseedor de buena o de mala fe en caso de reivindicación triunfante.....	26
1. La reivindicación.....	26
2. Frutos.....	27
3. Productos.....	29
4. Mejoras y gastos.....	29
5. Destrucción o deterioro de la cosa.....	30
M. Importancia de la posesión.....	31

### CAPÍTULO III: DEL BOLETO DE COMPRAVENTA.

A. Concepto y naturaleza jurídica.....	32
B. El boleto y la posesión. El agregado al artículo 2355 del Código Civil.....	35

## SEGUNDA PARTE

### CAPÍTULO I: El adquirente por boleto. Efectos frente a otras relaciones jurídicas

A. Frente a otro boleto de compraventa sobre el mismo inmueble. Distintas Hipótesis.....	40
B. Frente a un contrato de compraventa instrumentado en escritura pública..	41
C. Frente a un acreedor hipotecario del transmitente.....	42
D. Frente a otros acreedores del transmitente, en caso de ejecuciones individuales.....	44
E. Frente al locatario.....	44
F. Frente al transmitente. ....	45
G. Frente al embargante.....	45

H. Poseedor por boleto y acciones reales.....	48
I. Poseedor por boleto de buena fe y concurso del transmitente.....	49
J. Poseedor por boleto y el delito de defraudación.....	51
K. Poseedor por boleto y prehorizontalidad.....	53
L. Poseedor por boleto e interdicto de adquirir.....	54

**CAPÍTULO II: FORMAS Y PLAZOS PARA USUCAPIR. POSEEDOR POR BOLETO Y USUCAPION BREVE.**

A. Prescripción adquisitiva.....	55
1. Prescripción breve u ordinaria.....	55
2. Prescripción larga o extraordinaria.....	56
B. Poseedor por boleto y usucapion breve.....	57

**CAPÍTULO III: OBLIGACION DE ESCRITURAR.....59**

**CONCLUSIÓN.....62**

**BIBLIOGRAFÍA.....67**

**INDICE.....70**

**ANEXOS “JURISPRUDENCIA” .....73**

-Suprema Corte de Suprema de Justicia de Mendoza, en pleno, 6/12/1991, causa Minni, Miguel A. y otro en Gómez, H. v. Grzona, Juan C., JA 1992-I-462.

-Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en pleno, 30/05/1996, causa Coviram Ltda., JA 1997-I-83.

**Tribunal:** Sup. Corte Just. Mendoza, en pleno

**Fecha:** 06/12/1991

**Partes:** Minni, Miguel A. y otro en Gómez, H. v. Grzona, Juan C.

**Publicado:** JA 1992-I-462.

►EMBARGO - Oponibilidad al adquirente con boleto de compraventa

---

Mendoza, diciembre 6 de 1991.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 Const. Prov. (1) y 7 de la ley 4969 (2), el tribunal se plantea la siguiente cuestión a resolver: "¿Son oponibles al acreedor embargante los derechos derivados del boleto de compraventa inmobiliaria?"

La Dra. Kemelmajer de Carlucci dijo:

I. Advertencia inicial

En este llamado a plenario el tribunal pregunta: ¿Son oponibles al acreedor embargante los derechos derivados del boleto de compraventa?

La amplitud de esta fórmula permite introducir las siguientes cuestiones:

- a) ¿Debe distinguirse el supuesto del "adquirente" por boleto según se le haya o no transmitido la posesión?
- b) ¿Es indiferente el destino del inmueble?
- c) ¿Qué recaudos debe cumplir el boleto para ser oponible?
- d) ¿Por qué vía debe ser opuesto?

II. La dificultad del tema

Bien se ha dicho que "la opción entre los derechos adquiridos por un poseedor con boleto y los de un acreedor embargante (salvo la existencia de prueba acabada sobre la mala fe de uno de ellos), es siempre desgarradora para el juez que no se conforma con una aplicación fría de la ley y busca, "más allá de la postura académica, conformar su conciencia en la convicción de haber arribado a una decisión justa" (Palmieri, Jorge, "El poseedor con boleto en la tercería de dominio", ED. 135-307).

Hace más de una década preguntaba Dalmiro A. Atienza: ¿Quién puede afirmar que no se siente sobrecogido frente a las discrepancias reinantes en nuestra doctrina y jurisprudencia acerca de la naturaleza jurídica del boleto de compraventa inmobiliaria y de sus efectos entre partes, así como de su grado de oponibilidad a terceros? (Alsina Atienza, Dalmiro, "En torno de las inquietantes discrepancias sobre los efectos del boleto de compraventa inmobiliaria. Una nueva interpretación del derecho vigente", RDCO año 11, 1978, p. 325).

El juez Pliner expone en sus brillantes fallos que la reforma legislativa de 1968 provocó una de las más borascosas polémicas doctrinarias que a nivel rigurosamente jurídico se haya conocido entre nosotros. No obstante, en su opinión, el calor de la controversia ha cedido y hoy es posible una interpretación pacífica y serena de los textos innovadores en armonía con el sistema fundamental del código (C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1ª, 01/03/1989. -Aimar, Guillermo, tercería de dominio en autos Lorea, Roberto v. Tapia, Norberto, ED 135-307) (3).

Antes de 1968, la jurisprudencia, en forma casi unánime, no hacía lugar a la tercería interpuesta por el comprador de un bien inmueble mediante boleto de compraventa frente al acreedor embargante del bien, sea por deuda quirografaria o hipotecaria (un completo análisis de esa jurisprudencia y doctrina puede verse en Bruzzón, Juan C., "Conflicto entre el comprador de un inmueble con boleto y el embargante del bien" ED 43-1200).

Las normas incorporadas por la reforma sirvieron para fortalecer y debilitar, al mismo tiempo, la posición del adquirente por boleto frente a los terceros que invocan derechos emergentes de su posición registral. En efecto, mientras los arts. 1185 bis y 2355 CCiv. (4) tuvieron por finalidad la protección del adquirente, el art. 2505 (5) parece poner una lápida sobre sus pretensiones frente a los llamados terceros registrales, entre los cuales se ubica al embargante. Esta oposición ha motivado que algunos autores utilicen expresiones por demás elocuentes: "reforma v. reforma; 2355 v. 2505 ", etc. (Para esta terminología ver Fazio de Bello, Marta E., "El derecho real de posesión -art. 2355, último párrafo agregado por la reforma-. Sus acciones reales", LL 1983-D-927).

### III. Los precedentes del tribunal

La Sala 1ª ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre alguno de los asuntos debatidos, pero lo ha hecho, fundamentalmente, en los supuestos de quiebra del titular registral; es decir, en aquellos casos en que el adquirente por boleto (poseedor o no), reclama al juez concursal la escrituración. Aunque en muchos de estos precedentes he hecho alusión a la problemática de los arts. 2355 y concs., las referencias están estrictamente vinculadas a su inserción en el proceso concursal y a la oponibilidad de la presunta legitimidad de la posesión al concurso (Ver fallos registrados en LS 187-443; LL 1986-C-541, y JA 1985-II-347; y RDCO año 18-387; LS192-496; 194-159 y JA 1987-III-193; LS 195-49; LS 202-250 ó LL 1988-E-74 y LS 218-115).

En otros supuestos, el tribunal ha abordado la cuestión en la ejecución individual, pero para determinar el carácter no definitivo de la sentencia del

tribunal de grado que declara la improcedencia de la tercería de dominio, pues al recurrente le quedan aun otras vías (LS 218-94 y JA 1991-I-485).

#### IV. El art. 2505 del Código Civil y su influencia en el caso a resolver

Dispone el art. 2505: "La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Estas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas".

De esta norma se deduce que el adquirente por escritura pública no inscrita no puede oponer su derecho al embargante que, de buena fe, se prevaleció de las constancias registrales.

Siendo ello así, parecería que no hay nada más que agregar. Si el acreedor embargante priva sobre el adquirente por escritura pública no inscrita, a fortiori debería hacerlo sobre un mero comprador por boleto.

Sin embargo, la cuestión no se agota en el principio antes expuesto. Por lo pronto, aun manejándonos exclusivamente con la publicidad registral, es menester analizar la época en que la documentación tuvo acceso al registro.

En tal sentido, recuerdo que, antes de la sanción de la ley 17801 (6), que expresamente regula los alcances de la prioridad indirecta del certificado (art. 22.), la Cámara Nacional de Comercio en pleno resolvió el 18/02/1966, in re Betes, Vicente v. Arena, Carlos y otros (ED 13-745 (7) y LL 121-510 (8)): "El embargo anotado sobre un bien inmueble con posterioridad a la escritura traslativa de dominio, pero con anterioridad a su inscripción en el Registro de la Propiedad, no tiene preferencia sobre ésta".

#### V. Caso que no ofrece dudas: el adquirente por boleto posterior al embargo

Si el embargo fue trabado antes de la enajenación mediante boleto de compraventa, el boleto y la posesión consecuente son inoponibles al embargante.

Esta solución fue consagrada por la sala 1ª de este tribunal (ver fallo del 19/09/1988, recaído in re Barón de González v. Alvarez, registrado en LS 205-310), por la C. Nac. Civ., sala C (13/09/1979 - López Llamas, A. v. Gressen S.R.L. v. Pes, LL 1980-A-81) (9) y por el despacho unánime de la Comisión n. 2 de las Jornadas de Derecho Civil reunidas en Mendoza en agosto de 1983; se funda en las siguientes razones:

a) Aunque se admita la subsistencia de la publicidad posesoria, los supuestos de colisión entre ésta y la publicidad registral deben resolverse con el principio básico de los derechos reales: prior in tempore, potior in iure.

b) Nadie puede transmitir un derecho más extenso que el que tenía (art. 3270) salvo disposición legal que así lo establezca. Si la cosa se transmitió cuando el

embargo ya estaba anotado, el adquirente que conoció o pudo conocer la existencia de la traba no puede pretender ser titular sin gravamen alguno.

c) El mínimo de diligencia que es dable esperar en el accionar del contratante que pretende invocar a su favor la buena fe impone la consulta de los registros inmobiliarios como paso previo a la formalización de cualquier operación (conf. Palmieri, Jorge, "El poseedor con boleto en la tercería de dominio", ED 135-309; Pose, Carlos, "Con relación a la tercería de dominio", DT t. L, 1990-B-1385).

VI. Boleto inscripto en el registro o cautelara trabada en juicio de escrituración con anterioridad a la traba del embargo

No entro en la discusión de si corresponde o no la anotación de los boletos de compraventa y en qué casos. Sólo afirmo que si el boleto ha tenido acceso registral, el embargante posterior no puede pretender mejor derecho que el adquirente, pues lo cierto es que su prioridad surge de un registro que, al mismo tiempo, le está publicitando la nueva situación jurídica que tiene el inmueble (conf. García Coni, Raúl, "Oponibilidad inscriptiva de los boletos de compraventa", Rev. del Notariado n. 820, 1990, p. 212).

Consecuentemente, un adquirente de buena fe, mediante boleto inscripto, tendrá mejor derecho que un embargante posterior, por aplicación del principio prior in tempore potior in iure (conf. Martínez, Hernán, "Procesos con sujetos múltiples", Bs. As., ED La Rocca. 1987, t. 2, p. 277; ponencia de los Dres. Brebbia, Chávarri y Andorno a las Primeras Jornadas de Derecho Civil, Mendoza, 1983; para la viabilidad de la tercería de mejor derecho en quien invoca un crédito no dinerario, ver Moisset de Espanés, Luis, "Reflexiones sobre las tercerías de mejor derecho", JA 1986-II-161 y, fundamentalmente, Podetti, Ramiro, "Tratado de la tercería", 2ª ed. actualizada por Guerrero Leconte, Bs. As., Ediar, 1971, n. 42 y ss.).

Igual solución corresponde cuando el adquirente por boleto ha iniciado un juicio por escrituración y se ha anotado cualquier cautelara que informe sobre este juicio (anotación de litis, prohibición de contratar, etc.) (Conf. Martínez, Hernán, ob. cit., t. 2, p. 280 y ss.).

Ingreso ahora al análisis de la hipótesis conflictiva, es decir, la del boleto no inscripto y embargo trabado con posterioridad al boleto.

VII. La incidencia del art. 1185 bis CCiv. modif. por el art. 150 LC. y la visión integradora del derecho: Conflicto entre el adquirente de inmueble con destino vivienda personal y el embargante

1. La regla general: El art. 1185 bis CCiv. dispone: "Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el 25 % del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa del dominio".

Esta norma, de naturaleza contractual, fue modificada por el art. 150 de la ley 19551 (10) -t.o.- (11) que limitó sus alcances al supuesto en que el inmueble tiene destino vivienda.

En mi opinión, la ruptura de la regla del *ius parit* y la restricción de los términos de los arts. 1185 bis CCiv. a los del art. 150 LC tiene base constitucional y por ende, cuando la ley exige destino vivienda, está ciñéndose a la vivienda personal del adquirente, tal como explícito a lo largo de mi voto.

Con fundamento en estos dos artículos, adelanto que, en mi opinión, en este conflicto triunfa el adquirente por boleto, quien dispone de una "acción de oponibilidad de su derecho", o si se quiere de "declaración de inoponibilidad del embargo" (Para esta terminología ver Bustamante Alsina, Jorge H., "Derechos reales: La posesión. Eficacia del boleto de compraventa. Las defensas posesorias en materia de muebles y extensión a la tenencia", ED 25-837).

La vía para oponer esta prioridad en la ejecución individual es la tercería de mejor derecho, pues, cualquiera sea la naturaleza del derecho acordado por la ley, supone una prioridad excluyente frente al resto de los acreedores del titular registral, pues permite al adquirente separar el inmueble de la prenda común.

Explicaré las razones de la solución que propongo:

a) Si el adquirente por boleto con destino a vivienda puede oponer su derecho en la quiebra, a fortiori está facultado a hacerlo en la ejecución individual (conf. López de Zavalía, "Derechos reales", Bs. As., Ed. Zavalía, 1989, p. 437; Do Campo, Adriana y Forte, Roberto, "El art. 1185 bis CCiv.: Su ámbito de aplicación. El boleto de compraventa y la quiebra", LL 1988-D-881; Sup. Corte Bs. As., 24/06/1986: Penas, Ricardo en Auzmendiá v. Urban; JA 1987-I-227, con nota de Lázzari, Eduardo N., "Conflicto entre el adquirente por boleto de inmueble y el acreedor embargante del vendedor. Tercería de mejor derecho"; C.Civ. y Com. Mercedes, sala 2ª, 07/02/1985: Campana, Francisco y otra en Barbieri v. Bianchi de Zanandrea y otra JA 1985-III-275).

b) No ignoro que la prestigiosa sala 1ª de la C.Civ. y Com. Bahía Blanca, ha sostenido que "el art. 1185 bis constituye una norma muy especial, encaminada a tutelar el derecho del comprador de buena fe por boleto en el caso de concurso o quiebra del vendedor y a ello se circunscribe el celo del legislador; la ley dice que el boleto es oponible al concurso, en el sentido incuestionable de que el derecho personal derivado de este contrato no debe verificarse como un crédito común dentro de la masa, sino que es 'el concurso' el que debe cumplir el contrato" (C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1ª, 01/03/1989 - Aimar, Guillermo, tercería de dominio en autos Lorea, Roberto v. Tapia, Norberto, ED 135-307) (12).

Sin embargo, esta norma es de singular importancia para interpretar el sistema general. La solución contraria es absolutamente disvaliosa, llevando a un verdadero despropósito, pues obliga al adquirente a peticionar la quiebra del vendedor como única alternativa para poder oponer su derecho al resto de los acreedores; para mayores males, algún tribunal declaró que el acreedor de

una obligación de hacer (escriturar), no tiene título para petitionar la apertura del concurso civil del vendedor (ver jurisprudencia citada por Iglesias, José A., "Concursos -años 1984, 1985, 1986-", en RDCO, año 19, 1986, p. 919).

c) No desconozco doctrina y jurisprudencia que atiende sólo al destino objetivo del inmueble y critica la solución del art. 150 LC. (ver, por ej., C. Nac. Com, sala C, 16/07/1976 - Zaro Vals v. Nogoyá SA., LL 1977-A-55, con nota de Bendersky, Mario, "El destino del bien como requisito para la oponibilidad del boleto de compraventa inmobiliario al concurso civil y mercantil del vendedor"; la sala A de la C. Nac. Com. el 28/06/1988 in re, "La Martona SA.", dispuso la escrituración de un lote de terreno, (RDCO, año 21, 1988, p. 649) pues el loteo o parcelamiento tenía preestablecido que allí se edificarían viviendas; para un análisis de las diferentes posturas ver Forte, Roberto y Do Campo, Adriana, "El art. 1185 bis del CCiv. Los requisitos necesarios para la oponibilidad del boleto a los terceros", LL 1990-B-917).

Sin embargo, tengo el convencimiento de que la distinción entre el mero adquirente de inmueble y aquél que le da destino vivienda personal tiene base constitucional, desde que el art. 14 bis del ordenamiento fundamental (13) del Estado, asegura a los habitantes el derecho a una vivienda digna. Así lo ha sostenido la Corte Federal en fallo del 13/05/1982, recaído in re José Chanza y Cía. SA. v. Cairatti y Casaux S.R.L. (ED 99-725): "La aplicación de la parte 2 del art. 150 de la ley 19551 no es inconstitucional ni puede considerarse violatoria de la garantía del derecho de igualdad, por ser igualmente razonable la protección que la norma brinda a los adquirentes de bienes destinados a vivienda, tanto más cuanto que el acceso a una vivienda digna tiene también tutela constitucional". Prestigiosos tribunales del país requieren, a los efectos de la oponibilidad, del destino vivienda personal (ver C. Nac. Com., sala D, 268/79. - De Sanctis v. Ansaldi Behety SA., LL 1980-D-487, con nota de Migliardi, Francisco, "Limitación del art. 150 de la LC. a los casos de inmuebles destinados a vivienda" -en el caso, se niega derecho a la escrituración a una S.R.L.; para otras tesis más abiertas, ver Rivera, Julio C. "Boleto de compraventa y quiebra" LL 1985-C-44).

d) La interpretación histórica de los arts. 1185 bis CCiv. y 150 LC. lleva al mismo resultado. Como dije en mi voto registrado en LS 195-49, todos los plenarios dictados en la materia han tenido como preocupación última la escasez de vivienda. Recordé en ese precedente las palabras de Borda: "La crisis de la vivienda y la sanción de la ley de propiedad horizontal dieron lugar a que especuladores dotados de poco capital y mucha audacia se lanzaran a construir grandes edificios contando con el dinero de los futuros propietarios" (La reforma del Código Civil, ED 31-1002); también las de Martínez Ruiz: "Las dramáticas características de la crisis de la vivienda, agravada por las conocidas dificultades de muchas empresas dedicadas a la construcción de edificios que venden unidades independientes, hacen ciertamente patét cas las situaciones que se están presentando" (LL 110-230). Por eso se ha dicho que el art. 150 LC. creó una limitación a la aplicación del art. 1185 bis y acentuó el sentido social de la norma esclareciendo el pensamiento del legislador (Ver voto del Dr. Pliner, 10/03/1983, ED 106-336) (Para esta cuestión, compulsar igualmente voto del Dr. Halperín en el plenario del 29/11/1967 - Lozzi v. Socha SA. y otros, LL 128-925 y JA 1967-VI-321 y los valiosos antecedentes doctrinales

citados por el Dr. Martiré en su voto en el plenario Arturo de Zaguir, María v. Concepción Arenal SA., ED 94-649 (14)).

2. Requisitos para la oponibilidad del boleto con destino a vivienda frente al embargante:

La oponibilidad del adquirente de vivienda personal, aun sin posesión, al embargante, requiere de una serie de recaudos:

a) En principio, el boleto de compraventa debe tener fecha cierta (conf. Gatti-Alterini, "Prehorizontalidad y boleto de compraventa", 2ª ed., Bs. As., Ed. La Ley, 1981, p. 35; conf. Forte-Do Campo, "El art. 1185 bis del Cód. Civil. Los requisitos necesarios para la oponibilidad del boleto a los terceros", LL 1990-B-916), aun cuando cabe admitir que la enumeración del art. 1035 "no constituye una lista cerrada y limitada que impida el reconocimiento judicial de otros casos en que la certidumbre fáctica se impone fuertemente a la conciencia de los jueces y el negarlo importaría hacer prevalecer el formalismo hueco, violatorio de la justicia frente a la verdad real" (voto del Dr. Pliner, transcripto por Palmieri, Jorge, ob. cit., ED 135-309).

Y esta certidumbre fáctica muchas veces se alcanza a través de la posesión pública y pacífica (C. Nac. Civ., sala B, 25/08/1976 - Cuffré, Telésforo F. v. Progno, Raimundo, JA 1977-II-456; aclaro que el fallo sigue la tesis de Borda, para quien basta la prueba de la posesión, aunque no exista fecha cierta; ver fallo de la C. Nac. Com., sala C, 25/06/1982 - Lodema S.R.L. v. Ponce de León, Miguel A., LL 1982-D-396 en la cual se hace lugar a la escrituración, aun sin boleto escrito, pues a más de los actos posesorios públicos, pacíficos e indiscutidos, el síndico había señalado al actor como adquirente por boleto en su informe general).

b) El boleto no requiere publicidad, ni inscriptoria ni posesoria (conf. Gatti-Alterini, ob. cit., p. 36; aunque critican la solución).

En contra de esta posición ha dicho López de Zavalía que si la escritura pública no es oponible a terceros sin la inscripción, sería contrario a todos los principios el suponer que el boleto pudiera tener más fuerza que ella (López de Zavalía, ob. cit. "Teoría de los contratos", t. 1, p. 211). No comparto este criterio. La oponibilidad de este tipo de boletos no surge de considerarlo un derecho real regido por el art. 2505, sino de la protección especial que el ordenamiento jurídico (comenzando por la CN), da a la vivienda.

La innecesariedad de la inscripción rige, incluso, en los inmuebles con destino a vivienda en construcción regidos por la ley 19724 (15). Ha dicho con acierto la C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1ª in re Gatti, Julio y otro v. Monte Paco SA., ED 106-337: "Es inadmisibles la interpretación del art. 12 de la ley 19724 que considera a la falencia del vendedor como un tercero a quien el boleto no inscripto es inoponible, porque ello implicaría aniquilar la garantía brindada al comprador para quien la inscripción no es obligatoria, de manera que resultaría que el incumplimiento de un acto puramente facultativo, tendría por efecto la pérdida de su derecho".

El prestigioso tribunal bahiense reiteró su doctrina el 17/03/1983 - Bejar, Víctor v. Monte Paco SA., quiebra (ED 107-317 y JA 1984-II-234): "La determinación de quienes son los terceros mencionados en el art. 12 de la ley de prehorizontalidad debe hallarse en la valoración de todo el sistema tutelar organizado y sucesivamente completado por el art. 1185 bis CCiv. y 150 LC., normas que apuntan a proteger la debilidad del adquirente de unidades habitacionales mediante contratos constantes en instrumentos privados, tutelando un interés privado con proyecciones de interés social, como es la vivienda del adquirente".

Estos principios son aplicables a la ejecución individual: el adquirente por boleto con destino a vivienda personal, aun en el régimen de la prehorizontalidad, puede oponer su derecho al embargante. Las protecciones se suman y no se restan.

Sería absolutamente contradictorio que el adquirente de un régimen específicamente pensado en protección de los compradores se encontrara en peor situación que el regido por los principios generales.

c) Quien invoca en su favor los derechos emergentes del boleto debe haber adquirido del titular registral o estar en condiciones de subrogarse en los derechos de la persona a quien el titular registral transmitió; en otros términos, debe acreditarse un perfecto eslabonamiento entre adquirentes sucesivos (ver fallo de la sala 1ª, del 01/10/1990 in re Sotomayor, Nicolás en j., LS 217-163.

d) Este adquirente debe probar haber pagado el 25 % del precio antes de la traba del embargo.

e) El adquirente debe ostentar buena fe. Utilizo la expresión con un sentido distinto al del art. 2356 CCiv., la buena fe se refiere "a la conducta del adquirente en la concertación del negocio jurídico y consiste en haberlo celebrado sin connivencia con el promitente". (Alterini-Gatti ob. cit., "Prehorizontalidad y boleto", p. 35).

f) Insisto en que el art. 150 LC. no exige posesión (conf. despacho unánime de la comisión n. VI de las Terceras Jornadas Rioplatenses de Derecho, San Isidro, 1981). No obstante, la prueba de que el inmueble se destina a vivienda personal del adquirente se facilita cuando existe posesión y se dificulta notoriamente cuando no se ejerce este poder sobre la cosa. No desconozco la crítica formulada por cierto sector de la doctrina, que entiende que el legislador sustituyó -erróneamente- el recaudo de la posesión por el del pago del 25 % del precio (ver, por ej., Nuta, Ana Raquel y Abella, Adriana, "Oponibilidad del boleto de compraventa frente al concurso del vendedor", LL 1991-B-437); pero se trata de meras propuestas de modificación del sistema vigente, reconociéndose que, de lege lata, no se requiere la posesión.

g) El cumplimiento del recaudo de destino vivienda no se altera por una ausencia meramente temporaria y debidamente justificada (C. Nac. Civ., sala A, 06/12/1989 - Grimaux, Gabriel v. Centro de Suboficiales, Asoc. Mutual, LL 1991-B-439).

VIII. El poseedor mediando boleto de compraventa de un inmueble no destinado a vivienda. Incidencia del art. 2355 del Cód. Civil. El presunto derecho real de dominio imperfecto o de posesión

Ahora bien, el problema reside en saber si el poseedor, mediando boleto de compraventa, de un inmueble cuyo destino no es vivienda, puede oponer los derechos derivados de su posesión al embargante.

1. Antes de la sanción de la ley 1771 (16), un importante sector de la doctrina sostuvo la prelación del adquirente por boleto frente al embargante. Así por ej., Alsina Ateiza sostenía: "La parte enajenante que ha hecho la tradición traslativa de la posesión sin otorgar todavía la escritura, sólo retiene la "forma" necesaria para perfeccionar la transmisión dominical al adquirente de la posesión. Pues la posesión, ¿qué es sino el contenido útil del dominio? Diríamos que el vendedor, para emplear una expresión gráfica, se ha desprendido de ese contenido y se ha quedado con algo así como un dominio nudo y vacío, transfiriendo al comprador el derecho real posesorio del que hablara la Corte de Bs. As. (Su intervención en las Segundas Jornadas de Derecho Civil, Corrientes, 3-6 de nov. de 1965, Ed. Universidad Nacional del Nordeste, p. 69). En otros términos: 'Una vez que el vendedor ha suscripto el boleto y entregado la posesión, ha salido de su patrimonio todo el 'contenido útil' del dominio. Sólo le queda el derecho de exigir las contraprestaciones pactadas y la obligación de suscribir la correspondiente escritura traslativa de dominio y, esto último, en sí mismo, es muy poca cosa, ya que si no la firma él, una vez cumplidas las obligaciones del comprador, la suscribirá el juez" (Bruzzón, Juan C., "Conflicto entre el comprador de un inmueble con boleto y el embargante del bien", ED 43-1208).

En términos similares, decían Gatti-Alterini: "Es explicable el triunfo del poseedor por boleto frente a los acreedores en cuestión, porque el dueño del inmueble se desprendió de su posesión y el comprador la adquirió legítimamente con apoyo de un título suficiente a tales efectos (adquisición posesoria)" (Gatti-Alterini, "Régimen jurídico del boleto de compraventa", LL 143-1168).

2. La reforma de 1968 agregó al art. 2355 CCiv. un segundo párrafo que dispone: "Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmueble de buena fe, mediando boleto de compraventa".

De esta norma, para algunos, un verdadero enigma (ver López de Zavalía, Fernando, "Derechos reales", t. 1, Bs. As., Ed. Zavalía, 1989, p. 412), prestigiosa doctrina ha derivado la existencia de un derecho real de posesión y otros un dominio imperfecto (ver Cifuentes, su voto en disidencia de la C. Nac. Civ., sala C, 24/09/1981 - Concepción Arenal 1635 Soc. en Comandita por Acciones v. Ortiz Vallier, ED 96-502 (17), con nota crítica a la mayoría de Borda, Guillermo, "La Posesión adquirida por boleto de compraventa y la quiebra del vendedor"; del mismo autor, "Acerca de la posesión legítima y el abuso del derecho", ED 55-203; Spota, Alberto, "Art. 2355 del Cód. Civil - ref. ley 17711 y posesión legítima del comprador de buena fe con boleto de compraventa inmobiliaria", ED 98-821; Bustamante Alsina, Jorge, "Derechos reales; la posesión. Eficacia del boleto de compraventa Las defensas posesorias y extensión a la tenencia", ED 25-833).

No comparto esta posición y explicaré por qué:

a) La primera parte del art. 2355 ha permanecido inalterada; es decir, aun en el régimen actual, la posesión legítima es aquella que configura el ejercicio de un derecho real constituido de conformidad a las normas del código; el art. 1184, por su parte, requiere ineludiblemente de un instrumento público para que el derecho real se transmita y, consecuentemente, nazca el del sucesor particular inter vivos.

b) En principio, afirmar que la posesión es un derecho real contradice el régimen de nuestro código, que no sólo no enumera la posesión entre los derechos reales sino que regula a la posesión como un elemento de los derechos reales (ver nota de Vélez Sarsfield al libro tercero, quien expresa: "Al tratar de las cosas y de la posesión antes que de los derechos reales, seguimos la opinión y el método de Mackeldey, porque las cosas y la posesión son los elementos de los derechos reales").

c) Se afirma que el poseedor por boleto tiene un derecho real que no requiere publicidad. En otros términos, que el 2505 se detiene frente al 2355 CCiv. (ver Spota, ob. cit., ED. 98-824).

Sin embargo, si la ley 17711 introdujo la publicidad registral para la oponibilidad a terceros interesados de los derechos reales, no se explica por qué este derecho real no requiere registración. En este sentido, me parece más coherente la tesis de aquellos que, admitiendo que estamos en presencia de un nuevo derecho real, exigen la anotación del boleto para su oponibilidad a terceros (ver Wayar, Ernesto, "Compraventa y permuta", Bs. As., Astrea, 1984, p. 581; Garrido-Cordobera de Garrido, "Compraventa", Bs. As., Ed. Universidad, 1982, ps. 179, 185 y ss.).

d) Que la posesión sea un hecho o un derecho no modifica la cuestión; aun admitiendo tal derecho real, la mención del art. 2355 (ejercicio de un derecho real), no puede referirse sino a otro derecho real diferente de la posesión misma, pues de no ser así, el artículo sería, en mi opinión, incomprensible.

e) No es la posesión en sí misma la que opera la transferencia de los bienes del patrimonio del deudor al de un tercero; afirmar que el boleto más la tradición han producido tal transmisión implica -en mi concepto- confundir (usando la terminología de López de Zavalía), el negocio obligacional y el negocio traslativo.

f) El párrafo introducido no dice que la posesión sea legítima sino que considera legítima la adquisición, aserto que implica que este verdadero poseedor no ha accedido a su situación por vías antijurídicas, razón por la cual, puede hacerse oír en justicia.

La declaración de considerar legítima a la adquisición no es inútil, pues simplifica algunos aspectos antes conflictivos: así, por ej., se aclara que se trata de un verdadero poseedor (algunos habían entendido que era un mero tenedor, sin advertir que la tenencia no consiste sólo en reconocer en otro la propiedad, sino en reconocer en otro la posesión (Ver López de Zavalía, ob. cit.,

"Derechos reales", t. I, p. 419; para la jurisprudencia anterior a 1968 que lo juzgaba poseedor ver Laquis, Manuel, "Derechos reales", t. I., Bs. As., Depalma, 1975, p. 305); además, por efecto de la legitimidad de la adquisición, el poseedor por boleto puede rechazar la acción de reivindicación intentada por el enajenante o por quienes son sus sucesores universales o particulares; es viable el embargo y ulterior subasta de los derechos y acciones del poseedor por boleto, etcétera.

Un prestigioso magistrado ha dicho que a estos efectos, se use la terminología que se quiera, lo constituyen en un poseedor legítimo (es decir, un dueño, un dominus) frente a cualquier tercero. Se pregunta quién es el verdadero dueño si el enajenante no tiene acción reivindicatoria y, además, puede embargar y subastar el bien que está en posesión del adquirente (ver voto minoritario del Dr. Bulygin, C. Nac. Civ. y Com. Federal, sala 3ª, 10/05/1990, Herrera, Agustín, JA 1990-IV-377).

Contesto que esto hace a las relaciones entre enajenante y adquirente o los terceros que se subrogan en su misma posición jurídica, pero no con relación a los terceros ajenos o extraños a esa relación.

Tener una calidad frente a unos y otra diferente frente a otros no es incomprensible en un régimen de registros declarativos, como es el inmobiliario regulado por las leyes 17711 y 17801. En efecto, naciendo el derecho real fuera del registro, pero haciéndose oponible cuando hay ingreso del documento, se produce la coexistencia de derechos más fuertes y menos fuertes; más o menos oponibles.

g) El boleto de compraventa no sólo no es un título suficiente para transmitir el dominio, sino que ni siquiera es un justo título, pues de conformidad al art. 4010 del CCiv. el vicio de forma en el título de adquisición, hace suponer mala fe en el poseedor y la buena fe, en materia de usucapión, se funda, objetivamente, en el justo título (conf. López de Zavalía, ob. cit., "Derechos reales", t. I, p. 435; en contra Borda, Guillermo, "Derechos reales", n. 373).

h) Pero aún más; decir que la posesión es legítima no implica, per se, afirmar que tiene prioridad sobre el embargante; en efecto, las consecuencias de la legitimación, como las de la buena fe, están reguladas por el ordenamiento civil y éste también se encuentra integrado por el art. 2505 y la ley 17801 que declaran que la transmisión de los derechos reales sólo se considerará perfeccionada respecto de terceros después de la registración (ver Laquis, Manuel, "Derechos reales", t. I., Bs. As., Depalma, 1975, p. 313; conf. Kiper, Claudio M., "Posesión adquirida mediante boleto de compraventa. Inexistencia de un caso de dominio imperfecto", JA 1991-I-491).

En esta línea de pensamiento recuerdo que las Quintas Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Rosario (set. de 1971) resolvieron: "Es necesario reemplazar los arts. 1185 bis y 2355 última parte por un régimen eficaz de protección a los adquirentes por boleto de compraventa, el que debe contemplar las variadas situaciones que pueden presentarse sujetándose a un adecuado régimen de publicidad".

i) El adquirente por boleto tampoco tiene un dominio imperfecto. Esta figura está regulada en los arts. 2507 y 2661 y ss. CCiv. No alcanzo a comprender cómo la situación del poseedor mediando boleto pueda encuadrar en el dominio revocable, ni en el fiduciario, ni en el desmembrado; nada lo asemeja a los dos primeros; en cuanto al último, es aquél "reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil"; tampoco se configura el supuesto legal, pues en todo caso, el titular del dominio imperfecto sería el enajenante y no el adquirente.

j) El art. 2602 CCiv. dispone que, para transferir el dominio, la tradición debe ser por título suficiente; mientras él no se haya producido, el dominio subsiste en la cabeza del anterior propietario. Concordantemente, el art. 2609 dispone que el dominio de los inmuebles se pierde después de firmado el instrumento público de enajenación; no es posible escindir ambos aspectos, que confluyen a un mismo fin, pues se hallan íntimamente ligados.

k) Todo cuanto vengo diciendo ha sido afirmado enfáticamente para la quiebra. Es la doctrina implícita de la Corte Nacional, cuando resuelve que la fallida que hizo tradición pero no escrituró el inmueble no destinado a vivienda no ha perdido el derecho de dominio y, consecuentemente, el síndico puede oponerse a la pretensión de escrituración (C.S. 13/05/1982 - José Chanza y Cía. SA. v. Cairatti y Casaux S.R.L. , ED 99-725).

El voto mayoritario del plenario de la C. Nac. Com., del 08/07/1981 in re Arturo de Zaquir, María v. Concepción Arenal (ED 94-648; JA 1981-III-195; LL 1981-C-465) se funda en las mismas razones para resolver que "El pago del 25 % del precio a que alude el art. 1185 bis CCiv. debe haber sido efectuado por el comprador antes de la falencia del vendedor, haya mediado o no por parte del ahora fallido la entrega de la posesión del inmueble vendido a aquél".

Otros tribunales del país también han sostenido la insuficiencia de la mera posesión para hacer oponible el boleto (C. Civ. y Com. Rosario, sala 3ª, 29/05/1981 Debailleux de Mancuso, E.D. 97-431, C.Civ. y Com. Bahía Blanca - sala 1ª, 01/03/1989 - Aimar, Guillermo , en Lorea, Roberto, JA 1989-IV-Indice - p. 149 - sums. 1 a 3 C. Nac. Com., sala E, 19/02/1988 - Lechiguanas SA. s/conc. prev. inc. de verif. por Aifra e Hijos SA., LL 1988-D-483. En contra Spota, ob. cit., 98-825, para quien el art. 1185 bis prevé el supuesto del adquirente por boleto que no tuvo posesión; en cambio, el 2355, oponible también en la quiebra, prevé el caso del poseedor por boleto y no se exige ni el pago del 25 % del precio ni el destino vivienda).

1) En suma, como afirma Morello, se puede decir que la posesión adquirida de buena fe por boleto es más que la simple tenencia, pero menos que la que ejerce el titular del dominio: la transmisión y la posesión recibida mediando boleto es "legítima" en todas las cuestiones que se susciten entre comprador y vendedor, pero cuando entran en colisión con los derechos de terceros, habrá que hacer en cada caso las necesarias diferenciaciones para acordarle o no a esa posesión, eficacia y oponibilidad según la determinación del juego combinado y preferente de los textos (Morello, Augusto, "Boleto de compraventa", La Plata, ed. Platense, 1975, p. 755; del mismo autor, "La posesión

legítima, la tercería de dominio y los derechos que acuerda la compraventa inmobiliaria instrumentada por boleto", JA 22-1974-453).

3. Todo lo expuesto trae como conclusión ineludible la improcedencia de la tercería de dominio, fundada, como su propio nombre lo indica, en el derecho real de propiedad, inexistente en el caso. Si el boleto mismo no es un título de dominio porque este derecho real sólo le será transmitido al comprador mediante la escritura respectiva y su consiguiente inscripción en el registro, el adquirente por boleto no puede invocar calidad de propietario ni pretender oponer su derecho por la vía de la tercería de dominio (conf. Sup. Corte, Bs. As., 24/06/1986 - Penas, Ricardo, en Auzmendiá v. Urban, JA 1987-I-227, con nota de Lázzari, Eduardo N., "Conflicto entre el adquirente por boleto de inmueble y el acreedor embargante del vendedor. Tercería de mejor derecho"; C.Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1ª, 01/03/1989 - Aymar, Guillermo tercería de dominio en autos Lorea, Roberto v. Tapia, Norberto, ED 135-307 (18); mayoría de la C. Nac. Civ. y Com. Federal, sala 3ª, 10/05/1990 - Herrera, Agustín, JA 1990-IV-377; C. Nac. Com., sala A, 09/09/1983 - Longo, Salvador y otros v. Lozano, ED 110-437; C. 1ª Civ. y Com. San Isidro, 20/04/1978 - Palavecino v. Reissis, LL 1978-C-115; C. 1ª Apels. Mar del Plata, sala 1ª 05/04/1973, Moreno Angel en Márquez, Luis v. Acosta, LL 153-208. Niegan la vía de la tercería de dominio: Mariani de Vidal, Marina, "La tercería de dominio, el boleto de compraventa y los arts. 1185 bis del CCiv. y 150 de la LC", Rev. Jus n. 22, p. 151; Aranda Lavarello, Eduardo, "Tercería de dominio intentada sobre la base de un boleto de compraventa", LL 153-208. En contra, propiciando la existencia de un derecho real y, consecuentemente de la tercería de dominio, Bruzzón, Juan C., "Conflicto entre el comprador de un inmueble con boleto y el embargante del bien", ED. 43-1205. Ver también Garrido-Cordobera de Garrido, "Compraventa", Bs.As., Ed. Universidad, 1982, p. 181; ponencias presentadas a las Primeras Jornadas de Derecho Civil, Mendoza, 1983 por los siguientes participantes: Noemí Lidia Nicolau y Alicia Oviedo Bustos; Mosset Iturraspe, Instituto de Derecho Privado de Junín, provincia de Bs.As).

IX. La inexistencia de un derecho de propiedad y de otro derecho real perfecto o imperfecto, ¿supone total inoponibilidad al embargante de la posesión mediando boleto de compraventa?

1. No está suficientemente aclarado si la publicidad registral incorporada por las leyes 17711 y 17801 eliminó la publicidad posesoria.

La respuesta negativa ha sido sostenida por prestigiosos doctrinarios.

En tal sentido, se dijo en la comisión n. 4 del Segundo Encuentro de Abogados Civilistas (Santa Fe, 1988): "No obstante reconocerse la superioridad técnica de la publicidad registral en materia inmobiliaria, con relación a la publicidad posesoria, debe destacarse que la posesión constituye la exteriorización de una situación jurídica real, de innegable trascendencia publicitaria, cuando se aprecia no desde el punto de vista fugaz de la tradición sino ejercida y prolongada en el tiempo durante el lapso razonable" (ver comentario de estas recomendaciones en Andomo, Luis O., "Vigencia de la publicidad posesoria en materia de derechos reales", Zeus, t. 50-D-193).

También a nivel jurisprudencial se ha sostenido, en un fallo de la sala C de la C. Nac. Civ., que el poseedor que adquirió un boleto prevalece sobre el comprador que tiene escritura pública, de fecha anterior al boleto, pero a quien no se le transmitió posesión (LL 1977-A-517). El criterio ha sido seguido por la sala F: "En el conflicto entre la oponibilidad del derecho que asiste al adquirente por boleto que cuenta con posesión, frente al adquirente por escritura que no ha recibido la tradición, debe prevalecer el poseedor por boleto, porque el propietario se ha desprendido de la posesión del inmueble y el promitente de compra (por boleto) la ha adquirido legítimamente, en virtud de un título suficiente para producir adquisición posesoria (13/11/1990 - Seminara, José M. v. Carballal, José y otro, LL 1991-C-349 (19) ED 143-152, fallo n. 43.567 (20); del mismo tribunal, fallo del 18/03/1986, LL 1986-D-236 (21), con nota laudatoria de Causse, Jorge, "Contenido y prueba de las formas legales en la tradición posesoria"; conf. conclusiones de la comisión n. 3 del Primer Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1987). A idéntica solución debe llegarse cuando entran en conflicto dos adquirentes por boleto; uno con posesión y otro sin ella (C. Nac. Civ., sala C, 13/09/1979-López Llamas, A. en Gressen N. v. Pes, Juan LL 1980-A-84 (22); conf. Do Campo, Adriana y Forte, Roberto, "El art. 1185 bis del CCiv: Su ámbito de aplicación. El boleto de compraventa y la quiebra", LL 1988-D-881).

Comparto esta solución, pues los derechos en conflicto están estrechamente vinculados a la posesión; consecuentemente, mal puede un comprador por escritura pública invocar buena fe si no le hicieron tradición, justamente porque había otro que la detentaba (ver conclusiones de las Séptimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, formuladas demasiado ampliamente: "Cuando entran en colisión la publicidad posesoria y la publicidad registral inmobiliaria, triunfa la primera en el tiempo siempre que sea de buena fe". Aún así, esta solución ha merecido importantes críticas de la doctrina; ver Capón Filas, Mario J., y Etchevers, Pedro, "La publicidad registral en las Octavas Jornadas Nacionales de Derecho Civil", ED 98-829).

La respuesta está íntimamente vinculada a la posición a la que se adhiera respecto a los requisitos de la oponibilidad registral. Por mi parte, coincido con Alterini en que la tesis objetiva, que prescinde del conocimiento que los terceros tengan de la disconformidad que pueda existir entre la realidad registral y la extraregistral, no se compadece con una interpretación integradora del ordenamiento. En efecto, el tercero que intenta prevalerse de la inscripción registral debe ser de buena fe (arts. 2015, 2091, 2103, 2106 CCiv). (Llambías-Alterini, "Código Civil comentado", Bs.As., Abeledo Perrot, t. IV-A p. 292). En esta línea, las Primeras Jornadas de Derecho Registral de San Rafael recomendaron: "Para que el tercero interesado pueda invocar el desconocimiento de la realidad extraregistral de las mutaciones reales, debe ser de buena fe, la que se presume mientras no se pruebe que conoció o debió conocer la inexactitud del registro (incluso la existencia del acto causal)".

La inexistencia de buena fe es suficiente para impedir la prioridad invocada por quien conocía la situación extraregistral (este y no otro, en mi opinión, debió ser el argumento decisivo en el caso resuelto por la Sup. Corte Bs. As. el 12/03/1974 in re Nocetti, Alfonso v. Zorzi y otros, ED 55-203; LL 155-139 o JA 22-1974-451, con nota de Morello, "La posesión legítima, la tercería de dominio y los derechos que

acuerda la compraventa inmobiliaria instrumentada por boleto"; conf. Martínez Ruiz, Roberto, "Efectos de la posesión legítima del titular de un boleto de compra de una unidad de vivienda", LL 1982-A-117).

2. Pero en este plenario enfrentamos un derecho que se ejerce por la posesión con otro que no requiere de ella y a cuyo titular no cabe, en principio, imponer el control directo sobre la cosa, cual es un embargante.

Algunos autores entienden que a este acreedor le basta invocar las constancias registrales, desde que nada le obliga a tomar, como recaudo previo, la comprobación del estado de ocupación del inmueble que embarga. "Ninguna disposición legal lo obliga a hacerlo y demandárselo redundaría en contra de la celeridad que exigen las relaciones comerciales y, en especial, convertiría en letra muerta el mecanismo legal vigente, según el cual las certificaciones del registro de la propiedad son el único medio para la exteriorización de situaciones jurídicas de que se toma razón" (Palmieri, ob. cit., ED 135-313; Mariani de Vidal, Marina, "El poseedor en virtud de boleto de compraventa", LL 141 p. 954).

Otros, por el contrario, se preguntan cómo es posible que el adquirente tenga tanta fuerza como para paralizar una acción reivindicatoria y tanta debilidad como para hacer inoponible su derecho a un mero acreedor quirografario embargante (voto del Dr. Bulygin, cit. JA 1990-IV-378). En esta línea de pensamiento, se ha sostenido que este poseedor de buena fe mediando boleto de compraventa, que ha pagado el precio, podría invocar un mejor derecho que el embargante, canalizable por la vía de la tercería de mejor derecho, o una tercería de posesión (ver Sup. Corte Bs. As., 24/06/1986, ED 121-205 y JA 1987-I-227, con nota de De Lazzari, Eduardo N., "Conflicto entre el adquirente por boleto de un inmueble y el acreedor embargante del vendedor. Tercería de mejor derecho"; el comentarista se pregunta si, en el caso, la Corte podía invocar el iuria novit curia para modificar la pretensión deducida; por mi parte, advierto que no está claro si, en el caso, el inmueble estaba destinado a vivienda, pero el tribunal sita en su apoyo el art. 1185 bis. Prestigiosos autores nacionales han sostenido la prioridad del poseedor mediando boleto de compraventa frente al embargante. Ver Gatti-Alterini, "Prehorizontalidad y boleto de compraventa", cit. 45; Mosset Iturraspe, Jorge, su informe como miembro relator de la comisión n. III, "Boleto de compraventa", al plenario de las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes, provincia de Bs.As., 1983, en Rev. Jurídica del Colegio de Abogados de Mercedes, año 1986 n. 2, p. 77 (23) y López de Zavalía, Fernando, "Teoría de los contratos. Parte general", "Compraventa y permuta", Bs. As., Astrea, 1984, n. 406; también su voto como integrante de la sala 1ª del Sup. Trib. Jujuy, 13/04/1984, Mercado v. Arando, Suc., ED 109-231; ponencia del Dr. Julio Garrigós a las Primeras Jornadas de Derecho, Mendoza, 1983; fue el criterio receptado en la comisión n. 3 del Primer Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1987, pero el despacho fue suscripto por 8 personas y se abstuvieron 14 y por el despacho mayoritario del tema 3 en las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civ I, Mercedes, 1983; antes de la sanción de la ley 17711 fue el criterio sostenido por mayoría en la comisión n. VI en las Segunda Jornadas de Derecho civil, Corrientes, 1965.

3 . Después de muchas vacilaciones, marchas y contramarchas, voy a dar mi adhesión a la primera posición expuesta, es decir, a la que otorga prioridad al embargante de buena fe, sobre el poseedor por boleto de un inmueble no destinado a vivienda; asumo el riesgo de sufrir críticas severas; por ej. la formulada por el prestigioso juez Cifuentes, quien ha sostenido que la posición que defenderé "margina la fuerza preceptiva del nuevo art. 2355, atándolo a un legislador que captó la sociedad de 1871 y desentendiéndose de la concepción inteligente del legislador de 1968, preocupado por la defensa de los adquirentes, respetuoso del bien común, inclinado a solucionar nuevos fenómenos y atento a las maniobras en la sociedad de masa" (ver su voto en LL 1982-A-119) (24).

Creo respetuosamente que no es así y explicaré por qué:

a) El art. 2505 no es texto aislado; se completa con todo el sistema registral creado por la ley 17801. La publicidad registral no fue incorporada a nuestro sistema por un capricho del legislador; por el contrario, ya estaba en los ordenamientos públicos provinciales y, consecuentemente, en los usos del pueblo.

b) La publicidad registral tiende a la seguridad dinámica del tráfico; protege la apariencia jurídica que ofrecen los medios publicitarios que el propio Estado organiza; por eso, éste responde cuando el servicio funciona mal.

La protección de esa apariencia, como dijo el despacho mayoritario de la comisión 8 de las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985), constituye un principio de derecho, que se extrae de una interpretación integradora del ordenamiento jurídico y deriva de la finalidad de cubrir las necesidades del tráfico, la seguridad dinámica y la buena fe.

c) Esta publicidad, salvo una norma constitucional que permita otra interpretación (como es el supuesto del valor superior que asienta en la protección de la vivienda personal) o mala fe o torpeza o negligencia de quien pretende prevalecer de ella, debe otorgar prioridades, pues, de lo contrario, sería un mecanismo inútil.

d) El embargante se prevalece de las constancias registrales; no hay por qué obligarle a verificar el estado del inmueble sino que le basta con la publicidad del registrador, prestada por los medios previstos legalmente (art. 22 ley 17801)

e) No se trata de oponer seguridad jurídica a equidad. Perelman, gran defensor de la equidad y de los métodos dialécticos en la aplicación del derecho dice: El Derecho, tal como nosotros lo concebimos, no puede descuidar la seguridad jurídica y debe por esta razón, evitar la subjetividad y el arbitrio, pues el juez deriva su autoridad del Estado, que le confiere competencia y poder; no es posible equiparar, pura y simplemente, lo que es justo conforme a Derecho y lo que le parece justo a un individuo. La afirmación de que tal tesis es preferible en Derecho supone la existencia de un orden jurídico, pues de otro modo sería imposible motivar de una manera jurídicamente válida la parte dispositiva del fallo. Ningún jurista puede negar que la seguridad jurídica, que otorga la capacidad de prever de una manera prácticamente satisfactoria las

reacciones de los encargados de decir el derecho, sean jueces o agentes de la administración, constituye un valor central del derecho (Perelman, Chaim, "La lógica jurídica y la nueva retórica", Madrid Ed. Civitas SA., 1979, p. 9).

En la Argentina toda persona, por escasos que sean sus conocimientos legales, sabe que mientras no se le escriture, tiene derechos inestables, sometidos al riesgo propio de la falta de completividad de los recaudos normativos. Esta conciencia popular se fue formando aún antes de la ley 17711, cuando las provincias crearon, antes que la Nación, los registros inmobiliarios.

La seguridad dinámica, tan unida a la paz social, fundan, en mi criterio, la solución legal.

Consecuentemente, no se trata de resolver asumiendo la injusticia de la solución, sino de hacerlo en función de todo un sistema normativo fundado en valores que también realizan la justicia, en el caso, la seguridad dinámica y, por ende, la paz social.

Por lo demás, tampoco puede dejar de meritarse que el embargante no siempre es un prestamista; por el contrario, a veces se trata de un trabajador (como en el caso en que se ha llamado a plenario), de un acreedor de una prestación alimentaria, de un vendedor que se desprendió del único bien que tenía, del damnificado por un hecho ilícito, etc. ¿Qué marcaría el criterio de equidad subjetiva del juzgador en estos supuestos?

X . Los derechos del poseedor de buena fe de inmueble no destinado a vivienda

La solución que propongo no significa que el poseedor por boleto carezca de todo derecho frente al embargante.

En efecto, la subasta recae sobre un inmueble poseído por un tercero, quien tiene a su favor todos los derechos emergentes de la posesión, entre ellos, el de retención por las mejoras (ver fallo del 26/06/1990, Aspertec Soc. Col. v. Cortés y Cia. S.R.L., LL 1990-E-201 , con nota laudatoria de Trigo Represas, Felix A., "Ejercitación judicial de derecho de retención", y en ED 138-758); podría también, por la vía del art. 1196 CCiv, como un verdadero procurator in rem suam, ofrecer al acreedor embargante otros bienes del deudor común (conf. Do Campo, Adriana y Forte, Roberto, "El art. 1185 bis del CCiv: Su ámbito de aplicación. El boleto de compraventa y la quiebra", LL 1988-D-895, quienes toman la idea de López de Zavalía, ob. cit, ps. 228/9); pagar y compensar su saldo de precio (Ballester, Horacio C., "Primacía del título de dominio no registrado sobre el embargo trabado con posterioridad a su otorgamiento", LL 1976-C-537); recuperar los gastos efectuados para producir los frutos, procurarse el reintegro de lo invertido en gastos necesarios ó útiles, etc. (ver Martínez Ruiz, Roberto, "Efectos de la posesión legítima del titular de un boleto de compra de una unidad de vivienda", LL 1982-A-119).

## XI. Conclusiones

De todo lo expuesto concluyo:

1 . El embargo trabado sobre un inmueble con anterioridad a la enajenación mediando boleto de compraventa es oponible al "adquirente".

2 . El boleto que ha tenido acceso registral, sea por su anotación o por la traba de una cautelar que lo presupone, es oponible al embargante posterior, a través de la tercería de mejor derecho o de la acción de oponibilidad.

3 . El ordenamiento jurídico, interpretado sistemáticamente, distingue según cual sea el destino del inmueble adquirido mediante boleto de compraventa (vivienda personal del adquirente o cualquier otro destino).

4 . El "adquirente" de un inmueble con destino vivienda mediando boleto, tenga o no posesión, haya o no inscripto ese instrumento, triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad, si se cumplen los siguientes recaudos:

a) Que el boleto tenga fecha cierta o exista certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo. La posesión pública y pacífica es un elemento trascendente para acreditar tal certidumbre fáctica.

b) Que el tercerista haya adquirido de quien es el titular registral o que esté en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre sucesivos adquirentes.

c) Que el tercerista sea de buena fe y haya pagado el 25% del precio con anterioridad a la traba del embargo.

5. El embargante de buena fe, aquél que conocía la realidad extraregistral, puede oponer su derecho al poseedor y al "adquirente" sin posesión de un inmueble que no tiene por destino su vivienda personal.

6 . El poseedor puede oponer al embargante todos los efectos que derivan de la posesión misma (restitución de mejoras, derecho de retención, adquisición de frutos, etc.) y de su carácter de acreedor (art. 1196 CCiv y cons.).

Los Dres. Porrás, Romano, Llorente, Nanclares y Moyano, adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Por el mérito que resulta del acuerdo que antecede esta Suprema Corte de Justicia en pleno declara que:

1 . El embargo trabado sobre un inmueble con anterioridad a la enajenación mediando boleto de compraventa es oponible al "adquirente".

2 . El boleto que ha tenido acceso registral, sea por su anotación o por la traba de una cautelar que lo presupone, es oponible al embargante posterior, a través de la tercería de mejor derecho o de la acción de oponibilidad.

3 . El ordenamiento jurídico, interpretado sistemáticamente, distingue según cual sea el destino del inmueble adquirido mediante boleto de compraventa (vivienda personal del adquirente o cualquier otro destino).

4 . El "adquirente" de un inmueble con destino vivienda mediando boleto, tenga o no posesión, haya o no inscripto ese instrumento, triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad, si se cumplen los siguientes recaudos:

a) Que el boleto tenga fecha cierta o exista certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo. La posesión pública y pacífica es un elemento trascendente para acreditar tal certidumbre fáctica.

b) Que el tercerista haya adquirido de quien es el titular registral o que esté en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes.

c) Que el tercerista sea de buena fe, y haya pagado el 25% del precio con anterioridad a la traba del embargo.

5. El embargante de buena fe, aquél que no conocía la realidad extrarregistral, puede oponer su derecho al poseedor y al "adquirente" sin posesión de un inmueble que no tiene por destino su vivienda personal.

6. El poseedor puede oponer al embargante todos los efectos, que derivan de la posesión misma (restitución de mejoras, derecho de retención, adquisición de frutos, etc.) y de su carácter de acreedor (art. 1196, CCiv. y concs).- Aída K. de Carlucci.- Alfredo Porras.- Fernando Romano.- Pedro Llorente.- Jorge Nanclares.- Carlos E. Moyano.

**Tribunal:** Sup. Corte Just. Mendoza, en pleno

**Fecha:** 30/05/1996

**Partes:** Coviram Ltda.

**Publicado:** JA 1997-I-83.

► **COMPRAVENTA - Boleto - Oponibilidad en el concurso y en la ejecución individual -**

Con nota de ADOLFO A. N. ROUILLÓN

Mendoza, mayo 30 de 1996.- De conformidad con lo establecido en el art. 160 Const. Prov. (2), el tribunal en pleno debe responder a la cuestión relativa a la "oponibilidad del boleto de compraventa en el concurso y en la ejecución individual".

La Dra. Kemelmajer de Carlucci dijo:

I. Los precedentes del tribunal

1. La cuestión propuesta fue objeto de un plenario anterior del 6/12/91 recaído in re "Ongaro de Mini y otros" en fº 1339 Mini, Miguel y otro en fº 37 Gómez. v. Grzona (3) b/ord. tercería s/casación" (L.S. 225-197).

El fallo tuvo amplia difusión, por lo que no insistiré ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia que lo fundaron, y a la que me remito (compulsar J. de Mza. n. 41, p. 5: Rev. Foro de Cuyo n. 4, p. 99 y n. 5, p. 281 con nota aprobatoria de Alicia Puerta de Chacón; JA 1992-I-462; LL 1992-B-160, DJ 1992-1-1093, Rev. Notarial n. 912, p. 409 y ED 147-437). Simple y brevemente, me permito recordar las grandes direcciones, distinciones y principales puntos de apoyo normativo de esa decisión.

El fallo parte de dos grandes pautas distintivas:

- la fecha y
- el destino del inmueble.

En efecto, su parte resolutive dice:

"1. El embargo trabado sobre un inmueble con anterioridad a la enajenación mediando boleto de compraventa es oponible al adquirente.

2. El boleto que ha tenido acceso registral, sea por su anotación o por la traba de una cautelar que lo presupone, es oponible al embargante posterior, a través de la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad.

3. El ordenamiento jurídico interpretado sistemáticamente, distingue según cuál sea el destino del inmueble adquirido mediando boleto de compraventa (vivienda personal del adquirente o cualquier otro destino).

4. El adquirente de un inmueble con destino vivienda mediando boleto, tenga o no posesión, haya o no inscripto ese instrumento, triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad si se cumplen los siguientes recaudos:

a) Que el boleto tenga fecha cierta o exista certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo. La posesión pública y pacífica es un elemento trascendente para acreditar tal certidumbre fáctica.

b) Que el tercerista haya adquirido de quien es el titular registral o que esté en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes.

c) Que el tercerista sea de buena fe y haya pagado el 25% del precio con anterioridad a la traba del embargo.

5. El embargante de buena fe, aquél que no conocía la realidad extra registral, puede oponer su derecho al poseedor y al adquirente sin posesión de un inmueble que no tiene por destino su vivienda personal.

6. El poseedor puede oponer al embargante todos los efectos que derivan de la posesión misma (restitución de mejoras, derecho de retención, adquisición de frutos, etc.) y de su carácter de acreedor (art. 1196 CC.)."

2. La pauta temporal no ha sufrido modificaciones. El criterio del destino, en cambio, ha tenido, legislativamente, un giro de ciento ochenta grados, cual es que el artículo 146 párr. 2 Ley de Concursos 24522 (antes art. 150 de la ley 19551) admite la oponibilidad del boleto a la quiebra cualquiera sea su destino.

El nuevo texto dice:

"Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera abonado el 25% del precio. El juez deberá disponer en estos casos, cualquiera sea el destino del inmueble, que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio contra el cumplimiento de la prestación correspondiente al adquirente. El comprador podrá cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador fuere a plazo, deberá constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio".

Cabe entonces pronunciarse sobre los efectos que la nueva ley debe tener sobre la interpretación judicialmente fijada durante la vigencia de la ley 19551 . Se aclara, además, que en todo aquello que no se expongan criterios diversos, continúan rigiendo las pautas fijadas en el plenario del 6/12/91.

II. La doctrina y jurisprudencia posterior al plenario

1. La doctrina plenaria transcripta, obligatoria en el ámbito de nuestra provincia, aunque generó gran seguridad, no fue compartida, en general, ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia allende la provincia. Los argumentos que han fundado la oponibilidad de la compraventa celebrada por el deudor a la quiebra y al embargante, cualquiera sea el destino del inmueble, han sido diversos: también lo son las soluciones a las que se arriba. Veamos algunas:

a) La posición más favorable al comprador es sostenida por la Sup. Corte Bs. As., que acoge la tercería de dominio con fundamento en el art. 1185 bis CC. sin atender a las limitaciones que impuso la anterior legislación concursal (compulsar, entre otros, fallo del 9/2/93, "Club Personal Banco Río Negro y Neuquén en fº Gaucci", [5] ED 153-635, con nota de Alterini, Jorge, "La tutela del adquirente por boleto de compraventa fuera del ámbito específico del art. 1185 bis CC."; JA 1994-I-19 y JA 1994-IV-181, con nota de Morello, Augusto M., "El boleto de compraventa inmobiliaria: su fuerza sociológica y la necesidad cualificada de tutelarla", o LL 1994-C-207, con nota de Miguel, Juan Luis, "El boleto de compraventa y el art. 1185 bis CC. "). Otros fallos han acogido, con igual motivación, la tercería de mejor derecho (3/8/93, "González Escandón en fº Banco Oddone v. Graetz", LL 1994-B-461, con nota aprobatoria de Morello, Augusto, "El boleto de compraventa como sostén legítimo de la tercería"; JA 1993-IV-391; Rev. del Notariado n. 837, p. 346 con idéntica nota y Rev. Jurídica Delta n. 1, 1993, p. 37).

Este tribunal ha sostenido que "si bien es cierto que la publicidad registral hace a la seguridad jurídica de quien adquiere, también es cierto que no existe norma legal que establezca esa obligación, de manera que su ausencia no empece a la posibilidad de oponer el boleto contra quien adquiere un derecho sobre el bien con posterioridad al mismo" (26/10/93, Fhur, Alfonso, "Tercería de mejor derecho en autos Caamaño v. Garraldo resc. de contrato y daños y perjuicios", ED 159-246, con nota desaprobatoria de Rivera, Julio C., "Conflicto entre acreedor embargante y poseedor con boleto de compraventa").

Los tribunales bonaerenses han seguido esta jurisprudencia pero se muestran, razonablemente, muy exigentes en los requisitos: así, por ej., se ha rechazado la tercería si el boleto no tiene fecha cierta (C. Civ. y Com. de Bahía Blanca, sala 1ª, 15/3/94, "Tetilla, Juan C. s/tercería de mejor derecho", Rev. de Jurisprudencia Provincial, año 5, n. 4, abril 1995, p. 263; en otros casos, en cambio, el análisis de los recaudos ha podido ser soslayado por razones formales (ver, por ej., fallo de la C. Civ. y Com. Mercedes, sala 1ª, 30/6/92, "Rando y otra v. Rocha", JA 1994-I-21).

Con especial relación a la fecha cierta, cabe recordar que la Sup. Corte Bs. As. ha priorizado su exigencia, menoscabando (aunque por razones formales en el caso), la importancia de la publicidad posesoria. En efecto, en sentencia del 13/6/95 recaída in re "Radil López v. Canellas de Nicastri", confirmó el fallo de la Cámara que rechazó la aplicación del art. 1185 bis porque el instrumento presentado, aunque tenía el timbrado fechador del Banco de la Prov. de Buenos Aires, no era idóneo a los efectos del inc. 1 art. 1035 CC, por no haber quedado archivado, no habiendo el recurrente impugnado correctamente las razones por las cuales se había privado de valor decisivo a la posesión del pretensor (LL Bs. As. 1995-909).

En esta tendencia, otro tribunal bonaerense, la sala 2ª de la C. Civ. y Com. de San Martín, el 28/10/95, in re "Trigales, E. en Los Primos v. César", hizo lugar a la tercería deducida por el adquirente por boleto, sin posesión, que había pagado la totalidad del precio, conforme un instrumento privado cuyas firmas habían sido colocadas por ante notario público en fecha anterior a la de la traba del embargo; el tribunal reconoció lo anormal de la negociación (pagar el 100% del precio y no recibir ni posesión ni escrituración) pero afirmó que la buena fe se presume y el embargante no había atacado de falsedad la certificación de las firmas ni su fecha (LL Bs. As. 1996-107).

c) La mayoría acepta la oponibilidad del derecho del poseedor mediando boleto de compraventa, fundada en que la publicidad posesoria tiene igual rango que la registral. A igual resultado llega cuando el boleto ha adquirido publicidad registral. Esta es la solución propuesta por el proyecto de unificación preparado por la Comisión Federal, con sanción de la Cámara de Diputados, bajo la inspiración de Jorge Alterini y apoyo de calificada doctrina nacional (ver Andorno, Luis O. y otros, "Boleto de compraventa y posesión: reformas proyectadas", JA 1995-III-928; no critican la solución. López de Zavalía, Fernando, "Reformas al Código Civil. Compraventa, leasing, permuta, suministro", n. 6, p. 99 y ss., Abeledo-Perrot, colección dirigida por A. A. Alterini y R. López Cabana. Flah, Lily R. y Smayevsky, Miriam, "Reformas al Código Civil. Derechos Reales", n. 14, p. 31; Buenos Aires, Abeledo-Perrot, en la misma colección mencionada).

La Corte Sup. de Tucumán comparte este criterio y agregó, en fallo del 23/4/92, recaído in re "Rubio, Nélida v. Filipini, Hugo y otros", que el principio iuria novit curia admite hacer lugar a la tercería de mejor derecho en favor del poseedor con boleto aun cuando el peticionante la haya calificado de tercería de dominio (JA 1992-IV-193, con notas de Chiappini, Julio, "Una tercería mal urdida y los jueces como el deus ex machina" y de Morello, Augusto M., "El boleto de compraventa y una interpretación funcional de las tercerías"; LL 1994-B-57, con nota parcialmente aprobatoria de Barilari, Alejandro y otros, "Adquirente por boleto de compraventa: ¿tercería de dominio o tercería de mejor derecho?, el fallo, con igual nota, se publica en Foro de Córdoba, año III, n. 13, 1992, p. 101; la sentencia también recibió comentario laudatorio de Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo, en Rev. de Derecho Privado y Comunitario, n. 3, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1993, p. 359)". El recurso federal interpuesto contra esta sentencia fue rechazado por la Corte Sup. el 17/11/94; la mayoría aplicó el art. 280 CPr.; el voto del Dr. Eduardo Moliné O'Connor consideró que no se había violado el principio de congruencia ni el derecho de defensa en juicio; el del Dr. Belluscio, en cambio, propició la revocatoria del fallo.

Al parecer, el criterio expuesto es también el del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos (sala Civ. y Com., 17/5/94, "Díaz de Giménez, Celia y otro", JA 1995-II-108 [J C.952041]), aunque con distinto fundamento, cuando afirma enfáticamente que "debiendo considerarse legítima la adquisición de la posesión de inmueble de buena fe, mediante boleto de compraventa, debe decirse que el tercerista se halla amparado por el art. 2355 CC. luego del agregado introducido al mismo por la ley 17711".

d) Con especial relación a la quiebra, se ha dicho que el art. 150 LC. no obsta a la oponibilidad de la compraventa, pues el boleto no es una promesa ni un

preliminar sino un verdadero contrato; consecuentemente, regiría el art. 147 ley 19551.

Esta oponibilidad del instrumento privado también ha sido aplicada a la compraventa de automotores, en los supuestos en que el comprador ha pagado el precio, tiene posesión, pero la enajenación no se ha inscripto en el registro respectivo (C. Apels. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., 14/2/94, "Gorelik, A., v. Reynoso", JA 1995-III-107; en contra, afirmando la claridad de la solución contraria con base en el art. 150 para el pedido de escrituración de un inmueble rural, C. Civ. y Com. Santa Fe, sala 3ª, 17/12/92, "Zuiani, Rolando s/quiebra", Zeus 61-J-247).

e) Una tesis en apariencia más restrictiva exigía el destino vivienda, pero entendía que el requisito previsto por el art. 150 del ordenamiento derogado se satisfacía con la finalidad objetiva del inmueble (ver, a vía de ejemplo, C. Nac. Com., sala B, 26/5/92, "Giménez Zapiola s/quiebra", LL 1994-B-625, con nota de Monteleone, Alejandro, "Oponibilidad de boletos de compraventa de inmuebles al concurso del vendedor"; resúmenes de jurisprudencia santafesina que propicia un criterio restrictivo pueden compulsarse en Rouillón, Adolfo, "Boletos de inmuebles frente al concurso del vendedor", Jurisprudencia Santafesina, n. 21, jun. 1995, p. 145; la Corte de Justicia de esa provincia rechazó el recurso extraordinario planteado con invocación de la teoría de la arbitrariedad en que "la frondosa jurisprudencia elaborada en torno al art. 150 LC. es muestra acabada de la diversidad de criterios con que se resuelven las distintas hipótesis que llegan a decisión judicial: ello ilustra que, en la medida en que no se infrinja daño a las garantías constitucionales, o se desenfoque palmariamente el tema a resolver incurriendo en arbitrariedad, la cuestión se mantiene en la órbita de decisión de los jueces ordinarios" (19/5/93, "Ramiro, G. v. Shiavon", Rev. Jus., n. 231, p. 753).

f) En mi opinión, la tesis que se atenía al destino objetivo vulneraba la finalidad de la norma y la tomaba inconstitucional, pues privaba de toda razonabilidad a la distinción: ¿por qué el comprador de un inmueble que lo destinaba a su vivienda personal podía separar del patrimonio del fallido un bien, en su exclusivo beneficio y, en cambio, no podía hacerlo alguien que había comprado un departamento donde tenía, por ejemplo, su estudio profesional?

g) Por fin, en materia concursal, cabe reseñar la tesis jurisprudencial según la cual el art. 150 sólo regía la situación de quiebra del vendedor y no su concurso preventivo, regulado por el art. 1185 bis CC, que no exige el destino vivienda (para esta posición ver, entre muchos, C. Nac. Com., sala C, 3/9/92, RDCO año 26, 1993-B-333).

h) La prioridad en la ejecución individual del poseedor de buena fe que tiene a su favor una escritura pública no inscripta sobre el embargante, también fue sostenida en la jurisprudencia nacional (ver C. Civ. Com. y Cont. Adm. Río Cuarto, 17/3/95, "Mendizábal en fº Santa Cruz v. Mendizábal", LL Córdoba 1995, p. 638).

En mi opinión, en general, a la jurisprudencia reseñada favorable a la oponibilidad amplia podía aplicarse la frase pronunciada por el notable jurista

español Federico de Castro y Bravo: "Existe la amenaza de la pseudo-equidad, de la desgraciada tendencia a interpretar las leyes sentimentalmente, dejando que su sentido cambie según las circunstancias extrajurídicas del caso".

### III. La reacción doctrinal frente al texto del art. 146 ley 24522

1. Un sector ha reaccionado en contra de la nueva disposición. En tal sentido se ha dicho: "La excesiva flexibilidad de la ley parece olvidar que estamos en plena etapa liquidativa y no en concurso preventivo y que los demás acreedores van a cobrar en moneda de quiebra. Esta preferencia no sólo es un privilegio incausado, sino que viola el principio de la *pars conditio creditorum* que en la quiebra debe regir con el máximo rigor, atento la finalidad netamente liquidativa de este proceso. En efecto, la diferenciación entre los acreedores, mediante la categorización, se explica en el concurso, por la necesidad de otorgar flexibilidad al contenido económico del acuerdo. En la quiebra, la diferencia de cobro en especie a favor de una clase de acreedores, que se constituyen así en acreedores en dominio, en calificación que fuera correctamente abandonada por la ley 19551, opera un retroceso inadmisibles e injustificado. La razón de la excepción se fundó en su momento en la necesidad de proteger el inmueble adquirido para vivienda, en especial, frente a la quiebra de las empresas constructoras que dejaban a sectores de pequeños recursos sin casa habitación, en un país en que la vivienda propia reconoce un altísimo déficit que supera el millón de unidades. Por ello, el objeto de la escrituración del art. 185 bis debió seguir limitado a las unidades de vivienda del adquirente por boleto" (Escuti [h.], Ignacio A. y Junyent Bas, Francisco, "Concursos y quiebras. Reforma del régimen concursal. ley 24522 ", Córdoba, Advocatus, 1995, p. 172). En esta línea, se ha expresado: "La aplicación irrestricta a toda compraventa inmobiliaria entraña riesgos pues es dable conjeturar que los deudores inescrupulosos no vacilarán en generar ventas de sus propiedades, a través de meros boletos que luego serán oponibles sin cortapisas, salvo las que provengan de su eventual ineficacia (arts. 118 y 119). Tanta liberalidad parece hallar explicación en la errónea comprensión del tema evidenciada por los redactores de la ley. En efecto, se ha sostenido que si el boleto en cuestión fue celebrado producida la cesación de pagos, se invierte la presunción de buena fe del art. 2362. Este temperamento no tiene sustento en la propia norma vigente por cuanto el boleto de marras debe ser, eventualmente, objeto de una acción de ineficacia de puntillosos recaudos, muy alejados de la inversión (no explicada) de la presunción de buena fe. La norma, entonces, nacida de un claro pero equivocado enfoque interpretativo, constituye un riesgo ni siquiera previsto" (Fassi-Gebhardt, "Concursos y quiebras", 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 146). También Martorell señaló el peligro: "A su vez, el día antes de presentarse, podrá el futuro concursado desprenderse de 8 ó 10 propiedades -si las tuviera- mediante la firma de un simple boleto de compraventa, sin fecha cierta, bastando con que le hayan abonado sólo 25% del precio, ya que ahora, el nuevo art. 146 no repite la sana regla contenida en el art. 150 in fine de la ley derogada 19551 que limitaba esta situación especialísima únicamente a los casos de inmuebles destinados a vivienda" (Martorell, Ernesto, "Cambios en la ley de quiebras aumentan el riesgo en empresas", *Ámbito Financiero*, 11/12/95, p. 12). Con algo menos de convicción, pero dentro del mismo pensamiento, se ha dicho: "El destino de vivienda exigido por la ley anterior respondía a una finalidad protectora del hogar familiar, que

justificaba el 'privilegio' otorgado al comprador. Actualmente, se perdió esa teleología, por lo cual el instituto puede prestarse a notorias injusticias" (Martínez de Petrazzini, Verónica, "ley de concursos y quiebras n. 24522 ", Macchi, Buenos Aires, 1995, p. 185).

2. Otros, en posición ecléctica, señalan que "la solución legal recoge la experiencia jurisprudencial anterior a su sanción desde que situaciones de enorme injusticia se producían al amparo de lo excluyente de la aplicación del art. 150. Se destaca, además, que las posibles maniobras que pueda inspirar la amplitud del legislador concursal podrán ser fácil y severamente castigadas por los jueces sobre la base de dos parámetros de juzgamiento: el precio de la venta y la buena fe del comprador. Sin embargo, se concluye que la normativa es sana, pero quizás demasiado liberal. Hubiera sido aconsejable que se requiera en el boleto de compraventa, al menos fecha cierta, cuando no la efectiva entrega de la posesión. El primero de los requisitos (fecha cierta) y mucho más aún el segundo (posesión) serían fuente de mayor seguridad jurídica eliminando posibles maniobras entre fallido y titular de boleto de compraventa (Lorente, Javier, A., "Nueva Ley de Concursos y Quiebras. ley 24522 ", Gowa, Buenos Aires, 1995, p. 270).

3. Otros explican el texto pero no emiten juicio de valor respecto de la reforma (ver Rouillón, Adolfo, "Régimen de concursos y quiebras. ley 24522 ", 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 202).

4. Finalmente, están quienes aplauden la solución de la ley: "La modificación es plausible, ya que la restricción al destino de vivienda constituyó el semillero de pleitos que vaticinó el recordado Tonón. El control de la buena fe del adquirente deberá ser a partir de ahora la valla de contención de acreencias simuladas que se revistan bajo la forma de boleto" (Iglesias, José A., "Concursos y quiebras. ley 24522 ", Depalma, Buenos Aires, p. 181). "Las interpretaciones fueron muchas, tantas como la cantidad de falencias de empresas constructoras que provocaba la usual aplicación del instituto en cuestión, con los problemas señalados. Por ello es que se tornaba necesario introducir una innovación en la materia y esto es lo que ha realizado la ley 24522 " (Barbieri, Pablo C., "Nuevo régimen de concursos y quiebras. ley 24522. Comentada y concordada", Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 304). "A pesar de quienes ven con pesimismo esta generalización del precepto, retornando al sistema del Código Civil, creemos que no hay riesgo alguno si se tienen en cuenta las previsiones ya aludidas a los actos perjudiciales (art. 115 y ss.) y los supuestos de responsabilidad de representantes, órganos y terceros" (Rivera, Roitman, Vítolo, "Concursos y quiebras. ley 24522", Rubinzal, Santa Fe, 1995, p. 239).

IV. La aplicación extensiva de las normas concursales a las ejecuciones individuales

Como he expuesto en el plenario anterior, en mi opinión, si el legislador dispone la oponibilidad del boleto en el concurso, a fortiori lo decide para la ejecución individual.

No desconozco jurisprudencia y autores de prestigio que rechazan esta posición. Así, por ejemplo, dice Rivera: "Para saber si podemos extender esa

oponibilidad a una situación no contemplada por la norma, sugerimos detenernos un instante en cuál sea la naturaleza de esa oponibilidad que disponen el art. 1185 bis y el art. 150 LC. Desde nuestro punto de vista, estas normas consagran una excepción a una regla concursal; esto es, que en la quiebra los créditos de dar y de hacer contra el fallido se resuelven siempre en dinero, no habiendo derecho a requerir el cumplimiento en especie. Es decir que satisfechos los requisitos de los arts. 1185 bis y 150, el crédito a la escrituración (rectius, a la transmisión del dominio sobre la cosa inmueble) no se transforma, en la quiebra del enajenante, en crédito dinerario, sino que puede exigirse su cumplimiento en especie, debiendo el síndico suscribir la escritura pertinente. Ahora bien, no mediando concurso o quiebra, la regla es exactamente la inversa, o sea, que normalmente el acreedor tiene derecho a exigir que el deudor le procure exactamente aquello a lo que se ha obligado (art. 505 inc. 1). Por lo cual, por regla general, el acreedor a la escrituración puede requerir el cumplimiento en especie. Así lo tienen decidido nuestros tribunales desde antaño... De donde el art. 1185 bis sólo ha tenido en miras la situación concursal por ser ésta excepcional al derecho común; en otras palabras, el art. 1185 bis vuelve al derecho común, a la regla general del art. 505. Pero hay ciertos casos en que el adquirente con boleto no puede escriturar, o alguien pretende impedirselo. Esos casos son varios, entre ellos... V) Que un acreedor del enajenante haya obtenido emplazamiento registral de un embargo... Estos conflictos de concurrencia de acreedores se resuelven por reglas particulares aplicables a cada uno. El embargante goza de un privilegio creado por los códigos procesales, mientras que ni el derecho de fondo ni el procesal acuerdan ningún privilegio o preferencia al adquirente por boleto de compraventa en situación con concurrencia con otros acreedores que se desenvuelva fuera del procedimiento concursal..." (Rivera, Julio C., "Conflicto entre acreedor embargante y poseedor con boleto de compraventa", ED 159-246).

Jorge Alterini también es contrario a esa aplicación analógica porque, según su opinión, llegaba a consecuencias disvaliosas: a) sólo amparaba al adquirente de vivienda; b) prescindía de toda exigencia publicitaria (ni registral ni posesoria) (Alterini, Jorge H., "La tutela del adquirente por boleto de compraventa fuera del ámbito específico del art. 1185 bis CC. ", ED 153-635; me remito a esta nota para la cita de otros autores que rechazaron la aplicación analógica). Venini, en una posición cercana, estimó correcto aplicar el art. 150 LC. para no exigir la posesión; en cambio, en los supuestos de otros destinos, no hay por qué acudir a esta norma y encontraba protección en la publicidad posesoria (Venini, Juan C., "Oponibilidad del boleto de compraventa de inmueble", Rev. Notarial n. 917, número aniversario del centenario, p. 183).

Comparto la posición contraria, o sea, la que extiende a la situación individual lo dispuesto para el concurso, por varias razones. Algunas las expliqué en mi voto en el plenario anterior. Agrego ahora:

a) Dice Morello: Aunque el concurso sea, por cierto, más que una sumatoria de conexas ejecuciones, lo que no puede negarse, empero, es que en alguna medida también su perfil se dibuja, desde la perspectiva procesal, como un haz de ejecuciones, bien que con tratamiento y matices propios a raíz,

precisamente, de ser un mecanismo de estructura universal y complejo ("El boleto de compraventa como sostén legítimo de la tercería", LL 1994-B-451).

b) Es absurdo obligar al adquirente por boleto a pedir la quiebra del vendedor para poder oponer su boleto. Es verdad que alguien que no escritura y que tiene un acreedor embargante (al que no paga), normalmente está en cesación de pagos, pero puede ocurrir que contra el embargante tenga defensas suficientes y que no esté en un verdadero estado de insuficiencia patrimonial para afrontar sus deudas por medios normales.

En conclusión, tengo el convencimiento de que la nueva ley, más allá del problema del ámbito temporal de su vigencia, contiene pautas interpretativas que contradicen abiertamente lo expuesto por esta Corte en el plenario ya citado, por lo que debe ser inmediatamente sustituido por otro.

## V. La solución en el derecho comparado

### 1. La cuestión en el proceso concursal. La legislación italiana:

La quiebra del vendedor es tratada de diversos modos en las leyes de distintos países a los cuales nos une una tradición legislativa común. Me referiré exclusivamente a la solución italiana, por la enorme influencia que esa legislación tiene en la doctrina nacional (autoral y judicial); adelanto que en esta materia, el remedio en favor del comprador es mucho más débil que el nuestro. El art. 72 de la ley italiana dice: "En caso de quiebra del vendedor, si la cosa vendida ha pasado al dominio del comprador, el contrato no se disuelve. Si la cosa no ha pasado al dominio del comprador, el síndico puede optar entre la ejecución o la disolución del contrato. En caso de disolución del contrato, el comprador tiene derecho de hacer valer su propio crédito en el pasivo, sin que le sea debido el resarcimiento del daño".

El artículo implica, en los hechos, que quien no ha obtenido la transferencia del bien antes de la quiebra no puede lograrla después, a menos que el síndico preste consentimiento. La posición del síndico en favor de la ejecución del contrato será inversamente proporcional al precio recibido; en efecto, si el fallido recibió todo o una parte importante del precio, optará por la disolución, pues el precio al comprador debe ser restituido, pero sin privilegio alguno; en cambio, optará por la ejecución, si el precio de la compraventa es conveniente y el fallido no había recibido una parte importante. Por el contrario, no prestará ese consentimiento si piensa obtener de la venta judicial del bien un precio mayor que el que resulta de la venta anterior (compulsar Vigo, Ruggiero, *I contratti pendenti non disciplinati nella legge fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 189).

La casación italiana ha dicho que la norma se aplica, a fortiori, a los preliminares (26/4/83, Riv. Il diritto fallimentare e delle società commerciali, Annata LVIII, luglio-ottobre 1983, ns. 4/5, p. 641) y que el hecho de que antes de la quiebra se hubiese demandado el cumplimiento en especie y anotado en el registro una cautelar no impide que el síndico opte por la disolución del contrato (13/5/82, Riv. Il diritto fallimentare e delle società commerciali, Annata LVII, luglio-ottobre 1982, ns. 4/5, p. 915; idem, 14/1/93, Riv. Il diritto fallimentare e

delle società commerciali, Annata LXVIII luglio-agosto 1993, n. 4, p. 829; idem, 25/11/93, Il Foro italiano, anno CXX n. 1 gennaio 1995, p. 294, con nota de Ristori, Laura, Fallimento e domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto).

La solución, fundada en el principio del *ius parit*, ha merecido la crítica de la doctrina cuando se trata de inmuebles destinados a vivienda. Bien se ha dicho que la pérdida de la casa es un hecho más grave aún que la pérdida del trabajo; la única salida a la difícil posición del adquirente de inmueble destinado a vivienda se ha encontrado en la afirmación (carente de texto expreso en tal sentido) de que la compraventa de un inmueble destinado a vivienda tiene efectos traslativos (ver Fabiani, Massimo, Fallimento del promittente venditore, diritto alla casa e tutela del creditore: un conflitto che non può essere mediato. Il Foro italiano, anno CXX, n. 5, Maggio, 1995, p. 1542).

2. La cuestión en la ejecución individual. Instrumentos privados y embargantes en la legislación española. Inmuebles enajenados a terceros

#### a) Importancia

La influencia que la doctrina española tiene en el derecho registral argentino es muy poderosa. Me limitaré a analizar algunos aspectos parciales del derecho hipotecario hispano.

#### b) Puntos de partida

La complicada cuestión relativa a la traba de embargos y la enajenación de bienes a terceros, exigirá repasar, previamente, algunas nociones fundamentales sobre la discutida figura del tercero registral (para las relaciones entre la figura del tercero registral y el embargo, ver, entre muchos, Ossorio Serrano, Juan Miguel, "La anotación preventiva de embargo. Aspectos civiles y registrales", Granada, Univ. de Granada, 1986, p. 105; Merino Gutiérrez, Arturo, "El tercero hipotecario y la anotación de embargo", Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado de D. Civil, t. XLVII, Fascículo I, enero-marzo 1994, p. 92; Sanz Fernández, Ángel, "Instituciones de Derecho Hipotecario", Madrid, Reus, 1955, t. I, p. 433). Sin embargo, ingresar en esa polémica me alejaría del problema central de este fallo cual es si el adquirente por boleto de un inmueble puede oponer su mejor derecho al embargante de fecha posterior.

Obviamente, el conflicto se plantea cuando todos los involucrados han actuado de buena fe; en efecto, el fraude todo lo corrompe; en consecuencia, si uno tiene mala fe, queda automáticamente desplazado por el de buena fe. El sistema técnico del registro no puede ser un "burladero", según la gráfica expresión de Hernández Ariza (cit. por De la Rica y Arenal, Ramón, "El embargo judicial y la hipoteca mobiliaria según una sentencia del Tribunal Supremo", en Libro homenaje a Don Ramón De la Rica y Arenal, Madrid, Ed. del Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1976, t. II, p. 730). Baste recordar las sabias palabras de Vallet de Goytisolo: "Es un legítimo desideratum, tal vez no tan lejano como a primera vista parece en ciertas regiones, que toda la propiedad

inmueble esté debidamente inscrita, que cada finca tenga su número correlativo en los libros registrales -pero uno solo: que no existan fincas dobladas- y que haya un perfecto paralelismo entre el Registro y la realidad. Esta meta, sueño de todos los hipotecaristas, se ha querido alcanzar, empero, olvidando que sólo constituye un fin instrumental en el campo del Derecho. El Registro está al servicio de la justicia y subordinado a ella. Por eso no es aceptable que, para conseguir aquel deseado resultado, se otorgue al Registro una fuerza superior a la que debe tener, sacrificando la justicia (fin) al logro de un medio. El remedio sería peor que la misma enfermedad. Tampoco creemos, por otra parte, que tal camino resultase viable. La realidad, la vida, se impone, siempre que es suficientemente fuerte, sobre la norma que la desconoce. El camino a seguir no es el de querer transformar el Registro en un Dios milagroso, protector de los tramposos, suficientemente hábiles y burladero contra el sencillo propietario, más atento a labrar sus tierras que a inscribir en los libros registrales" (Vallet de Goytisolo, Juan B., "La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública", en Estudios sobre derecho de cosas, 2ª ed., t. I, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 405; conf. Sanz Fernández, Ángel, "Instituciones de Derecho Hipotecario", Reus, Madrid, 1955, t. I, p. 451. En el derecho argentino, compulsar, fundamentalmente, Alterini, Jorge H., "La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral (con una armonización entre la tradición y la inscripción registral)", Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral, t. II, Ed. del Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1975, ps. 75 y ss. Para el derecho puertorriqueño, ver Vázquez Bote, Eduardo, "Elementos de Derecho hipotecario puertorriqueño", Ed. Lex, Barcelona, 1973, p. 217). También cabe memorar las expresiones del Supremo Tribunal de España: "La publicidad registral frente a terceros no cierra el paso a cualquier otro medio de conocimiento por vía extrarregistral" (TS. 14/6/93, RCDI, año LXX, marzo-abril 1994, n. 621, p. 817).

### c) La jurisprudencia del Tribunal Supremo español

Para entender cuál es la situación fáctica y la evolución jurisprudencial sobre el tema, partiré de la sentencia del 16/7/93, del Supremo Tribunal de España, que resolvió el siguiente caso: Una sociedad vendió por instrumento privado un inmueble en enero de 1979, entregando posesión. La escritura pública de venta se otorgó ocho años después, el 19/3/87. El 12/3/84 y el 22/5/85 tuvieron acceso registral embargos ordenados en un juicio por apremio.

El Supremo otorgó preferencia al adquirente, con estos argumentos:

- El documento privado aparece suficientemente acreditado en su fecha y contenido por medios probatorios idóneos.
- Habiéndose vendido el inmueble, el Fisco debió embargar el crédito de la parte del precio aplazado; esto es lo que formaba parte del patrimonio de la ejecutada, no el inmueble.
- Al no ser constitutiva la inscripción registral, la realidad extrarregistral (cuando se produce de modo poderosamente efectivo), resuelve la discrepancia en favor de la titular extrarregistral (STS 16/7/93, lunes 4.30, año VI, n. 137, 2ª

quincena, nov. 1993, p. 13. Compulsar otros precedentes en esta misma línea en Gómez de la Escalera, Juan José, "La intervención del tercer poseedor no demandado en juicio ejecutivo ordinario. La tercería registral", *Rev. Jurídica del Notariado*, abril-junio 1993, ps. 223 y ss. y en Ragel Sánchez, Luis F., "Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad", Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 169).

La jurisprudencia del Supremo era, sin embargo, vacilante respecto del acreedor hipotecario. Así, por ejemplo, en su sentencia del 10/3/73 dio prioridad a la anotación preventiva de embargo sobre la hipoteca inscrita con posterioridad, sin tener en cuenta la fecha de la escritura de reconocimiento (sentencia del 10/3/73 transcrita y comentada desfavorablemente por García García, José M., "Sentencias comentadas del Tribunal Supremo. Derechos reales e hipotecarios", Ed. del Ilustre Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 1982, p. 689). En cambio, en la sentencia del 21/2/75 declaró que no es preferente el crédito anotado aunque la inscripción de hipoteca sea posterior si la escritura es de fecha anterior a la anotación (sentencia del 21/2/75, transcrita y comentada favorablemente por García García, José M., "Sentencias comentadas del Tribunal Supremo. Derechos reales e hipotecarios", Ed. del Ilustre Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 1982, p. 702).

Pero, con relación a los adquirentes, la solución parece ser más estable; así, la sentencia del 27/6/75 resolvió que el título anterior inscripto después de la anotación del embargo tiene prioridad (sentencia del 27/6/75, transcrita y comentada favorablemente por García García, José M., "Sentencias comentadas del Tribunal Supremo. Derechos reales e hipotecarios", Ed. del Ilustre Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 1982, p. 689) y la decisión del 10/11/75 hizo aplicable esta tesis aun contra los créditos fiscales (sentencia del 10/11/75, transcrita y comentada favorablemente por García García, José M., "Sentencias comentadas del Tribunal Supremo. Derechos reales e hipotecarios", Ed. del Ilustre Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 1982, p. 714).

d) La posición de la doctrina y de la jurisprudencia de los tribunales de grado

La doctrina mayoritaria apoya esa solución; el acreedor embargante no puede oponer su derecho al adquirente con título de fecha anterior, aunque no esté inscripto. En tal sentido se ha dicho: "Es indiscutible que los embargos deben trabarse sobre bienes propios del deudor o ejecutado. Si estos bienes han dejado de pertenecerle civilmente, aunque todavía en el Registro continúan inscritos a su nombre (lo que es consecuencia del eclecticismo o posición intermedia de nuestro sistema, que no ha llegado a la inscripción constitutiva), es evidente que si se embargan para garantía de las responsabilidades del anterior propietario, se ha embargado algo que ya les es ajeno, que ya no está en su patrimonio. Se estará, ciertamente, en un caso de discrepancia entre registro y realidad jurídica, de inexactitud de aquél; pero resulta innegable que el título adquisitivo anterior al embargo, aunque no esté inscripto, debe prevalecer sobre éste, pues aparte de que la anotación del embargo no es una hipoteca, ni crea un verdadero derecho real, ni altera la naturaleza de las obligaciones que lo motivan, resultaría antijurídico que los bienes propios de un tercero civil puedan responder de obligaciones ajenas por el hecho de no haberse practicado todavía la inscripción de la transmisión en el registro (de la

Rica y Arenal, Ramón, "Principio de prioridad y las inscripciones retrasadas", en Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal, Ed. del Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1976, t. II, p. 526). Es también el criterio de la jurisprudencia mexicana, que hace prevalecer el derecho del título no inscripto anterior al del embargo (ver referencias en Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, "Derecho Registral", 3ª ed., Porrúa, Mexico, 1992, p. 135; Rey Portoles, Juan M., "Prelación de créditos con embargo anotado, arts. 1923, inc. 4 y 1927, II 2 CC.", en Centenario de la ley de bases del Código Civil, Ed. del Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid, 1989, ps. 361 y ss.; del mismo autor, "El tercer poseedor de bienes embargados: su posibilidad legal y no sólo real y sus facultades tras las reformas de la ley de enjuiciamiento civil y del Reglamento hipotecario", en Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo, Ed. del Colegio de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1995, ps. 511 y ss.).

O sea, para el Tribunal Supremo y la doctrina española mayoritaria, el tercero registral, el que puede prevalecer del principio de fe pública, es el que adquiere algo; el embargante nada adquirió y por eso triunfa el adquirente no inscripto sobre el embargante anotado, pues en el derecho español el derecho de éste se limita a percibir con prelación el precio de la subasta cuando se enfrenta con acreedores posteriores al embargo. Esta doctrina y jurisprudencia ha sido seguida por los tribunales inferiores, que hacen lugar a la tercería y al pertinente levantamiento del embargo, aunque sólo se acompañe un instrumento privado, si se han acreditado verdaderos actos posesorios que denotan la realidad y seriedad del negocio instrumentado, tales como pagar las expensas comunes (si se trata de un inmueble en propiedad horizontal), los créditos fiscales que recaen sobre el mismo, etc. (compulsar, a vía de ejemplo, Audiencia Provincial de Valencia, 23/1/95, Rev. Gral. de Derecho, Ed. Lex, Valencia, ns. 613/14, 1995, p. 12621, Audiencia provincial de Madrid 24/10/95; Rev. Gral. de Derecho, Ed. Lex, Valencia, n. 615, 1995, p. 13856).

Finalmente, aclaro que para la mayoría de la jurisprudencia, esa oponibilidad debe hacerse valer ante el juez: el registrador no puede suprimir el embargo por el hecho de que acceda al registro un título de fecha anterior. En otros términos, el tercer adquirente debe acudir a la vía de la tercería de mejor derecho: es allí donde discutirá su prioridad; cuando sea citado, el embargante podrá probar, por ejemplo, que el acto es simulado, o realizado en fraude, etc.; la cancelación del embargo, entonces, será dispuesta por el juez si la tercería concluye en forma favorable al adquirente.

VI. La aplicación de los principios antes reseñados a la doctrina plenaria que debe formular el tribunal. Requisitos

Verificado el cambio legal que deja sin apoyo normativo a la jurisprudencia plenaria del tribunal, caben analizar ahora los recaudos para que el boleto, cualquiera sea el destino del inmueble, sea oponible al titular y/o a la masa.

#### 1. Fecha cierta

Sobre este punto, la nueva ley nada ha innovado. Por eso, aunque un importante sector de la doctrina concursalista sostiene que no es necesario que el boleto tenga fecha cierta (Fassi-Gebhardt, "Concursos y quiebras", 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 147), cabe repetir lo dicho en el plenario "Ongaro de Minni": "En principio, el boleto de compraventa debe tener fecha cierta, aun cuando cabe admitir que la enumeración del art. 1035 no constituye una lista cerrada y limitada que impida el reconocimiento judicial de otros casos en que la certidumbre fáctica se imponga fuertemente a la conciencia de los jueces y el negarlo importaría hacer prevalecer el formalismo hueco, violatorio de la justicia, frente a la verdad real".

## 2. Publicidad (posesoria o registral)

Ante el silencio legal, la casi unanimidad de los autores sostiene que el boleto es oponible haya o no posesión (Martínez de Petrazzini, Verónica, "ley de concursos y quiebras n. 24522", Macchi, Buenos Aires, 1995, p. 185; Fassi- Gebhardt, "Concursos y quiebras", 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1996). Así lo sostuvo el plenario que estamos revisando para los inmuebles con destino a vivienda, afirmando que no se requería publicidad ni inscriptoria ni posesoria.

Con el nuevo texto, en cambio, debe afirmarse que el recaudo de la publicidad (sea posesoria o registral) está implícitamente requerido. Explicaré por qué:

a) El art. 146 LC., al igual que el antiguo 150 del mismo ordenamiento genera, como expliqué en mi voto en el plenario "Ongaro", una prioridad excluyente y, por lo tanto, la interpretación en favor del comprador debe ser restrictiva. En tal sentido se ha dicho sobre el nuevo art. 146: "Sólo resta aguardar una escrupulosa aplicación por los jueces que, en la medida de las posibilidades, eviten maniobras perjudiciales" (Fassi-Gebhardt, "Concursos y quiebras", 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 345).

b) El art. 146 LC. forma parte de un sistema normativo y, por lo tanto, no puede ser interpretado aisladamente. En ese sistema normativo, la oponibilidad de los derechos (sean personales o reales), exige siempre algún grado de publicidad (por imperfecta que sea); de otro modo, la inseguridad reinaría por doquier y el crédito, motor de la economía capitalista, habría sufrido un golpe mortal. En tal sentido, recuerdo que la doctrina más jerarquizada sostiene que los derechos ya no deberían clasificarse en personales y reales, sino en oponibles y no oponibles.

Ahora bien, la oponibilidad exige publicidad, más o menos perfecta según los casos, pero siempre requiere de algún sistema por el cual ese derecho tenga aptitud para ser conocido, desde que no se puede exigir el respeto de algo que no se tiene posibilidad de conocer: de otro modo, la oponibilidad resultaría una trampa contra la que no hay defensas.

c) Es cierto que, en nuestro derecho, la oponibilidad de los créditos privilegiados no exige registración; sin embargo, casi todos ellos ostentan algún grado de apariencia, algún modo de hacerlos fácticamente visibles; así por ejemplo, los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación son fácilmente

verificables por un perito; los trabajadores de la empresa prestan servicios determinables, figuran en los libros y asientos contables del deudor; los impuestos y tasas son obligaciones de origen legal; las hipotecas, prendas, etc., tienen algún tipo de registración; el retenedor se encuentra en contacto con la cosa, etc. O sea, créditos laborales, de construcción, fiscales, etc. no se pueden "inventar", ni "dibujar" eficazmente sin un mínimo de realidad.

De igual modo, el destino vivienda estaba basado en un dato fáctico verificable: que el tercerista habita en el inmueble.

d) La oponibilidad amplia del boleto de compraventa, sin exigir ningún tipo de publicidad (ni posesoria, ni registral) configuraría una ruptura absurda, ilógica, irracional del sistema porque:

- lejos de favorecer la justicia distributiva (propia de los conflictos entre acreedores), beneficiaría el fraude y la colusión.

- Cuando la jurisprudencia anterior a la sanción de la ley 24522 extendió los alcances del art. 150 a todo tipo de boletos, lo hizo en los casos en que el adquirente tenía posesión; ello tiene sentido lógico, pues al momento de la declaración de la quiebra o de la traba del embargo el o los acreedores han encontrado, en el patrimonio del deudor, un derecho que podría denominarse incompleto, dado que habiendo adquirido legítimamente la posesión, el tercero detentador ejerce, como si fuese un propietario, las facultades de usar y gozar.

- El adquirente por boleto sin posesión ni acceso registral sólo titulariza una mera obligación de hacer: ¿cuál es el sentido lógico por el cual la ley le otorgaría el derecho a separar de modo excluyente un bien del patrimonio del deudor común (quizás el más valioso)? Semejante resultado se justificaba cuando la oponibilidad del boleto estaba restringida al inmueble destinado a vivienda, por la especial protección constitucional del acceso a una vivienda digna, pero no cuando la prioridad excluyente se consagra sin ningún tipo de distinciones. Compárese la diferencia que existiría entre el vendedor a quien no se le pagó el precio, que hizo ingresar en el patrimonio una cosa que servirá de garantía a todos los acreedores y este comprador. El primero cobra a prorrata, el segundo, separa el bien en su exclusivo beneficio. ¿Puede pensarse en un resultado más contrario a la equidad?

e) Una interpretación amplísima de la ley, que no requiriese la publicidad del boleto (sea posesoria, sea registral) violentaría, entonces, la jurisprudencia de la Corte Federal, que desde antiguo enseña a los tribunales inferiores que "si bien es cierto que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, también lo es que uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema al que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias" (Fallos 234-482 [7]; 295-1001; 303-917; 302-1293 [8]; etc.); que "cuando la inteligencia de una norma basada exclusivamente en la literalidad de sus términos conduzca a resultados que sean adversos a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho o provoque consecuencias notoriamente injustas, es posible arbitrar

otras de mérito opuesto, lo cual resulta compatible con el común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos 308-1655 [9]). Es que la ilogicidad y la imprevisibilidad no pueden presumirse, ni en el legislador ni en el juez; por eso, la norma no debe ser interpretada aislada e individualmente, como si se tratara de una mera proposición lógica, sino formando parte de un contexto normativo-sistemático-histórico y teleológico, en el cual cabe suponer se integra coherentemente y sin contradicciones.

f) La oponibilidad irrestricta contradice de manera palmaria las soluciones de las legislaciones a las que nos une una tradición común. Ni en el derecho concursal, ni en la ejecución individual, como se ha visto, se admite el derecho de separación en términos tan indiscriminados como a los que llevaría la oponibilidad irrestricta; por el contrario, o la posesión, o el registro, deben acompañar a quien "adquiere" por instrumento privado.

g) Finalmente, cabe recordar que calificada doctrina excluye la transferencia del fondo de comercio del ámbito del art. 146 LC. (Lorente, Javier A., "Nueva Ley de Concursos y Quiebras. ley 24522", Gowa, Buenos Aires, 1995, p. 270; Fassi-Gebhardt, "Concursos y quiebras", 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 345). Adhiero a esta posición; como se ha señalado con acierto, la oponibilidad de estas transmisiones requiere el cumplimiento de los recaudos previstos en la ley 11867 .

## VII. Conclusiones

Por todo lo expuesto y si mi voto es compartido por mis colegas del tribunal, corresponde sentar una nueva doctrina plenaria y en tal sentido declarar:

1. El embargo trabado sobre un inmueble o el proceso concursal abierto con anterioridad a la enajenación mediando boleto de compraventa es oponible al adquirente.

2. El adquirente de un inmueble mediando boleto triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad ejercida en el proceso individual o concursal si se cumplen los siguientes recaudos:

a) El boleto tiene fecha cierta o existe certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo o a la apertura del concurso.

b) El boleto tiene publicidad (registrarial o posesoria).

c) El tercerista o peticionante en el concurso ha adquirido de quien es el titular registrarial o está en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes.

d) El tercerista o peticionante en el concurso es de buena fe y ha pagado el 25% del precio con anterioridad a la traba del embargo o a la apertura del proceso universal.

3. En el proceso concursal, las reglas anteriores no impedirán la aplicación de la normativa relativa a la acción revocatoria y el adquirente deberá cumplir con los otros recaudos expresamente previstos en el art. 146 ley 24522.

Así voto.

Los Dres. Romano, Salvini, Nanclares y Llorente, adhirieron, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Por el mérito que resulta del acuerdo plenario precedente, la Suprema Corte de Justicia, declara que:

1. El embargo trabado sobre un inmueble o el proceso concursal abierto con anterioridad a la enajenación mediando boleto de compraventa es oponible al adquirente.

2. El adquirente de un inmueble mediando boleto triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad ejercida en el proceso individual o concursal si se cumplen los siguientes recaudos:

a) El boleto tiene fecha cierta o existe certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo o a la apertura del concurso.

b) El boleto tiene publicidad (registral o posesoria).

c) El tercerista o peticionante en el concurso ha adquirido de quien es el titular registral o está en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes.

d) El tercerista o peticionante en el concurso es de buena fe y ha pagado el 25 % del precio con anterioridad a la traba del embargo o a la apertura del proceso universal.

3. En el proceso concursal, las reglas anteriores no impedirán la aplicación de la normativa relativa a la acción revocatoria y el adquirente deberá cumplir con los otros recaudos expresamente previstos en el art. 146 ley 24522.- Aída Kemelmajer de Carlucci.- Fernando Romano.- Hernán A. Salvini.- Jorge H. Nanclares.- Pedro J. Llorente.- Los Dres. Carlos E. Aguilar y Carlos E. Moyano no suscriben por hallarse en uso de licencia.

#### NOTAS

(1) LA 1995-B-1547 - (2) ALJA (1853-1958) 2-667 - (3) JA 1992-I-462 - (4) (t.o. 84) LA 1984-B-909 - (5) JA 1994-I-19 - (6) ALJA 1968-A-498 - (7) JA 1956-III-136 - (8) JA 1981-II-61 - (9) JA 1988-III-538.

REFLEXIONES SOBRE CIERTOS LÍMITES AL RECONOCIMIENTO, EN LA QUIEBRA, DEL DERECHO A ESCRITURAR INMUEBLES ADQUIRIDOS POR BOLETO

Por ADOLFO A. N. ROUILLÓN

No decimos ninguna novedad al afirmar que la quiebra produce un estado de máxima tensión entre los acreedores del común deudor fallido, por la evidencia - reiteradamente confirmada- de la pérdida total o parcial que aquéllos han de experimentar. Tampoco es novedoso recordar que las reglas falenciales de reparto, más que a hacer pareja la cobranza, tienden al soportamiento equitativo de las pérdidas. Alguien dijo -y perdónesenos la falta de cita apropiada del autor, pero hay frases acertadas que, de repetidas, uno tiende a pensar que son propias o que no pertenecen a nadie- que la quiebra es "un mecanismo de socialización de la miseria". Lo es, ciertamente. De ello podemos dar fe quienes hemos visto pasar ante nuestros ojos cientos de casos en los cuales, invariablemente, la lucha entre los acreedores por los despojos del activo del deudor, y la final insatisfacción de todos, no han reconocido excepciones. Es entonces explicable que a la hora de teorizar todos clamen por la mayor igualdad; como es también visible que a la hora de legislar cada uno pugne por el mejor privilegio. Como en el naufragio: los niños y las mujeres primero, luego los pasajeros, más después los tripulantes y, por fin, el capitán (éste, según cierta tradición marina, ni siquiera debía aspirar a salvarse); pero, si los botes son escasos, es de noche y hay tormenta en alta mar, ¿se respetará gentilmente esa orden? No lo sabemos y esperamos no tener que comprobarlo personalmente. Pero sí sabemos de la habitual escasez de los activos en el "naufragio" falencial; de la igualmente habitual tendencia de los fallidos a desestructurar su patrimonio en las crisis que conducen a la insolvencia; de la lucha generalmente desigual entre acreedores que pueden imponer condiciones al deudor (y "salvarse" -ellos- antes de la declaración judicial de quiebra), con los acreedores menos poderosos que de ordinario se resignan a perder todo a la hora de la distribución; de las reglas que el derecho concursal de todos los tiempos ha tratado de instrumentar para conjurar o, al menos, aliviar, esas crueles realidades. Entre éstas nos referimos, claro está, a las ineficacias falenciales -derivaciones simplificadas de las acciones del derecho común tendientes a proteger a los acreedores menos poderosos de las picardías del deudor común que han favorecido, de ordinario, a otros "vivos con fuerza"-; a las acciones de responsabilidad de terceros; a las limitaciones de los privilegios; a la conversión de todas las acreencias no dinerarias a moneda de curso legal para concurrir paritariamente en la misma moneda de quiebra; etc.

Lo expuesto viene al caso para situar cierta reforma de la legislación concursal - art. 146 ley 24522 (LA 1995-B-1547)- a la cual refiere con extraordinaria erudición el fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que apuntamos sólo en sus más relevantes aspectos vinculados al derecho de la quiebra.

El art. 150 de la derogada ley 19551 ([t.o. 84] LA 1984-B-909) imponía como recaudo de oponibilidad (en la quiebra) del boleto de adquisición de un inmueble del fallido, el "destino vivienda" del susodicho bien. Seguramente está muy fresca la memoria de los lectores acerca de las controversias jurisprudenciales respecto del destino "objetivo" o "subjetivo" de la vivienda para el adquirente, y las diferentes soluciones de los jueces sobre las pretensiones de escrituración de cocheras, lotes baldíos, departamentos en construcción, viviendas no ocupadas por su comprador, etc. Más allá de tales disputas interpretativas, lo cierto es que salvo algunos casos aislados en los que se reconoció el derecho a escriturar ciertos inmuebles -no viviendas- adquiridos

mucho antes del concurso del vendedor cuando el adquirente había, a la vez, pagado el cien por ciento del precio y tenía la posesión pacífica e indubitante de la cosa, en general no hubo disidencias acerca de que los adquirentes por boleto de inmuebles no destinados a vivienda, frente a la quiebra del vendedor, veían convertido su derecho a escriturar por un derecho a participar en la distribución común según las reglas de la prorrata falencial. Dura solución, claro está; pero no menos dura de la que experimentaban los acreedores de prestaciones no dinerarias (cereales, maquinarias o lo que fuese) quienes, aun en épocas inflacionarias, resignaban su derecho a la obtención de esas cosas, al trocársele la prestación de origen por la entrega de un porcentaje (generalmente ínfimo) de moneda de quiebra. No menos dura, tampoco, que la situación (traída a colación obiter en el fallo comentado) del vendedor de valiosa mercadería, maquinarias, instalaciones o inclusive inmuebles, al fallido, que en un sistema legal como el nuestro que aún mantiene una suerte de horror a la venta con reserva de dominio, debía resignarse a que los valiosos bienes provistos por él se vendieran para repartirse entre los coacreedores en tanto él cobraba (sigue cobrando, también hoy) el precio en moneda de quiebra.

Volvemos a los lugares comunes que recordábamos al principio. Las reglas de la quiebra no son blandas, porque no se puede ser generoso en la escasez; de ahí que los tratamientos excepcionales, los que exceptúan a algunos sujetos de los rigores que son comunes al resto, no son frecuentes -no debieran serlo- y, cuando la ley los establece, debería justificarse el por qué de la excepción en buenas razones que expliquen la exclusión de esos sujetos de los rigores del resto. Caso contrario, el trato diferenciado se convierte en "privilegio" en el peor sentido, disvalioso, prebendario, del término.

Cuando la vieja legislación concursal permitía separar de la prenda común destinada a la liquidación falencial, a ciertos inmuebles vendidos -y no escriturados- por el fallido, la aceptación social de la ventaja para el adquirente, y consiguiente desventaja para los acreedores concurrentes, no era difícil de lograr. La justificación estaba en el destino vivienda de los inmuebles en cuestión; la explicación histórica, en la gestación de la norma del art. 1185 bis CC. durante una época que vio insolventarse a importantes empresas constructoras, con la consecuente necesidad de proteger a numerosos adquirentes desamparados.

Cuando la nueva legislación concursal amplía el derecho de separación a cualquier adquirente por boleto que hubiese pagado el veinticinco por ciento del precio de cualquier inmueble (o de todos ellos) del ahora fallido, sin la limitación del destino habitacional, hay varias dudas que nos asaltan. A ellas van las reflexiones que siguen.

La primera, la inexistencia de necesidad sociológica. El repaso de los numerosos fallos de dos décadas de aplicación del art. 150 ley 19551 no evidencia la existencia de situaciones abusivas de uso de la quiebra para impedir la escrituración de inmuebles no viviendas vendidos por boleto. Casos aislados, quizás, a los que los tribunales dieron respuestas excepcionales (v.gr.: C. Nac. Com., sala E, 19/2/88, "Lechiguana S.A.", LL 1988-D-483 ; el mismo tribunal, 31/8/92, "El Hogar Obrero Coop.", JA 1993-III-299). Es explicable, entonces, que a la falta de una situación generalizada de utilización disvaliosa de la regla del

art. 150 ley 19551, se agregase la inexistencia de una fuerte corriente doctrinaria por ampliación del derecho de separación en el sentido que finalmente estipula el art. 146 ley 24522. En pocas palabras: la realidad social de más de veinte años de quiebras argentinas no justificaba la necesidad de esta reforma, a diferencia de la realidad tenida en cuenta por el legislador cuando consagró la norma del art. 1185 bis CC. y, seguidamente, la del art. 150 ley 19551.

La segunda reflexión es la falta de explicación adecuada por parte del legislador acerca del por qué de este tratamiento tan extraordinariamente preferencial a los adquirentes por boleto de cualquier inmueble del fallido, frente al mantenimiento de las reglas concursales de conversión de las prestaciones no dinerarias o del cobro del saldo de precio de la venta en moneda de quiebra, por citar sólo dos ejemplos bastante gráficos. Este silencio sobre razones de política legislativa que posiblemente existan pero que muchos no alcanzamos a entender dificulta la generalizada aceptación social de esta modificación.

Una tercera reflexión -que, creemos, ha pesado también en el ánimo del tribunal que falló el caso en comentario- es el severo interrogante acerca de las bondades de abrir cauce fácil a la enajenación por boleto de inmuebles en los estadios preliminares de la falencia. Sabemos se nos contestará con que ello tiene remedio en las acciones de fraude o en las ineficacias falenciales. Sin embargo, es conocido que la prueba en las acciones de fraude es dificultosa en extremo; que la entrega de bienes en pago durante el período de sospecha ha dejado de ser acto ineficaz de pleno derecho; que si el perjuicio del acto -al que refiere el actual art. 119 ley 24511<HD+> <HD->- se llegara a interpretar como mera equivalencia de las prestaciones a la hora de la constatación sospechada, fracasarán o directamente no se intentarán la mayoría de las ineficacias por conocimiento del estado de cesación de pagos.

Esta última reflexión, que pone la mira en los peligros de la norma más que en su injusticia concursal, es la que explica el propósito del fallo comentado de poner ciertos límites que aventen la posibilidad de materialización de los aludidos temores.

En ese orden de ideas no podemos dejar de compartir la suerte de llamado de atención que el fallo importa. Llamado de atención para los jueces, sobre todo, al encuadrarse con claridad el derecho del adquirente de inmuebles del fallido, por boleto, como una prioridad de carácter extraordinario desde que su resultado es, mucho más que un privilegio (con los privilegios se concurre; en mejor posición, pero se concurre) una prioridad que permite escapar a la concurrencia falencial y a sus consabidos rigores, llevándose bienes que, de otro modo, se liquidarían para el reparto. Tan extraordinaria prioridad -no asentada en situaciones como la "necesidad habitacional" del pasado- merece un análisis estricto y una interpretación restrictiva, como excepción que es a todas las reglas de la concurrencia en la quiebra que se han mencionado precedentemente. La mirada detenida de los jueces en la realidad de las enajenaciones prequiebra, por boletos, que quieran convalidarse luego de la falencia del enajenante -a lo cual apuntan las decisiones de este fallo sobre los recaudos de fecha cierta y posesión-, puede ser camino adecuado para que

una norma excepcional aún no debidamente justificada no abra cauce a abusos previsibles, temidos y no deseados.

## Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

### Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Pablo Andrés Nervi
E-mail:	pablonervi@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogado

### Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	"Oponibilidad del boleto de compraventa"
Título del TFG en inglés	"Opposability of the purchase- sale deed"
Integrantes de la CAE	Alfredo Marmissolle- Emery Muñoz
Fecha de último coloquio con la CAE	7/12/2010
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	Texto PDF

### Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Publicación electrónica:

Después de..2..mes(es).

---

**Firma del Alumno**

