

**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN
CARRERA DE ABOGACÍA**

**“POSESIÓN CON BOLETO DE
COMPRAVENTA”**



“Universidad Empresarial Siglo 21”

– María Laura Magallanes –

2011

RESUMEN

El Boleto de compraventa representa, en los tiempos que corren, un instrumento típico utilizado en la mayoría de las enajenaciones inmobiliarias para establecer los derechos y obligaciones de las partes. Esta figura privada ha dado lugar a distintas controversias, por un lado sobre la naturaleza jurídica, y por el otro sobre la legitimidad o ilegitimidad de la posesión adquirida mediando este instrumento inmobiliario. Se han planteado numerosas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales opuestas entre sí, esto se debe a que la redacción del artículo 2355 es confusa y a generado una gran disparidad de criterios interpretativos, que a lo largo del los años no han arribado a una solución unánime. Lo cual motivó la presente tesis, a esclarecer su contenido y determinar las distintas posturas existentes sobre la naturaleza jurídica de esta figura y su vinculación con la posesión.

ABSTRACT

The agreement to purchase real estate is in these times, a typical instrument used in most real estate buys and sales to establish the rights and obligations of the parties. This private figure has led to different disputes, first on the legal nature and the other on the legitimacy or illegitimacy of the purchased possession by the instrument. Have raised numerous doctrinal and jurisprudential views opposing each other, this is because the wording of Article 2355 is unclear and generated a great disparity of interpretive criteria, which over the years have not arrived at a unanimous solution. This is why the present work is for clarify their contents and determine the various positions existing on the legal nature of this figure and its connection with possession.

*A la memoria de mi padre
Walter N. Magallanes*

AGRADECIMIENTOS

Para poder llevar a cabo el presente trabajo, además de mi esfuerzo y dedicación he contado con la ayuda y colaboración de muchas personas, sin las cuales no hubiese podido finalizarlo.

Debo comenzar antes que nada, por agradecer a mi familia. A mi mamá Alicia, por brindarme su amor, sabiduría, y darme la fortaleza necesaria para seguir mi camino. A mis hermanos Rosario y Pablo, porque día tras día me proporcionan su cariño y apoyo.

Agradezco a Marcos por estar siempre a mi lado durante mi carrera y proporcionarme su amor incondicional.

Agradezco enormemente a mis tíos Vilma y Alejandro, y primos Santiago, Francisco y Agustín que a pesar de la distancia han estado presentes siempre en toda mi vida brindándome su afecto, animo y apoyo.

A mi amigas de toda la vida Vale, Marucha, Alfo, Pame, Naty, Juli, y Vicky por su amistad y por todos los momentos que pasamos y seguiremos pasando juntas. A mis amigas de la universidad con quienes compartí esta etapa, clases, trabajos, tardes, y sobre todo nervios ante los exámenes.

ÍNDICE

CAPÍTULO I

Introducción. Organización Del Trabajo

1. Introducción.....	2
2. Planteamiento del problema y su justificación.....	3
3. Objetivos generales.....	4
4. Objetivos específicos.....	4
5. Resultados esperados.....	5
6. Metodología.....	5
7. Estructura del Trabajo.....	6

CAPÍTULO II

Antecedentes. Surgimiento Del Boleto

8. Surgimiento del Boleto de Compraventa.....	8
9. Evolución del artículo 2355.....	10

CAPÍTULO III

Marco Teórico. Nociones Preliminares

10. Adquisición del Derecho Real de Dominio.....	14
10.1. Título y Modo.....	14
10.2. La Publicidad Inmobiliaria.....	16
11. Posesión.....	17
11.1 Definición.....	17
11.2. Elementos de la posesión.....	17
11.3. Naturaleza jurídica.....	19
11.4. Análisis detallado del art. 2355 C.C.....	19
11.4.1. Clasificación de la Posesión.....	19
11.4.2. Posesión Legítima.....	20

11.4.3. Posesión ilegítima.....	21
11.4.4. Posesión con Boleto – Agregado de la Ley 17.711-.....	23
12. Compraventa.....	23
12.1. Definición.....	23
12.2. Caracteres.....	24
12.3. Forma.....	24
13. Boleto de Compraventa.....	26
13.1. Definición.....	26
13.2. Elementos.....	27
13.3. Objeto.....	27
13.4. El Boleto como Título Suficiente.....	28

CAPÍTULO IV

Naturaleza Jurídica Del Boleto De Compraventa

14. Naturaleza jurídica: Clasificación de las distintas posiciones doctrinarias.....	31
15. Posiciones Doctrinarias.....	33
15.1. El Boleto como Contrato de Compraventa.....	33
15.1.1. Guillermo A. Borda.....	33
15.1.2. Augusto M. Morello.....	34
15.1.3. Bustamante Alsina.....	35
15.1.4. Natalio Pedro Etchegaray.....	35
15.1.5. Marta E. Fazio De Bello.....	35
15.1.6. Alberto Spota.....	36
15.1.7. Jorge Mosset Iturraspe.....	36
15.2. El Boleto como Precontrato o Promesa de Compraventa.....	37
15.2.1. Fernando J. López de Zavalía.....	37
15.3. El Boleto como Contrato Perfecto por el que las partes se constrañen a otorgar Escritura	38
15.3.1. Edmundo Gatti y Jorge H. Alterini.....	38
15.3.2. Atilio A. Alterini.....	39
15.3.3. Emma Adelaida Rocco.....	39

CAPÍTULO V

El Poseedor De Inmueble Con Boleto De Compraventa

16. Interpretaciones doctrinarias del artículo 2355, último párrafo, introducido por la reforma.....	41
17. Examen de las distintas posiciones doctrinarias.....	42
17.1. Posesión Legítima, Derecho Real de Dominio	
Imperfecto.....	42
17.1.1. Guillermo A. Borda.....	42
17.1.2. Bustamante Alsina.....	43
17.2. Posesión Legítima, Derecho Real de Dominio.....	44
17.2.1. Luis María Games.....	44
17.3. Posesión Legítima, que constituye un nuevo Derecho Real de Posesión.....	44
17.3.1. Aberto G. Spota.....	44
17.3.2. Jorge Llambias.....	45
17.3.3. Marta E. Fazio De Bello.....	46
17.4. Posesión Legítima, que constituye un Derecho Jurídicamente Protegido.....	46
17.4.1. Natalio Pedro Etchegaray.....	46
17.4.2. Augusto M. Morello.....	47
17.5. Posesión Legítima, que no constituye Derecho Real.....	47
17.5.1. Manuel Adrogúe.....	47
17.5.2. Ernesto Salas y Trigo Represas.....	47
17.5.3. Manuel Laquis.....	48
17.6. Posesión Ilegítima, la legitimidad hace referencia a la Adquisición de la Posesión	49
17.6.1. Elena Highton, Edmundo Gatti y Jorge H. Alterini.....	49
17.6.2. Emma Adelaida Rocco.....	50
17.6.3. Alsina Atienza.....	50
17.7. Posesión Ilegítima de Buena Fe.....	51
17.7.1. Marina Mariani De Vidal.....	51

17.8. Posesión Ilegítima de Mala Fe.....	51
17.8.1. Ricardo José Papaño.....	51
17.9. Posesión Ilegítima, que Se Considera Legítima.....	52
17.9.1. Fernando López de Zavalía.....	52
17.9.2. Néstor Musto.....	53
18. El requisito de buena fe en el artículo 2355.....	54
19. Análisis del voto de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci en el fallo plenario S.C. Mendoza del 6 de diciembre de 1991.....	54
20. Boleto sobre Tenencia Precaria.....	58

CAPÍTULO VI

Situaciones En Las Que Puede Encontrarse El Poseedor Ex Boleto En La Práctica

21. Consecuencias prácticas de la clasificación.....	60
21.1. Frente a otro boleto de compraventa sobre el mismo inmueble (Concurrencia de dos Boletos).....	60
21.2. Frente a un contrato de compraventa instrumentado en escritura pública (Concurrencia de un Boleto con Escritura)...	60
21.3. Frente a un acreedor hipotecario del transmitente (Oponibilidad de un Boleto al acreedor Hipotecario).....	61
21.4. Frente a otros acreedores del transmitente (Ejecución Individual).....	61
21.5. Frente a otros acreedores del transmitente en caso de Ejecución Colectiva.....	62
21.6. Frente a un acreedor anticresista o con derecho de retención (Oponibilidad del Boleto al acreedor Anticresista o al Retenedor).....	65
21.7. Frente al transmitente.....	65
21.8. Poseedor ex – Boleto y Usucapión Breve.....	65
21.9. Poseedor ex – Boleto y Acciones Reales.....	66

CAPÍTULO VII
Conclusión

22. Conclusión..... 68

CAPÍTULO VIII
Bibliografía Consultada

23. Bibliografía Consultada..... 72

CAPÍTULO IX
Anexos

24. Anexos..... 76

24.1. Fallo Plenario: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil,
en pleno, 24 de diciembre de 1940 “Administración
Autónoma de Propiedades Municipales c/ P.de Blanco,
Mercedes” 76

24.2. Fallo Plenario: S.C. Mendoza en pleno 6 de diciembre de
1991 “Ongaro de Minni, y otros en: Minni, Miguel A. y otro en:
Gómez, H. c. Grzona, J. C.” 88

CAPÍTULO I

Introducción. Organización Del Trabajo

1. Introducción

Como Trabajo Final de Graduación se ha propuesto llevar a cabo el análisis jurídico y doctrinario del Boleto de Compraventa Inmobiliaria y su relación con la Posesión, en lo que respecta al agregado del artículo 2355, segunda parte, del Código Civil, incorporado en nuestra legislación a partir de la reforma ley 17.711, año 1968.

El Boleto de compraventa ha dado lugar a distintas controversias, por un lado sobre la naturaleza jurídica, y por el otro sobre la legitimidad o ilegitimidad de la posesión adquirida mediando este instrumento inmobiliario.

Desde su nacimiento, el Boleto de Compraventa ha recibido numerosas críticas, no obstante, en la actualidad, ha logrado ubicarse como una figura importante dentro de la órbita de los negocios inmobiliarios, representando para este tipo de operaciones una forma de acceso rápida y efectiva hacia los objetivos esperados, en comparación con el trámite notarial inmobiliario requerido. En la práctica, el ejercicio inmobiliario de compraventa se celebra por medio de un documento escrito y en forma privada, es decir, boleto de compraventa, en razón de que la escritura pública necesaria para la transmisión del dominio termina siendo un trámite muy lento y complejo. Con este tipo de instrumento, las partes, una vez logrado el acuerdo, resultan vinculadas y pueden dejar constancia de las obligaciones asumidas. El Boleto de compraventa representa, en los tiempos que corren, un instrumento típico utilizado en la mayoría de las enajenaciones inmobiliarias para establecer los derechos y obligaciones de las partes.

En la actualidad, la costumbre generalizada de su uso, ha llevado al convencimiento popular de que, quien firma un Boleto de compraventa ha realizado un contrato y se encuentra obligado por él a su cumplimiento. Además, existe la tendencia por parte de quien ha recibido la posesión mediando boleto, a sentirse dueño del inmueble, aunque la ley determine lo contrario y le niegue a éste la capacidad para transmitir la propiedad.

El tema elegido, ha sido objeto de numerosas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales opuestas entre sí, esto se debe a que la redacción del artículo 2355 es confusa y a generado una gran disparidad de criterios interpretativos, que a lo largo de los años no han arribado a una solución unánime. Lo cual ha

motivado la presente tesis, a esclarecer su contenido y determinar las distintas posturas existentes sobre la naturaleza jurídica de esta figura y su vinculación con la posesión. En rigor de ello, se considera pertinente analizar las formas de adquisición de un derecho real, y los artículos correspondientes, a fin de que se logre arribar a la conclusión de si se está frente a una posesión o no, y en su caso, si ella es legítima o por el contrario reside en ser ilegítima.

Atendiendo a lo expresado, el presente trabajo partirá de las siguientes hipótesis:

- Para el nacimiento del Derecho Real, la norma general por excelencia, requiere Título Suficiente y Modo Suficiente, y su inscripción como forma de perfeccionamiento frente a terceros. La posesión adquirida por un título insuficiente para adquirir derecho real. ¿Hace nacer el Derecho?
- En base a la primera parte del artículo 2355 C.C., el boleto de compraventa estaría comprendido dentro de la posesión ilegítima, es decir, cuando se tenga sin título. Sin embargo, con la debida reforma, surge como interrogante si la segunda parte del artículo en cuestión la considera incorporada como legítima.

2. Planteamiento del problema y su justificación

Las operaciones inmobiliarias han ido evolucionando hasta instalarse en la práctica el uso habitual del Boleto de compraventa. Sin embargo, este instituto nació fuera de la legislación, ya que fue producto de las exigencias del mercado inmobiliario, e incluso surgió en contra del Código Civil en lo que respecta al artículo 1184, el cual exige la formalidad de escritura pública para los contratos que tengan por objeto la transferencia del derecho real de dominio sobre los bienes inmuebles.

En consecuencia, si ningún otro instrumento en el derecho, ha tenido la eficacia suficiente para transmitir la propiedad; surgen entonces los interrogantes acerca del alcance de la segunda parte del artículo 2355, sobre la posesión adquirida mediando boleto de compraventa. Por un lado, en cuanto a la legitimidad o ilegitimidad de la posesión adquirida, y por el otro, respecto a si es capaz el Boleto de compraventa de dar nacimiento a un derecho real de dominio.

No se debe dejar de exponer, la importancia que ha tenido la naturaleza jurídica de esta figura, ya que a lo largo de los años han surgido múltiples interpretaciones doctrinarias al respecto. Para una posición representaría un precontrato preparatorio, mientras que para la otra un contrato definitivo de compraventa, con todas sus consecuencias.

Planteadas las vicisitudes, con el desarrollo de la presente obra se buscará, contribuir al esclarecimiento de la situación actual del adquirente por boleto, y ayudar a determinar la posición de éste frente al vendedor y a los terceros. En conclusión, la razón por la cual se ha elegido el tema en cuestión ha sido la necesidad de desentrañar la posición que ocupa el Boleto de Compraventa en la legislación.

3. Objetivos generales

I. Determinar la naturaleza Jurídica del Boleto de Compraventa, en cuanto a, si constituye un contrato definitivo de Compraventa o simplemente un precontrato preparatorio.

II. Establecer la naturaleza del Derecho que se adquiere con la posesión de un inmueble de buena fe, mediando boleto de compraventa; si nace un Derecho Real o un Derecho Personal.

III. Finalmente, determinar si se está frente a una posesión o no, y en su caso, si ella es legítima o por el contrario reside en ser ilegítima.

4. Objetivos específicos

I. Evaluar la posición de las distintas doctrinas planteadas a lo largo de la los años. Y examinar en profundidad las interpretaciones de los juristas, a saber:

- Borda, Guillermo
- Musto, Néstor Jorge
- Mariani Del Vidal, Mirna
- Adroque, Manuel
- Bustamante Alsina
- Llambias, Jorge
- Spota, Aberto
- Fazio de Bello, Marta
- Gatti, Edmundo
- Highthon, Elena

- Alterini, Jorge
- Alterini, Atilio
- Alsina, Atienza
- López de Zavalía,
Fernando
- Etchegaray, Natalio
- Laquis, Manuel
- Rocco, Emma
- Morello, Augusto

II. Analizar y evaluar los modos de adquisición de los derechos reales en nuestro sistema jurídico. Estudiar detalladamente el Art. 2355 del Código Civil y su respectivo agregado incorporado en nuestra legislación a partir de la reforma por la ley 17.711.

III. Investigar jurisprudencia y destacar la importancia del antiguo fallo plenario, del voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci.

5. Resultados esperados

Con la realización del presente Trabajo Final de Graduación, se espera aportar la mayor cantidad posible de información sobre la temática abordada, y lograr esclarecer el contenido del agregado al artículo 2355, segunda parte. Desentrañar las distintas posturas doctrinarias existentes, agrupándolas con el propósito de hacer llegar al lector en forma más integral, la situación en la que se encuentra el adquirente de inmueble por Boleto de compraventa.

6. Metodología

Para llevar a cabo la presente tesis se ha elegido como modalidad de trabajo final al PIA, Proyecto de Investigación Aplicada. En el cual, según el Reglamento Institucional de TFG, el alumno debe conducir y documentar una investigación que aborde una problemática determinada desde un cuerpo teórico y metodológico ya existente. Además, el trabajo deberá contener una introducción del problema a investigar, una revisión exhaustiva de los antecedentes bibliográficos, un marco teórico sobre la materia, una descripción de la metodología adaptada, los datos y resultados obtenidos, y la conclusión a la que se arriba¹.

¹ Reglamento Institucional, Trabajo Final de Graduación para todas las modalidades, p 2 y 3.

La metodología seleccionada, permitirá realizar un análisis jurídico y doctrinario a nivel nacional de la temática del Boleto de compraventa. Resultando pertinente, el estudio de las posturas de cada uno de los prestigiosos autores que opinaron sobre el tema.

7. Estructura del trabajo

La obra se dividirá en siete capítulos, en los cuales se irán exponiendo algunos de los aspectos del Boleto de compraventa y su vínculo con la Posesión. El primer capítulo se referirá al planteamiento del problema y su justificación, los objetivos generales y específicos, y por último a la metodología seleccionada para la realización del TFG. El segundo hará alusión a la evolución del Boleto de compraventa y su relación con la posesión, en el derecho argentino. El tercer capítulo estará destinado al desarrollo de los aspectos jurídicos del Boleto y de la Posesión, haciendo hincapié en la clasificación del artículo 2355 C.C. y en la forma de nacimiento del derecho real de dominio. En el cuarto capítulo, se expondrán las distintas posiciones doctrinarias acerca de la naturaleza jurídica del Boleto de compraventa, el cual representa el problema antesala de todos los demás aspectos que se estudiarán. El quinto capítulo estará dedicado a las distintas interpretaciones doctrinarias, referentes al agregado de la ley 17.711 al artículo 2355, en cuanto a la posesión mediando Boleto y a la polémica sobre a que hace referencia la buena fe en este artículo. En el sexto capítulo se plantearán algunas de las situaciones en las que puede encontrarse el poseedor ex Boleto en la práctica. Y en el séptimo y último capítulo se expondrá la conclusión a la cual se ha arribado con el presente trabajo final.

CAPÍTULO II

Antecedentes. Surgimiento Del Boleto

8. Surgimiento del Boleto de Compraventa

El Código Civil en su artículo 1323 ha regulado la compraventa como un contrato que no transmite la propiedad, sino solo genera la obligación de transmitirla. El codificador Vélez Sarsfield, consideró que en materia de inmuebles la enajenación debía hacerse por escritura pública bajo pena de nulidad, conforme lo estableció en el artículo 1184. En el artículo 2355 antes de la reforma ley 17.711, el comprador por Boleto no era considerado un poseedor legítimo.

Durante mucho tiempo, el esquema normativo del Código Civil que regía la compraventa inmobiliaria antes de la reforma de 1968, estuvo formado por los siguientes artículos:

- **Art.1323.-** “Habrà 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”.

- **Art.1184.-** “Deben ser hechos en escritura pública, bajo pena de nulidad, con excepción de los que fueran celebrados en subasta pública: 1) Los contratos que tuviesen 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...”

- **Art.1185.-**“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”.

- **Art.1186.-** “El artículo anterior no tendrá efecto cuando las partes hubiesen declarado en el instrumento particular que el contrato no valdría sin la escritura pública”.

- **Art.1187.-**“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”.

Se puede apreciar en base al articulado del Código Civil anterior a la reforma, que el Boleto de compraventa no tenía recepción en la legislación, aunque en la práctica ya era utilizado como medio de vinculación de las partes. En consecuencia, este instrumento no regulado, llegaba a los tribunales judiciales sin el aval y la reglamentación normativa necesaria; ante esta situación, los jueces tuvieron que resolver creando una nueva estructura legal, la cual les permitiera determinar la validez y efectos del Boleto de compraventa.

El Boleto de compraventa, ha tenido su origen fuera del Código Civil, ya que surgió producto de la exigencia del mercado inmobiliario y de la costumbre generalizada de su uso. Este instituto, considerado en sus comienzos como un precontrato preparatorio de compraventa, no otorgaba la posesión ni transmitía el dominio del bien inmueble, es decir, no daba nacimiento a ningún derecho real. En consecuencia, la compraventa estaba constituida por dos etapas; la primera surgía del boleto, el cual obligaba a la celebración del contrato, y luego la segunda etapa, donde se celebraba el contrato definitivo con la escritura pública².

En fin, la figura del Boleto de compraventa ha resultado de las costumbres de un sector del negocio inmobiliario, siendo estas las precursoras de los cambios jurídicos y legislativos que se realizaron posteriormente. Como secuela del modo de nacimiento, el Boleto no posee en el código una definición legal determinada³.

El Boleto de compraventa se incorporó expresamente en el Código Civil a partir de la reforma ley 17.711, en 1968, mediante dos disposiciones; por un lado, con el artículo 1185 bis, el cual 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 veinticinco por ciento del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio”. Por el otro lado, con el agregado a la última parte del artículo 2355, que dice: “Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa”. La

² Cfr. LORENZETTI Ricardo Luis, *Tratado De Los Contratos*, Tomo I. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999, p. 331 y siguientes.

³ Ver LAVALLE COBO Jorge E., “Art. 1185”, en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni Eduardo (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, Comentario, Anotado y Concordado*, Tomo 5 Art.1066 a 1216, Ed Astrea, 2005, p. 834.

reforma suprimió además parte del artículo 1184, el cual establecía la pena de nulidad para los contratos que debiendo ser en escritura pública eran redactados como instrumentos privados.

Sin embargo, mas allá de las modificaciones producidas, la polémica sobre esta figura no ha llegado a su fin, ya que la confusa redacción del artículo 2355, segundo párrafo, ha generado múltiples interpretaciones doctrinarias al respecto. Para algunos autores el Boleto ha sido considerado como un título capaz de transmitir un derecho real, y para otros como un verdadero contrato de compraventa o un contrato que conduce a una venta forzosa, el cual aunque no transmite el derecho real de dominio, es título suficiente para adquirir la posesión, la cual será legítima o ilegítima según el sector de la doctrina.

9. Evolución del Artículo 2355

Para la doctora Emma A. Rocco, el originario artículo 2355 ha tenido su fuente en el Esboço de Freitas, aunque Vélez Sarsfield no lo cite en su nota⁴. El artículo 3714 del Esboço de Freitas establece: “La posesión es legítima o ilegítima. Es legítima cuando fuere el ejercicio de un derecho real verdadero sobre la cosa poseída. Es ilegítima, siempre que no estuviere legitimada por prescripción: 1) Cuando se tuviere sin título. 2) Cuando, aunque se tuviere con título, no fuere éste justo; es decir, cuando no fuere transmisivo de derecho real que confiere el derecho de poseer, si fuere nulo, o si ya estuviere anulado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. 3) Cuando, aunque se tuviese con título, haya sido adquirida por un modo insuficiente para la adquisición del derecho real. 4) Cuando, aunque se tuviese con justo título y hubiese sido adquirida por un modo suficiente, emanó de transmitente que no tenía derecho de poseer, o no lo tenía para transmitir”.

Conforme con el artículo 2355 antes de la reforma, la posesión se calificaba en: “Posesión legítima: adquirida legítima; es decir, como ejercicio de un derecho real constituido de conformidad con las disposiciones del Código (con título). Posesión ilegítima: adquirida ilegítimamente; sin título, por título

⁴ Cfr. ROCCO, Emma Adelaida, *Boleto de compraventa: adquisición del dominio. Indivisibilidad impropia e incumplimiento de la obligación de escriturar*, Ed. Astrea, 1989, p. 133 y 134.

nulo, modo insuficiente para adquirir derechos reales, o de quien no tenía derecho a poseer la cosa o a transmitirla”⁵.

El viejo artículo 2355, no regulaba el caso del adquirente de inmueble mediante boleto de compraventa, lo cual llevó a los juristas a clasificarlo de diferentes maneras, como simple tenencia; posesión ilegítima de mala fe; posesión legítima de buena fe; posesión legítima; posesión legítima que constituye un derecho real de posesión; y como posesión legítima que constituye un derecho real de dominio imperfecto. Después de la reforma producida en 1968 por la ley 17.711, la cual agregó al artículo 2355 del Código Civil el siguiente párrafo: “Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmueble de buena fe, mediando boleto de compraventa”; se dejó de clasificar como tenedor o poseedor ilegítimo de mala fe al adquirente con boleto.

Para desentrañar el sentido de la reforma que incorporó la última parte del artículo 2355, se debe citar y analizar uno de los antecedentes jurisprudenciales de mayor importancia de la época, el cual ha resultado ser el precursor de dicha reforma.

En el famoso plenario, autos “Administración Autónoma de Propiedades Municipales”, del voto del doctor Barraquero, surgió una innovadora doctrina⁶. En los hechos, la Municipalidad había realizado una venta a plazo por medio de un Boleto de compraventa sin escritura, y le había entregado al comprador la posesión del inmueble vendido (finca). Ante el incumplimiento de pago de la adquirente (Mercedes P. de Blanco), la Municipalidad (vendedora) quiso ejecutarle, con el objeto de cobrar el saldo del precio deudor; para que ello fuera posible, se debía reconocer al comprador como poseedor legítimo, ya que, de no ser así, la municipalidad se estaría ejecutando un inmueble que permanecía inscripto a su nombre⁷.

El artículo 2355, reformado por la ley 17711, recogió la línea jurisprudencial abierta por el plenario. El voto del doctor Barraquero condujo a la reforma de 1968, fundando el derecho de la municipalidad para ejecutar al adquirente por

⁵ FAZIO DE BELLO, Marta E, *Teoría y técnica del boleto de compraventa*, Ed. A'bacó de Rodolfo Depalma, 1984, p. 123.

⁶ Ver FAZIO DE BELLO, *ibidem*, p. 33 y siguientes.

⁷ Cfr. Cám.Civ., Sala 0, “Administración Autónoma de Propiedades Municipales c/ P.de Blanco, Mercedes”, E.D., t II, p. 555 (24/12/1940), publicado en La Ley Online, cita Online: AR/JUR/20/1940. Ver en anexos de la presente tesis, p. 75.

boleto de compraventa, en el desplazamiento de la posesión legítima al comprador.

Del voto de Barraquero se pueden esbozar las siguientes conclusiones⁸:

- El Boleto de compraventa es un contrato de compraventa, puesto que se le otorga exigibilidad a sus cláusulas, y a su vez resulta título suficiente para adquirir la posesión legítima.
- El Boleto, sumado a la tradición del bien inmueble, da nacimiento en el patrimonio del adquirente a un nuevo derecho de posesión.

Finalmente, este fallo marca el inicio del camino hacia la reforma del artículo, reconociendo como poseedor legítimo al adquirente con Boleto, el cual hasta el momento había sido considerado un simple tenedor o un poseedor ilegítimo de mala fe.

⁸ Ver FAZIO DE BELLO, Marta E, *op. cit.*, p.35 y 80.

CAPÍTULO III

Marco Teórico. Nociones Preliminares

10. Adquisición del Derecho Real de Dominio

10.1. Título y Modo

Las formas de adquisición del dominio se pueden clasificar en originarias y derivadas; y se encuentran enumeradas en el artículo 2524 C.C., donde se expresa: “El dominio se adquiere:

- 1° Por la apropiación;
- 2° Por la especificación;
- 3° Por la accesión;
- 4° Por la tradición;
- 5° Por la percepción de los frutos;
- 6° Por la sucesión en los derechos del propietario;
- 7° Por la prescripción”.

En la presente tesis se considera pertinente abocarse solo al desarrollo de la tradición posesoria, como modo derivado de adquisición del derecho real de dominio sobre bienes inmuebles. Vale decir que la tradición no solo es un modo de adquirir el dominio, sino también los demás derechos reales.

El artículo 577 del Código Civil aparece como regla fundamental en cuanto a la constitución de los derechos reales, al establecer que antes de la tradición de la cosa no se adquiere derecho real. El Código adoptó el sistema de la tradición, tanto en el aspecto constitutivo de derecho real, como en el publicitario⁹.

Vélez Sarsfield se apartó del sistema Francés en el que por el solo consenso entre transmitente y adquirente queda ya constituido el derecho real, adoptando el sistema Romano, que en el Digesto consagra: “la nuda tradición nunca transfiere el dominio, si no se hubiere precedido venta o alguna justa causa, por la cual siguiese la entrega”¹⁰. Así, en la nota al artículo 577 C.C., Vélez Sarsfield critica oportunamente el sistema Francés y adopta a la Tradición, la cual tiene en el ordenamiento jurídico un doble carácter. Es constitutiva del derecho real, es decir, le da nacimiento, ya que antes de la

⁹ Cfr. FAZIO DE BELLO Marta E, *op. cit.*, p. 189.

¹⁰ Digesto, Lib. 41, Tit. I, ley 31.

tradicción solo existe una pretensión personal; y a su vez es un eficiente medio de publicidad¹¹.

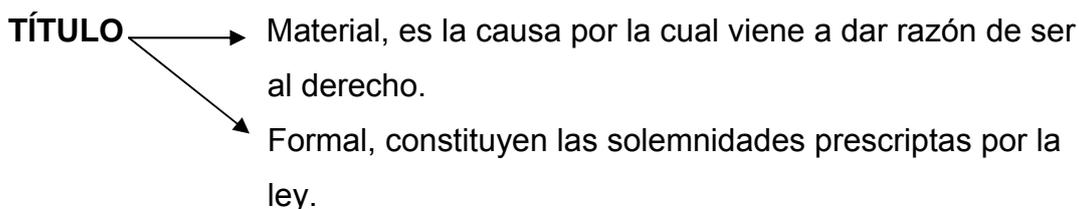
Se debe aclarar que si bien el codificador escogió como medio de publicidad y constitución del derecho real a la tradición, estableció una excepción en el caso de la hipoteca, en la cual los efectos entre partes se producen desde el momento de su instrumentación y se requiere de la inscripción como forma de publicidad.

La tradición se encuentra definida en la segunda parte del artículo 2377 C.C., de la siguiente manera: “Habrá tradición, cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa, y la otra voluntariamente la recibiese”.

Para que se provoque la transmisión y la adquisición del derecho real de dominio, a la tradición se le debe añadir el título suficiente. El título suficiente y el modo suficiente no son requisitos para la adquisición originaria del derecho, sino solo son necesarios para la adquisición derivada entre vivos.

- **TITULO SUFICIENTE:** Es el acto jurídico provisto de las condiciones de fondo (capacidad en el transmitente y en el adquirente – titularidad del derecho) y de forma que en cada caso resulte exigible y dotado por la ley de aptitud para transferir derechos reales¹². Esencialmente responde a la pregunta ¿Cómo vino a ser propietario? (en sentido material)
- **MODO SUFICIENTE:** Es el acto material que existe cuando una persona entrega voluntariamente una cosa y que otro, también voluntariamente, recibe.

Según Mariani de Vidal, en el caso de los inmuebles, se suele confundir la denominación “título” con la escritura pública. La escritura pública podrá ser denominada “título” en el sentido de caratular o instrumental, pero no será el título suficiente necesario para adquirir derechos reales¹³. De esta manera, se puede establecer:



¹¹ Cfr. FAZIO DE BELLO Marta E., *op. cit.*, p. 189 y 190.

¹² Ver MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos Reales*, Tomo I, Ed. 7 Zavallia, Bs.As, 2004, p. 102 y siguientes.

¹³ *Ibidem.* p. 102 y siguientes.

MODO → Tradición, consiste en un desplazamiento patrimonial mediante el cual se constituye el derecho y se hace visible (Publicidad).

10.2. La Publicidad Inmobiliaria

En materia de publicidad sobre inmuebles, son dos los métodos que han prevalecido a lo largo de los años; por un lado la tradición posesoria del derecho romano; y por el otro, la inscripción en registros inmobiliarios de origen germánico. Vélez Sarsfield adoptó el sistema de la tradición del derecho romano, como modo de constitución y de publicidad de los derechos reales, y solo introdujo al registro para el caso del derecho real de hipoteca; que no se ejerce por la posesión (no hay tradición). De manera que la constitución del derecho real y su publicidad para ser oponible a terceros, se encuentran ligadas en una misma figura, la tradición.

El sistema de publicidad elegido por el codificador para los bienes inmuebles presentaba fallas dada la complejidad del negocio inmobiliario, lo cual condujo a las provincias al dictado de distintas leyes sobre inscripción en registros. Estos registros estaban tachados de inconstitucionalidad, puesto que el Código Civil solo exigía el título suficiente y la tradición para los bienes inmuebles¹⁴.

La ley 17711 reemplazó al originario artículo 2505 por el siguiente: “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. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas”. El nuevo artículo no elimina a la tradición como modo de constitución de los derechos reales, sino exige además para las adquisiciones, extinciones y trasmisiones de derechos reales sobre inmuebles, la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble para su perfeccionamiento; de esta manera, quedaba solucionado el problema de la inconstitucionalidad de los registros. La reforma introdujo la necesidad de inscribir los bienes inmuebles para lograr su oponibilidad frente a terceros, por lo cual su finalidad es puramente declarativa y no constitutiva de derechos.

¹⁴ Cfr. FAZIO DE BELLO, Marta, *op. cit.*, p. 193 y 194.

En conclusión, se puede expresar que el derecho real de dominio sobre bienes inmuebles nace del título y modo suficiente (tradición posesoria); y se perfecciona con la inscripción para su oponibilidad frente a terceros. En consecuencia, la obligación de registrar los bienes inmuebles produce una disociación entre el nacimiento y el perfeccionamiento del derecho real¹⁵.

11. Posesión

11.1. Definición

“Cuando una persona se comporta como si fuera titular de un determinado derecho, cuando lo ejerce efectivamente con exclusividad, independientemente de que lo tenga o no, puede decirse, lato sensu, que es poseedora de ese derecho”¹⁶.

La posesión se encuentra definida en el Código Civil en su artículo 2351, en virtud del cual: “Habrá posesión de las cosas cuando una persona, por si o por otra, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”. De forma opuesta a la posesión, el artículo 2352 define al tenedor como: “El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho”.

El poseedor se relaciona con la cosa como si tuviera sobre ella un derecho real, lo tenga o no, sin reconocer sobre la cosa un señorío superior al de él. Se presenta con un poder físico, practicado voluntariamente sobre una cosa (corpus), con ánimo de dueño (animus domini), sin una potestad superior a la detentada por el poseedor¹⁷.

11.2. Elementos de la Posesión

En este punto, se pueden apreciar dos teorías opuestas entre sí, la de Savigny y la de Ihering. Para aclarar cada una de ellas se seguirá el resumen

¹⁵ Ver FAZIO DE BELLO, Marta, *op. cit.*, p. 190.

¹⁶ MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos Reales*, Tomo I, Ed. 7 Zavalía, Bs.As, 2004, p. 112.

¹⁷ Ver PICADO, Leandro S, “Art.2351”, en Claudio Kiper (dir), Código Civil Comentado, Derechos Reales, Tomo I. Art. 2311 a 2610, Ed Rubinzal – Culzoni, 2004, p. 148.

de posiciones realizado en el siguiente cuadro, por la doctora Highton, Elena¹⁸, en su obra *Derechos Reales – La Posesión*, Vol.1, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1979:

Savigny	<p>Corpus: posibilidad física de disponer de la cosa; la facultad de disponer físicamente de la cosa se puede recobrar a cada instante.</p> <p>Animus: negativa de reconocer en cabeza de otro un derecho cualquiera superior al suyo; pues el que detenta la cosa se comporta como propietario (animus domini).</p>
Ihering	<p>Corpus: exterioridad de la propiedad o estado normal externo de la cosa bajo en cual cumple el destino económico de servir a los hombres.</p> <p>Animus: voluntad necesaria para que la relación con la cosa sea querida o sea para que el hecho tenga consecuencias jurídicas.</p> <p>No reconoce una voluntad de poseer distinta de la voluntad de detentar.</p>

Nota: el animus o voluntad de Ihering esta sobreentendido e incluido en el corpus de Savigny.

Resulta visible en la definición del Código Civil la influencia de Savigny, dado que se encuentran claramente distinguidos los dos elementos que integran la posesión (objetivo y subjetivo).

Según la doctora Mariani de Vidal¹⁹, en la definición del artículo 2351, la parte de la frase "tenga una cosa bajo su poder" representa el elemento objetivo (corpus), y la otra parte "con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad" hace una clara referencia al elemento subjetivo (animus domini), mientras que las cosas son el objeto. El corpus, representa la posibilidad de disponer físicamente de la cosa en cualquier momento, sin que

¹⁸ HIGHTON, Elena, *Derechos Reales – La Posesión*, Vol.1, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1979, p. 45.

¹⁹ Ver MARIANI DE VIDAL, Marina, *op. cit.*, p. 113, 114 y 115.

ello signifique el permanente contacto con ella. El animus domini, significa un señorío superior del poseedor, que no reconoce sobre la cosa autoridad superior a la suya, se conduce como propietario aunque sabe que no lo es. Musto aclara: “Este animus domini, también llamado animus rem sibi habendi, no debe confundirse con la convicción de ser realmente el propietario (opinio domini)”²⁰.

11.3. Naturaleza jurídica

La posesión ha sido considerada de dos maneras, como un hecho y también como un derecho real, personal e incluso mixto.

Si se analiza la polémica Savigny – Ihering, se puede valorar que para Savigny se trata de una relación fáctica, es decir, un hecho con consecuencias jurídicas (hecho con consecuencias semeja un derecho). Para Ihering representa un derecho real. El Código Civil receptó, de la teoría de Savigny, la posesión como un hecho, aunque en el plano teórico, el codificador no oculta su adhesión a la posición de Molitor²¹, puesto que de las normas párese desprenderse que la posesión es un hecho y de las notas que es un derecho.

En el Código Civil, la posesión es considerada un hecho con consecuencias jurídicas, un hecho-derecho, en virtud de los siguientes argumentos: a) Primero se puede decir que el código se ocupa de la posesión antes de entrar a tratar los derechos reales, y no la trata entre ellos. b) No se encuentra enumerada en el artículo 2503, como un derecho real. c) El artículo 2470 hace alusión a la posesión como hecho, al expresar: "El hecho de la posesión...". d) En igual sentido el artículo 2472 reza: "... la posesión nada tiene de común con el derecho a poseer..." e) En la nota "a" al Libro III, se expresa que se seguirá el método de Mackeldey, por que las cosas y la posesión son elementos de los derechos reales, y al ser un elemento no puede a la vez ser un derecho. f) Además la posesión es un hecho que tiene consecuencias jurídicas, puesto que resulta ser un medio para adquirir derechos reales por usucapión o tradición. g) Finalmente, tomando en cuenta los artículos 2468, 2469 y 2490 del C.C. se puede advertir, a la posesión como fundamento de un derecho, ya

²⁰ MUSTO, Néstor J, *Derechos Reales*, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1981, p. 172.

²¹ Ver nota al art. 2470 y parte final de la nota al art. 2351 que dicen: "para nosotros que juzgamos que la posesión es un derecho" y "Molitor ha combatido esta opinión -la de que la posesión es un hecho-, a nuestro juicio victoriosamente, demostrando que toda posesión es un derecho".

que del hecho o relación fáctica con la cosa surgen las defensas de esa posesión atribuidas al poseedor, por lo cual la posesión en si misma y sin necesidad de titulo alguno resulta protegida de toda turbación o privación²².

11.4. Análisis detallado del Artículo 2355 C.C.

11.4.1. Clasificación de la Posesión

Vélez Sarsfield, luego de definir la posesión, se refirió a su clasificación en el artículo 2355 C.C., en el cual describe: “La posesión será legitima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad a las disposiciones de este código. Ilegítima, cuando se tenga sin título, o por título nulo, o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando sea adquirida del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no la tenía para trasmitirla.

Se considera legitima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa”.

La norma consagra la clasificación de la posesión en legítima o ilegítima, por lo que se distingue en ella tres partes, a saber:

- A. La que define lo que ha de entenderse por posesión legítima.
- B. La que define a la posesión ilegítima.
- C. La que – en el agregado de la ley 17.711 – se refiere a la posesión de inmuebles que se sustenta en un boleto de compraventa.

11.4.2. Posesión Legítima

Es legítima la posesión, cuando sea el ejercicio de un derecho real constituido conforme a las disposiciones del Código Civil, léase: dominio, condominio, usufructo, uso, habitación, prenda, anticresis, superficie forestal y propiedad horizontal. Las servidumbres y la hipoteca son derechos reales que no se ejercen por la posesión²³. “Se trata en consecuencia de posesión basada en un derecho real, es decir que el poseedor no solo posee sino que tiene derecho de poseer: es titular del derecho real”²⁴.

²² Ver MUSTO, Néstor J, *op. cit.*, p. 169 y 170; FAZIO DE BELLO, Marta E, *op. cit.*, p. 121.

²³ Ver MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos Reales*, Tomo I, Ed. 7 Zavallía, Bs.As, 2004, p. 142.

²⁴ HIGHTON, Elena, *op. cit.*, p. 48.

La posesión legítima se equipara al *ius possidendi* (derecho de poseer), ya que la persona ejerce la posesión sobre la base de un derecho adquirido de manera legal. Y se diferencia del *ius possessionis*, en el cual el derecho deriva del hecho de la posesión, otorgándole a quien de hecho ejerce el señorío facultades y defensas, con prescindencia de la titularidad del derecho real (posesión ilegítima)²⁵.

Aclárese, que tanto “la legitimidad como la ilegitimidad de la posesión no dependen de la relación posesoria en si, sino de su vinculación con el derecho real, de cuyo contenido forma parte”²⁶.

11.4.3. Posesión Ilegítima

Cuando se abordo el tema de la adquisición del derecho real de dominio²⁷, se determinó que los requisitos necesarios para darle nacimiento son: el título y el modo. Si alguno de ellos faltará o fuera deficiente, el derecho real no se constituiría de conformidad con las disposiciones del Código, y de esta forma, la posesión carecería de los presupuestos para ser considerada legítima.

Se caracteriza por ser sin título, por título nulo o adquirida por un modo insuficiente de quien no tenía derecho a poseer la cosa o no lo tenía para transmitirlo, es decir, cuando no sea el ejercicio de un derecho constituido de conformidad a lo prescripto en la ley.

La posesión es ilegítima cuando falta cualquiera de los requisitos que conforman el título suficiente, ya sea de forma (escritura pública) o de fondo (capacidad y legitimación de las partes), que sirven de causa para la constitución del derecho real, o cuando fuere adquirida por un modo insuficiente²⁸.

Los casos de ilegitimidad del artículo 2355, segunda parte, se pueden dividir en:

- **Sin título:** El título es el acto jurídico idóneo para dar nacimiento al derecho real, es decir, representa la causa fuente del derecho. En

²⁵ Ver FAZIO DE BELLO, Marta E, *op. cit.*, p. 123.

²⁶ MUSTO, Néstor J, *Derechos Reales*, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1981, p. 176.

²⁷ Véase el punto 10. Adquisición del Derecho Real de Dominio del Capítulo III de esta tesis.

²⁸ Véase ROCCO, Emma Adelaida, *Boleto de compraventa: adquisición del dominio. Indivisibilidad impropia e incumplimiento de la obligación de escriturar*, Ed. Astrea, 1989, p. 135 y 136.

consecuencia, si la posesión no tiene una causa constitutiva válida, no existe título²⁹. Es el caso del ladrón.

- **Título nulo:** El título es nulo por defectos de fondo o de forma; el caso se equipara al poseedor sin título. Por ejemplo, será ilegítima la posesión que se origine en una compraventa que el padre hiciere de un inmueble propiedad de su hijo, bajo su patria potestad.

Distinto resulta si el título es anulable, puesto que la posesión será legítima hasta la sentencia declarativa de nulidad.

- **Modo insuficiente:** Se presenta cuando la tradición no se realiza por un acto físico-material, por ejemplo, el comprador que hace la tradición mediante una cláusula declaratoria.

- **Se adquiere de quien no tenía derecho a poseer la cosa o no tenía derecho a transmitirla:** El primer supuesto se da cuando el que transmite la cosa no es su verdadero propietario; y el segundo, es el caso de quien siendo propietario (titular del derecho real) no tiene capacidad para transmitirlo³⁰.

Sin apartarse del eje del desarrollo, no puede dejarse de aclarar que de la clasificación de la posesión como ilegítima se desprende una subclasificación, de buena y de mala fe; y la última, a su vez, en viciosa y no viciosa. En cambio, en la posesión legítima carece de sentido esta subclasificación, ya que la legitimidad hace referencia a la titularidad de un derecho real constituido de conformidad con la ley.

Buena fe: El artículo 2356 establece: “La posesión puede ser de buena o de mala fe. La posesión es de buena fe, cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, se persuadiere de su legitimidad”.

El poseedor de buena fe debe estar convencido (creencia fundada y razonable) de que su posesión es el contenido de un derecho real constituido de conformidad a las disposiciones del Código Civil, es decir, legítima; aunque en realidad no lo sea, debido ha que se encuentran presentes en la posesión algunos de los presupuestos enumerados en el artículo 2355, segunda parte, los cuales la tachan de ilegítima. No obstante, el poseedor por ignorancia o

²⁹ Cfr. HIGHTON, Elena, *op. cit.*, p. 48.

³⁰ Ver PICADO, Leandro S, “Art.2355”, en Claudio Kiper (dir), Código Civil Comentado, Derechos Reales, Tomo I. Art. 2311 a 2610, Ed Rubinzal – Culzoni, 2004, p. 179 y 180.

error de hecho excusable, ha creído que adquiriría el bien de quien era el titular del derecho, o tenía la capacidad o la legitimación para transmitirlo³¹.

Mala fe: De conformidad al artículo 2356, la mala fe existe toda vez que no haya buena fe, es decir, cuando el error fuese de derecho o de hecho no excusable, o la creencia fuera dudosa³².

El último supuesto, posesión ilegítima de mala fe, accede a una doble clasificación:

- Viciosa: La posesión será viciosa cuando siendo cosas muebles se hayan adquirido por hurto, estelionato, o abuso de confianza; y siendo cosas inmuebles, se hayan adquirido por violencia, clandestinamente o abuso de confianza.
- Simple o No viciosa: 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.

11.4.4. Posesión con Boleto – Agregado de la Ley 17.711-

La posesión de inmueble adquirida por medio de un boleto de compraventa, sin haberse efectuado la escritura pública prevista en el artículo 1184, inc. 1º del Código Civil, se consideraba ilegítima en virtud de la primera parte del viejo artículo 2355.

La ley 17.711 ha agregado al Art. 2355 el siguiente párrafo: “Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa”, dando lugar a múltiples interpretaciones doctrinarias sobre la legitimidad o ilegitimidad de la posesión con Boleto de compraventa, lo cual se analizará en los próximos capítulos de la presente tesis.

12. Compraventa

12.1. Definición

En el artículo 1323 se define el contrato de compraventa: “Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de

³¹ Véase MARIANI DE VIDAL, Marina, *op. cit.*, p. 159.

³² Cfr. GATTI Edmundo y ALTERINI Jorge Horacio, “Régimen jurídico del boleto de compraventa”, en L. L. 143-1146.

una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero”.

Del concepto se puede extraer una primera conclusión, el contrato de compraventa se perfecciona con el consentimiento, sin necesidad de entregar la cosa, representando para las partes contratantes un compromiso de transmisión de propiedad, es decir, causa la obligación de transmitir el dominio, pero no produce su transmisión. El contrato de compraventa, al ser calificado por el ordenamiento jurídico como un contrato consensual, se considera celebrado cuando las partes prestan su consentimiento sobre las obligaciones asumidas, con el mero acuerdo de partes³³.

12.2. Caracteres

El contrato de compraventa tiene los siguientes caracteres:

- a) Típico y nominado: Nombrado y regulado legalmente.
- b) Bilateral: Genera obligaciones para ambas partes.
- c) Consensual: Produce todos sus efectos por el solo consentimiento y sin necesidad de la entrega de la cosa o del precio.
- d) No formal: Como regla general es un contrato de forma libre porque la ley no impone una solemnidad para su existencia. Sin embargo, existen exenciones, como es el caso del contrato de compraventa de inmuebles, el cual requiere para su celebración de escritura pública (art. 1184, C. C.).
- e) Oneroso: Existen beneficios y gravámenes recíprocos; las partes realizan sacrificios equivalentes.
- f) Conmutativo: Puesto que las ventajas se conocen desde el momento de la celebración. Excepcionalmente puede ser aleatorio.
- g) Celebrado discrecionalmente o por adhesión a condiciones generales de contratación.

12.3. Forma

Como se expuso anteriormente, para la transmisión del derecho real es necesaria la unión del título suficiente con el modo (art. 577), es decir, la

³³ Ver FAZIO DE BELLO, Marta E, *op. cit.*, p. 55; MORELLO, Augusto M, *El boleto de compraventa inmobiliaria*, Vol. 1, Ed 3. act. La Plata: Platense, 1981, p. 43 y 201; LORENZETTI Ricardo Luis, *Tratado De Los Contratos*, Tomo I. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999, p. 200.

tradición. Respecto de los bienes inmuebles se exige, además, la escritura pública para los contratos que tengan por objeto la transmisión del derecho real de dominio sobre los bienes inmuebles (art. 1184, inciso 1º). En consecuencia, han surgido opiniones doctrinarias diversas sobre si el contrato de compraventa inmobiliaria es forma o no formal; y en caso de ser formal, si la forma es ad probationem o ad solemnitatem.

Para una primera postura, sostenida por los doctores Guillermo Borda³⁴ y Bustamante Alsina³⁵, la ley no ha impuesto solemnidad para la celebración del contrato de compraventa, y el requisito de escritura pública del artículo 1184, inciso 1º (bienes inmuebles), es necesario únicamente para la transmisión del dominio y no para el contrato de compraventa, el cual resulta ser no formal. Se produce un desplazamiento del elemento formal del contrato hacia la constitución del derecho real de dominio. Además, esta posición ve al boleto de compraventa como un verdadero contrato de compraventa, capaz de servir de causa a un derecho de dominio imperfecto.

La segunda postura es la de los doctores Gatti y Alterini³⁶, quienes consideran a la compraventa como un contrato formal ad solemnitatem, tomando como base los artículos 1184, inciso 1º; 975 a 978, 1140 y 2609 del Código Civil. En consecuencia, el Boleto de compraventa representa un contrato previo, verdadero, serio, definitivo y perfecto; pero no un contrato de compraventa, sino un contrato que obliga a concluir el de compraventa (venta forzosa).

Otra parte de la doctrina, a la cual adhiere la doctora Marta Fazio de Bello, a saber sostenida por la doctora Mariani de Vidal en “El poseedor en virtud del boleto de compraventa”, LL., t. 141, p. 941, se inclina por juzgar al contrato de compraventa como formal ad probationem³⁷, argumentando que el comprador con boleto de compraventa esta en condiciones de exigir la escritura pública, lo

³⁴ Ibídem.

³⁵ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor”, en L. L. 131 -1275.

³⁶ Véase GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H, “Régimen jurídico del boleto de compraventa”, en L. L. 143-1146.

³⁷ Comparte esta posición el doctor SPOTA, Aberto, G, en *Instituciones de Derecho Civil Contratos*, Vol. IV, Ed Depalma Bueno Aires, 1980, p 59 al expresar: “La forma no obsta a que resulte consensual (art. 1140). Empero, tratándose de un inmueble, la ley exige una forma probatoria, no constitutiva; pero exige esa forma”.

cual no podría hacer si la formalidad fuera ad solemnitatem, ya que el vínculo no existiría por la falta de la escritura.

Para Marta, Fazio de Bello: "...el requisito de la escritura pública se relaciona, por un lado, con el contrato de compraventa, y por el otro se enlaza con la constitución de derecho real de dominio, por cuanto integra como elemento formal a uno de los ingredientes esenciales de la constitución del mismo..."³⁸. De esta manera, el título suficiente estaría integrado por el acto jurídico causal, representado por el contrato de compraventa con sus elementos de fondo y de forma (escritura pública). En consecuencia, el elemento formal hace que el contrato de compraventa sirva de título suficiente para la adquisición de los derechos reales, por lo cual no resulta posible desplazarlo del contrato³⁹.

13. Boleto de Compraventa

13.1. Definición

Antes de la reforma ley 17.711, el Boleto de compraventa no tenía recepción en el Código Civil, aunque en la práctica ya se utilizaba como medio de vinculación de las partes. El Boleto de compraventa se incorporó expresamente en el Código Civil a partir de la reforma ley 17.711 en 1968, mediante dos disposiciones, el artículo 1185 bis y el agregado a la última parte del artículo 2355.

El Boleto de compraventa no se encuentra definido en el ordenamiento legal, y definirlo resulta una tarea compleja debido a la disparidad de criterios interpretativos sobre la naturaleza jurídica de la figura. El doctor Jorge, E. Lavalle Cobo, lo define como: "el instrumento público o privado en el cual se detalla el contenido de un contrato de compra y venta de inmueble, estableciendo por lo menos los elementos esenciales de ella: el consentimiento respecto de la cosa y el precio; y que se otorga con la finalidad de probar dicho contrato"⁴⁰.

³⁸ FAZIO DE BELLO, Marta E, *op. cit.*, p. 59.

³⁹ Cfr. FAZIO DE BELLO, Marta E, *op. cit.* p. 71.

⁴⁰ LAVALLE COBO Jorge E., "Art. 1185", en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni Eduardo (coord.), Código Civil y leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, Tomo 5 Art.1066 a 1216, Ed Astrea, 2005, p. 834.

El problema interpretativo sobre la naturaleza jurídica del Boleto de compraventa está internamente ligado a la polémica doctrinaria acerca del carácter formal o no formal del contrato de compraventa, puesto que dependiendo de la postura adoptada por los autores, sobre uno u otro carácter de la compraventa, se desprende de manera directa la posición tomada ante el Boleto. Para quienes la compraventa es no formal, el Boleto privado representa un verdadero contrato de compraventa inmobiliaria⁴¹, debido a la libertad de forma de realización del contrato. Los autores que ven a la compraventa como un contrato formal, sostienen al mismo tiempo que el Boleto es un precontrato⁴² o un contrato preliminar⁴³, en el cual las partes se obligan a celebrar el futuro contrato de compraventa con la escritura pública.

13.2. Elementos

Parte de la doctrina, la cual se inclina por considerar al Boleto de compraventa como un verdadero contrato, sostiene que hay elementos aplicables tanto al contrato de compraventa como al Boleto⁴⁴. En consecuencia, se puede decir que este instrumento debe contener entre sus cláusulas elementos comunes a todos los contratos, como son el consentimiento y la capacidad, y otros elementos como la cosa y el precio, especiales del tipo de contrato al cual se hace referencia⁴⁵.

13.3. Objeto

El objeto de la figura que se estudia, depende de la posición doctrinaria que se adopte con respecto a la naturaleza jurídica del Boleto de compraventa.

⁴¹ Véase BORDA, Guillermo, *Manual de Contratos*, 17º Ed. Perrot Bueno Aires, 1995, p. 179, 277 y 278; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor", en L. L. 131 -1275; en el mismo sentido, MORELLO, Augusto M, *El boleto de compraventa inmobiliaria*, Vol. 1, Ed 3. act. La Plata: Platense, 1981, p 43, afirma: "...con e boleto las partes han quedado enlazadas como verdaderos comprador y vendedor en razón de haber dado expresa y recíproca conformidad respecto de la cosa y del precio".

⁴² Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA Fernando J, *Teoría de los Contratos, Parte General*, Tomo I, Ed 4 Zavalia, 1997, p. 347.

⁴³ Ver SPOTA, Alberto, *Instituciones del Derecho Civil, Contratos*, Volumen IV, Ed Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 58 y 59; GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H, "Régimen jurídico del boleto de compraventa", en L. L.143-1146; idem, *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*, Fedye, Buenos Aires, 1973, p. 19 y siguientes.

⁴⁴ Cfr. LAVALLE COBO Jorge E., "Art. 1185", en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni Eduardo (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado*, Tomo 5 Art.1066 a 1216, Ed Astrea, 2005, p 835.

⁴⁵ Ver ETCHEGARAY Natalio Pedro, *Técnica y Práctica Documental – Boleto de Compraventa*, Ed. Astrea, 1993, p 4.

Para una parte de la doctrina que juzga al Boleto de compraventa como un contrato preliminar o precontrato, el objeto de éste reside en una obligación de hacer el contrato definitivo de compraventa, que se corresponde con la realización de la escritura pública, la cual procura la transmisión del dominio del bien. El Boleto de compraventa solo quedará concluido como contrato, cuando se cumpla la formalidad de la escritura pública.

Para otra parte de la doctrina, la cual se inclina por considerar al Boleto como un verdadero contrato de compraventa perfecto, el objeto estará definido por la obligación de dar la cosa y la de pagar el precio en dinero, y no por la obligación de hacer escritura pública, la cual será accesoria de las obligaciones principales. La escritura no representa un nuevo contrato, sino un requisito para la transmisión del dominio, que constituye un efecto del contrato ya celebrado⁴⁶.

13.4. El Boleto como Título Suficiente

Se puede apreciar en la doctrina la existencia de una gran controversia, en cuanto a si la compraventa queda perfeccionada con la mera suscripción del Boleto o no, lo cual resulta reducido al ámbito del derecho personal. En cambio, existe un punto en el campo de los derechos reales en el que coinciden mayoritariamente los juristas, en virtud del cual, para que se tenga por operada la transmisión (modo derivado) del dominio del inmueble, no bastará el Boleto de compraventa y la tradición, sino que será indispensable el otorgamiento de la escritura pública, salvo las hipótesis de subasta judicial (artículo 2610)⁴⁷.

Para transferir el dominio y constituir un derecho real se requiere título suficiente, modo suficiente e inscripción para su perfeccionamiento en el Registro de la Propiedad de Inmuebles; la suscripción del boleto de compraventa no produce la transmisión del dominio. Mientras no se firme la escritura pública, el único propietario de la cosa para los terceros será el vendedor, aunque se haya hecho tradición de ella al adquirente con boleto.

⁴⁶ Ver LAVALLE COBO Jorge E., "Art. 1185", en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni Eduardo (coord.), Código Civil y leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, Tomo 5 Art.1066 a 1216, Ed Astrea, 2005, p. 836 y 837; MOSSET ITURRASPE Jorge, "Art.1185", en Bueres, Alberto. (dir.) y Highton, Elena, (coord.) Código Civil y Normas Complementarias, Análisis Doctrinal y Jurisprudencial, 3 B, De los Contratos en General, Ed. Hammurabi, 1999, p. 675 y 676.

⁴⁷ Ver MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos Reales*, Tomo I, Ed. 7 Zavalía, Bs.As, 2004, p. 103, 143 y 144.

En este punto, se debe aclarar que para una parte importante de la doctrina, el boleto de compraventa hace título suficiente, no para la adquisición del derecho real dominio, sino para la transmisión de la posesión legítima⁴⁸; sirviendo de fundamento a un nuevo derecho real, el derecho real de posesión. Esta corriente de opinión considera al boleto como la causa del derecho real de posesión.

El título suficiente, para que pueda constituir el derecho real de dominio, debe integrarse por el contrato de compraventa con sus elementos de fondo (capacidad y legitimación) y de forma (escritura pública). En consecuencia, el boleto de compraventa, al ser un instrumento privado, no representa un título suficiente para transmitir el dominio por defecto de forma. Tomando como base la exigencia de la escritura pública para la transmisión de los bienes inmuebles del artículo 1184, inc. 1º, la suscripción del boleto de compraventa no constituye título suficiente capaz de producir la transmisión del dominio⁴⁹.

⁴⁸ Véase en este sentido LLAMBIAS, Jorge en "art. 2355", Llambias, Jorge y Alterini, Jorge Horacio, Código Civil Anotado, Tomo IV-A Derechos Reales, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 89 y 90; SPOTA, Alberto G., *Sobre las reformas al código civil: capacidad - contratos - derechos reales - derecho sucesorio*, Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 72; FAZIO DE BELLO, Marta E, *Teoría y técnica del boleto de compraventa*, Ed. A'bacó de Rodolfo Depalma, 1984, p.77, 83 y 125; ETCHEGARAY Natalio Pedro, *Técnica y Practica Documental – Boleto de Compraventa*, Ed. Astrea, 1993, p 169 y 170, afirma: "...se considera al boleto como título suficiente para fundar, no solo el hecho de la posesión (con su correlativo derecho de posesión: *ius possessionis*), sino también el derecho (con su correlativo derecho de poseer: *ius possidendi*)".

⁴⁹ Cfr. ROCCO, Emma Adelaida, *op. cit.*, p. 135, 155 y 156; FAZIO DE BELLO, Marta E, *op. cit.*, p. 71 y 83.

CAPÍTULO IV

Naturaleza Jurídica Del Boleto De Compraventa

14. Naturaleza jurídica: Clasificación de las distintas Posiciones Doctrinarias

En el presente capítulo se expondrán las distintas posiciones doctrinarias acerca de la naturaleza jurídica del Boleto de compraventa. La doctrina a lo largo de los años no ha logrado arribar a una solución unánime sobre esta temática, generando una gran disparidad de criterios interpretativos. Para una parte de la doctrina el boleto representa un precontrato, en el cual las partes se obligan a celebrar en el futuro el verdadero contrato de compraventa por medio de la escritura pública. Otra parte de la doctrina lo considera un verdadero contrato de compraventa, en el cual solo falta la posterior transmisión del dominio con la escritura pública.

Como punto de partida del conflicto doctrinario, y generando diferentes formas de interpretación del Boleto de compraventa, se encuentra por un lado el artículo 1184 inc. 1º, con el requisito de la escritura pública para los bienes inmuebles; y por el otro, el artículo 1185⁵⁰, el cual hace referencia a la conversión del instrumento particular (boleto de compraventa), por defecto de forma, en un contrato en que las partes se obligan a realizar la escritura pública⁵¹.

En este punto, se seguirá la clasificación doctrinaria sobre la naturaleza jurídica del Boleto de compraventa, esbozada por los doctores Jorge Llambias y Atilio Alterini⁵², en el Código Civil Anotado, Tomo III-A Contratos, Ed Abeledo-Perrot, Buenos Aires, de 1982:

a) Doctrina que lo considera un contrato de compraventa de inmuebles.

Esta posición, para poder considerar al boleto como un contrato de compraventa firme, serio, definitivo, perfecto, toma como base a los artículos 1184, 1185 y 1187, dejando de lado al requisito formal de la escritura pública

⁵⁰ Art. 1.185: 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.

⁵¹ Ver LAVALLE COBO Jorge E., "Art. 1185", en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni Eduardo (coord.), Código Civil y leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, Tomo 5 Art.1066 a 1216, Ed Astrea, 2005, p. 835.

⁵² Cfr. LLAMBIAS, Jorge y, ALTERINI, Atilio, en el Código Civil Anotado, Tomo III-A Contratos, Ed Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 104 y 105.

como exigencia necesaria para la adquisición del dominio independientemente de la compraventa.

La distinción entre contrato y promesa bilateral de compraventa no tiene justificación en el ordenamiento jurídico argentino, puesto que la compraventa no es más que la promesa de transmitir a otro la propiedad de una cosa, a cambio de la promesa de pago; es necesaria solo en países como Francia e Italia que le conceden a la compraventa efectos translativos del dominio⁵³. En consecuencia, para esta doctrina la forma no hace al contrato de compraventa, sino a la adquisición del derecho real, lo cual autoriza al juez a escriturar ante la negativa del vendedor (Borda, Morello, Bustamante Alsina, Spota, Llambías)

b) Tesis que lo considera un precontrato o promesa de compraventa.

Para esta tesis el boleto representa una especie de promesa bilateral, la cual obliga a las partes a celebrar el contrato definitivo con la escritura pública, por medio de un nuevo acuerdo de voluntades, es decir que las partes deben expresar dos veces el consentimiento (López de Zavalía).

c) Doctrina que lo considera un contrato perfecto por el que las partes se constriñen a otorgar escritura.

La tesis sostiene que el boleto es un contrato verdadero, pero no de compraventa, sino que es un contrato en que las partes se obligan a celebrar un contrato de compraventa con la forma exigida por la ley (Gatti Edmundo, Alterini Jorge H, y Alterini, A.).

La diferencia con la tesis anterior reside en que el contrato conocido como boleto obliga jurídicamente a las partes a otorgar el contrato de compraventa, apareciendo así una compraventa forzosa en los términos del art. 1324, inc. 2; a diferencia de la doctrina anterior, en la cual es exigible la escrituración sobre la base de un nuevo acuerdo de voluntades. La importancia de la distinción surge cuando se trata el tema del cumplimiento forzado de la obligación de escriturar, ya que mientras que para la posición que se expuso en el punto b) el Juez no puede suplir la falta de voluntad de una de las partes, para la doctrina que se analiza, las partes están obligadas jurídicamente a escriturar, y si no lo hacen pueden ser sustituidas por el juez⁵⁴.

⁵³ Ver BORDA, Guillermo, *Manual de Contratos*, 17º Ed. Perrot Bueno Aires, 1995, p. 277.

⁵⁴ Cfr. LLAMBIAS, Jorge y, ALTERINI, Atilio, en el Código Civil Anotado, Tomo III-A Contratos, Ed Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 104 y 105.

d) Posición que distingue entre 'negocio obligatorio' y 'negocio dispositivo'.

Según esta doctrina, el boleto de compraventa constituye un negocio obligatorio, en el cual una de las partes se obliga a transmitir un derecho a la otra, pero no de manera instantánea, sino a través de un negocio dispositivo o de cumplimiento, preparado por el anterior y que opera esa transmisión liberando a los contrayentes de las obligaciones contraídas en virtud del acto precedente (Racciatti, Spota en las Segundas Jornadas de derecho civil, Universidad Nacional del Nordeste, 1965).

La doctora Marta E. Fazio De Bello ha realizado un análisis de cómo es el consentimiento en cada una de las doctrinas que se han expuesto. En la posición del punto a), esta autora sostiene que hay un solo consentimiento, el cual se expresa a través del boleto de compraventa, que para esta postura constituye un contrato de compraventa definitivo. Para la doctrina b), considera que hay dos consentimientos, uno en la promesa de venta y otro en el verdadero contrato de compraventa que se realiza posteriormente. En la tesis c), razona que hay un solo consentimiento expuesto por medio del boleto, el cual representa un contrato, pero no de compraventa, que obliga a las partes a escriturar, conduciendo a una venta forzosa. Para la doctrina del punto d), esta autora entiende que hay un solo consentimiento⁵⁵.

15. Posiciones Doctrinarias

15.1. El Boleto como Contrato de Compraventa

15.1.1. Guillermo A. Borda

“La escritura pública ha dejado en nuestro derecho positivo de ser una exigencia formal del contrato de compraventa de inmuebles, para convertirse solamente en una formalidad indispensable para la transmisión del dominio, problema muy diferente. Pues el contrato de compraventa de inmuebles hecho por boleto privado obliga en definitiva al vendedor a transmitir el dominio, tanto como la escritura misma. Lo que en la práctica ocurre actualmente es que el

⁵⁵ Cfr. FAZIO DE BELLO, Marta E, *op. cit.*, p 61.

contrato en sí se suscribe siempre en forma privada; luego se otorga la escritura, simultáneamente con la transmisión del dominio”⁵⁶.

Para el doctor Guillermo A. Borda el Boleto ha representado un verdadero contrato de compraventa, ya que como se expuso en el Capítulo III, punto 12.3., de la presente tesis, el doctor Borda adhiere a la doctrina que considera al contrato de compraventa como un contrato de carácter no formal, pese a lo dispuesto por el artículo 1184, inc. 1º, desplazando el requisito de la escritura pública desde el contrato hacia el derecho real.

A entender de este autor, la distinción entre contrato y promesa bilateral de compraventa no tiene justificación en el ordenamiento jurídico argentino, puesto que la compraventa no es más que la promesa de transmitir a otro la propiedad de una cosa a cambio de la promesa de pago, y resulta necesario solo en países como Francia e Italia que le conceden a la compraventa efectos translativos del dominio⁵⁷.

15.1.2. Augusto M. Morello

Morello ha considerado al Boleto de compraventa como un verdadero contrato de compraventa, firme, serio, definitivo, y perfecto en sí mismo. A entender de este autor, no existen dos negocios jurídicos sucesivos, uno antecedente del otro, ya que el boleto vincula a las partes como vendedor y comprador con la expresión recíproca de conformidad, dada respecto de la cosa y el precio. En consecuencia, este jurista sostiene que con la escritura pública no se celebra el contrato de compraventa, sino que se ejecuta el ya concluido anteriormente⁵⁸.

Es crítico de la postura mantenida por los doctores Gatti, Edmundo y Alterini, Jorge, sosteniendo que esta tesis no responde funcionalmente a la realidad del tráfico del negocio del artículo 1185, quedando ubicado el boleto en el ámbito de la promesa de contrato que originaría una venta forzosa, y no como un contrato que obliga la celebración de la compraventa⁵⁹.

⁵⁶ Borda, Guillermo, *Manual de Contratos*, op. cit., p 179.

⁵⁷ Cfr. Borda, Guillermo, ibidem p. 277 y siguientes.

⁵⁸ Ver MORELLO, Augusto M, *El boleto de compraventa inmobiliaria*, Vol. 1, Ed 3. act. La Plata: Platense, 1981, p. 43.

⁵⁹ Ver MORELLO, Augusto M, op. cit., p. 57.

15.1.3. Bustamante Alsina

Al igual que los autores que se expusieron anteriormente, este jurista ha adherido a la postura que toma al contrato de compraventa como de carácter no formal. Bustamante Alsina ha entendido que el boleto privado de compraventa es un contrato perfecto para producir los efectos propios del acto jurídico de compraventa, y a su vez, lo equipara a un título suficiente capaz de adquirir la posesión legítima sobre el bien inmueble⁶⁰.

15.1.4. Natalio Pedro Etchegaray

Este autor se ha inclinado por la doctrina que advierte en el boleto, y aun en el acuerdo verbal, un verdadero contrato de compraventa. Sostiene que el acuerdo privado tipifica como contrato de compraventa inmobiliaria, pero que el dominio no se transmite con la sola entrega, como si fuera un bien mueble, sino que es necesario además el requisito formal de la escritura.

“El boleto es un contrato obligacional y perfectamente liquidado y concreto, pero aún no cumplido; para cumplirlo, deberá pagarse con pesos de curso legal en el momento del pago...recíprocamente el deudor del dominio deberá transmitirlo por los medios aptos para desobligarse frente a su acreedor de dominio y esos medios son la tradición y la escritura.

Luego, la escritura no se hace para comprar y vender, sino que se hace para cumplir con la compraventa”⁶¹.

15.1.5. Marta E. Fazio De Bello

Para esta autora el Boleto de compraventa es un contrato de compraventa imperfecta por falta de la forma prescripta (conversión formal) en el artículo 1184, inc. 1º, capaz de vincular jurídicamente a las partes, y de obligarlas al cumplimiento de las condiciones convenidas y a la escrituración. Al ser una compraventa imperfecta, no constituye título suficiente apto para servir como elemento para la transmisión del derecho real de dominio, pero tiene todos los demás elementos esenciales del contrato de compraventa: precio, cosa y

⁶⁰ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor*, en L. L. 131 -1275 y 1278. en cita de ROCCO, *op. cit.*, p 139 y 140.

⁶¹ ETCHEGARAY Natalio Pedro, *Técnica y Practica Documental – Boleto de Compraventa*, Ed. Astrea, 1993, p. 5.

consentimiento. En conclusión, el boleto de compraventa, al ser un instrumento privado y no tener la forma requerida para el contrato de compraventa inmobiliario, no queda concluido perfectamente como tal⁶².

15.1.6. Alberto Spota

“El boleto de compraventa de un inmueble significa un contrato de compraventa, pero celebrado presuponiendo el posterior cumplimiento de la forma legal, es decir, la escritura pública, ya que el art. 1184, inc. 1, establece que los contratos que tuviesen por objeto la trasmisión de bienes inmuebles en propiedad, o la constitución o trasmisión de cualquier otro derecho real inmobiliario, deben celebrarse en escritura pública”⁶³.

A entender de este autor, cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, la ley exige una forma probatoria y no constitutiva para su realización. En consecuencia, cuando el instrumento probatorio de esa compraventa se redacta en instrumento privado representa un boleto de compraventa, que obliga a celebrar un contrato de segundo grado o contrato de cumplimiento. Por un lado, se presenta el boleto de compraventa como contrato de primer grado o contrato preliminar, también designado de obligación, mientras que por otro lado se encuentra el contrato de segundo grado, el cual constituye el contrato de ejecución o cumplimiento. Con este último, se le otorga al negocio jurídico la forma ordenada en el artículo 1184, inc. 1º, es decir, la escritura pública⁶⁴.

15.1.7. Jorge Mosset Iturraspe

Mosset Iturraspe ha entendido que quien celebra un boleto de compraventa realiza un contrato definitivo, el cual es ya una compraventa obligacional perfecta, y que la escritura pública no es más que una formalidad para la transmisión del dominio. La realización de la escritura no es sinónimo de hacer un contrato distinto o definitivo, sino que significa la exteriorización requerida por el título de dominio. Para este autor “el boleto es definitivo en lo

⁶² Ver FAZIO DE BELLO, Marta E, *op. cit.*, p. 74 y siguientes.

⁶³ SPOTA, Aberto, G, *Instituciones de Derecho Civil Contratos*, Vol. IV, Ed Depalma Bueno Aires, 1980, p. 59.

⁶⁴ Véase SPOTA, Aberto, G *Sobre la reforma al Código Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 67; del mismo autor, *Instituciones de Derecho Civil Contratos*, Vol. IV, Ed Depalma Bueno Aires, 1980, p. 59.

obligacional, pero no sirve como título al dominio del bien inmueble, no lo transmite a ese dominio al comprador”⁶⁵.

15.2. El Boleto como Precontrato o Promesa de Compraventa

15.2.1. Fernando J. López de Zavalía

“El boleto de compraventa es una compraventa nula por defecto de forma. Pero si el boleto constituye una compraventa nula, es al mismo tiempo un preliminar válido”⁶⁶.

López de Zavalía se ha inclinado por la tesis formalista, sosteniendo que la compraventa inmobiliaria es un contrato formal que exige la escritura pública. De no celebrarse la compraventa con esta formalidad, y en su lugar realizarse por medio de un instrumento privado, constituye una compraventa nula, pero que al mismo tiempo resulta un preliminar válido por el fenómeno de la conversión. De esta manera, el boleto de compraventa posee una naturaleza jurídica bifronte; por un lado, es un contrato de compraventa nulo por defecto de forma, mientras que por otro, es un preliminar válido, específicamente un preliminar bilateral⁶⁷.

Este autor ha entendido en su obra que el Boleto de compraventa puede ser utilizado en dos sentidos, uno material y otro formal. En este último sentido, el boleto de compraventa constituye un instrumento que documenta una cierta especie de contrato, y en sentido material representa esa cierta especie de contrato documentado en el instrumento. López de Zavalía lo define en sentido material: “El boleto es el contrato parcialmente típico, concluido por escrito, que según su contenido impuesto o declarado, obliga recíprocamente a las partes a escriturar una compraventa inmobiliaria, y que entre tanto sólo genera por sí obligaciones naturales de dar la cosa y pagar el precio”. Lo define como

⁶⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Art.1142”, en Piedecabras, Miguel. A (dir) y Mosset Iturraspe (dir), Código Civil Comentado Doctrina - Jurisprudencia – Bibliografía, Contratos. Parte General Artículos 1137 a 1216, Editorial Culzoni- Rubinzal, 2004 p. 56; en igual sentido véase MOSSET ITURRASPE, *La obligación de escriturar : el boleto de compraventa - juicio de escrituración - demanda por reserva - incidente y juicio de redargución de falsedad - acción de simulación - procedimiento registral - modelos de escritos - fallos plenarios - apéndice legislativo*, Buenos Aires, La Rocca, 1994.

⁶⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA Fernando J, *Teoría de los Contratos, Parte General*, Tomo I, Ed 4 Zavalía, 1997, p. 355.

⁶⁷ Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA Fernando J, *Teoría de los Contratos*, Tomo 2, Ed 3 Zavalía, 2000, p. 409, 417,419 y 424.

contrato, ya que para este jurista, que el boleto de compraventa cumpla la función de un antecontrato (contrato preliminar), no significa negarle el carácter contractual, puesto que el antecontrato constituye para él un contrato⁶⁸.

15.3. El Boleto como Contrato Perfecto por el que las partes se constriñen a otorgar Escritura

15.3.1. Edmundo Gatti y Jorge H. Alterini

Los doctores Edmundo Gatti y Jorge Alterini han sostenido la postura que ve al boleto de compraventa como un contrato perfecto, pero no de compraventa, sino como un contrato en que las partes se obligan a celebrar un contrato de compraventa con la forma exigida por la ley. El boleto es un contrato, el cual tiene por objeto una obligación de hacer, la cual consiste en otorgar la escritura pública, ubicándolo de esta manera como uno de los supuestos de venta forzosa.

Así lo han entendido estos autores en su publicación en la revista La Ley, "Régimen jurídico del boleto de compraventa", Obligaciones y Contratos, Doctrinas Esenciales, Tomo V, 01/01/2009, 363143-1146-, al expresar: "El art. 1185 significa en realidad que el 'boleto de compraventa' importa un contrato en que las partes se obligan válidamente a celebrar un contrato de compraventa de inmuebles. El 'contrato del art. 1185' es sin duda alguna un contrato verdadero, firme, serio, definitivo y perfecto, pero no como contrato de compraventa, sino como contrato que obliga a concluir el de compraventa. El 'contrato del art. 1185' es un contrato con importantes efectos propios, que no son los naturales de la compraventa (obligación del vendedor de entregar la cosa para transferir el dominio y obligación del comprador de pagar su precio) y se presenta con respecto al de compraventa como un contrato previo, intermedio, como un antecontrato, etc.....como el boleto de compraventa configura un contrato por el cual el vendedor se compromete a vender, aparece un caso típico de venta forzosa, según la modalidad prevista por el inc. 2 del artículo 1324. Dice esta norma: Nadie puede ser obligado a vender, sino cuando se encuentre sometido a una necesidad jurídica de hacerlo, la cual

⁶⁸ Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA Fernando J, *Teoría de los Contratos*, Tomo 2, Ed 3 Zavalia, 2000, p. 410.

tiene lugar en los casos siguientes:.. . 2º) Cuando por una convención,...se imponga al propietario la obligación de vender una cosa a persona determinada”⁶⁹.

15.3.2. Atilio A. Alterini

Este autor resulta partidario de la teoría que considera al boleto como un contrato perfecto, pero no de compraventa; que conduce hacia una venta forzosa, ya que de esta manera lo ha expresado en su obra: “...no dudamos en adherir a la tesis predominante, pues aun cuando se conciba que el boleto no constituye propiamente el contrato de compraventa, es cierto que constriñe jurídicamente a su otorgamiento...”⁷⁰.

15.3.3. Emma Adelaida Rocco

Esta jurista ha adherido al criterio anterior, expuesto por los doctores Gatti y Alterini, concibiendo de esta manera al boleto como un contrato preliminar, un precontrato o promesa de contrato de compraventa, del cual nace la obligación de hacer escritura pública exigida por los artículos 1185 y 1187 del Código Civil, con lo cual queda concluido el verdadero contrato de compraventa, que representa el título suficiente para la adquisición del derecho real de dominio. El boleto constituye un contrato, válido, firme, perfecto y definitivo, que obliga a las partes (comprador y vendedor) a realizar la escritura pública, lo que constituye una obligación de hacer⁷¹.

⁶⁹ GATTI, Edmundo y ALTERINI, “Régimen jurídico del boleto de compraventa”, en L. L.143-1146; idem, *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*, Fedye, Buenos Aires, 1973, p. 20 y 21.

⁷⁰ ALTERINI Atilio A. en LLAMBIAS, Jorge y, ALTERINI, Atilio, en el Código Civil Anotado, Tomo III-A Contratos, Ed Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 114.

⁷¹ Cfr. ROCCO, Emma Adelaida, *op. cit.*, p. 130 y 131.

CAPÍTULO V

El Poseedor De Inmueble Con Boleto De Compraventa

16. Interpretaciones Doctrinarias del Artículo 2355, último párrafo, introducido por la Reforma

En este capítulo se desentrañará el sentido del agregado al artículo 2355, el cual, al ser confuso, ha determinado una gran disparidad de criterios interpretativos, generando la necesidad de esclarecer su contenido. Para lograr este objetivo, por un lado, se seguirá parte de la clasificación metodológica de las diversas posiciones doctrinarias realizada por la doctora Marta E. Fazio De Bello⁷² en su obra; mientras que además, por otro lado, se tomará en cuenta la división doctrinaria esbozada por la doctora Mariana Mariani de Vidal⁷³ sobre la interpretación del agregado al artículo 2355.

1) La primera posición establece que el párrafo agregado por la reforma al artículo 2355, considera a la posesión con boleto de compraventa como legítima.

Esta doctrina se puede subclasificar al mismo tiempo en varias corrientes:

- a) El boleto de compraventa junto con la posesión legítima dan como resultado un derecho real de dominio (Games, Luis María).
- b) El boleto, a modo de título legítimo, sumado a la posesión legítima producen un nuevo supuesto de dominio imperfecto, el cual no es perfecto debido a la falta de escritura pública (Borda, Guillermo A. y Bustamante Alsina).
- c) El boleto con la posesión legítima, proporciona un derecho jurídicamente protegido, con independencia del dominio (Morello, Augusto M.); o un *ius possidendi* (Etchegaray, Natalio Pedro).
- d) La posesión legítima con boleto da como resultado un nuevo derecho real, que no es el de dominio, sino el derecho real de posesión (Spota Aberto, Fazio De Bello, Marta y Llambias Jorge).

2) La segunda posición considera que representa un caso de posesión legítima, pero sin trascendencia.

También se puede subclasificar en distintas corrientes:

- a) La posesión es legítima, pero al no consistir en ejercicio de un derecho real, constituye un caso de posesión legítima impropia (Adroque Manuel).

⁷² Ver FAZIO DE BELLO Marta E, *op. cit.*, p. 88 y 89.

⁷³ Véase MARIANI DE VIDAL, Marina, *op. cit.*, p. 147 y 148.

b) La posesión con boleto es una posesión legítima en sí misma (Laquis Manuel).

3) La tercera posición sostiene que del agregado por la reforma, se desprende una posesión ilegítima, y lo que resulta calificado como legítimo en la ley, sería en cambio la adquisición. (Gatti Edmundo, Alterini Jorge H. y Highton Elena).

4) La cuarta doctrina establece que la posesión del agregado se considera legítima, es decir, se asimila a legítima, aunque en verdad no lo sea (López de Zavalía Fernando).

17. Examen de las distintas Posiciones Doctrinarias

17.1. Posesión Legítima, Derecho Real de Dominio Imperfecto

17.1.1. Guillermo A. Borda

“Si nos atenemos estrictamente a los términos del Art. 2355 en su redacción originaria, resulta difícil sostener que pueda ser legítima la posesión adquirida por boleto de compraventa, ya que el segundo párrafo de este artículo dice que se considera ilegítima la posesión adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, y el boleto de compraventa no basta para ello, sino que es necesario la escritura pública. Pero esta solución contrariaba los requerimientos del tráfico y pasaba por alto la necesidad de proteger con la mayor energía posible a quien había adquirido un inmueble de buena fe, suscribiendo con el vendedor el respectivo contrato de venta y había recibido la posesión del inmueble”.⁷⁴

Borda ha sostenido que se está frente a una posesión legítima, ya que para él la legitimidad es un efecto propio del boleto de compraventa, así lo expresa en sus obras: “El efecto fundamental del boleto de compraventa es...colocar al titular del boleto en situación de comprador y permitirle exigir del vendedor la transferencia del dominio. Además, tiene los siguientes efectos: a) convierte la posesión adquirida por el comprador en legítima (art. 2355)...⁷⁵”.

⁷⁴ BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil, Derecho Reales*, t. I, 4º Ed. Perrot, 1992, p 58.

⁷⁵ BORDA, Guillermo, *Manual de Contratos*, 17º Ed. Perrot Bueno Aires, 1995, p. 278.

Este autor, al considerar la posesión adquirida como legítima, entiende que quien suscribe un boleto de compraventa de buena fe, y recibe la tradición de la cosa, tiene una posición jurídica muy fuerte y merece protección legal, puesto que ha realizado un verdadero contrato de compraventa⁷⁶. Lo cual genera, por un lado, que el adquirente tenga derecho a exigir la escritura del concurso, o quiebra del deudor, si es un inmueble destinado a vivienda (requisito suprimido por el art. 146 de la ley 24.522)⁷⁷; que cuente con acciones posesorias; que pueda rechazar las acciones reales contra él intentadas; y que tenga derecho a interponer tercería de dominio en las ejecuciones hipotecarias realizadas por los acreedores del vendedor. Por otro lado, que el vendedor puede ejecutar el bien transmitido. Todas estas atribuciones lo llevan al doctor Borda ha equiparar la posesión legítima a un derecho real de dominio imperfecto⁷⁸, puesto que se encuentra limitado por la falta de la escritura e inscripción. Para este autor se configuraría, de esta manera, un nuevo tipo de dominio imperfecto⁷⁹.

17.1.2. Bustamante Alsina

Bustamante Alsina ha entendido que el último párrafo del artículo 2355 constituye una posesión legítima, y que resulta un derecho real de dominio imperfecto. Este jurista, que considera al boleto privado como un verdadero contrato de compraventa, no encuentra inconveniente en admitir que el adquirente, a quien se le ha hecho entrega de la cosa vendida, tiene un derecho real de dominio, aún antes de la escritura pública. El dominio adquirido en este caso no es un dominio pleno o perfecto, y dicha imperfección no se

⁷⁶ Cfr. BORDA, Guillermo, op. cit., p. 179.

⁷⁷ Ley de Concursos 24.522 conforme su artículo 146, segundo párrafo, el cual reza: "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 VEINTICINCO POR CIENTO (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". La citada ley deja sin efecto el requisito del anterior art. 150 de la antigua ley 19551, quedando de esta forma el poseedor por boleto con derecho a exigir la escritura traslativa de dominio, sin importar cual sea el destino del inmueble.

⁷⁸ Para Borda "el dominio imperfecto es aquel en el cual los derechos del propietario están sujetos a fuertes restricciones ya sea porque la cosa no pertenece realmente al titular (dominio fiduciario), ya sea porque el dominio está sujeto a una condición resolutoria (dominio revocable), ya sea porque el titular del derecho de propiedad lo ha desmembrado, desprendiéndose de una parte de sus atribuciones, al gravar la propiedad con un usufructo, una servidumbre, etc.": BORDA Guillermo, *Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales*, Tomo. I., 4º Ed. Perrot, 1992, p. 241.

⁷⁹ Véase BORDA, Guillermo, ibidem, p. 241 y 242.

origina en su limitación o su resolubilidad, tampoco en la existencia de desmembraciones, sino en la falta de cumplimiento de la forma requerida por la ley (escritura pública)⁸⁰.

17.2. Posesión Legítima, Derecho Real de Dominio

17.2.1. Luis María Games

El doctor Games ha considerado que la posesión obtenida mediante boleto de compraventa es legítima, en virtud de lo expuesto por la reforma. Entiende además, que esta legitimidad implica asimilar la posesión del último párrafo del artículo, a la proveniente del ejercicio de un derecho real constituido de conformidad al Código Civil, u otorgarle a dicha adquisición el carácter de modo suficiente para adquirir derechos reales; de ambas maneras se estaría ante un derecho real de dominio. Para este autor el boleto de compraventa cumple la función de título suficiente, el cual, junto a la tradición, dan nacimiento al dominio sobre el bien inmueble⁸¹.

17.3. Posesión Legítima, que constituye un nuevo Derecho Real de Posesión

17.3.1. Aberto G. Spota

"Esa solución de la ley de reformas, al otorgar al poseedor de buena fe de inmueble mediante boleto de compraventa la condición de poseedor legítimo (existiendo esta buena fe crédula aun en el caso de que haya error no excusable de derecho), permite acercar, en buena medida, nuestro derecho civil a las soluciones del derecho civil alemán. En otros términos: a quien firme el boleto como adquirente del inmueble le corresponde la posesión inmediata; al vendedor, que retiene el dominio hasta que se cumpla con los requisitos de

⁸⁰ Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, "Derechos reales: la posesión. Eficacia del boleto de compraventa. Las defensas posesorias en materia de muebles y extensión a la tenencia", E. D., t. 25, p. 833 y siguientes; idem, "El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor", L. L., 131- 1277 y 1278. En cita de ROCCO, Emma Adelaida, *op. cit.*, p 139 y 140.

⁸¹ Véase GAMES, Luis M., "La quiebra del vendedor de inmuebles, la obligación de escriturar y las reformas al Código Civil". L.L., 130 -1187.

forma (art. 1184, inc. 1) y de publicidad (art. 2505), le atañe la posesión mediata”⁸².

Spota ha sostenido que el adquirente del agregado al artículo 2355, es un poseedor legítimo, siempre y cuando se realice la tradición posesoria con boleto y de buena fe. Este autor ha considerado, que la reforma de 1968 al Código Civil se ampara especialmente en la buena fe en materia de boleto de compraventa.

A entender de este autor, el adquirente por boleto es titular de un nuevo derecho real, que no sería el de dominio, el cual se mantiene en cabeza del vendedor hasta la realización de la escritura pública, sino que sería un derecho real de posesión, capaz de otorgar acciones posesorias y acciones reales al adquirente. Sostiene que el derecho del poseedor con boleto se encuentra tutelado por la ley frente a todo derecho real posterior, otorgándole acciones posesorias y petitorias, las cuales surgen del título que representa el contrato preliminar realizado por boleto de compraventa⁸³.

17.3.2. Jorge Llambias

Llambias ha clasificado como legítima la posesión cuando tal ha sido obtenida de buena fe y mediante boleto de compraventa. Sostiene que dos son los elementos que deben estar presentes para que se considere de esta forma, a saber:...”1) Buena fe en el adquirente de la posesión, o sea, persuasión de que el tradente es poseedor con derecho a la posesión que le transmite; 2) Boleto de compraventa en que reposa el derecho del adquirente a convertirse en propietario.

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 aún 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 ahí un proceso que en la

⁸² SPOTA, Alberto G., *Sobre las reformas al código civil: capacidad - contratos - derechos reales - derecho sucesorio*, Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 72.

⁸³ Ver SPOTA, Alberto G., *ibidem*, p. 73.

intención de las partes ha comenzado a realizarse, legalmente”⁸⁴. Es así como este autor ha sostenido que en el caso del agregado no podrá configurarse el derecho real de dominio hasta la escritura pública, pero se constituye bajo estas condiciones un derecho real de posesión.

17.3.3. Marta E. Fazio De Bello

Para Fazio De Bello, el párrafo agregado al artículo 2355 establece que el boleto de compraventa representa un título legítimo⁸⁵ para adquirir la posesión. Entiende que al ser legítima la adquisición, en consecuencia, la posesión también lo será.

Esta autora ha sostenido “no hay posesión legítima sin derecho real; de manera que el nuevo caso establece una posesión-derecho o *ius possidendi*, y no ya una mera posesión hecho-derecho, o *ius possessionis*”⁸⁶.

La posesión legítima obtenida por medio de un boleto de compraventa (contrato imperfecto de compraventa), constituye el fundamento del derecho real de posesión. Este nuevo derecho es producto del título suficiente para transmitir la posesión legítima (boleto de compraventa celebrado de buena fe) sumado a la tradición posesoria, sin necesidad de registro. Concibiendo de esta manera, un nuevo derecho real de posesión, el cual genera acciones reales y posesorias⁸⁷.

17.4. Posesión Legítima, que constituye un Derecho Jurídicamente Protegido

17.4.1. Natalio Pedro Etchegaray

A pensar de este autor, el boleto de compraventa constituye título suficiente para instituir, por un lado, el hecho de la posesión, *ius possessionis*, que concede acciones posesorias, y por otro, el derecho de poseer, *ius possidendi*, el cual otorga acciones reales o petitorias. De esta forma, la situación en la que

⁸⁴ LLAMBIAS, Jorge en “art. 2355”, Llambias, Jorge y Alterini, Jorge Horacio, Código Civil Anotado, Tomo IV-A Derechos Reales, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 89 y 90.

⁸⁵ “El boleto de compraventa no es título suficiente para transmitir el dominio, pero vincula jurídicamente a las partes, las obliga al cumplimiento de todas las condiciones convenidas y a la escrituración....Es título suficiente para transmitir al posesión legítima”: FAZIO DE BELLO, Marta E, *Teoría y técnica del boleto de compraventa*, Ed. A'bacó de Rodolfo Depalma, 1984, p.83.

⁸⁶ FAZIO DE BELLO, Marta E, *op. cit.*, p.125.

⁸⁷ Cfr. FAZIO DE BELLO, Marta E, *op. cit.*, p. 76, 77 y 131.

se encuentra el poseedor con boleto resulta protegida por ambos tipos de acciones⁸⁸.

17.4.2. Augusto M. Morello

Augusto M. Morello, a su entender, considera que la posesión adquirida del propio vendedor, de buena fe, y por medio de un boleto de compraventa, constituye una posesión legítima⁸⁹ o una posesión con derecho, dotada de acciones posesorias y de la de despojo. Para este autor la legitimidad no reside en la adquisición, sino en el carácter de la posesión adquirida, la cual no constituye un derecho real de dominio imperfecto, como lo han sostenido los doctores Borda y Bustamante Alsina.

En su libro “El boleto de compraventa inmobiliaria”, este autor determina lo que no está permitido hacer al poseedor con boleto. Expresa que el adquirente de inmueble por boleto, no tiene prevalencia sobre ningún acreedor del enajenante, menos aún, frente a uno hipotecario, a excepción del artículo 1185 bis; no puede vencer a un tercero adquirente del bien inmueble; no puede impedir la transmisión del dominio, ni la constitución de gravámenes sobre la cosa a favor de un tercero; no cuenta con la acción de reivindicación.⁹⁰

17.5. Posesión Legítima, que no constituye Derecho Real

17.5.1. Manuel Adrogúe

Para este autor la ley 17.711 introdujo un caso de posesión legítima impropia, puesto que la propia o tradicional es la que implica el ejercicio de un derecho real constituido de conformidad al Código Civil. Sostiene que existe la llamada posesión legítima por boleto, pero descarta que se configure un derecho real⁹¹.

⁸⁸ Cfr. ETCHEGARAY Natalio Pedro, *Técnica y Práctica Documental – Boleto de Compraventa*, Ed. Astrea, 1993, p. 169 y 170.

⁸⁹ Ver MORELLO, Augusto M, *El boleto de compraventa inmobiliaria*, Vol. 2, Ed 3. act. La Plata: Platense, 1981.p 219 y 220.

⁹⁰ MORELLO, Augusto M, *El boleto de compraventa inmobiliaria*, Vol. 1, Ed 3. act. La Plata: Platense, 1981.p 117 y siguientes.

⁹¹ Véase ADROGÚE Manuel, “Reforma civil: cosa y posesión”, en L.L. 138-1412.

17.5.2. Ernesto Salas y Trigo Represas

Para estos autores, el beneficiario de una promesa de venta de un inmueble, a quien se le ha hecho tradición antes de otorgarse la escritura traslativa de dominio, reviste la calidad de poseedor legítimo, criterio que ha sido confirmado por el agregado a la norma 2355. Sin embargo, consideran que el boleto de compraventa no es título suficiente para transmitir el dominio, aún después de la reforma por la ley 17.711, ya que la tradición no ha sido modificada en dicha reforma. Para la adquisición del derecho real de dominio se exige la escritura pública, por lo cual corresponde acceder a la reivindicación intentada por el titular de una escritura pública, contra el poseedor de fecha anterior que solo tiene boleto de compraventa, si además aquella escritura tiene como antecedente un boleto anterior, en varios meses, a este último⁹².

17.5.3. Manuel Laquis

Laquis ha sostenido la legitimidad de la posesión, pero para él no implicaría la producción de un derecho real, ya que el propio régimen del código afirma que no se perfecciona el derecho de dominio perfecto o imperfecto (art. 2505 C.C.)⁹³. Considera que, aunque se hayan satisfechos todas las exigencias del agregado del artículo 2355, el dominio no se ha alcanzado, pues para ello, se requiere que el acto jurídico sea realizado en escritura pública, e inscripto en su respectivo registro.⁹⁴

Para este autor, la posesión es legítima en sí misma, y la protección del poseedor con boleto de compraventa resulta del propio régimen de ésta, sin necesidad de equiparlo al titular de un dominio imperfecto. Así lo ha entendido al sostener “que las acciones que se le puedan reconocer al poseedor legítimo o la facultad para exigir la escrituración del inmueble, no son sino consecuencias jurídicas de la legitimidad enunciada y de la protección que se ha instituido a favor de los adquirentes en las condiciones establecidas en los

⁹² Ver SALAS Ernesto y TRIGO REPRESAS Félix A., Código Civil Comentado, Tomo II, Desalma, 1999, p. 598.

⁹³ Texto Completo del Art. 2505 C.C.: “La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmueble, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán a terceros mientras no estén registrados”.

⁹⁴ Véase LAQUIS, Manuel, *Derechos Reales*, Tomo I, Ed. Depalma, 1979, p. 313 y siguientes.

arts. 2355 y 1185 bis. Por consiguiente, no son efectos propios de un derecho real, sino de la posesión misma, que tiene legitimidad y alcances que nacen del contexto de su reglamentación en el Código Civil, sustentable aun cuando no regía el agregado al art. 2355”⁹⁵.

17.6. Posesión Ilegítima, la legitimidad hace referencia a la Adquisición de la Posesión

17.6.1. Elena Highton, Edmundo Gatti y Jorge H. Alterini

“El texto adicionado por la reforma no importó cambio alguno en el cuadro clasificatorio de la posesión. La ley parte de un supuesto de buena fe, que no obstante la modalidad de la expresión utilizada se considera legítima, no encierra ningún caso de ejercicio de derecho real (ni siquiera de un dominio imperfecto) y por tanto ningún caso de posesión legítima.

La ley 17.711 considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa, y no califica como legítima a la posesión adquirida (22 bis). Al considerarse como legítima la adquisición, no se innova en lo más mínima, porque aun antes de la Reforma era ésa la tesis que según nuestra construcción interpretaba rectamente al Código Civil. En efecto, cuando la posesión es otorgada por el dueño en virtud de un boleto de compraventa, la adquisición es legítima (conforme a derecho), no obstante no ser legítima la posesión adquirida, por no constituir el ejercicio de un derecho real.

La Reforma peca por exceso, en la medida que no limita la legitimidad de la adquisición de la posesión al supuesto de que su entrega provenga del dueño; solo puede ser legítima esa adquisición cuando fue otorgada por el propietario, y de ningún modo en caso contrario”⁹⁶.

Estos autores sostienen que se trata de la legitimidad de la adquisición y no de la posesión adquirida, ateniéndose a la literalidad del texto, ya que en la expresión “posesión legítima” se connota la “posesión con derecho de poseer”, o sea, “posesión que constituye ejercicio de un derecho real”; por lo cual resulta

⁹⁵ LAQUIS Manuel, *Derechos Reales*, Tomo IV, Ed. Depalma, 1983, p. 559.

⁹⁶ GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H, “Régimen jurídico del boleto de compraventa”, en L. L.143-1146. en el mismo sentido Highton, Elena, *Derechos Reales – La Posesión*, Vol.1, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1979, p. 49 y 50.

indiscutible que el poseedor por boleto es “poseedor ilegítimo”. Se agrega que si la posesión adquirida es ilegítima al no ser el ejercicio de un derecho real, no es razonable que esa posesión configure el contenido de un derecho de dominio, ni siquiera imperfecto. A pensar de estos juristas, resulta absolutamente incuestionable sostener la existencia de un derecho real.

En conclusión, si la posesión es legítima en la medida que constituye el ejercicio de un derecho real, la transmisión de esa posesión que no sea acompañada por el traslado paralelo de la titularidad del derecho real, no puede ser más que una posesión ilegítima.

17.6.2. Emma Adelaida Rocco

Esta autora adhiere a la postura sostenida por los doctores Gatti Edmundo y Jorge H. Alterini, al considerar como legítima la adquisición de la posesión de inmuebles y no la posesión adquirida, sosteniendo que de lo contrario se estaría en contradicción con la redacción del primer párrafo del artículo 2355 vigente. El instrumento privado, boleto de compraventa, no constituye título suficiente para adquirir un derecho real, por lo cual el poseedor con boleto es poseedor ilegítimo porque no tiene el ejercicio de un derecho real⁹⁷.

“En consecuencia, en el agregado al art. 2355 el vocablo legítima no está referido a la posesión, sino a la adquisición de la posesión, y de acuerdo con la definición que da el Diccionario de la Real Academia Española, legítimo significa conforme a derecho, y en este sentido se puede hablar de "adquisición legítima de la posesión" sólo si se adquiere del propietario o dueño, o si fue transmitida por éste en concordancia con lo preceptuado por los arts. 2377, 2379 y 2380 tradición posesoria. De modo que, estamos dentro del ámbito de los derechos personales”⁹⁸.

17.6.3. Alsina Atienza

Del Código Civil Anotado de Llambias, Jorge y Alterini, Jorge Horacio se extrae parte de la posición sostenida por el doctor Alsina Atienza, para el cual "el agregado al artículo 2355 no habla de una «posesión legítima». Quienes se

⁹⁷ Ver ROCCO, Emma Adelaida, *op. cit.*, p. 140 y 155.

⁹⁸ ROCCO, Emma Adelaida, *op. cit.*, p. 141.

lo hacen decir, es por pura ilusión óptica: habla sí, únicamente, de una adquisición de posesión, que, como modo de adquirirla, califica de legítima, con lo cual, lo más que decide, en todo caso, es que el boleto de compraventa basta para hacerse de la posesión, legítimamente (a la inversa del despojo, de la usurpación o de otros modos de adquirirla, que por ser ilícitos originan una posesión "viciosa": arts. 2455, 2456 y 2458, C. C); porque es un caso en que la posesión se adquiere por tradición, es decir, con la conformidad del anterior poseedor⁹⁹.

17.7. Posesión Ilegítima de Buena Fe

17.7.1. Marina Mariani De Vidal

A entender de esta autora, el poseedor con boleto constituye un caso de posesión ilegítima de buena fe, ya que sostiene que la clasificación de la posesión con boleto como legítima, sin modificar otras normas del código relacionadas al problema, no reviste importancia práctica, salvo la de estimar al poseedor con boleto como de buena fe. Puesto que, resulta solo posible subclasificar de buena o mala fe al poseedor ilegítimo, y no al legítimo, el adquirente del agregado al artículo 2355, al ser de buena fe, es un poseedor ilegítimo¹⁰⁰.

Mariani de Vidal expresa: "...en mi parecer, el supuesto en examen no configura derecho real alguno, ya que de lo contrario el agregado de la ley 17.711 estaría en franca colisión con otras disposiciones del código relativa a la adquisición de derechos reales sobre inmuebles"¹⁰¹. Por todo lo que se expuso, a pensar de esta autora, es una posesión ilegítima de buena fe que no configura un derecho real.

⁹⁹ LLAMBIAS, Jorge y ALTERINI, Jorge Horacio, Código Civil Anotado, Tomo IV-A Derechos Reales, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 88.

¹⁰⁰ Cfr. MARIANI DE VIDAL, Marina, *op. cit.*, p. 146 y 147.

¹⁰¹ MARIANI DE VIDAL, Marina, *ibidem*, p. 147.

17.8. Posesión Ilegítima de Mala Fe

17.8.1. Ricardo José Papaño

Ricardo José Papaño sostiene que si bien el agregado reputa poseedor legítimo a quien adquiere la posesión mediante un boleto de compraventa, resulta necesario recordar que para ser poseedor legítimo se requiere que el derecho real haya sido constituido de conformidad a las disposiciones del Código Civil, ello sumado a la exigencia del artículo del 1184, inc. 1º, no modificado por la reforma, el cual determina el requisito de la escritura pública para que el título suficiente pueda transmitir el derecho real. De esto se desprende que el boleto de compraventa no puede generar una posesión legítima, ya que constituye un modo insuficiente para adquirir el derecho real, en virtud de lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2355.

Agrega que, cuando el artículo en cuestión hace referencia a la buena fe, colisiona frente al texto del artículo 4009, según el cual "el vicio de forma en el título de adquisición, hace suponer mala fe en el poseedor". Además, resalta el error metodológico de la reforma, la cual hace referencia a una posesión legítima y de buena fe, cuando sólo la posesión ilegítima se subclasifica de esa manera, en consecuencia, si la posesión es legítima no admite subclasificaciones. De esta manera, este autor deja claro que la solución no puede ser otra más, que considerar ilegítima de mala fe a la posesión adquirida en esas condiciones¹⁰².

17.9. Posesión Ilegítima, que Se Considera Legítima

17.9.1. Fernando López de Zavalía

Siguiendo el pensamiento de López de Zavalía, aunque no es legítima, la posesión en las condiciones del agregado "se considera" legítima. Sostiene que la ley no reputa legítima a la posesión o a la adquisición, sino que la asimila a la legítima, es por eso que este autor a propuesto que el agregado al artículo 2355 debe ser leído con frases sobreentendidas, que éste ha colocado entre paréntesis: "(Si se dan todos los recaudos extranotariales) se considera

¹⁰² Cfr. PAPAÑO Ricardo J. en Papaño Ricardo J., Kiper Claudio, Dillon Gregorio y Causse Jorge, *Derechos Reales*, Tomo I, Ed. Depalma Buenos Aires, 1995, p. 67, 68 y 69.

(respecto a algunos terceros) legítima (perfecta) la adquisición de la posesión de inmueble de buena fe, mediando boleto de compraventa”.

A entender de este autor, cada una de estas frases tiene un significado y resultan importantes, ya que sin su presencia se entraría en contradicción con el sistema del Código. Explica que la frase “si se dan todos los recaudos extranotariales”, hace referencia a que el agregado tiende a salvar los defectos que podrían afear a la posesión por haber sido adquirida mediante boleto, y no otro; la referencia a que tal protección funciona “respecto a algunos terceros” significa que limita la protección, puesto que de lo contrario la posesión por boleto significaría más que la posesión con escritura sin inscripción, la cual no es legítima perfecta frente a todos los terceros; la última frase se justifica en que lo “perfecto” resulta la legitimidad de la posesión, pues la publicidad posesoria suple a la registral y constituye de esta manera, para los terceros, perfecta la adquisición¹⁰³.

En conclusión, para López de Zavalía la posesión resulta ilegítima, pero se considera legítima para ciertos efectos.

17.9.2. Néstor Musto

“La redacción es poco feliz y cualquiera que sea la interpretación que se le de, el agregado no está en armonía con el sistema del código y no ha sido debidamente correlacionado con el resto de sus disposiciones.”¹⁰⁴.

Siguiendo a Musto en su línea de pensamiento, la palabra “título” está empleada en el sentido de causa fuente, y cuando hay posesión en virtud de un boleto de compraventa, la causa tiene que ser la compraventa, pero según el Art. 1185, mientras no se realice la escritura pública, el contrato de compraventa no se perfecciona, aunque constituye un contrato válido en el cual las partes se obligan a hacer escritura pública.

Para este autor, el boleto de compraventa no tiene valor de título de adquisición de dominio, sino que solo consagra una obligación de hacer. Sostiene que la finalidad del legislador, al introducir el agregado, es la de proteger al adquirente con boleto de compraventa, ante la posibilidad de una

¹⁰³ Véase LÓPEZ DE ZAVALÍA Fernando J, *Teoría de los Contratos, Parte General*, Tomo I, Ed 4 Zavalía, 1997, en cita p. 217 y 218; del mismo autor, *Derechos Reales*, Tomo I, Ed. Zavalía, Bs.As. 1989, p. 431 y 432.

¹⁰⁴ MUSTO, Néstor J, *Derechos Reales*, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1981, p. 179.

enajenación posterior celebrada por medio de escritura pública, o constitución de gravámenes que perjudiquen su derecho¹⁰⁵.

La interpretación de este autor deja claro la negativa de constitución de un derecho real, mediando solo boleto, puesto que el agregado solo implica la protección del adquirente y la debida obligación de escriturar para su posterior constitución.

18. El requisito de Buena Fe en el Artículo 2355

El artículo 2355 hace mención al requisito de buena fe, desatando la polémica sobre a que elemento de esta disposición se refiere la exigencia de la buena fe. Para algunos autores se relaciona con la posesión (Luis María Games); dentro de esta corriente hay quienes la remiten al momento de la adquisición de la posesión, y por tanto a la posesión misma (Manuel Adrogué, Llambias, Jorge y Alterini, Jorge Horacio); mientras que para otra parte de la doctrina, la buena fe se vincula con el acto jurídico contenido en el boleto de compraventa, es decir, a la conducta del adquirente en la celebración del negocio jurídico (Bustamante Alsina y Guillermo Borda)¹⁰⁶.

Los doctores Llambias, Jorge y Alterini, Jorge Horacio han considerado que la buena fe hace referencia al momento de la adquisición de la posesión, de esta manera lo han sostenido en su obra al afirmar: "De las palabras de la ley, se extrae que la buena fe está referida a la "adquisición de la posesión", y por tanto a la posesión misma, desde que el momento de la adquisición es el que la ley computa para calificar a la posesión adquirida como de buena o mala fe, salvo para la adquisición de los frutos (art. 2358).

La buena fe no es calidad atribuida por la ley al poseedor en virtud de un boleto, sino requisito impuesto para que mediando ese 'boleto la adquisición sea considerada legítima"¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cfr. MUSTO, Néstor J, *Derechos Reales*, op. cit., sp. 179 y siguientes.

¹⁰⁶ Véase MARIANI DE VIDAL, Marina, op. cit., p. 147; en el mismo sentido; GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H, "Régimen jurídico del boleto de compraventa", en L. L.143-1146; LLAMBIAS, Jorge y ALTERINI, Jorge Horacio, Código Civil Anotado, Tomo IV-A Derechos Reales, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 88 y 89.

¹⁰⁷ LLAMBIAS, Jorge y ALTERINI, Jorge Horacio, op. cit., p. 89; en contra BORDA, Guillermo, *La reforma de 1968 al código civil*, Buenos Aires: Perrot, 1971, p. 393.

19. Análisis del Voto de la doctora Aída Kemelmajer De Carlucci en el fallo plenario S.C. Mendoza del 6 de diciembre de 1991¹⁰⁸

Uno de los precedentes de mayor importancia en la temática que se aborda en la presente tesis, resulta del voto de la doctora Aida Kemelmajer de Carlucci en la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en pleno, del 6 de diciembre de 1991, en el cual sostuvo que no es legítima la posesión en las condiciones del agregado al artículo 2355, sino que “considera legítima la adquisición”, aserto que implica que este verdadero poseedor no ha accedido a su situación por vías antijurídicas. A continuación, se realizará un resumen del voto de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, tomando en cuenta los puntos que se consideran relevantes para la tesis.

En virtud de la hipótesis planteada en el fallo, en cuanto a si el embargo trabado sobre un inmueble con anterioridad a la enajenación, mediando boleto de compraventa, es oponible al "adquirente", se llegó a la conclusión de que:

1) Antes de la sanción de la ley 17.711, un importante sector de la doctrina sostuvo la prelación del adquirente por boleto frente al embargante. Así por ejemplo, Alsina Atienza sostenía: “la parte enajenante que ha hecho la tradición traslativa de la posesión sin otorgar todavía la escritura, solo 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, sea desprendido de ese contenido y se ha quedado con algo así como un dominio nudo y vacuo, transfiriendo al comprador el derecho real posesorio del que hablara la corte de Buenos Aires”¹⁰⁹.

Una vez que el vendedor ha suscripto el boleto y entregado la posesión, ha salido de su patrimonio todo el contenido útil del dominio. Solo le queda el derecho de exigir las contraprestaciones pactadas y la obligación de suscribir la correspondiente escritura traslativa de dominio.

¹⁰⁸ Véase SC Mendoza, en pleno " Ongaro de Minni, y otros en: Minni, Miguel A. y otro en: Gómez, H. c. Grzona, J. C." 6/12/1991, LA LEY1992-B, 160 - DJ1992-1, 1093. Ver en los anexos de la presente tesis. Debe aclararse que la cuestión de la "oponibilidad del boleto de compraventa en el concurso y en la ejecución individual", tratada en el fallo citado ha quedado si efecto, siendo este tema modificado en el posterior plenario de SC Mendoza del 30/05/96.

¹⁰⁹ ALSINA Atienza, Su intervención en las Segundas Jornadas de Derecho Civil, Corrientes, 3- 6 de nov. de 1965, Ed. Universidad Nacional del Nordeste, p. 69.

En términos similares, decían Gatti y Alterini: “es explicable el triunfo del poseedor del 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 tal efecto (adquisición posesoria)”¹¹⁰.

2) La reforma de 1968 agregó al artículo 2355 C.C. un segundo párrafo: “se considera legítimo la adquisición de la posesión de inmueble de buena fe, mediando boleto de compraventa”.

De esta norma, para algunos es un verdadero derecho real de posesión, mientras que otros afirman la teoría del dominio imperfecto.

a) La primera parte del artículo 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 artículo 1184, por su parte, requiere ineludiblemente de un instrumento público para que el derecho real se transmita y consecuentemente, nazca el del sucesor particular entre vivos.

b) La afirmación de que la posesión es un derecho real, contradice el régimen de nuestro código, que no solo no enumera la posesión entre los derechos reales, sino que regula a la posesión como un elemento de los derechos reales.

c) La ley 17.711 introdujo la publicidad registral para la oponibilidad a terceros interesados de los derechos reales (artículo 2505 C.C.), en virtud de lo cual no se explica porque este derecho real no requiere registración.

d) Que la posesión sea un hecho o un derecho no modifica la cuestión: aun admitiendo tal derecho real, la mención del artículo 2355 (ejercicio de un derecho real), no puede referirse sino a otro derecho real diferente de la posesión misma.

e) A decir de Lopez de Zavalía, 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 mas la tradición han producido tal transmisión, implica confundir el negocio obligacional y el negocio traslativo.

¹¹⁰ GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H, “Régimen jurídico del boleto de compraventa”, en L. L.143-1146.

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.

Quien sostiene, que la declaración de considerar legítima a la adquisición no es inútil: queda aclarado que se trata de un verdadero poseedor y por efecto de ella el poseedor por boleto puede rechazar la acción de reivindicación intentada por el enajenante o sus sucesores universales o particulares y además, resulta viable el embargo y ulterior subasta de los derechos y acciones del poseedor por boleto.

g) El boleto de compraventa no solo no es un título suficiente para transmitir el dominio, sino que ni siquiera es un justo título pues de conformidad al artículo 4010 C.C., el vicio de forma en el título de adquisición hace suponer mala fe en el poseedor y la buena, en materia de usucapión, se funda, objetivamente, en el justo título.

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 legitimidad, como las de la buena fe, están reguladas por el ordenamiento civil y éste también se encuentra integrado por el artículo 2505 y la ley 17.801, que declaran que la transmisión de los derechos reales solo se considera perfeccionada, respecto de terceros, después de la registración.

i) El adquirente por boleto tampoco tiene un dominio imperfecto. Esta figura está regulada en los artículos 2507 y 2661 y siguientes del Código Civil. No alcanzó a comprender como 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 aquel “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 artículo 2602 C.C. dispone que para transferir el dominio la tradición debe ser por título suficiente: mientras él no se haya producido, el dominio subsiste en cabeza del anterior propietario. Concordantemente, el artículo 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 hayan íntimamente ligados.

En suma, como afirma Morello, se puede decir que la posesión adquirida de buena fe por boleto es mas que la simple tenencia, pero menos que la que ejerce el titular del dominio: la trasmisión y la posesión recibida mediando boleto es legítima en todas las cuestiones que se subsisten entre los compradores y vendedores, 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.

Por todo lo expuesto se trae como conclusión ineludible la improcedencia de la tercería del 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 solo le será transmitido al comprador mediante la escritura respectiva y su consiguiente inscripción en el registro, el adquirente por boleto no puede invocar la calidad de propietario ni pretender oponer su derecho por la vía de la tercería de dominio.

20. Tenencia Precaria por Boleto

Para un parte reducida de la doctrina, que cuenta con la adhesión de autores como Lafaille y Rayces, el adquirente ex boleto constituye un tenedor, es decir, un detentador que representa la posesión del enajenante. Pero dada la naturaleza de los intereses en juego, esta postura no puede tener primacía, ya que el adquirente por boleto debe ser considerado un poseedor, inclusive cuando las parte de común acuerdo decidan llamarlo tenedor. Y solo excepcionalmente, cuando se celebre un boleto entre el locador y el locatario, en el cual se disponga seguir pagando el alquiler, puede ser el adquirente considerado un tenedor¹¹¹.

Más allá de lo expresado, en la actualidad resulta común que se celebren boletos de compraventa que solo otorgan al comprador la tenencia precaria del inmueble adquirido. En este tipo de negocio, si bien se deja al adquirente ocupar la propiedad, no se le entrega la posesión a título de dueño del inmueble.

¹¹¹ GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H, "Régimen jurídico del boleto de compraventa", en L. L.143-1146.

Para el Dr. Natalio Etchegaray, el convenio que concede solo la tenencia precaria al adquirente por boleto, no tiene eficacia, por cuanto a pesar de que las partes así lo hayan establecido, se encuentran presentes los elementos que la ley fija como suficientes para que se opere la tradición que transmite la posesión, ya que hay un contrato válido y una entrega resultado de dicho contrato, es decir, que el adquirente, sea por actos materiales de él o del vendedor, ha recibido la cosa y ejerce sobre ella un poder a título de dueño. Además, el autor sostiene que el adquirente es un poseedor de acuerdo con el artículo 2355 del C.C., aunque las partes lo llamen tenedor, puesto que en el caso se encuentran presentes el corpus y el animus, ambos elementos que componen a la posesión¹¹². En conclusión, se puede afirmar que ante este tipo de convenios el intérprete debe inclinarse por considerar al comprador un poseedor, en lugar de un tenedor.

¹¹² Ver ETCHEGARAY Natalio Pedro, *op. cit.*, p. 166 y 167.

CAPÍTULO VI

Situaciones En Las Que Puede Encontrarse El Poseedor Ex Boleto En La Práctica

21. Consecuencias prácticas de la clasificación

En este capítulo se tratarán algunos de los conflictos que pueden involucrar al poseedor, en virtud de boleto de compraventa celebrado de buena fe. Se analizarán las distintas situaciones en las que se puede ver envuelto en la práctica.

21.1. Frente a otro Boleto de Compraventa sobre el mismo inmueble (Concurrencia de dos Boletos)

Se debe distinguir si se ha realizado o no la tradición del bien inmueble, ya que si ella tuvo lugar, triunfa y es preferido al que se le ha hecho la misma, ello en virtud de los artículos 594, 596, 3269. Si a ambos se le ha realizado la tradición, triunfará el que primeramente fue puesto en posesión, artículo 2791¹¹³. Si ninguno de los adquirentes con boleto ha sido puesto en posesión, prevalece el de fecha anterior¹¹⁴.

21.2. Frente a un Contrato de Compraventa instrumentado en Escritura Pública (Concurrencia de un Boleto con Escritura)

I. Entre un adquirente con boleto sin fecha cierta y sin tradición, y un comprador con escritura sin posesión, triunfa este último, siempre que medie buena fe¹¹⁵.

II. Entre un adquirente con boleto, con fecha cierta y sin tradición, y un comprador con escritura sin posesión, triunfa el que tiene fecha anterior por analogía el artículo 596 del Código Civil¹¹⁶.

III. Entre un adquirente con boleto, con fecha cierta y posesión, y un comprador anterior con escritura. Si está inscrita la escritura, el titular del boleto no puede invocar la buena fe, será preferido quien posea la escritura, aun cuando ésta esté en trámite (certificado) artículo 929 C.C., es decir, si la

¹¹³ Ver MARIANI DE VIDAL, Marina, *op. cit.*, p.147 y 148; en igual sentido GATTI Edmundo y ALTERINI Jorge Horacio, "Régimen jurídico del boleto de compraventa", en L. L.143-1146.

¹¹⁴ Cfr. FAZIO DE BELLO, Marta E, *op. cit.*, p. 165; ROCCO, Emma Adelaida, *op. cit.*, p. 143 y 144.

¹¹⁵ Véase ROCCO, Emma Adelaida, *op. cit.*, p. 149.

¹¹⁶ Ver ROCCO, Emma Adelaida, *op. cit.*, p. 149; en contra GATTI Edmundo y ALTERINI Jorge Horacio, en "Régimen jurídico del boleto de compraventa", en L. L.143-1146 sostiene: "Si ninguno de los titulares, ni el "adquirente" por boleto, ni el comprador — por escritura— ha sido puesto en posesión, será preferido el titular por escritura; si la anterior es la escritura, porque se aplica a fortiori el art. 596 del Cód. Civil, y si la escritura es posterior, porque aun en este supuesto se trataría del único instrumento público"

escritura no hubiese sido registrada, pero se encontraba pendiente el plazo de validez del certificado de los artículos 22, 23, 25 de la ley 17.801, o el plazo para inscribir de su artículo 5, tampoco podrá el adquirente alegar buena fe¹¹⁷. En cambio, prevalece el poseedor por boleto, si la escritura no está inscripta, o el plazo de inscripción ya está vencido.

IV. Entre un adquirente con boleto, con fecha cierta y posesión, y un comprador posterior con escritura sin posesión, será preferido el poseedor con boleto¹¹⁸.

21.3. Frente a un Acreedor Hipotecario del transmitente (Oponibilidad de un Boleto al Acreedor Hipotecario)

La doctrina es discutida en este punto, existen varias posturas, a saber:

I. Para una parte de la doctrina prevalece la hipoteca, sea anterior o posterior a la adquisición de la posesión con boleto, por haber sido aquella constituida por quien todavía era propietario, artículos 3119 y 2609 Código Civil¹¹⁹.

II. Para otros, siempre triunfa el boleto por la publicidad estática, ya sea anterior o posterior a la hipoteca, artículo 577.

III. Por último, otros se inclinan en considerar que si la hipoteca es anterior al boleto, triunfa la hipoteca (hay mala fe en el boleto) y si, por el contrario, es el boleto anterior a la hipoteca, triunfa el poseedor con boleto¹²⁰.

21.4. Frente a otros Acreedores del transmitente (Ejecución Individual)¹²¹

El conflicto se da entre el adquirente con boleto, que procura conservar en su poder el inmueble, evitando la subasta, y los acreedores que pretenden satisfacer sus créditos con la venta. Se pueden dar los siguientes supuestos:

¹¹⁷ Cfr. MARIANI DE VIDAL, Marina, *op. cit.*, p. 148.

¹¹⁸ Ver ROCCO, Emma Adelaida, *op. cit.*, p. 149.

¹¹⁹ Cfr. FAZIO DE BELLO, Marta E, *Teoría y técnica del boleto de compraventa*, Ed. A'bacó de Rodolfo Depalma, 1984, p. 169.

¹²⁰ Véase GATTI Edmundo y ALTERINI Jorge Horacio, en "Régimen jurídico del boleto de compraventa", en L. L.143-1146.

¹²¹ PICADO Leandro S. en "Art. 2355" Claudio Kiper (dir), *Código Civil Comentado, Derechos Reales*, Tomo I. Ed Rubinzal- Culzoni, 2004, p. 185 y 186.

1. Acreedor embargante anterior a la firma del boleto y a la entrega de la posesión. Prevalece el acreedor embargante, puesto que el adquirente debería conocer la existencia de la medida cautelar inscripta en el registro.

2. Acreedor embargante posterior a la firma del boleto y entrega de la posesión. La doctrina considera que prevalece el adquirente con boleto; parte de la doctrina se basa en la oponibilidad de la publicidad posesoria del adquirente, y otros en la aplicación por analogía del artículo 1185 bis.

Adhiere a esta postura la doctora Aída Kemelmajer De Carlucci en su voto en el plenario S.C. Mendoza del 30 de mayo de 1996, del cual se extrae: "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"¹²².

Otra parte de la doctrina sostiene que el adquirente por boleto sólo podrá oponer su derecho si hubiere ingresado al registro con antelación a la inscripción del embargo, por ejemplo, con una anotación de litis, con lo que quedarían debidamente advertidos los terceros interesados. El poseedor por boleto no puede beneficiarse de una publicidad inexistente dentro del sistema legal argentino.

21.5. Frente a otros Acreedores del transmitente en caso de Ejecución Colectiva

La ley 17.711 incorporó al Código Civil el 1185 bis: "Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe y a

¹²² Véase S.C. Mendoza, en pleno "Coviram Ltda." 30/06/1996, JA 1997-I-83. El fallo citado deja sin efecto la cuestión de la "oponibilidad del boleto de compraventa en el concurso y en la ejecución individual" planteada en el 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".

título oneroso, 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 de dominio". La ley 17.940, suprimió la expresión "y a título oneroso".

El artículo 1185 bis, sufrió restricciones por parte del artículo 150 de la antigua ley 19551, en virtud del cual se debía tratar de un inmueble destinado a vivienda a los efectos de hacer oponible el boleto a la quiebra del vendedor, puesto que en caso contrario prevalecía la quiebra. No obstante, este requisito ha sido suprimido por la nueva Ley de Concursos 24.522 conforme su artículo 146, segundo párrafo, el cual reza: "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 VEINTICINCO POR CIENTO (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". Quedando de esta forma el poseedor por boleto con derecho a exigir la escritura traslativa de dominio, sin importar cual sea el destino del inmueble.

El artículo 1185 bis impone el cumplimiento de ciertos requisitos para que triunfe el boleto sobre la quiebra del enajenante, los cuales varían según las interpretaciones de cada uno de los autores, como se analiza a continuación.

- **Gatti Edmundo y Alterini Jorge Horacio**¹²³

Estos autores consideran que los requisitos del artículo en cuestión son:

a) Acto jurídico comprendido. La ley prevé el supuesto de "los boletos de compraventa de inmuebles", es decir, los negocios inmobiliarios redactados en instrumentos privados.

b) Adquirente de buena fe.

c) Abonar el 25 % del precio. El artículo 1185 bis exige, para la oponibilidad del boleto a la quiebra o concurso, el pago por el poseedor con boleto de por lo menos el 25 % del precio.

¹²³ Cfr. GATTI Edmundo y ALTERINI Jorge Horacio, "Régimen jurídico del boleto de compraventa", en L. L.143-1146.

d) Exigencia implícita de la fecha cierta. Necesaria para probar contra terceros.

e) Innecesariedad de la posesión. El adquirente de buena fe, con el boleto de fecha cierta, y el pago de 25 % del precio, cumple con todos los requisitos necesario para lograr la oponibilidad a la quiebra o al concurso; no se requiere la tradición posesoria en favor del adquirente.

f) Innecesariedad de publicidad. No se requiere ningún tipo de publicidad.

g) Facultades del juez. Cumplidos los distintos requisitos, el juez estará obligado a disponer la escrituración perseguida.

- **Llambias, Jorge y Alterini, Atilio**¹²⁴

Consideran que para ser oponibles a la quiebra o al concurso, el artículo 1185 bis requiere que el adquirente por boleto de compraventa tenga fecha cierta, en cambio no requiere su inscripción, ni la posesión del bien. La buena fe debe existir al tiempo de realizar el acto jurídico y al pagar el 25 % del precio, el cual se debe abonar totalmente antes de la apertura del concurso o quiebra. En cuanto a facultad del juez, sostienen que constituye una investidura y no una facultad discrecional.

- **Spota, Alberto G**¹²⁵

Para este autor, el artículo 1185 bis exige el pago del precio y la buena fe del adquirente, la cual consiste en el desconocimiento del estado de cesación de pago del enajenante. Considera que el artículo en cuestión no exige la fecha cierta del boleto de compraventa.

- **Guillermo Borda**¹²⁶

Borda, al analizar el artículo 1185 bis, sostiene las siguientes exigencias:

a) No se requiere posesión del bien.

b) Basta con que se haya pagado el 25% del precio.

c) Buena fe del adquirente, para que no defraude a los acreedores.

d) No se exige fecha cierta.

e) ¿Qué ocurre si el vendedor fallido ha entregado la posesión, pero el comprador todavía no ha satisfecho el 25% del precio?. Para este autor, si bien

¹²⁴ Ver LLAMBIAS, Jorge y ALTERINI, Atilio, Código Civil Anotado, Tomo III-A Contratos, Ed Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 107 y siguientes.

¹²⁵ Véase SPOTA, Alberto G., *Sobre las reformas al código civil: capacidad - contratos - derechos reales - derecho sucesorio*, Buenos Aires, Depalma, 1969. 69, 74 y 75.

¹²⁶ Cfr. BORDA, Guillermo, *Tratado De Derecho Civil – Contratos*, Tomo I Abeledo-Perrot, 1990, p. 398 a 401.

una aplicación literal del artículo 1185 bis no permitiría, en este caso, la oponibilidad del boleto a la quiebra, la existencia del artículo 2355, párrafo agregado sobre la posesión legítima adquirida mediando boleto, conduciría a que el adquirente pueda oponer su posesión legítima a la masa y pedir la escrituración.

21.6. Frente a un Acreedor Anticresista o con Derecho de Retención (Oponibilidad del Boleto al Acreedor Anticresista o al Retenedor)¹²⁷

I. El boleto frente al acreedor anticresista, ambos sin posesión. Prevalece el instrumento público, es decir, el acreedor anticresista, si se hubiera constituido en escritura pública, artículo 596 del Código Civil.

II. El boleto frente al acreedor anticresista, ambos con posesión. Predomina el que primero adquirió la posesión, sin importar la fecha de los títulos.

III. El boleto frente al retenedor, si éste ha empezado a ejercer su derecho mediante la posesión, prevalece sobre el adquirente por boleto.

21.7. Frente al Transmitente

Si el vendedor hizo la tradición del inmueble, de manera voluntaria, el poseedor por boleto puede rechazar la acción de reivindicación intentada por el enajenante o por sus sucesores universales o particulares¹²⁸.

21.8. Poseedor ex – Boleto y Usucapion Breve

El poseedor por boleto no puede adquirir el dominio del inmueble a través de una prescripción corta, por la ausencia del justo título para usucapir, ya que según el artículo 4010 del Código Civil, debe estar concluido mediante una escritura pública. Nada impide en cambio, que proceda la prescripción larga, que no requiere ni justo título ni buena fe¹²⁹.

¹²⁷ Cfr. FAZIO DE BELLO, Marta E, *op. cit.*, p. 170.

¹²⁸ Cfr MARIANI DE VIDAL, Marina, *op. cit.*, p. 153. FAZIO DE BELLO, Marta E, *op. cit.*, p. 125 y siguientes.

¹²⁹ Véase GATTI Edmundo y ALTERINI Jorge Horacio, "Régimen jurídico del boleto de compraventa", en L. L.143-1146; MARIANI DE VIDAL, Marina, *op. cit.*, p. 153.

21.9. Poseedor ex – Boleto y Acciones Reales

No cabe duda a cerca de que el poseedor con boleto puede intentarlas por vía subrogatoria. En cambio, la doctrina discrepa en cuanto a así pueden interponerse por derecho propio. Parte de la doctrina se inclina por la respuesta negativa¹³⁰, y otra por la afirmativa¹³¹.

¹³⁰ GATTI Edmundo y ALTERINI Jorge Horacio, “Régimen jurídico del boleto de compraventa”, en L. 143-1146 quienes sostiene: “Ya nos ocupamos largamente de fundamentar que el poseedor por boleto no es un poseedor legítimo, en tanto no ejerce un derecho real (art. 2355, 1ª parte, Cód. Civil), y por ello tampoco cuenta con acciones reales”; en igual sentido MORELLO, Augusto M, *El boleto de compraventa inmobiliaria*, Vol. 1, Ed 3. act. La Plata: Platense, 1981, p. 117 y siguientes.

¹³¹ SPOTA, Alberto G., *Sobre las reformas al código civil: capacidad - contratos - derechos reales - derecho sucesorio*, Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 73, sostiene: “...aun las acciones reales o petitorias que descansan y se desprenden del título, que significa dicho contrato preliminar instrumentado mediante tal boleto de compraventa”; FAZIO DE BELLO, Marta E, op. cit., p. 171 expone “...el artículo reformado implica la introducción en el código de un nuevo derecho real de posesión, le reconocemos las acciones reales, por cuanto las pierde el vendedor y las gana el adquirente”: ETCHEGARAY Natalio Pedro, op. cit., p. 169 y 170.

CAPÍTULO VII

Conclusión

22. Conclusión

Por lo que se ha expuesto en la presente tesis, se concluye que el agregado al artículo 2355 del C.C. considera como legítima a la adquisición de la posesión de un inmueble con boleto de compraventa.

No obstante, con el desarrollo de esta tesis se llega a concluir que:

Para que se pueda arribar a la postura sostenida, se debe advertir que el problema interpretativo sobre la naturaleza jurídica del Boleto de compraventa está internamente ligado a la polémica doctrinaria acerca del carácter formal o no formal del contrato de compraventa, puesto que dependiendo de la postura adoptada sobre uno u otro carácter de la compraventa, se desprende de manera directa la posición tomada ante el Boleto.

En primer lugar, se considera al contrato de compraventa de carácter formal ad solemnitatem relativa, ya que del artículo 1184, inc. 1º y sus concordantes 975 a 978 y 1140 de C.C., surge el imperativo de una forma determinada, "escritura pública", cuando se trate de un negocio sobre bien inmueble. Va de suyo que si las partes no han cumplido la solemnidad prescrita por la ley en los citados artículos, el contrato celebrado, va a encontrarse, desprovisto de los efectos propios y naturales buscados, pero producirá efectos residuales, o de conversión, (si las partes no le han asignado otro valor) entre las mismas, conducentes a instrumentar bajo la forma impuesta (Escritura Pública).

A raíz de lo expuesto, se sostiene que la escritura pública, por un lado, hace a la constitución del Derecho Real de Dominio sobre bienes inmuebles, por cuanto integra el elemento componente del título suficiente, necesario para que se produzca este efecto. Mientras que por otro lado, el incumplimiento de esta exigencia impide la celebración del contrato de compraventa.

En cuanto a la naturaleza jurídica del Boleto de Compraventa, se adhiere a la postura sostenida por los doctores Edmundo Gatti y Jorge H. Alterini, al considerar que el Boleto es un contrato verdadero, firme, serio, definitivo y perfecto, pero no de compraventa, sino un contrato que obliga a celebrar el de compraventa. El Boleto es un contrato con efectos propios, que si bien no tiene como fin vincular a las partes a modo de vendedor y comprador, se presenta como un contrato previo, intermedio al contrato de compraventa, por el cual el vendedor se compromete a vender, configurándose de esta manera un caso

típico de venta forzosa; del artículo 1324 inc. 2º, que reza: “Nadie puede ser obligado a vender, sino cuando se encuentre sometido a una necesidad jurídica de hacerlo, la cual tiene lugar en los casos siguientes:... 2º) Cuando por una convención, o por un testamento se imponga al propietario la obligación de vender una cosa a persona determinada”.

Además, se rechaza la postura que considera a este instrumento privado un contrato de compraventa definitivo, ya que el efecto propio del mismo consiste en la obligación de otorgar la escritura pública, de esta manera, el objeto del Boleto reside en una obligación de hacer el contrato definitivo de compraventa, que se corresponde con la realización de la escritura pública, la cual procura la transmisión del dominio del bien. En conclusión, no se estará en presencia de una compraventa, hasta que no se realice la escritura pública.

No nace de este instrumento privado ningún derecho real de dominio, ya que se adhiere a la postura del Codificador, en cuanto a la necesidad de tener “título suficiente” y “modo suficiente” para la constitución de un derecho real, por lo que se considera que solo la escritura pública constituye título suficiente, quedando, el boleto de compraventa, fuera de órbita para la adquisición de los derechos en cuestión.

Asimismo, se resalta que la posesión adquirida por medio de boleto no forma un nuevo derecho real de posesión, ya que no se encuentra enumerado como uno de ellos (artículo 2503 C.C.), y simplemente constituye el medio para su ejercicio, sumado a que la posesión constituye un hecho con consecuencias jurídicas, puesto que, por un lado, resulta ser un medio para adquirir derechos reales por usucapión o tradición, mientras que por el otro, este hecho constituye el fundamento de un derecho que atribuye al poseedor las defensas de esa posesión. Resulta importante en este extremo la nota que Vélez Sarfield ha hecho en el libro tercero “De los Derechos Reales”, donde expresó: “al tratar de las cosas y de la posesión antes que los derechos reales, seguimos la opinión y el método de Mackeldey, porque las cosas y la posesión son los elementos de los derechos reales”, y al ser un elemento no puede a la vez ser un derecho. En conclusión, se puede afirmar que el Boleto de compraventa queda dentro del ámbito de los derechos personales, para exigir el cumplimiento del mismo.

En cuanto a si hay posesión legítima o ilegítima, se inclina por la segunda posición, ya que el boleto de compraventa no se juzga título suficiente, tal como lo establecía antes de la reforma, la segunda parte del primer párrafo del artículo en cuestión, como un supuesto de la posesión ilegítima, en virtud de ser una adquisición sin título.

Luego, se adhiere a la postura sostenida por los doctores Gatti Edmundo, Alterini Jorge H., Highton Elena y Aida Kemelmajer de Carlucci, que consideran al adquirente por boleto, “poseedor ilegítimo de buena fe”, pues lo que debe ser legítimo es la adquisición de la posesión del inmueble y no la posesión en sí misma, basándose en la literalidad del agregado por la ley 17.711 al artículo 2355 del Código Civil. En este punto debe tenerse presente la distinción entre posesión legítima (ejercicio de un derecho real) y adquisición legítima de la posesión (posesión adquirida conforme a derecho). Desde esta perspectiva, el boleto de compraventa resulta ser un medio idóneo para adquirir la posesión, ya que al ser otorgado por el dueño en virtud de un boleto, la adquisición es legítima (conforme a derecho), no obstante, no será legítima la posesión adquirida, por no constituir el ejercicio de un derecho real¹³². Va de suyo que de la legitimidad de la adquisición del poseedor por boleto se infiere la buena fe del mismo.

Atento lo expuesto, se debe advertir que si los Reformadores del Código hubiesen querido que se tenga por legítima la posesión con Boleto, no solo deberían haber modificado la primera parte del artículo 2355, sino que también deberían haberlo expresado de esta manera en el agregado en cuestión, y no de la forma en que lo hicieron. Sumado esto, al error metodológico de que solo la ilegitimidad se subclasifica en buena y mala fe, se desprende que el agregado, al hablar de buena fe, hace referencia a la ilegitimidad de la posesión.

Finalmente, se debe reconocer que más allá de la postura que se asuma con respecto a la naturaleza jurídica del Boleto y a la posesión adquirida por éste, en la actualidad se le ha reconocido fuerza vinculante, haciendo de esta manera exigibles todas sus cláusulas desde el momento de su celebración, sin necesidad de esperar hasta la realización de la escritura pública.

¹³² Ver GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H, “Régimen jurídico del boleto de compraventa”, en L. L.143-1146.

CAPÍTULO VIII

Bibliografía Consultada

23. Bibliografía Consultada

1. Belluscio, Augusto C. y Zannoni Eduardo, Código Civil y leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, Art.1066 a 1216, Ed Astrea, 2005.
2. Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, 4º Ed. Perrot, 1992.
3. Borda, Guillermo, Tratado De Derecho Civil – Contratos, Abeledo-Perrot, 1990.
4. Borda, Guillermo, Manual de Contratos, 17º Ed. Perrot Bueno Aires, 1995.
5. Borda, Guillermo, La reforma de 1968 al código civil, Buenos Aires: Perrot, 1971.
6. Bueres, Alberto y Highton, Elena, Código Civil y Normas Complementarias, Análisis Doctrinal y Jurisprudencial, 5 A Art. 2311/72 Derechos Reales, Ed. Hammurabi, 2004.
7. Bueres, Alberto y Highton, Elena, Código Civil y Normas Complementarias, Análisis Doctrinal y Jurisprudencial, 3 B, De los Contratos en General, Ed. Hammurabi, 1999.
8. Claudio Kiper. Código Civil Comentado, Derechos Reales, Ed Rubinzal – Culzoni, 2004.
9. Ernesto Salas y Félix A. Trigo Represas, Código Civil Comentado, 2da edición, Ed. Depalma, 1999.
10. Etchegaray Natalio Pedro, Técnica y Practica Documental – Boleto de Compraventa, Ed. Astrea, 1993.
11. Fazio De Bello Marta E, Teoría y técnica del boleto de compraventa, Ed. A´baco de Rodolfo Depalma, 1984.
12. Games, Luis M., "La quiebra del vendedor de inmuebles, la obligación de escriturar y las reformas al Código Civil". L.L, 130 -1187.
13. Gatti Edmundo y Alterini Jorge Horacio, "Régimen jurídico del boleto de compraventa", en L. L.143-1146- Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales, 01/01/2009, 363.
14. Highton, Elena, Derechos Reales – La Posesión, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1979.

15. Laquis Manuel, *Derechos Reales*, Ed. Depalma, 1979.
16. Laquis Manuel, *Derechos Reales*, Ed. Depalma, 1983.
17. Llambias, Jorge y Alterini, Jorge Horacio, *Código Civil Anotado, Derechos Reales*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.
18. Llambias, Jorge y Alterini, Atilio, *Código Civil Anotado, Contratos*, Ed Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.
19. López De Zavalía, Fernando J, *Derechos Reales*, Ed. Zavalía, Bs.As. 1989.
20. López de Zavalía Fernando J, *Teoría de los Contratos, Parte General*, Ed 4 Zavalía, 1997.
21. López de Zavalía Fernando J, *Teoría de los Contratos*, Ed 3 Zavalía, 2000.
22. Lorenzetti Ricardo Luis, *Tratado De Los Contratos*, Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.
23. Mariani De Vidal, Marina, *Derechos Reales*, Ed. 7 Zavalía, Bs.As, 2004.
24. Morello, Augusto M, *El boleto de compraventa inmobiliaria*, Ed 3. act. La Plata: Platense, 1981.
25. Mosset Iturraspe, Jorge, *La obligación de escriturar: el boleto de compraventa - juicio de escrituración - demanda por reserva - incidente y juicio de redargución de falsedad - acción de simulación - procedimiento registral - modelos de escritos - fallos plenarios - apéndice legislativo*, Buenos Aires, La Rocca, 1994.
26. Musto, Néstor J, *Derechos Reales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1981.
27. Papaño Ricardo J., Kiper Claudio, Dillon Gregorio y Causse Jorge, *Derechos Reales*, Ed. Depalma Buenos Aires, 1995.
28. Rocco, Emma Adelaida, *Boleto de compraventa: adquisición del dominio. Indivisibilidad impropia e incumplimiento de la obligación de escriturar*, Ed Astrea, 1989.
29. Salas Ernesto Y Trigo Represas Félix A., *Código Civil Comentado, Art. 1137 a 3261*, Desalma, 1999.
30. Spota, Aberto, G, *Instituciones de Derecho Civil Contratos*, Ed Depalma Bueno Aires, 1980.

31. Spota, Alberto G., Sobre las reformas al código civil: capacidad - contratos - derechos reales - derecho sucesorio, Buenos Aires, Depalma, 1969.
32. Zannoni Eduardo y Kemelmajer de Carlucci, Aída, Código Civil y leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, Art. 2311 a 2610, Ed Astrea, 2005.

Paginas de Internet

- La Compraventa Inmobiliaria: Algunas Cuestiones de Sandra A. Frustagli. www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/view/1025/952
- El boleto de compraventa, por Gabriel B. Ventura.
www.acaderc.org.ar/doctrina/.../el-boleto-de-compraventa/at.../file
- La Ley On Line. <http://www.laleyonline.com.ar>

CAPÍTULO IX

Anexos

24. Anexos

24.1. Fallo Plenario: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, 24 de diciembre de 1940 “Administración Autónoma de Propiedades Municipales c/ P.de Blanco, Mercedes”

Voces: ADQUISICION DEL DOMINIO ~ BOLETO DE COMPRAVENTA ~ COMPRAVENTA ~ COMPRAVENTA DE INMUEBLE ~ COMPRAVENTA EN CUOTAS ~ DOMINIO ~ INMUEBLE ~ JUICIO EJECUTIVO ~ POSESION ~ TITULO DE DOMINIO ~ TRADICION ~ TRANSMISION DE DOMINIO

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno (CNCiv) (EnPleno)

Fecha: 24/12/1940

Partes: Administración Autónoma de Propiedades Municipales c. Blanco, Mercedes P. de

Publicado en: La Ley Online

Cita Online: AR/JUR/20/1940

Sumarios:

1. El pacto estipulado como un procedimiento accesorio de la venta por mensualidades, según el cual el comprador del inmueble a quien se le dio la posesión, sin habersele otorgado la escritura traslativa del dominio, acuerda al vendedor el derecho de pagarse el saldo del precio mediante ejecución y venta del bien, como también la administración del mismo hasta su entrega al nuevo adquirente, debiendo pasar a poder del comprador primitivo la suma que se pagara en el remate en cuanto excediera de su deuda, es perfectamente legítimo (1).

2. El codificador emplea la palabra "modo" — art. 2355 del cód. Civil— en su acepción técnica, distinguiéndola de los medios de adquirir derechos reales según los arts. 2505, 2524 y 3947, etc. del citado código (Voto del doctor Barraquero).

3. El título (a que se refiere el art. 2355 cód. civil), es la regla ordinaria de la posesión y se toma en el concepto de fuente o causa eficiente, generadora de la adquisición del derecho: que ha dado origen y base a la posesión con prescindencia del instrumento en que ese acto jurídico o derecho consta. (Voto del doctor Barraquero).

4. El contrato de compraventa constituye un título suficiente para adquirir la posesión, aunque falte el Instrumento público que la ley exige para la trasmisión del dominio. (Voto del doctor Barraquero).

5. La posesión adquirida por tradición y en cumplimiento de un título suficiente, constituye un derecho jurídicamente protegido con independencia del dominio (Voto del doctor Barraquero).

6. La convención accesorio, por la cual el comprador a quien se le dió la posesión, acuerda al vendedor a cuyo nombre permanece inscripto el dominio del inmueble vendido por mensualidades, el derecho de pagarse el saldo del precio, mediante la ejecución y venta judicial del mismo, no afecta

ningún régimen legal, ni es un modo que impida adquirir o ejercer el derecho de posesión (Voto del doctor Barraquero).

7. La tradición es un contrato distinto de la venta, aun cuando necesario para ella. Puede ser el resultado de un pago o un modo de adquirir derechos reales o de concluir contratos, o un medio de adquirir la posesión; en todos estos casos es un verdadero contrato abstracto independiente de aquél a que accede. (Voto del doctor Barraquero).

8. Nada se opone a que el vendedor, al firmar un boleto de compraventa, realice anticipadamente la tradición del inmueble y en este caso, aun no mediando la escritura pública traslativa de dominio, el comprador incorpora a su patrimonio un derecho: la posesión de la finca regida por disposiciones propias de esta relación jurídica y distintas, cuando no independientes, de las del dominio. (Voto del doctor Barraquero).

9. La convención accesoria por la cual el vendedor — que entregó la posesión al comprador al firmarse el boleto, permaneciendo el dominio inscripto a su nombre— queda facultado a pagarse el saldo del precio, mediante ejecución y venta en remate judicial del inmueble vendido, constituye un modo o cargo y no una condición, dado su carácter coercitivo. (Voto del doctor Barraquero).

Texto Completo: 1ª Instancia. — Buenos Aires, julio 19 de 1938.

Considerando: Como lo ha sostenido el infrascripto en casos análogos (ver. Adm. Autónoma de Propiedades Municipales c. Oscar Alberto Marchelli), la propiedad del bien objeto del contrato de compraventa no ha salido de manos del actor pues la compraventa no se redujo a escritura pública (arts. 2602, 2609, cód. civil) (ver punto 5° de la excepción de inhabilidad de título opuesta por la demandada). La simple entrega de la posesión no basta para transmitir el dominio requiriéndose la escritura pública o la prescripción adquisitiva para colocar la propiedad en manos del poseedor.

La actora afirma, por otra parte, que el bien sigue registrado a su nombre.

En estas condiciones al pedir la subasta del bien intenta la actora una ejecución contra si misma lo que es inadmisibile.

El actor ha obtenido una sentencia de trance y remate que lo faculta para compeler al demandado al pago de su deuda y para ejecutar los bienes que pertenezcan a dicha demandada; pero ello nada tiene que ver con la venta de sus propios bienes que puede efectuar sin necesidad de intervención judicial. Los inconvenientes que a esa disposición del bien pudiera crear la existencia del contrato de compraventa, motivo de estos autos, podían evitarse pidiendo la rescisión de ese contrato o bien oponiendo a su tiempo la "exceptio inadimpleti contractus" autorizada por el art. 1201 del cód. civil, frente a una posible demanda de escrituración. Más aún, el propio contrato de compraventa, que forma parte del patrimonio del demandado puede ser un bien ejecutable, que pasando a otras manos o a las del propio actor, desempeñaría sin obstáculos el papel que quiere encomendarse a la finca que le sirve de objeto.

Por estas consideraciones, no ha lugar a la venta solicitada precedentemente. — Manuel Orús. — Ante mí: Enrique C. Corbellini.

Buenos Aires, diciembre 24 de 1940.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

El doctor Tobal, dijo:

1° — Como es notorio, tanto la Municipalidad como los demás poderes públicos se han preocupado en los últimos años de encarar y resolver con medidas adecuadas los problemas sociales, buscando que la convivencia social se logre bajo la tutela del Estado para hacer más llevaderas las desigualdades económicas que la organización de nuestra hora, trae consigo. Con ese propósito se han dictado numerosas leyes y ordenanzas, entre las que ocupan un lugar importante, las relativas a las viviendas: las llamadas de casas baratas. Pero desgraciadamente, sea porque la financiación de esas obras se lleva a cabo en forma de tanteos, sea porque en la práctica las mejor inspiradas, deben siempre luchar contra la mala fe de no pocos de los beneficiados con ellas, lo cierto es que los tribunales de rechazo, han tenido las más de las veces que intervenir en litigios ya para interpretar la ley, ya para dirimir los conflictos que aquella ha dado lugar en la práctica.

Tan numerosas han sido las actuaciones a que han dado lugar las causas iniciadas por la Administración Autónoma de las Propiedades Municipales, que en algunas de ellas podrá observarse, que quien aparece como apoderado de algún comprador a quien la comuna demanda, opone excepciones mediante escritos impresos. Pero la principal dificultad entre las muchas que llegó a deparar la tramitación de tales actuaciones, se ha presentado cuando la Administración Autónoma, con una sentencia de remate a su favor, ha querido obtener la venta de los inmuebles, produciéndose entonces decisiones encontradas.

En síntesis, el problema es el siguiente: ¿puede la actora, invocando el art. 1197 del cód. Civil, proceder al remate convenido en el boleto, o tal venta es jurídicamente imposible por no haberse escriturado el bien y permanecer entonces a nombre de la Municipalidad?

2° — Para mejor resolver el punto, conviene examinar las prescripciones del boleto. La comuna, que en él aparece como vendedora, entrega la posesión de las fincas a los adquirentes, a la firma del mismo, pero no sin establecer una serie de garantías con el fin de asegurarse el cumplimiento de las obligaciones de los compradores, y así obliga a éstos a que le otorguen un derecho real de hipoteca, con más una fianza personal de un tercero, subsistente hasta el cumplimiento de todas las obligaciones. Aparte de ello establece que las excepciones en el juicio ejecutivo a que diere lugar el incumplimiento, se limitarán a la de pago, justificado con prueba documental, y en ese caso se reserva el derecho de indicar martillero, y previendo las ulteriores a que pueda dar lugar al remate, consigna a su favor la facultad de pedir el desalojo de la finca y finalmente conviene un derecho de opción, para que llegado el caso de incumplimiento, pueda o rescindir el contrato o exigir en la ejecución correspondiente, el pago de todo lo que se adeudare con caducidad de los plazos.

Pero como si no bastaran todas esas garantías, la Municipalidad, aun al margen del convenio, decidió ampliarlas en los hechos. Me refiero a lo siguiente; la última cláusula establece lo que sigue: "El presente boleto deberá reducirse a escritura pública dentro de los 15 días de la fecha, pudiendo declararlo caducado el vendedor y perdido el depósito de garantía

para el comprador si la escrituración no se hiciese por culpa de éste". Ahora bien, la comuna dejó de cumplir esa escritura, que debía otorgar dentro de tan breve plazo, sin que nada haga suponer, por la naturaleza del mismo, que se hubiere negado a ello debido a la conducta del comprador. Posiblemente creyó que los compradores no teniendo las fincas escrituradas a su nombre, cumplirían mejor, pero pasaron los años, y he ahí que con la ejecución que se interpuso sin haberse cumplido el convenio en lo relativo a esa escritura, vino a presentarse esta inesperada situación jurídica: la Municipalidad pretende que se venda aquello que continúa dentro de su acervo y cuando el tribunal ha llegado a hacerle notar el contrasentido que ello comporta y de la cual, como se ha visto, sólo ella es culpable, pretende que debe estarse a lo convenido e invoca el art. 1197 del cód. Civil.

No se me ocultan los inconvenientes prácticos que pueden derivar del rechazo de las pretensiones de la Comuna. La mala fe de los deudores vendría a tener con ello un premio, facilitándoles la permanencia en las casas cuyo abono no verifican, pero aun así, pienso que no cabe otra solución que desestimar la pretensión de la Municipalidad. Me fundo para ello: primero, en que al no haber escriturado la comuna, ella continúa siendo dueña del inmueble y de todo lo adherido a él; segundo, porque si una situación práctica requiere remedios circunstanciales, ellos deben tomarse mientras no afecten disposiciones categóricas de la ley civil y se vaya contra la lógica jurídica de los principios; tercero, porque tampoco en rigor cabe invocar el art. 1197, desde que en particular la cláusula 10ª que se refiere a la venta del bien, supone el transcurso de 3 mensualidades impagas o sea de más de 90 días, siendo así que dentro de los primeros 15 a partir de la venta, la finca debía estar ya escriturada al comprador; cuarto, porque tampoco es exacto que implique un contrasentido el que la comuna tenga a su favor una sentencia de remate y luego no pueda ejecutar el bien, por cuanto siempre le quedaría el derecho de hacer uso del art. 15 del boleto que establece: "Que en caso de mora en los pagos o incumplimiento de las obligaciones aceptadas por el comprador, la vendedora podrá pedir el desalojo de la casa y designar al Banco Municipal de Préstamos para que la administre".

Por todo ello, y atento lo resuelto por el tribunal en los autos seguidos por la actora contra Marchelli, Oscar A. (Rev. LA LEY, t. 13, p. 501) entre otros, creo que no corresponde hacer lugar al remate que solicita la Municipalidad, sin perjuicio de los derechos que ésta pueda ejercitar ante el incumplimiento del deudor.

El doctor Grandoli, por razones análogas a las aducidas por el doctor Tobal, votó en el mismo sentido.

El doctor Casares dijo:

Considero que nada obsta legalmente a que se decrete la venta pedida por la Municipalidad en ejercicio del derecho que le acuerda el contrato.

Si bien es cierto que el inmueble continúa inscripto a nombre de la Municipalidad, proceder ahora a su venta con motivo de la ejecución de la sentencia de remate no significa ejecutarse a sí misma la Municipalidad, sino recurrir a un procedimiento de fijación concreta y objetiva del valor del inmueble que fue materia del convenio de compraventa corriente a fs. 5, para que si en el remate público se pagara por él una cantidad superior a la

adeudada por el demandado ese exceso vaya a poder de este último y no a enriquecer indebidamente a la Municipalidad.

Entiendo, además, que el derecho que reconoce al acreedor la sentencia de remate que ha venido a hacerse ejecutable por no haber cumplido el demandado las obligaciones que contrajo en el convenio corriente a fs. 44, no obtiene satisfacción mediante lo estipulado en la cláusula 15 del boleto, — requerir la Municipalidad el desalojo y entregar la administración al Banco Municipal de Préstamos— porque la sentencia manda seguir la ejecución con el objeto de que se haga pago al acreedor de lo que se le adeuda, lo cual no se logra por el camino de la cláusula 15. Cláusula que ha sido establecida, como resulta de su texto, sólo como un procedimiento accesorio al de la venta. "Se designará depositario al Banco Municipal de Préstamos, que procederá a administrarlas por cuenta del deudor hasta la entrega al nuevo comprador".

Por estas consideraciones y remitiéndome a lo resuelto en casos análogos por la sala de que formo parte (Municipalidad c. González Arias) (1) y por la cám. 2ª, en casos análogos, voto por la revocatoria de la resolución de fs. 55.

El doctor Barraquero, dijo:

1° — Cuestión judicial. Las partes convinieron en el boleto de compraventa que luce a fs. 5, que la falta de cumplimiento de las obligaciones a cargo del comprador, que ha tomado la posesión de la finca, autorizaría al vendedor para proceder a la rescisión del contrato o para exigir en la ejecución correspondiente el pago total del precio adeudado, mediante la venta del inmueble, pudiendo a falta de postores sacarse a nuevo remate sin base y sin perjuicio de la responsabilidad del deudor y fiador por la parte impaga del capital, intereses y costas. (Conf. cláusulas XVII y X).

Tal es la convención que dió origen a este juicio ejecutivo y que obtenida sentencia mandando llevar adelante la ejecución, se celebró la transacción de fs. 44, quedando reconocido por el ejecutado adeudar la suma de \$ 13.315,04 a pagarse en cuotas mensuales. Además se estableció: que si el demandado dejaba de abonar tres mensualidades, se decretaría sin más trámite la venta en remate del inmueble, sin base (conf. cláusulas II, III y IV).

Producida la mora prevista en la transacción, se solicitó el remate del inmueble y que ha sido denegado: a) porque el bien está registrado a nombre de la ejecutante, sin que haya bastado la simple entrega de la posesión, para transmitir el dominio con arreglo a los arts. 2602, 2609 del cód. civil y b) porque los inconvenientes a la disposición del bien en razón de la existencia del contrato de compraventa, pueden evitarse pidiendo la rescisión de ese contrato, o bien oponiendo a su tiempo la "exceptio inadimpletis" que autoriza el art. 1201 del cód. civil.

2° — Posesión: Su régimen legal. La posesión funciona cuando alguna persona tiene una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad y no de dominio, porque si ese derecho de propiedad se reconoce en otro, sería simple tenedor de la cosa, aunque su ocupación repose sobre un derecho (conf. arts. 2351/52, 2506, cód. civil).

El simple tenedor de la cosa, si bien la posee realmente, la ley sólo lo

considera como un poseedor precario y cuyo concepto, sentó el doctor Vélez Sarsfield, se aplica a toda concesión que "no es hecha a título de propietario", a toda concesión en la cual los derechos de propiedad son reservados al que ha concedido la tenencia o posesión de la cosa (conf. nota del art. 2480, cód. civil).

En el caso sub examen se ha perfeccionado un contrato de compraventa según el boleto presentado y los contratantes le han dado cumplimiento parcial, pues, el comprador ha pagado algunas cuotas en concepto de precio y el vendedor le ha transmitido la posesión de la finca vendida a título de propietario, sin haberle otorgado la escritura pública traslativa del dominio (conf. art. 1323, cód. civil, cláusulas II y V).

a) Posesión legítima. La posesión de la finca transmitida a la compradora, señora de Blanco, es legítima con arreglo a lo preceptuado en el art. 2355 del cód. civil, desde que ella se ha adquirido en virtud de un contrato, o sea con título suficiente para incorporar al patrimonio un bien, y de la tradición habiéndosela ejercido con intención de someter dicha finca a un derecho de propiedad" (conf. arts. 2379/80, 2496, 3265, etc., cód. civil.).

La posesión sería ilegítima, reza dicho artículo, cuando se tenga sin título, o por un título nulo, o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales o cuando se adquiriera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no la tenía para transmitirla. Siendo de observar que el codificador cuida su terminología, al emplear la palabra modo en su acepción técnica, distinguiéndola de los medios de adquirir derechos reales según los arts. 2505, 2524 y 3947, etc., del cód. Civil.

El título es la regla ordinaria de la posesión y se toma en el concepto de fuente o causa eficiente, generadora de la adquisición del derecho; que ha dado origen y base a la posesión, con prescindencia del instrumento en que ese acto jurídico o derecho consta.

En el caso sub júdice la posesión se ha adquirido con título, pues, el contrato de compraventa constituye un título suficiente para ello, aunque falte el instrumento público que la ley exige para la transmisión del dominio.

b) Posesión: Su independencia del dominio. La posesión adquirida por la tradición de la cosa y en cumplimiento de un título suficiente, constituye dentro de la economía del cód. civil, un derecho jurídicamente protegido con independencia del dominio, ya que en determinadas circunstancias no sólo se opone al titular de éste, sino que hasta lo hace perder, porque el vendedor no podría invocar la falta de la escritura pública para contrarrestar la prescripción treintañal opuesta por el comprador, que ha entrado en posesión de la cosa (conf. cód. civil., arts. 2428, 2524, inc. 7°, 4015/16. Machado: t. 6, p. 514; Llerena, acepta la prescripción decenal; pero el comprador no podría invocar justo título conforme a la nota al art. 4012, cód. Civil, ni cambiar la causa de su posesión sino en la forma de los arts. 2353, 2411, y 2458, cód. Civil, t. 10, p. 506).

Ahora bien; la compradora, señora de Blanco, en su calidad de poseedora de la finca del sub lite, ha acordado al vendedor el derecho de pagarse el saldo de precio, mediante su venta, como también la administración de la misma finca hasta la entrega al nuevo comprador, a modo de un procedimiento accesorio al de la venta, según lo expresa el vocal doctor Casares, y cuyo dominio permanece inscripto a nombre del vendedor por no haberse otorgado la escritura pública traslativa del mismo.

Tal pacto no afecta ningún régimen legal, ni es un modo que impida adquirir o ejercer el derecho de posesión, toda vez que él sólo determinaría los caracteres particulares de esa adquisición — conf. art. 558 y su nota del cód. civil— máxime cuando en la especie del sub júdice descansa en un contrato perfectamente válido, en virtud del cual el vendedor de la finca ha abandonado voluntariamente su posesión y ha puesto — mediante la tradición— a la compradora, señora de Blanco, "en condiciones de ejercitar derechos de propiedad", actos materiales, etc., sin contradictor.

Así se preceptúa en normas que son absolutamente propias de la posesión, según se infiere de los arts. 2351, 2377, 2379, 2380, 2384, 2423, 2416 a 2421, 2468, 2470, 2472, etc. del cód. Civil.

c) Tradición: Su alcance legal. La tradición es un contrato distinto de la venta, aun cuando sea necesario para ella. En efecto, la tradición puede ser, enseña el doctor Machado, el resultado de un pago o un modo de adquirir derechos reales, o de concluir contratos, o un medio de adquirir la posesión; en todos esos casos es un verdadero contrato abstracto, independiente de aquél a que accede (conf. t. 6, p. 273 in fine y 603).

Desde ese punto de vista se explica que en el art. 2602 del cód. Civil se disponga: la "tradición" debe ser por "título suficiente" para "transferir el dominio", es decir, que se necesita tres actos: el título o causa de la adquisición, — por ejemplo, el contrato de compraventa— , las solemnidades exigidas para su validez — tratándose de inmuebles, la escritura pública traslativa del dominio— y la tradición — o sea, la entrega voluntaria de la cosa inmueble por el vendedor— . Y cumplidos estos requisitos, la venta recién produce efectos contra terceros, una vez hecha la inscripción en el Reg. de la propiedad (conf. ley 1893, art. 239 y G. del F., t. 82, p. 218).

Por otra parte, no debe confundirse la tradición — que realiza el propietario a objeto de transmitir solamente la posesión, art. 2454, cód. Civil— con el instrumento público mismo, como lo confirma la disposición del art. 2609: el dominio de los inmuebles se pierde después de firmado el instrumento público de enajenación, seguido de la tradición. Esta es la regla general; pero nada se opone a que el vendedor, al firmar un boleto de compraventa, realice anticipadamente la tradición del inmueble y en este caso, aun no mediando la escritura pública traslativa del dominio, el comprador incorpora a su patrimonio un derecho: la posesión de la finca regida por disposiciones propias a esta relación jurídica y distintas, cuando no independientes a las del dominio (conf. arts. 2351 y su nota, 2377, 2418. etc. cód. civil). Así podría transferirla por cesión — conf. art. 1444 y nota al art. 2109, in fine— ; arrendarla, según así resulta de los arts. 2462 inc. 1° y 2465; defenderse en ella o recuperarla por las acciones posesorias — conf. art. 2487— ; conservarla por medios propios, tales como el del art. 2446; y si ello no fuere suficiente, bastaría recordar los supuestos que señalan los arts. 594 y 2791, del cód. Civil.

De ahí, también, que la posesión sea distinta del dominio, aun cuando se manifieste externa mente como el ejercicio de los poderes comprendidos en ese derecho. d) Posesión: Sus derechos y obligaciones. La posesión de una cosa, con independencia del dominio, impone obligaciones y confiere derechos que la ley los regla teniendo en cuenta exclusivamente la calidad del poseedor.

Y así, son obligaciones inherentes a la posesión, se declara en el art. 2416 del cód. Civil, las concernientes a los bienes, y que no gravan a una o más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada; de modo que, observa el doctor Machado, soporta la acción en su calidad de poseedor y no por otra circunstancia (conf. t. 6, p. 325, G. del F., t. 118, p. 188, pago de la medianería y art. 2418, restricciones y límites al dominio).

Recíprocamente, son derechos inherentes a la posesión, sean reales o personales, los que no competen a una o más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada; de modo, dice el doctor Machado, que la persona es indiferente.

Ahora bien, el deber de pagar el precio es una obligación inherente a la posesión del inmueble en determinadas condiciones restrictivas — conf. arts. 1432, 3923, 3924, cód. civil—, máxime cuando no se ha completado el título con la escritura pública traslativa del derecho real de dominio y en esta situación la poseedora de la finca del sub júdice, la señora de Blanco, ha podido en mira de un interés legítimo, pactar que el vendedor se cobre el precio adeudado con el producido de la venta de la finca en remate judicial, ya que este acuerdo de partes, que permite al vendedor proceder a una segunda transmisión, es perfectamente legítimo, pues no afecta precepto legal alguno de orden público.

De ahí, que en el caso sub examen, el vendedor ha reconocido a la compradora, señora de Blanco, su posesión con intención de someter la finca al ejercicio de un derecho de propiedad, vale decir, que no siendo una representante de la posesión que él tenía con anterioridad a la tradición, ha podido válidamente afectar la finca comprada al pago del precio.

3° — Régimen convencional: Su validez. La situación de hecho y de derecho analizada precedentemente, fué la que contempló la sala de que formo parte, no advirtiendo impedimento alguno de orden legal en que el inmueble respondiera al pago del saldo del precio, puesto que "sólo afectaba el interés privado de las partes y se trataba del ejercicio de una facultad, que la ley les reconoce de manera amplia", conforme a lo preceptuado en los arts. 1197 y 1198 del cód. civil.

a) Modo o cargo: Convención accesorio. Los contratos deben ser ejecutados y entendidos de buena fe; por consiguiente, enseña el doctor Machado, se comenzará por respetar y aplicar lo que aparezca claramente estipulado en ellos, interpretando la voluntad de las partes, siempre que no sea contraria a las leyes de orden público. (conf. t. 3, ps. 530 y 528).

El vendedor ha previsto en la cláusula que motiva la interpretación jurisprudencial plenaria, la forma en que el comprador, dada su deuda del precio, debía ejercitar el derecho de posesión de la finca. Esta convención accesorio comporta un modo o cargo y no una condición, dado su carácter coercitivo. (conf. art. 558 y nota, cód. civil).

En efecto, el vendedor al entregarle a la compradora, señora de Blanco, la posesión anticipada de la finca, ha querido mejorar su situación jurídica, pero, a la vez, ha previsto la suerte ulterior del inmueble y ha obligado a su poseedora: a que responda con la cosa transmitida por su deuda del precio. Esta es una obligación modal o con cargo que, como lo expresé bajo la letra b) del ap. 2°, determina los caracteres particulares al ejercicio de aquel derecho de posesión.

De ahí, que el vendedor limite su acción a pedir la ejecución de esa convención accesoria, que no afecta principio legal alguno.

b) Derecho a la posesión: Rescisión contractual. Un título válido no da sino un derecho a la posesión de la cosa — "jus possidendi"—, y no la posesión misma — "jus possessionis". El que no tiene sino un derecho a la posesión, no puede, en caso de oposición, tomar la posesión de la cosa; debe demandarla por las vías legales. (conf. arts. 2468 a 2470, cód. civil).

Esta vía legal, con respecto al titular del derecho a la posesión, varía según la naturaleza de la causa de quien está gozando de la "posesión misma".

En efecto, no siendo dudoso el estado de la posesión, aquél sólo tendría la acción ordinaria de cada contrato, porque la posesión nada tiene de común con el derecho de poseer, y sería inútil la prueba en las acciones posesorias del derecho de poseer por parte del demandante o demandado (conf. arts. 2471/72, cód. civil).

Quien tiene la posesión de una cosa en virtud de un título suficiente, por ejemplo, un boleto de compraventa, no puede ser molestado mediante el ejercicio de una acción posesoria. Y así, si el vendedor ha hecho entrega de la cosa, el comprador ha entrado en la posesión de la misma y de consiguiente, en el caso de incumplimiento de sus obligaciones, al vendedor sólo le queda la acción ordinaria para hacer valer su derecho. La acción posesoria sería, entonces, ineficaz, porque se dirigiría contra el que está poseyendo a título de dueño.

Desde ese punto de vista, el profesor doctor Alberto G. Spota, distingue con cierta exactitud legal — toda vez que juzgo media un modo y no una condición—, que el vendedor, titular a cuyo nombre figura aun inscripto el dominio, conserva el derecho a poseer la cosa — el "jus possidendi" — pero sometido a una especie de condición suspensiva, para el caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del comprador; o sea, en el caso sub examen, la obligación modal de pagar el precio. Mientras que éste es titular de un derecho de posesión — el "jus possessionis"— sujeto a una condición resolutoria — reverso de la condición suspensiva que afectaba el derecho a poseer del titular del dominio—. Es por ello, sostiene el doctor Spota, que ese derecho a poseer del vendedor sólo se haría efectivo una vez puesta en movimiento la condición resolutoria pactada, o sea, una vez declarada la rescisión del contrato. (conf. Rev. LA LEY, t. 13, p. 502, núm. 11).

Además, cabe observar que en las especies sub examen, es frecuente la entrega de la posesión del inmueble al comprador al tiempo de firmarse el boleto de compraventa y esta tradición responde primordialmente a darle una mayor seguridad hasta tanto se le otorgue la escritura pública traslativa del dominio, ya que si el vendedor enajena a un tercero el dominio, éste nuevo adquirente tendría que respetar aquel boleto de compraventa, pues, no ha podido hacersele la tradición de la cosa porque quien la vendió no tenía la posesión, sino un "jus possidendi", un derecho a poseer sometido al derecho de poder demandar la rescisión de dicho contrato (conf. arts. 3266/67/69, cód. civil. Nota al art. 555 del cód. Civil, acerca del concepto del pacto comisorio y art. 1374, que se reputa hecho bajo condición resolutoria, vale decir, que sólo produciría los efectos de ésta clase de condición).

Ante esa tradición y la naturaleza del contrato, nada se opone, a mi

modo de ver, al cumplimiento de lo pactado — de sacar a remate el inmueble por la falta del pago del saldo del precio— , desde que mediaría una consecuencia de la posesión misma expresamente prevista por los contratantes y que tiende a proteger un interés perfectamente legítimo, cual es el de defender al comprador en la parte del dinero pagado a cuenta del precio, interés tanto más legítimo, en el supuesto de haber realizado mejoras o edificado en el terreno adquirido a mensualidades.

Por otra parte, el vendedor hace valer también un interés legítimo, perfectamente económico y moral, según lo establece el doctor Casares, al exigir el cumplimiento de lo pactado como obligación inherente a la posesión del comprador — "jus possessionis" o derecho de posesión— , máxime cuando no se afecta ninguna disposición de orden público, toda vez que el derecho a poseer del vendedor — "jus possidendi"— , sólo podría hacerlo efectivo demandando la declaración de rescisión del contrato, pues, recién lo reintegraría en la posesión o sea la "plena in re potestas", propia al ejercicio del dominio.

De ahí que, establecida la naturaleza del contrato y deslindados los derechos respectivos entre el vendedor, que ha hecho la tradición y el comprador, que ha pagado parte del precio, no juega obstáculo legal alguno para el remate del inmueble conforme a lo pactado.

4° — Conclusión. Las razones expuestas y las aducidas por el doctor Casares, deciden mi voto por la negativa a la cuestión propuesta.

El doctor Mantilla dijo:

Por las razones expresadas, adhiero a las conclusiones a que llegan en sus votos los doctores Casares y Barraquero, que están de acuerdo con la doctrina sustentada por la sala de que formo parte en la causa *Municipalidad c. González Arias*, arriba citada.

El doctor Mendoza Paz dijo:

Entiendo, como los vocales preopinantes, doctores Casares y Barraquero, que el remate de la finca que motiva este juicio puede ser decretado.

Conviene recordar — como allí se destaca— que en el momento de firmarse el boleto de fs. 5 el adquirente (hoy ejecutado), estaba en posesión del bien y en esas condiciones ya tenía derechos como tal poseedor, de los cuales se había desprendido el enajenante, quien conserva el dominio hasta el momento que le sea transferido al comprador mediante la escritura pública. (La tradición, como resulta de lo expuesto, se había efectuado con anterioridad).

En esas condiciones las cláusulas del boleto, libremente convenidas entre el vendedor y adquirente deben entrar en juego. Ambos (cláusula 10) han convenido que la finca sea subastada una vez producidas ciertas circunstancias tales como la falta de pago de determinado número de cuotas, etc., y esa libre manifestación de voluntad expresada por el comprador ejerciendo sus derechos de poseedor y autorizando al enajenante a sacar la casa a remate, no viola, a juicio mío, ningún derecho fundamental, ni el orden público, y es perfectamente válida.

En esa autorización que expresa el comprador se basa el derecho del enajenante. Entre ambos, con los derechos que cada uno se ha reservado hasta el momento del remate que se pide, se complementa el derecho de propiedad y dominio y el tercero que pudiera adquirir en remate recibiría el

bien libre de toda otra posesión (puesto que el actual poseedor, el adquirente, al autorizar la venta en ciertas condiciones acepta que la propiedad y dominio de la finca a venderse, que el aún no tiene, se transfiera al comprador futuro) y obtendría también el traspaso del dominio que le haría su actual titular, la vendedora ejecutante.

Los derechos de actora y demandado en este juicio no son excluyentes, dados los términos en que se ha redactado el boleto de fs. 4, y antes bien, pienso que ellos se complementan, como he dicho, sin que sea óbice que la posesión se halle en manos del ejecutado y el dominio permanezca en poder de la ejecutante. Máxime en el caso de autos en que, aparte de las manifestaciones de voluntad que aparecen en el documento de fs. 4, existe la transacción celebrada a fs. 44.

No dejo de contemplar la exacta observación que hace el doctor Tobal en su voto precedente, de que la Municipalidad no cumplió con su obligación de escriturar conforme a la cláusula 17^a, 2° apartado, pero pienso que ello podría haberlo invocado el comprador y haber exigido el cumplimiento de esa obligación en el plazo estipulado; al no hacerlo tácitamente ha consentido la suspensión de ese requisito y el no ejercicio del derecho a obtenerla, pero sin que afecte a las demás obligaciones contraídas por ambas partes.

El a quo entiende que la actora al pedir la subasta del bien intenta una ejecución contra si misma. No comparto ese criterio. Lo que se busca con este juicio es hacer efectiva la deuda pendiente entre el actor y demandado, enajenando el bien que se tuvo en cuenta al contratar y esa enajenación no podría realizarse por la Municipalidad sin la conformidad expresa del actual poseedor, y esa conformidad, si bien aparece otorgada en el boleto de fs. 4, no podría ponerse en movimiento sin una acción judicial como la presente, puesto que la vendedora se desprendió de ciertos elementos — la posesión, hoy en el ejecutado— que complementan su derecho de dominio. Es por ello que la ejecución ha debido seguirse para determinar el límite de las obligaciones y derechos de cada parte, una vez que el deudor (hoy ejecutado) no satisfizo la deuda pendiente" con la Municipalidad (v. mandamiento de fs. 18) ni se allanó a lo pedido por ésta, oponiendo, por el contrario, las defensas de fs. 23. En esas condiciones, ante la oposición de la demandada, la actora necesitaba el amparo judicial para compeler al deudor a cumplir con sus obligaciones, saldando su deuda con el producto del remate que expresamente había convenido. De otro modo y ante la oposición del deudor — según es el caso de autos y con la transacción no cumplida de fs. 44— la Municipalidad procedería por sí y ante sí, y para tener el pleno dominio y posesión del bien enajenado necesitaría recuperar la posesión transmitida al comprador, lo cual solamente podría lograrlo con el amparo judicial, protección que se extiende en el caso hasta darle los medios para hacer efectivo su crédito mediante la venta del inmueble. De no buscar ese amparo, al intentar recuperar la posesión se vería repelida por las acciones a que tendría derecho el poseedor. Debe pedirla por las vías legales.

En síntesis, que ante los términos del boleto de fs. 4, lo que resulta de estos autos y no afectándose a juicio mío derechos de terceros o el orden público, y teniendo especialmente en cuenta que la posesión del bien ha sido transmitida al comprador, juzgo que no hay impedimento legal para

que se saque a remate la finca en cuestión, aparte de las razones de carácter práctico que se destacan en los votos precedentes.

Adhiriendo a las conclusiones de estos últimos y a los fundamentos legales que los informan, y demás razones expuestas, doy mi voto en el sentido de que debe revocarse la sentencia apelada.

El doctor Maschwitz dijo:

Ya como juez de 1ª instancia tuve ocasión de dictar sentencia en situaciones análogas a la presente, en las que llegué a la conclusión de que ante lo convenido por las partes nada obstaba a que se procediera al remate en la forma pedida por la actora, desde que rolaba la libertad de contratar al no estar en juego ni el orden público ni las buenas costumbres (arts. 1197 y 21, cód. civil), fallos que fueron confirmados por esta cámara, sala A, (Adm. Autónoma c. Korsansky y c. Larribita, ambos de octubre 16 de 1939).

Por otra parte he de señalar que ninguna disposición legal prohíbe que pueda rematarse un bien por su mismo propietario, como que ésta forma jurídica de contratar consiste nada más que en una venta propuesta de viva voz al público y concluida con aquella persona que ofrezca el precio más ventajoso para el vendedor (Siburu, núm. 576) y tanto más es así que el mismo cód. de comercio los considera comisionistas cuando no están presentes los dueños de las cosas vendidas (art. 121), lo que pone en evidencia lo que acabo de señalar.

Por ello, estoy por la revocatoria de la resolución en recurso, adhiriendo entonces en general a las conclusiones de los doctores Casares, Barraquero y Mendonça Paz.

Los doctores Miguens y Lagos adhieren a los votos de los doctores Casares, Barraquero y Mendonça Paz.

El doctor de Tezanos Pinto dijo:

Por las razones expuestas por el doctor Mendonça Paz y conforme a lo resuelto por la cámara de que formo parte, en las causas Adm. Autónoma c. Korsansky e ídem c. Larribita, ambas de octubre 16 de 1939, adhiero a las conclusiones de la mayoría.

El doctor Quesada dijo:

Conforme a las sentencias dictadas por la sala de que formo parte, en las causas citadas por el doctor de Tezanos Pinto, adhiero también a las conclusiones de los votos de los doctores Casares, Barraquero y Mendonça Paz.

El doctor Perazzo Naón dijo:

Por las razones dadas por el doctor Mendonça Paz, las que concuerdan con el criterio de la cámara de que formo parte, adhiero a su voto.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo extraordinario que antecede, se revoca la resolución apelada. — Gastón F. Tobal. — José C. Miguens. — Rafael D. Mantilla. — Francisco D. Quesada. — Argentino G. Barraquero. — Hernán Maschwitz. — Mariano Grandoli. — César de Tezanos Pinto. — Tomás D. Casares. — Juan C. Lagos. — Rodolfo Mendonça Paz. — Raúl Perazzo Naón. — Ante mí: Rafael E. Ruzo.

24.2. Fallo Plenario: S.C. Mendoza en pleno 6 de diciembre de 1991 "Ongaro de Minni, y otros en: Minni, Miguel A. y otro en: Gómez, H. c. Grzona, J. C."

Voces: ACREEDOR ~ ADQUIRENTE ~ BOLETO DE COMPRAVENTA ~ BUENA FE ~ COMPRAVENTA ~ COMPRAVENTA DE BIEN EMBARGADO ~ COMPRAVENTA DE INMUEBLE ~ CONTRATO ~ DERECHO DE RETENCION ~ DERECHOS DEL ACREEDOR ~ DESTINO DE LA COSA ~ EFECTOS DEL CONTRATO ~ EMBARGANTE ~ EMBARGO ~ FECHA CIERTA ~ INMUEBLE ~ INSCRIPCION REGISTRAL ~ INTERPRETACION SISTEMATICA ~ MEDIDAS CAUTELARES ~ MEJORAS ~ OPONIBILIDAD ~ POSEEDOR ~ POSESION ~ PRECIO ~ SUBROGACION ~ TERCERIA DE MEJOR DERECHO ~ VIVIENDA

Tribunal: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (SCMendoza)

Fecha: 06/12/1991

Partes: Ongaro de Minni, y otros en: Minni, Miguel A. y otro en: Gómez, H. c. Grzona, J. C.

Publicado en: LA LEY1992-B, 160 - DJ1992-1, 1093

Sumarios:

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 mediando boleto de compraventa (vivienda personal del adquirente o cualquier otro destino).
4. - El "adquirente" de un inmueble con destino a 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, aquel 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, Cód. Civil y concs.).

Texto Completo:

Mendoza, diciembre 6 de 1991.

¿Son oponibles al acreedor embargante los derechos derivados del boleto de compraventa inmobiliaria?

La doctora 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 Alsina 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 Plíner expone en sus brillantes fallos que la reforma legislativa de 1968 provocó una de las más borrascosas 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 (CC Bahía Blanca, sala I, 1/3/89 Aimar

Guillermo tercería de dominio en autos Lorea, Roberto c. Tapia, Norberto, ED, 135-307).

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 (en completo análisis de esa jurisprudencia y doctrina puede verse en Bruzzón, Juan Carlos, "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 del Cód. Civil tuvieron por finalidad la protección del adquirente, el art. 2505 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 vs. reforma; 2355 vs. 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", LA LEY, 1983-D, 927).

III. Los precedentes del tribunal.

La sala I 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, LA LEY, 1986-C, 541, JA, 1985-II-347 y RDCO, año 18-387; LS, 192-496; 194-159 y JA, 1987-III, 193; LS, 195-49; LS, 202-250 o LA LEY, 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 aún otras vías (LS, 218-94 y JA, 1991-I, 485).

IV. El artículo 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 17.801, que expresamente regula los alcances de la prioridad indirecta del certificado (art. 22), la Cámara Nacional de Comercio en pleno resolvió el 18/2/66, in re Betes, Vicente c. Arena, Carlos y otros (ED, 13-745 y LA LEY, 121-510): "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 I de este tribunal (ver fallo del 19/9/88 recaído in re Barón de Gonzales en j. Alvarez, registrado en LS, 205-310), por la CNCiv. sala C., (13/9/79 López Llamas A. en j. Gressen SRL c. Pes, LA LEY, 1980-A, 81) y por el despacho unánime de la comisión, núm. 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, 1990-B, 1385).

VI. Boleto inscripto en el registro o cautelar 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", Revista del Notariado, núm. 820, 1990, p. 212).

Consecuentemente, un adquirente de buena fe, mediando 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", Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1987, t. 2, p. 277; ponencia de los doctores Brebbia, Chavarri y Andorno a las 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, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1971, núm. 42 y siguientes).

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

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 artículo 1185 bis del Código Civil modificado por el artículo 150 de la ley de Concursos 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 del Cód. Civil 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 hubiera 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 19.551 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 del Cód. Civil a los del art. 150 de la ley de Concursos 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 Zavallá, "Derechos Reales", Buenos Aires, Ed. Zavallá, 1989, p. 437; Do Campo, Adriana y Forte, Roberto, "El artículo 1185 bis del Código Civil: Su ámbito de aplicación. El boleto de compraventa y la quiebra", LA LEY, 1988-D, 881; SC Buenos Aires, 24/6/86, Penas Ricardo en j. Auzmendiá c. Urban, JA, 1987-I, 227, con nota de Lazzari, Eduardo Néstor, "Conflicto entre el adquirente por boleto de inmueble y el acreedor embargante del vendedor. Tercería de mejor derecho"; CCivil y Com. Mercedes, sala 2ª, 7/2/85 Campana, Francisco y otra en J. Barbieri, JA, 1985-III, 275).

b) No ignoro que la prestigiosa sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 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" (CCC Bahía Blanca, sala I, 1/3/89, Aimar Guillermo tercería de dominio en autos Lorea, Roberto c. Tapia, Norberto, ED, 135-307).

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 títulos para peticionar 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., CNCom., sala C, 16/7/76, Zaro Vals c. Nogoyá S. A., LA LEY, 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 o mercantil del vendedor;" la sala A de la CNCom. el 28/6/88 "in re". La Martona S. A." 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 artículo 1185 bis del Código Civil. Los requisitos necesarios para la oponibilidad del boleto a los terceros", LA LEY, 1990-B, 917).

Sin embargo, tengo el convencimiento de que la distinción entre el mero adquirente de inmueble y aquel que le da destino vivienda personal, tiene base constitucional, desde que el art. 14 bis del ordenamiento fundamental del Estado, asegura a los habitantes el derecho a una vivienda digna. Así lo ha sostenido la Corte Federal en fallo del 13/5/82 recaído in re José Chanza y Cia. S. A. c. Cairatti y Casaux S.R.L. (ED, 99-725): "La aplicación de la parte 2° del art. 150 de la ley 19.551 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 CNCom., sala D, 2/8/79, De Sanctis c. Ansaldi Behety SA LA LEY, 1980-D, 487, con nota de Migliardi, Francisco "Limitación del art. 150 de la Ley de concursos 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, "Boleto de compraventa y quiebra", LA LEY, 1985-C-44).

d) La interpretación histórica de los arts. 1185 bis del Cód. Civil y 150 de la Ley de concursos 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 patéticas las situaciones que se están presentando (LA LEY, 110-230). Por eso se ha dicho que el art. 150 de la ley de concursos 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 doctor Plíner, 10/3/83, ED, 106-652) (Para esta cuestión, compulsar igualmente voto del doctor Halperín en el plenario del 29/11/67, Lozzi c. Socha. SA y otros, LA LEY, 128-925 y JA, 1967-VI, 321 y los valiosos antecedentes doctrinales citados por el doctor Martiré en su voto en el plenario Arturo de Zaguir María, ED, 94-649).

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

La oponibilidad del adquirente de vivienda personal, aún 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", 2° ed., Buenos Aires, Ed. LA LEY, 1981, p. 35; conf. Forte-Do Campo, "El artículo 1185 bis del Cód. Civil. Los requisitos necesarios para la oponibilidad del boleto a los terceros", LA LEY, 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 doctor Plíner, 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 (CNCiv., sala B, 25/8/76, Cuffré, Telésforo F. c. Progno, Raimundo, JA, 1977-II, 457; 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 CNCom., sala C, 25/6/82, Lodema S.R.L. c. Ponce de Elón, Miguel A., LA LEY, 1982-D, 396 en la cual se hace lugar a la escrituración, aún 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 contratos", t. I, 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 Constitución

Nacional), da a la vivienda.

La innecesariad de la inscripción rige, incluso, en los inmuebles con destino a vivienda en construcción regido por la ley 19.724. Ha dicho con acierto la CCC Bahía Blanca, sala I, 3/10/83, in re Gatti, Julio y otro c. Monte Paco S. A., ED, 106-337: "Es inadmisibile la interpretación del art. 12 de la ley 19.724 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 17/3/83, Bejar, Víctor c. Monte Paco S. A. 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 del Cód. Civil y 150 de la ley de concursos, 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 I del 1/10/90 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 del Cód. Civil; 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 de la ley de concursos no exige posesión (Conf. despacho unánime de la comisión núm. VI de las 3° 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", LA LEY, 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 (CNCiv. sala A, 6/12/89, Grimaux, Gabriel c. Centro de Suboficiales, Asoc. Mutual, LA LEY, 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 17.711, un importante sector de la doctrina sostuvo la prelación del adquirente por boleto frente al embargante. Así por ej., Alsina Atienza 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 vacuo, transfiriendo al comprador el derecho real posesorio del que hablara la Corte de Buenos Aires" (Su intervención en las Segundas Jornadas de Derecho Civil, Corrientes, 3-6 de noviembre 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 Carlos, "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", LA LEY, 143-1168).

2. La reforma de 1968 agregó al art. 2355 del Cód. Civil, 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. I, Buenos Aires, 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 CNCiv., sala C, 24/9/81, Concepción Arenal 1635 Soc. en Comandita por acciones c. Ortiz Vallier, ED, 96-502, 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 17.711 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 Sársfield 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 art. 2505 se detiene frente al art. 2355 del Cód. Civil (ver Spota, ob. cit., ED, 98-824).

Sin embargo, si la ley 17.711 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", Buenos Aires, Ed. Astrea, 1984, p. 581; Garrido-Cordero de Garrido, "Compraventa", Buenos Aires, Ed. Universidad, 1982, ps. 179, 185 y siguientes).

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., Buenos Aires, Ed. 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 doctor Bulygin, CNCivil y Com. Federal, sala 3ª, 10/5/90, 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 17.711 y 17.801. 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 Cód. Civil, 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", núm. 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 17.801 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, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1975, p. 313; conf. Kiper, Claudio Marcelo, "Posesión adquirida mediante boleto de compraventa. Inexistencia de un caso de dominio imperfecto", JA, 1991, 491).

En estas líneas de pensamiento recuerdo que las Quintas Jornadas de Derecho Civil celebradas en Rosario (setiembre 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 sigts. del Cód. Civil. 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 del Cód. Civil 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 (CSN, 13/5/82, José Chanza y Cia. S.A. c. Cairatti y Casaux S.R.L., ED, 99-725).

El voto mayoritario del plenario de la CNCom. del 8/7/81 in re Arturo de Zaquir María c. Concepción Arenales (ED, 94-648; JA, 1981-III, 195; LA

LEY, 1981-C, 9) se funda en las mismas razones para resolver que "El pago del 25% del precio a que alude el art. 1185 bis del Cód. Civil debe haber sido efectuado por el comprador antes de la falencia del vendedor, haya mediado 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 (CCC Rosario, sala III, 29/5/81, Debailleux de Mancuso, ED, 97-431; CCivil y Com. de Bahía Blanca sala 1, 1/3/89, Aimar Guillermo en Lorea Roberto, JA, 1989-IV, síntesis, p. 149; CNCom., sala E, 19/2/88, Lechiguanas SA s/Conc. Prev. Inc. de Verif. por Aifra e Hijos SA, LA LEY, 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 art. 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).

l) 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. SC Buenos Aires 24/6/86, Penas Ricardo en j. Auzmendiá c. Urban, JA, 1987-I, 227, con nota de de Lazzari, Eduardo Néstor, "Conflicto entre el adquirente por boleto de inmueble y el acreedor embargante del vendedor. Tercería de mejor derecho"; CCC Bahía Blanca, sala I, 1/3/89, Aimar Guillermo tercería de dominio en autos Lorea Roberto c. Tapia Norberto ED, 135-307; mayoría de la CNCivil y Com. Federal, sala 3, 10/5/90, Herrera, Agustín, JA, 1990-IV, 377; CNCom., sala A, 9/9/83, Longo Salvador y otros c. Lozano ED, 110-437; Cámara 1ª CC San Isidro, 20/4/78, Palavecino c. Reissis, LA LEY, 1978-C, 115; Cámara 1ª Apelaciones de Mar del Plata, sala I, 5/4/73, Moreno Angel en j. Marquiz Luis c. Acosta, LA LEY, 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 Cód. Civil y 150 de la ley de concursos, Rev. Jus, núm. 22, p. 151; Aranda

Lavarello, Eduardo, "Tercería de dominio intentada sobre la base de un boleto de compraventa", LA LEY, 153-208; En contra, propiciando la existencia de un derecho real y, consecuentemente de la tercería de dominio Bruzzon, Juan Carlos, "Conflicto entre el comprador de un inmueble con boleto y el embargante del bien", ED, 43-1205; Ver también Garrido-Cordobera de Garrido, "Compraventa, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1982, p. 181; ponencias presentadas a las Jornadas de Derecho Civil, Mendoza, 1983 por los siguientes participantes: Noemí Lidia Nicolau y Alicia Oviedo Bustos, Mosset Iturraspe, Instituto de D. Pvd. de Junín, Provincia Buenos Aires).

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 17.711 y 17.801 eliminó la publicidad posesoria.

La respuesta negativa ha sido sostenida por prestigiosos doctrinarios. En tal sentido se dijo en la comisión núm. 4° del 2° 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, deba destacarse que la posesión constituye la exteriorización de una situación jurídica real, de innegable transcendencia 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 Andorno, 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 CNCiv. que el poseedor que adquirió con boleto prevalece sobre el comprador que tiene escritura pública, de fecha anterior al boleto, pero que a quien no se le transmitió posesión (LA LEY, 1977-A, 317). 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 (13/11/90, Seminara, José M c. Carballal José y otro LA LEY, 1991-C, 349, ED, 15/8/91, fallo núm. 43.567; del mismo tribunal, fallo del 18/3/86, LA LEY, 1986-D, 236, con nota laudatoria de Causse, Jorge., "Contenido y prueba de las formas legales en la tradición posesoria" conf. conclusiones de la comisión núm. 3 del 1° 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 (CNCiv., sala C, 13/9/79, Lopez Llamas A. c. Pes, Juan, LA LEY, 1980-A, 84; conf. Do Campo, Adriana y Forte, Roberto, "El art. 1185 bis del Cód. Civil: Su ámbito de aplicación. El boleto de compraventa y la quiebra", LA

LEY, 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 VII 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 VIII 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, Cód. Civil). (Llambías-Alterini, "Código Civil Comentado", Buenos Aires, Ed. A. Perrot, t. IV-A, p. 292). En esta línea las 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 SC Buenos Aires el 12/3/74 "in re": "Nocetti Alfonso c. Zorzi y otros", ED, 55-203; LA LEY, 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", LA LEY, 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", LA LEY, 141-954).

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 doctor 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 SC Buenos Aires, 24/6/86, ED, 121-205 y JA, 1987-I, 227, con nota de De Lázzari, Eduardo, "Conflicto entre el adquirente por boleto de un inmueble y el acreedor embargante del vendedor". Tercería de mejor derecho; el comentador se pregunta si, en el caso, la Corte podía invocar el "iura 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 cita 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. p. 45; Mosset Iturraspe, Jorge, su informe como miembro relator de la comisión núm. III, Boleto de Compraventa, al plenario de las II Jornadas provinciales de Derecho Civil de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, 1983, en Revista Jurídica del Colegio de Abogados de Mercedes, año 1986, núm. 2, p. 77 y de López de Zavalía, Fernando, "Teoría de los contratos". Parte General, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 1971, p. 211; Wayar, Ernesto, "Compraventa y permuta", Buenos Aires, Ed. Astrea, 1984, núm. 406; también su voto como integrante de la sala I, del ST, Jujuy, 13/4/84, Mercado c. Aranda Suc., ED, 109-231; ponencia del doctor Julio Garrigós a las 1° Jornadas de Derecho, Mendoza, 1983; fue el criterio receptado en la comisión núm. 3 del 1° 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 2° Jornadas Provinciales de Derecho Civil, Mercedes, 1983; antes de la sanción de la ley 17.711 fue el criterio sostenido por mayoría en la comisión núm. VI en las II 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 LA LEY, 1982-A, 119).

Creo respetuosamente que no es así y explicaré por qué:

a) El art. 2505 no es un texto aislado; se completa con todo un sistema registral creado por la ley 17.801. 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 10 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 prevalerse 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 17.801).

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 S.A., 1979, p. 9).

En 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 17.711, 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 26/6/90 Aspertec Soc. Col. c. Cortés y Cía. S.R.L., LA LEY, 1990-E, 201, con nota laudatoria de Trigo Represas, Félix A., "Ejercitación judicial del derecho de retención y en ED, 138-758); podría también, por la vía del art. 1196 del Cód. Civil, 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 Cód. Civil: Su ámbito de aplicación. El boleto de compraventa y la quiebra", LA LEY, 1988-D, 895, quienes toman la idea de López de Zavala, ob. cit. ps. 228/9); pagar y compensar su saldo de precio (Ballester, Horacio Carlos, "Primacía del título de dominio no registrado sobre el embargo trabado con posterioridad a su otorgamiento", LA LEY, 1976-C, 537); recuperar los gastos efectuados para producir los frutos, procurarse el reintegro de lo invertido en gastos necesarios o útiles, etc. (Ver Martínez Ruiz, Roberto, "Efectos de la posesión legítima del titular de un boleto de compra de una unidad de vivienda", LA LEY, 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 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 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, Cód. Civil y concs.).

Los doctores 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 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 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, Cód. Civil y concs.). -- Aída Kemelmajer de Carlucci. -- Alfredo Porras. -- Fernando Romano. -- Pedro Llorente. -- Jorge Nanclares. -- Carlos E. Moyano.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Magallanes María Laura.
E-mail:	laumagallanes@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogada.

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	"Posesión con Boleto de Compraventa"
Título del TFG en inglés	"Possession with Ticket buy and sell"
Integrantes de la CAE	Alfredo Marmisolle y Emery Muñoz.
Fecha de último coloquio con la CAE	14 de Diciembre de 2010.
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	

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: x

Después de....3.... mes(es)

Firma del alumno