

Trabajo Final de Graduación

Tema: La Posesión de Inmuebles mediando Boleto de Compraventa.

Autor: Armando Oscar Carbonetti

Universidad Siglo 21

Carrera: Abogacía

Año: 2007

Agradecimientos

Llegando al último año de la carrera de abogacía, se advirtió que para recibirse se debía cursar la materia Seminario Final a cargo del Dr. Enrique Novo. En las primeras clases se explicó el contenido de la materia que constaba con la elección de un tema, la presentación de un trabajo en forma de tesis y la exposición oral del mismo luego de haber aprobado todas las materias del programa.

Parece justo, que en este espacio se comente con breves palabras la etapa universitaria del que suscribe, y los pasos más importantes en ella, que también formaron parte de este trabajo.

Cuando la Universidad Empresarial Siglo 21 se instaló en Río Cuarto, se presentó uno de los desafíos más grandes de la vida, el comienzo de la carrera de Abogacía y de esta forma seguir los mismos pasos que la mayoría de los integrantes de la familia, entre ellos los padres. Año tras año se fue ganando grandes compañeros y amigos, y sobre todo una excelente relación con todos los profesores, que en este momento se aprovecha para nombrarlos, porque gracias a ellos se ha podido ir perfeccionando en todos los aspectos de la carrera, y no solo la carrera, sino en todos los ámbitos de la vida. A continuación se detallará la nómina de ellos: Tamara Resk (Recursos Informáticos), Onelio Trucco (Filosofía), Patricia Mesio (Introducción al Derecho), Santiago Sánchez Romero (Historia del Derecho), Ana Faas (Técnicas de Investigación), Cristina Martínez Felix (Idioma I –Portugués-), Miriam Basso (Sociología y Práctica Profesional), Guillermo Mana (Economía), Cristina Plovanich (Derecho Privado I), Carlos Ochoa (Derecho Penal I y II), Carolina Panza (Idioma II, III, IV, V y VI –Inglés-), Andrés Varizat (Derecho Privado II –Obligaciones-), Ernesto de Marcillo (Derecho Internacional Público), Emmanuel Biset (Teoría del Estado), María Cecilia Farfán (Teoría General del Proceso), Daniel Ghitto (Oratoria), Alfredo Collosa (Régimen Tributario), Mónica Casas (Derecho Privado III –Contratos-), Magdalena Álvarez (Derecho Constitucional), Mauricio Zambiazzo (Procesal Civil), José Manuel Belisle (Derecho Público Provincial y Municipal), Alejandro Frascetti (Derecho Privado IV –Contratos Especiales-), Jorge Medina (Derecho Penal III –Penal Económico-), Paola Balzarini (Títulos de Crédito, Sociedades y Seminario Final), Pedro Ballester (Ética y Deontología), Alfredo Marmissolle (Derecho Privado V –Reales- y Seminario Final), José Abrile (Procesal Penal), Leandro Martín (Organización de Estudio Jurídico y Derecho Ambiental), Jorge Orgaz (Derecho de Integración Regional), Juan Pablo Agüero Piñero (Derecho Administrativo), Juan Vaschetto (Emprendimientos Universitarios), Rosana de Souza (Derecho de Familia y Sucesiones), Daniel Lacase (Derecho Laboral), Mercedes Imberti (Mediación), Enrique Novo (Procesal Público, Procesal Constitucional, Práctica Profesional y Seminario Final), Laura Ludeña (Transportes, Cargas y Seguros), Graciela Filiberti (Derecho de Daños), Gustavo Terzaga (Concursos y Quiebras), Juan Iosa (Teoría de la Argumentación Jurídica), Alejandro Huarte

(Contabilidad), Guillermo Zamerbide (Derecho Bancario) y Cristina González Unzueta (Seminario Final).

No se puede dejar de mencionar los grandes momentos que se vivió en la universidad:

- 1) En el marco de la materia Emprendimientos Universitarios se creó una empresa " Metas ", de la que se fue presidente (elegido por los alumnos) y se escribió, se produjo y se vendió un libro, que fue presentado al público con el auspicio de la Universidad Siglo 21. En virtud del mismo se recibió tres premios: a) Lanzamiento del Producto, b) Ventas y c) Mención Especial por el desempeño en la empresa; otorgados por el centro de emprendedores de la misma universidad.
- 2) En el marco de la materia Práctica Profesional se realizó una pasantía en el Estudio Jurídico Cendoya y Asociados (dos meses), donde se llevó a cabo las siguientes actividades: Presenciar Audiencias, Trámites Judiciales, Demandas, Reclamos, Cédulas, Escritos, Solicitudes, Cancelación de Embargos, Pedidos de regulación de honorarios, Proyectos de Autos, Acompañar a oficial de justicia a trabar embargos, Actividades de Investigación, y otras.
- 3) En el marco de la materia Procesal Constitucional se presentó una ponencia sobre el tema " Solve et Repete ", en el 1er Encuentro Iberoamericano de Jóvenes Profesores de Derecho Constitucional celebrado en la Facultad de Derecho U.B.A. Esta ponencia fue aprobada por el comité organizador y defendida en uno de los paneles del Congreso.
- 4) En el marco de la materia Idioma VI se rindió un examen internacional de inglés (Bullats) aprobado con un score del 75%.

Luego del anterior comentario se espera cubrir las expectativas de los lectores de este trabajo y dejar en agradecimiento a todos los que acompañaron en esta etapa tan importante de la vida.

Tabla de Contenidos

1- Introducción	10
2- Objetivos	13
3- Justificación	14
4- Metodología	15
5- Antecedentes	16
5.1- Antecedentes Historicos	16
5.2- Antecedentes del caso y sentencias	17
6- Marco Conceptual	22
6.1- Definiciones	22
6.1.1- Posesión	22
6.1.1.1- Elementos de la Posesión	23
6.1.1.2- Naturaleza Jurídica de la Posesión	23
6.1.1.3- Clasificación de la Posesión	26
6.1.2- Boleto de Compraventa	27
6.1.2.1- Naturaleza Jurídica del Boleto	28
6.2- Alcances de la Posesión con Boleto antes del agregado	31
6.2.1- Morello	31
6.2.2- Salvat	32
6.2.3- Lafaille	33
6.2.4- Jurisprudencia	33
6.2.5- Salas	34
6.2.6- Barraquero	34
6.2.7- Bibiloni	35
6.2.8- Conclusión	36
6.3- El Boleto luego de la ley 17.711	37
6.3.1- Política Legislativa	38
6.3.2- Posiciones doctrinales y jurisprudencia	40
6.3.2.1- Bustamante Alsina	40
6.3.2.2- Salvat	41
6.3.2.3- Borda	42
6.3.2.4- Papaño	45
6.3.2.5- Kemelmajer de Carlucci	46
6.3.2.6- Highton	48
6.3.2.7- Jurisprudencia	48
6.3.2.8- Rodríguez Sager	49
6.3.2.9- Molinario	49
6.3.2.10- Valdes y Orchansky	51
6.3.2.11- Morello	51
6.3.2.12- Mariani de Vidal	52
6.3.2.13- Spota	53
6.4- Consecuencias jurídicas y soluciones propuestas que involucran al poseedor	55
6.4.1- Frente a otro boleto sobre el mismo inmueble	56
6.4.2- Frente a escritura pública	56
6.4.3- Acreedor hipotecario	58
6.4.4- Otros acreedores del transmitente	59
6.4.5- Frente al transmitente	60
6.4.6- Frente al locatario	60
6.4.7- Usucapión breve	60
6.4.8- Acciones Reales	61
6.4.9- Concurso del transmitente	61

6.4.10- Adhesión de posesiones	62	
6.4.11- Boleto y Tercería	63	
6.5- Publicidad por Boleto de Compraventa	65	
7- Conclusión	67	
8- Anexo I	73	
8.1- Institutos afines al boleto	73	
8.1.1- Las promesas unilaterales- La opción	73	
8.1.2- Las reservas	74	
8.1.3- Los boletos provisorios	75	
9- Anexo II	77	
9.1- Legislaciones Comparadas- Boleto	77	
10- Bibliografía	80	
10.1- Doctrina	80	
10.2- Jurisprudencia	82	
10.3- Otras	82	

1- Introducción:

El propósito principal de este trabajo es exponer y explicar las diversas controversias doctrinales surgidas como consecuencia del agregado al artículo 2355 del Código Civil por la ley 17.711, que reza: “*Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa.*”

Esta revolucionaria modificación asimila a derecho real la posesión mediando boleto de compraventa, más aún si se tiene en cuenta lo que dice la primera parte del art. 2355, “*La posesión será legítima cuando sea el ejercicio de un derecho real constituido en conformidad a las disposiciones de este código*”. Esto lleva a suponer que se estaría en presencia de un derecho real no reconocido expresamente en el art. 2503, que los enumera taxativamente, lo que ha generado más de una polémica en todos los ámbitos del derecho. Esta polémica trajo consecuencias jurídicas de interpretación ya que existen distintos pensamientos acerca de la legitimidad de la posesión con boleto, y cuando se encuentra con un conflicto en el que hay una persona que esta poseyendo con un boleto podrían aplicarse soluciones diversas. Por ejemplo cuando dos personas con distintos contratos privados han sido puestas en posesión de un mismo

inmueble, o si existe la posibilidad de la usucapión breve. En general se pueden dar muchos casos donde hay un poseedor con boleto. Y esto ha sido el problema por la cual se ha encaminado a la realización de este trabajo, tratando de llegar a la solución más justa, de acuerdo a nuestras leyes, doctrina y jurisprudencia.

Formuladas las observaciones antecedentes, se procurará precisar la significación y alcances del agregado al artículo mencionado, en cuanto se refiere a la fuerza atribuida al boleto de compraventa, como título integrador de la legitimidad de la adquisición de la posesión.

A fin de elucidarlo, se recordará lo que dispone el precitado artículo sobre la posesión ilegítima. Existe posesión ilegítima *“...cuando se tenga sin título, o por un título nulo, o fuera adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla”*. De las pautas normativas que terminan de transcribirse, interesa al tema objeto de estudio, la que declara la ilegitimidad de la posesión cuando fuere *“por un modo insuficiente para adquirir derechos reales”*.

Se cree que el agregado al art. 2355 consagra así una solución que ya había sido admitida por la jurisprudencia argentina, pero era necesario un texto expreso que la admitiera, porque el boleto de compraventa, por lo menos hasta la reforma de la ley 17.711, no era un modo suficiente para adquirir derechos reales, requisito indispensable para que la posesión pudiera reputarse legítima conforme al Código Civil argentino.

Reviste importancia respecto de múltiples cuestiones que conciernen al boleto de compraventa inmobiliaria, lo resuelto en el caso por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Conviene advertir, sin embargo, antes de entrar al contenido del trabajo, que la doctrina que ahora consagra la Corte bonaerense responde a un supuesto singular de hechos que demandaron una solución también propia o singular, como advertía Puig Brutau[1], *“no es correcto generalizar los motivos que sustentan un pronunciamiento con miras a acordarle la fuerza de doctrina legal en la interpretación del derecho aplicable, cuando este derecho viene condicionado por notas de hecho específicas que obstan a la concreción de una línea de principios con validez amplia.”*

Todo lo anteriormente expuesto es lo que ha motivado a desarrollar este trabajo de tesis a través de la cuál se buscará formar una propia opinión.

2- Objetivos

La finalidad de este trabajo es analizar las distintas posiciones que surgieron luego de que la ley 17.711 agregara al art. 2355 del Código Civil el siguiente apartado: “*Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa*”. Como así también la comparación con las opiniones que existían antes de la entrada en vigencia de dicha ley. Con el desarrollo de las distintas tesis expuestas se tratará de investigar con profundidad las mejores soluciones a las consecuencias jurídicas que puedan alcanzar al poseedor con boleto para la correcta aplicación del tema abordado.

Otro de los objetivos que se puede alcanzar es el de adquirir un manejo efectivo de la problemática a los fines de conseguir la suficiente capacitación que permita un asesoramiento eficaz a las personas que se encuentren en dicha situación.

3- Justificación

Una vez comentado la elección del tema con el tutor del seminario, Dr. Enrique Novo, y el profesor de Derechos Reales, Dr. Alfredo Marmissolle, se decidió por la *Posesión de Inmuebles con Boleto de Compraventa*. Esta inclinación se debió ya que en nuestro país, la legislación sobre esta institución fue muy cambiante desde la creación del Código Civil de Vélez Sarfield hasta la actualidad, pasando por las opiniones de los grandes juristas, la jurisprudencia de nuestros tribunales y las leyes de reforma que sufrió el Código Civil. Fue por estas razones que en el siguiente seminario se tratará de formar una opinión propia con respecto al poseedor de inmuebles mediante boleto de compraventa y sus respectivas consecuencias, luego de que se analicen las distintas corrientes que surgieron sobre el tema en la República Argentina.

4- Metodología

La modalidad adoptada para la presentación de este trabajo de acuerdo al reglamento de la materia “Trabajo Final de Graduación”, se denomina “Proyecto de investigación aplicada” (PIA), en la que el alumno debe conducir y documentar una investigación que aborda una problemática determinada desde un cuerpo teórico y metodológico ya existente incluyendo datos y resultados obtenidos y conclusiones a las que se arriba.

De acuerdo a esta reglamentación se ha investigado sobre la base de una gran variedad de fuentes. Y por la importancia de cada una de ellas debido al prestigio de los autores que estudian el tema como así también la relevancia de los fallos pertinentes, es decir, la mayoría de la doctrina hace referencia a algunas sentencias que han marcado una tendencia sobre el tema y por el reconocimiento de los jueces que las dictaron, hacen de ellas opiniones más que respetadas; se consideró el tratamiento conjunto para el conocimiento más profundo del tema. Es por ello que en el desarrollo del presente trabajo se manifiestan la doctrina, la jurisprudencia y la normativa vigente en un plano de igualdad a los fines de la investigación. Este método resulta útil porque describe, explica y predice el fenómeno o hecho al que se refiere; además permite organizar el conocimiento y orienta la investigación sobre el instituto objeto de estudio.

De tal forma el tema se ha abordado con una metodología cualitativa para la construcción de una perspectiva teórica y práctica que permite llegar a una conclusión enriquecedora.

5- Antecedentes

“.....En esta parte del trabajo se va a analizar los antecedentes históricos del tema, comenzando con un derecho intermedio, más fuerte que el creditorio pero insuficiente para alcanzar un derecho real, lo que podría interpretarse a la posesión con boleto; y las sentencias ordinarias surgidas en nuestros tribunales antes del dictado de la ley 17.711. En consecuencia, se introducirá al problema de la legitimidad de la posesión mediando boleto de compraventa.”

5.1- Antecedentes Históricos:

En el siglo XIII se elaboró la doctrina de los *jus ad rem*, o sea, un tercer género dentro de los derechos reales y creditorios. Según ella, aquél que por razón del contrato o de cualquier otra situación jurídica no había llegado a cumplir con todos los recaudos constitutivos del derecho, tenía un derecho más fuerte que el derecho creditorio, pero que no llegaba a tipificar un derecho real. Y esa doctrina, elaborada por el Derecho Canónico, fue introducida al campo del derecho civil. Su gran sistematizador fue Sinibaldus Fliskus, que luego llegó a ser Papa, con el

nombre de Inocencio IV. Tuvo por finalidad tutelar o asegurar los derechos del coadjutor del obispo, al cargo y a los beneficios que esa investidura o jerarquía eclesiástica le acordaban cuando se producía un caso de vacancia. La Doctrina Alemana –después de haber sido desechada la corriente del tercer género de los derechos- a partir del siglo XVII, pretendió revivirla con la denominación de “Llamada” o “Vocación al Derecho Real” y contemplando siempre la situación del comprador con un derecho específico sobre una cosa para darle una calidad superior a la de un simple acreedor; y en vez de darle el carácter de preferente a su derecho, se llega a elaborar esta doctrina que no ensambla en el sistema del Código Francés, ni en el argentino, ni con los sistemas registrales. En el sistema francés, la convención implica tradición o sea, que “solo consensus” se opera la traslación del dominio. Precisamente esa elaboración doctrinaria fue la que sirvió para que el derecho francés acogiese ese sistema de transmisión, o sea, que prescindiese de la tradición, que fue el modo clásico a partir de Justiniano –al menos desde que abolió los sistemas de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*-. En el sistema argentino tampoco es posible, porque antes de la tradición de la cosa no se adquiere ningún derecho real –como principio general al menos-, y en los sistemas registrales constitutivos tampoco podría ensamblar, porque hasta ese momento el acreedor no tiene ningún derecho real (art. 2505) [2].

5.2- Antecedentes del Caso y las sentencias ordinarias[3]

Para la mejor comprensión de la situación y de su ponderación crítica, se ha compulsado el expediente (N° 26.263 Nocetti, Alfonso v. Zorzi, Humberto s/hipotecario, incidente sobre tercería de dominio interpuesta por Schitte, Mario y Blusztejn de Schitter), originado en el juzgado N°5 de 1ra Instancia en lo Civil y Comercial de La Plata, a cargo, entonces, del Dr. Gualberto Lucas Sosa, sec. N°29, del Dr. Enrique F. Solsona.

Los hechos fueron los siguientes:

Se hipotecó un inmueble (el cuerpo de edificio en bloque abarcando la totalidad de los departamentos que lo componían) el 18/11/1960.

El 22/08/1962, se concertó por boleto (privado) el acto de venta de la unidad 7, respecto de la cual se promovió la tercería de dominio.

El comprador –de buena fe a título oneroso- había pagado el precio del total de \$550.000, pagó \$300.000 al suscribirlo, y se le otorgó la posesión definitiva. Posteriormente, el 29/06/1963, el acreedor hipotecario, por decisión propia y exclusiva, liberó al resto de los departamentos del gravamen hipotecario, que concretó (es decir, lo redujo) al de la unidad objeto de la tercería.

En el fallo de 1ra instancia (29/10/1971) el Dr. Sosa juzgó en estos términos:

- a) Por de pronto la jurisprudencia que sobre la base de lo dispuesto por los artículos 1184 y 577 del CC. no reputaba suficiente al boleto otorgado a favor del tercerista como justificante del dominio, *“debe considerarse en revisión y no puede merecer aplicación ante la reforma introducida por la ley 17.711”*, que acuerda a la cuestión características especiales. En este sentido, y conforme con la opinión de Spota, la doctrina de los arts. 1185 bis y 2355 autoriza con razón a entender que el adquirente de buena fe por boleto y que se halla en posesión de la cosa y ha pagado el precio, se encuentra, en principio, tutelado por la ley y le atañen no sólo las acciones posesorias, sino aun las acciones reales o petitorias que descansan y se desprenden del título que significa dicho contrato preliminar.
- b) Consecuentemente, puede interpretarse la norma del art. 2505 CC. en el sentido de que la exigencia de la inscripción de los derechos reales para que sean oponibles a terceros, *“reconoce una excepción cuando se está ante un adquirente de buena fe de un inmueble que cuenta a su favor con un boleto de compraventa”*.
- c) No obstante ello, y coincidiendo con Borda, reputa el juzgador que, pese a ser legítima la posesión de adquirente y ser oponible no sólo al vendedor, sino a los acreedores del vendedor, no será ello así, sin embargo, tratándose de acreedores hipotecarios (menos cuando esté es anterior) pues, por más que se simpatice con la situación del comprador, una tal conclusión *“arrojaría incertidumbre sobre el derecho y la preferencia del acreedor hipotecario, con lo que se pondría en peligro la confianza, que es una de la más importantes fuentes de crédito”*

En el fallo de 2da instancia, sentencia del 29/05/1973 (fs.265-270), votando en primer término el Dr. Jorge Durañona y Vedia y luego el Dr. Jorge Hemmingsen (causa N° 150.768).

“Cabe puntualizar que, con base en los arts. 953 y 1071 CC. en primer término la Cámara decidió que la escritura de 1963 de concentración de la hipoteca en el departamento del tercerista y la liberación de ese gravamen en la otras unidades representó un acto abusivo, pues excedió los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, por lo que, de conformidad con los arts 1037 y concordantes CC. y sus doctrinas, debía declararse la ineficacia (inoponibilidad) de la referida escritura contra los terceristas.”

A continuación se detallan los considerandos del fallo de 2da instancia:

- a) Que la interpretación, vigente con anterioridad a la reforma de 1968, en lo que se refiere a las relaciones entre el acreedor hipotecario y tercer poseedor (arts. 3162 y ss. CC.), y a tenor de la cual solamente se considera tal a quien era el propietario del inmueble hipotecado, circunstancia que no se daba en cabeza del simple comprador por boleto,

no puede ahora recibir aplicación.

b) Los arts. 1185 bis y 2355 “*autorizan a entender que el adquirente de buena fe que cuenta con un boleto de compraventa, que se encuentra en posesión de la cosa y que ha pagado el precio*”, se halla, en principio, tutelado por la ley y le atañen no sólo las acciones posesorias sino también las reales o petitorias que se desprenden del título que significa que ese contrato preliminar instrumentado mediante boleto.

c) Coincidió también la alzada con la opinión del Juez de primer grado en que el principio consagrado por el art. 2505 CC. sufre una excepción “*cuando se esta en presencia de un adquirente de buena fe, que sólo cuenta a su favor con un boleto de compraventa*”.

d) Consecuente con todo ello y en consideración a las circunstancias del caso y lo que resulta de los arts. 577, 1185 bis, 2505 CC, y 574 y ss. CPr, consideró que corresponde hacer lugar a la tercería de dominio.

e) El Dr. Hemmingsen[4] a su vez destacó que “*en las singulares características de la situación en examen se impedía al comprador que paga íntegramente el precio operar por subrogación contra sus deudores ejecutando el crédito hipotecario contra ellos, lo que no ocurría en especie, pues, pese a que pudo haber pagado con subrogación, no contaba, sin embargo, con la garantía hipotecaria porque el acreedor había concentrado en 1963 su crédito de 1960 contra sus deudores en el bien prometido en 1962 al tercerista, liberando al resto de la cosa*”. Y agregó –lo que reviste destacada significación–: “*No se discute, que con posterioridad al boleto, el comprador pagó totalmente el precio y le otorgaron la posesión, con lo que se reconoce que el tercerista cuenta con un título protegible, prácticamente en forma igual al título perfecto: 2355 y 1185 bis*”.

f) Finalmente, se puntualizó en el segundo voto que “*con el sentido del fallo no se lesionaba la intangibilidad del derecho del acreedor hipotecario, pues fue el mismo quien así lo hizo, al menos potencialmente, y no puede ello repercutir en un tercero de buena fe, a título oneroso, con precio pagado y posesión otorgada*”.

6- Marco Conceptual

“....Desde aquí se tratará, en primer lugar: desarrollar las definiciones de los temas objeto de estudio, como son la posesión, analizando su naturaleza jurídica, sus elementos y su clasificación, y de igual modo al boleto de compraventa; en segundo lugar: las distintas controversias doctrinales que surgieron antes del agregado al artículo 2355 por la ley 17.711, es decir, se va a analizar las opiniones de los grandes juristas para ver cual era el alcance de la posesión mediando boleto de

compraventa; en tercer lugar: se comenzará por comentar la comisión reformadora y describir la política legislativa de la ley 17.711, para luego analizar los pensamientos de la doctrina y la jurisprudencia, con respecto a la legitimidad de la posesión con boleto, una vez entrada en vigencia la ley, y si es posible adquirir un derecho real mediante boleto de compraventa; por último: se buscará llegar a las soluciones de las distintas consecuencias que pueden surgir al poseedor con boleto como así también la publicidad.”

6.1- Definiciones

Antes de comenzar con la siguiente etapa del trabajo, es correcto definir los conceptos de Posesión y de Boleto de Compraventa para dejar asentado el trato de la exposición.

6.1.1- Posesión:

Siguiendo a la Doctora Marina Mariani de Vidal[5] se dice que 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 considerarse que sea poseedora de ese derecho. Es decir, poseedor será quien se comporte como titular de un derecho real, cuando se conduzca con respecto a una cosa como si tuviera un determinado derecho real sobre ella, con independencia de que lo tenga y aunque no lo tenga en realidad.

6.1.1.1- Elementos de la posesión:

Según el concepto del art. 2351 del código civil *“Habrá posesión de las cosas, cuando una persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”*. Se puede descifrar que este instituto está compuesto por dos elementos: el Corpus y el Animus Domini. Corpus es la posibilidad de disponer físicamente de la cosa en cualquier momento, independientemente del poder de disponer por actos jurídicos de ella, o sea, no requiere necesariamente que se esté permanentemente en contacto con ella. Y el Animus Domini alude a la intención de someterla (la cosa) al ejercicio de un derecho de propiedad, es decir, que implica no reconocer en otro un señorío superior del mismo nivel. Este último elemento es el que diferencia a la posesión de la tenencia, ya que cuando se reconoce en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa.

6.1.1.2- Naturaleza Jurídica de la posesión:

Se ha sostenido que la posesión es un hecho y también que es un derecho, y en este último caso, que se trata de un derecho personal, de un derecho real e inclusive mixto.

Dentro de los que consideran a la posesión como un hecho se encuentra la teoría

de Savigny[6], partiendo que la posesión consiste en la detención material de la cosa, por lo cual, es evidente que en su principio y considerada en si misma, la posesión no es sino un simple hecho. Pero ese hecho tiene consecuencias jurídicas que la ley le atribuye, que son dos: las acciones posesorias y la posibilidad de usucapir, y es solo en razón de éstas que ella entra en el campo del derecho.

Siguiendo la misma postura, Mackeldey, considera a la posesión como un hecho que junto con las cosas, constituye los elementos de los derechos reales. Esta tesis es importante por ser el suyo el método seguido por Vélez, según lo pone de manifiesto en la nota al encabezamiento del libro III del Código: "De los derechos reales".

Por su parte, Windscheid[7], opina que es un hecho con consecuencias jurídicas. Critica a quienes la consideran un derecho, pues piensa que al así hacerlo están refiriéndose más bien a las consecuencias jurídicas de la posesión. Es terminante al decir que la posesión jurídica, indica un hecho. La circunstancia que a ese hecho, las leyes le atribuyan consecuencias jurídicas no lo convierte en derecho.

Por otro lado, para aquellos que consideran a la posesión un derecho, se encuentra la teoría de Ihering[8], partiendo de la noción por él enseñada de que los derechos son intereses jurídicamente protegidos, llega a la conclusión que desde el momento que la ley ha considerado necesario dispensarle a la posesión la protección que ella le acuerda, forzosamente debe admitirse que hay allí un derecho. Se ha reconocido que la posesión crea un interés que reclamaba protección y digno de recibirla; luego, todo interés que la ley protege debe recibir del jurista el nombre de derecho. A su vez admite que en la base de la posesión hay un sustrato de hecho, que es necesario que persista para que se dé el derecho de la posesión: el poseedor solo tiene derecho mientras posee, es decir, mientras dura su relación con la cosa. Dentro de los derechos ubica la posesión entre los reales, porque hay una relación directa e inmediata entre el poseedor y la cosa. Siguiendo a esta posición se enrola la postura de Salvat: si bien en si misma se presenta la posesión como una relación simplemente material, esta relación reúne las condiciones y elementos necesarios para la existencia de un derecho. Mientras que Messineo dice, que el problema se resuelve observando que la posesión nace como una relación de hecho, pero apenas nacida, se convierte en relación de derecho, en cuanto es inmediatamente productora de efectos jurídicos.

Por último existe una parte de la doctrina que considera a la posesión como un derecho de naturaleza mixta (real-personal). Para Molitor[9] la posesión es un derecho, porque encierra en ella el elemento de todo derecho en general, que es la voluntad. Pero dice también, que es un derecho de naturaleza mixta, a la vez real y personal: personal, porque ese derecho no puede ser demandado más que contra los violadores de la posesión, y real, porque crea una vinculación directa e inmediata con la cosa.

Para terminar con la naturaleza jurídica de la posesión, se adhiere a las enseñanzas de Mackeldey, tomadas por Vélez al redactar el Código Civil.

6.1.1.3- Clasificación de la posesión:

Siguiendo a Borda[10] y al Código Civil argentino, la posesión se clasifica en legítima e ilegítima, ilegítima de buena o mala fe y de mala fe simple o viciosa.

De acuerdo con el art. 2355 la posesión será legítima 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 un título nulo, o fuera adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiriera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla.

Y de acuerdo con el agregado a este artículo por la ley 17.711, se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa.

La idea que preside la distinción es clara: la posesión legítima es aquella adquirida por justo título y que asegura el derecho del poseedor contra toda pretensión de un tercero a la posesión de la cosa.

La posesión ilegítima puede ser subclasificada de buena o de mala fe: según la definición del art. 2356, la posesión es de buena fe, cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, se persuadiere de su legitimidad.

No dándose estas condiciones, se la reputa de mala fe. La buena fe debe existir en el origen de la posesión.

La posesión de mala fe puede o no ser viciosa; los vicios son pues, una connotación propia de algunas posesiones de mala fe. La de buena fe nunca es viciosa. Según el art. 2364 la posesión será viciosa cuando fuere de cosas muebles adquiridas por hurto, estelionato, o abuso de confianza; y siendo de inmuebles, cuando sea adquirida por violencia, o clandestinamente; y siendo precaria, cuando se tuviese por un abuso de confianza.

Y la mala fe no viciosa o simple, es una categoría residual que se define por exclusión, es decir, cuando no haya buena fe ni mala fe viciosa, habrá mala fe simple.

6.1.2- Boleto de Compraventa

Pero lo que interesa al tema en desarrollo es si la posesión de inmuebles mediando boleto de compraventa es legítima o ilegítima, y en su caso si es posible considerarla como un derecho real. Para ello será necesario exponer ahora el concepto de boleto de compraventa; pero la redacción de este agregado es confusa, ya que la calificación de buena fe, al parecer, esta referida a la posesión, pero es el caso que, conceptualmente, la buena o mala fe son categorías que corresponden a la posesión ilegítima; la posesión legítima rechaza estos atributos. Este error conceptual ha conducido a interpretar que la buena fe está vinculada al acto jurídico contenido en el boleto de compraventa, que sería ilegítimo si se hubiera celebrado con propósitos fraudulentos, como por ejemplo, para

burlar a los acreedores.[11]

Siguiendo a Eduardo de Zavalía[12] y partiendo del art. 1184 inc. 1 del código civil, en el que se expresa que los contratos que tuvieran por objeto la transmisión de bienes inmuebles deben ser hechos en escritura pública, hace de la compraventa de inmuebles una operación que difícilmente puede seguir las alternativas propias del desarrollo de los negocios. Para reparar esa deficiencia, el uso y la costumbre han consagrado como elemento habitual de ellos un instrumento privado que surte efectos jurídicos entre las partes, y en el cual se concreta la operación. En el sistema argentino ya existían algunas operaciones privadas tendientes a la compraventa de inmuebles como así también a la promesa de compraventa (ver anexo I). Sin embargo el Boleto de Compraventa se comenzó a utilizar como un contrato privado en virtud del cual una persona se obliga a transmitir a otra la propiedad de un bien inmueble, a cambio de un precio cierto en dinero. Pero de acuerdo al artículo 1184, el boleto queda tipificado como un antecontrato no traslativo de propiedad, que sólo acuerda el derecho de exigir una obligación de hacer: el otorgamiento de la escritura pública, de adquisición de dominio. La propiedad recién quedará transferida a favor del comprador una vez que, recibida la posesión, se materialice la escritura.

6.1.2.1- Naturaleza Jurídica:

Una de las discusiones más enconadas del mundo jurídico argentino se ofrece en el campo de la determinación de la naturaleza jurídica del llamado Boleto de Compraventa. También en las legislaciones extranjeras existen opiniones diversas acerca del valor atribuido al boleto (ver anexo II). Lógicamente esta discusión está muy emparentada con idéntica especulación sobre la naturaleza jurídica de la escritura pública y, consecuentemente, con el valor en nuestro derecho de la inscripción registral, ya que sobre estos tres conceptos instrumentales: boleto, escritura y registro, se mueve la realidad económica y la valoración jurídica del negocio de compraventa inmobiliaria, articulándose a su vez sobre un aspecto material o de hecho: la posesión del inmueble vendido.

De todas estas discusiones, se encuentra que la doctrina está dividida: algunos consideran al boleto como una simple promesa de venta no asimilable al contrato de compraventa aún cuando mediara tradición de la cosa; solamente generaría la obligación de hacer u otorgar la escritura pública, pero no el derecho de exigir el cumplimiento de ninguna de las obligaciones distintas a la de escriturar que pudiera contener el boleto. Para otros constituye un contrato de compraventa definitivo y perfecto, que autoriza a demandar el cumplimiento de las obligaciones que en él consten, en los términos de los artículos 1412 y 1428, y no solamente la de hacer escritura pública, porque tal es lo que las partes han entendido acordar: comprar y vender y no prometido comprar y vender. Por último otra parte de la doctrina explica que el boleto significaría un contrato por el cual las partes se obligan a otorgar la escritura pública para instrumentar la compraventa, que así devendría forzosa, con lo que el cumplimiento forzoso de esta

obligación podría ser satisfecha por el juez en caso de condena a escriturar. Con arreglo a esta postura el boleto podría contener otras obligaciones que resultarían exigibles aun antes de ser suscripta la escritura.

No obstante hay un punto sobre el cual existe coincidencia casi absoluta de opiniones: la compraventa podrá quedar perfeccionada con la mera suscripción del boleto, pero tal perfeccionamiento queda confinado al ámbito de los derechos personales; en el campo de los derechos reales, para tener por operada la transmisión del dominio del inmueble de la cabeza del vendedor a la del comprador, para que se extinga el derecho de propiedad del primero y nazca en el segundo, no bastara con el boleto y la tradición sino que será indispensable el otorgamiento de la escritura pública, según lo dispone en forma terminante el art. 2609. Caso contrario el único propietario de la cosa para los terceros será el vendedor.

Siguiendo a Natalio Etchegaray[13], se inclina por la doctrina que ve en el boleto, y aun en el acuerdo verbal si puede probarse, un verdadero contrato de compraventa según el art. 1323: *“Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero”*.

Así como el pago consiste en la entrega de dinero, la transferencia de la propiedad consiste en la entrega del inmueble y en la firma del instrumento público del que habla el art. 2609. El acuerdo, aun privado, de voluntades tipifica un contrato de compraventa inmobiliario, pero la propiedad de ese inmueble no se transmite en el derecho argentino solamente con su entrega como si fuera un bien mueble, sino que además debe cumplir otra serie de requisitos formales por su especial naturaleza inmueble.

6.2- Alcances de la posesión con boleto antes del agregado

Luego de haber asentado los conceptos anteriores, se pasará a analizar las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales acerca de los alcances de la posesión de inmuebles sustentada en un boleto de compraventa antes del agregado al artículo 2355 del código civil por la ley 17.711.

6.2.1- Morello:

Buscando entre los textos más clásicos sobre boleto de compraventa se encuentra con la obra de Augusto Morello[14], “ El Boleto de Compraventa Inmobiliaria ”, en el que claramente reconoce que el boleto de compraventa no es un título traslativo de dominio ni crea una obligación de dar la cosa al comprador. En consecuencia, dicho instrumento tipifica un anteacto o un antecontrato no traslativo de propiedad, que solo acuerda el derecho de exigir una obligación de hacer: el otorgamiento de la escritura pública. El esquema básico con el que razona es el siguiente: El art. 1184 inc. 1 del Código Civil establece que *“deben ser hechos en escritura*

pública, bajo pena de nulidad, los contratos que tuviesen por objeto la transmisión de bienes inmuebles”, el 1185 dispone que “los contratos que debiendo ser 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”, y finalmente, el art. 1187 preceptúa que “la obligación de que habla el artículo 1185 (la de escriturar), será juzgada como una obligación de hacer, y la parte que resistiere hacerlo, podrá ser demandada por la otra parte para que otorgue la escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación (de hacer la escritura) en el pago de pérdidas e intereses”

Del anterior razonamiento se desprende que no existe contrato de compraventa inmobiliaria sino cuando se otorga la escritura pública prescripta; ni la tradición del bien al comprador, ni el pago del precio total es individualmente o en conjunto medios suficientes e idóneos para hacer adquirir, legalmente, el dominio al comprador por boleto de compraventa.

6.2.2- Salvat:

Siguiendo esta línea de razonamiento, Salvat[15] ha considerado que al respecto “Existe modo insuficiente, Vg. Cuando la tradición no ha sido hecha en la forma y con las condiciones que la ley exige o cuando la tradición o entrega de un campo ha tenido lugar en virtud de una venta hecha por instrumento privado, etc. Es indudable que la falta de cumplimiento de las condiciones establecidas, entraña insuficiencia en el modo para adquirir derechos reales”.

6.2.3- Lafaille:

Por su parte, luego de exponer muy claramente el significado de Título y Modo, Lafaille[16], siguiendo el esbozo de Freitas (fuente fundamental del Código Civil Argentino y de su artículo 2355), sostenía que la posesión es ilegítima “cuando aunque se tuviese con justo título haya sido adquirida por un modo insuficiente para la adquisición de un derecho real, considerando modo suficiente, según el esbozo de Freitas, a la transcripción en el Registro conservatorio (otorgamiento de la escritura pública por quien tiene capacidad y autorización para realizarla) único modo de adquisición de los inmuebles por actos entre vivos, aunque no se haya hecho al adquiriente tradición efectiva”.

6.2.4- Jurisprudencia:

Sin embargo, a pesar de que la generalidad de la doctrina

sostenía que la posesión de inmuebles adquirida mediante Boleto de Compraventa era ilegítima, las cámaras civiles de Capital Federal[17], en fallo plenario de fecha 24/12/1940, sostuvieron los siguientes conceptos: *“que el boleto de compraventa es título suficiente y hábil para transmitir la propiedad y que la posesión del inmueble es legítima por haberse adquirido de dicho contrato, este título unido a la tradición completan los requisitos básicos; la escritura pública sería una mera exigencia formal para la transmisión del dominio”*. La Jurisprudencia de la Capital siguió esta orientación, ratificando el concepto de que el contrato de compraventa es un acto jurídico firme y definitivo y que el comprador tiene derecho a exigir su cumplimiento, debiendo otorgarse la escritura pública por el Juez en caso de negativa del deudor.

6.2.5- Salas:

Siguiendo esta misma corriente el Doctor Salas[18] ha considerado lo siguiente: *“Se ha resuelto que el beneficiario de una promesa de venta de un inmueble a quien se ha hecho tradición del mismo antes de otorgarse la escritura traslativa de dominio, reviste la calidad de poseedor legítimo. El contrato de compraventa de inmuebles celebrado en instrumento privado constituye un título suficiente para adquirir la posesión, aunque falte la escritura pública que la ley exige para la transmisión del dominio”*.

6.2.6- Barraquero:

Por su parte, el Doctor Barraquero quien sostenía que era ilegítima la posesión de inmuebles adquirida mediante Boleto de Compraventa, la consideró legítima en el plenario de las cámaras civiles del año 1942, cuando ha sido adquirida 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 a un derecho de propiedad. Resumiendo su concepto expresó: *“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 su caso la posesión se ha adquirido con título, pues, el contrato de compraventa constituye un título suficiente para ello, aunque falta el instrumento público que la ley exige para la transmisión del dominio[19]”*.

6.2.7- Bibiloni[20]:

Por esta misma corriente de doctrina, el anteproyecto de Bibiloni suprimió el artículo 2355, por resultar inconveniente establecer conceptos paralelos o idénticos, ya que los efectos de la posesión de buena fe son los de la posesión legítima. Agrega, *“el que por un contrato regular, aunque privado, conviene en la adquisición de un inmueble y lo recibe,*

tiene el poder de hecho, de buena fe". No hay mancha que oscurezca la conciencia del adquirente que ha obtenido legítimamente la cosa, y esto aunque quien se la entregó no sea efectivamente el dueño. Es decir, se considera de buena fe, legítima, la posesión de inmuebles adquirida por contrato privado. En consecuencia el adquirente goza de una posesión auténtica, puesto que en todo instante se le ha permitido suponer que la cosa será suya y tiene el derecho a reclamar el cumplimiento de las formalidades necesarias para completar la transferencia del dominio.

6.2.8- Conclusión:

Para finalizar con los antecedentes a las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que existían antes del agregado al artículo 2355, se puede decir que por un lado (doctrina mayoritaria) se consideraba ilegítima la adquisición de la posesión de inmuebles mediando Boleto de Compraventa, considerando este un modo insuficiente para adquirir el dominio. Pero por otro lado (doctrina minoritaria), la jurisprudencia de los distintos tribunales del país y algunos autores, fueron sosteniendo que el Boleto de Compraventa es título suficiente y hábil para transferir la propiedad y que la posesión de inmuebles es legítima.

A la luz de estos antecedentes, resulta más fácil colegir el sentido que la ley de reformas 17.711, ha pretendido dar a la adquisición mediante el Boleto de Compraventa.

6.3- El Boleto luego de la ley de reformas 17.711

El agregado al artículo 2355 del Código Civil por la ley 17.711, es una de las innovaciones más difíciles de explicar en la temática estudiada. Todavía no se ha logrado una interpretación convincente al respecto y, por el contrario, cuanto más se la profundiza, son más notables los baches que muestra ese precepto con el sistema del Código y con las

soluciones que el conjunto del ordenamiento brinda a diferentes cuestiones que hacen pie en la posesión. Algunos ensayos de muy alta calidad como el de Gatti y Alterini, ponen picas profundas en la zona de influencia de la norma y demuestran las contradicciones que se van sumando entre lo nuevo y lo viejo que queda sin alterar, lo cual suscita inseguridades en el mundo de los negocios y en las respuestas de los jueces. Sobre todo los autores de la reforma no son muy felices en las explicaciones con que se fundamentan las consecuencias que se derivarían del cambio normativo.

Estas dificultades hacen imprescindible, por elementales razones de prudencia, formular algunas indicaciones previas, consignar reservas, aceptar que las inconsecuencias existen y que es necesario, en lo posible, superarlas a través de una tarea de flexibilidad interpretativa. Finalmente, que habrá que aguardar la reforma y ajuste total del Código de Vélez o la dinámica e inteligente labor de fijación judicial que es la que presenta en concreto la conjunción de los dos polos en que se centra lo jurídico: justicia y seguridad.

6.3.1- Política Legislativa:

A fines de 1966 la Secretaría del Estado de Justicia nombró una comisión integrada por los doctores José F. Bidau, Abel Fleitas, Roberto Martínez Ruiz, José María López Olaciregui, Alberto G. Spota, Dalmiro Alsina Atienza y Guillermo Borda, para la realización de una reforma a la legislación civil. La Comisión se pronunció por mayoría que dicha reforma tenía que ser parcial. El Poder Ejecutivo adhirió al criterio de la mayoría y el secretario de Estado de Justicia impartió instrucciones a la Comisión de sujetarse a él.

Elevado el Proyecto a consideración del Presidente, Juan Carlos Onganía, éste lo sancionó con fuerza de ley bajo el número 17.711, el 22 de abril de 1968. A continuación se detallan los aspectos políticos que surgieron por la entrada en vigencia de la nueva ley:

1) La reforma (Ley 17.711) suministró determinadas respuestas políticas, circunstanciales, encaminadas a dar solución a problemas urgentes de carácter social. Se buscó la salida a ese problema en particular (el del comprador en la quiebra del deudor, el de la seguridad del adquirente modesto de su vivienda, etc.), mas en sus proyecciones no se lo hizo en forma coherente con el contexto general de ese mismo ordenamiento.

2) Las reformas (atrs. 1185 bis y 2355) estaban condicionadas por la realidad de un aplaza inmobiliaria y un cuadrante (el de la propiedad horizontal), que como décadas anteriores respecto de los boletos (ley 4564, de Bs. As.; 14.005, en el orden nacional), debían resguardarse, tutelarse, sin nuevas dilaciones.

3) No existe homogeneidad entre los textos nuevos y el articulado del Código. Por ello se deben aceptar las inconsecuencias

que resultan de admitir la virtualidad del boleto, que opera sólo en ciertas zonas y no en otras, pero sin sobredimensionar su campo de acción, que muestra flancos débiles y ve disminuida su eficacia, por existir vallas normativas incompatibles con la proyección plena que se pretende adjudicarle.

4) Al quedar el boleto a más de mitad de camino, sólo sirve para producir ciertos efectos –muy importantes- pero no otros, ni menos todos los que podría generar de haberse obrado con el cuidado que demandaba la envergadura de la reforma. Su reconocimiento, si bien expreso y franco, no cubre todo su horizonte. A veces habrá que replegarlo porque otros textos, o el esquema original, donde aquél ha sido injertado o transplantado, es de tono más fuerte y tiene un sentido global más definitorio y distinto al que insinúan las dos disposiciones alcanzadas por las innovaciones: arts. 1185 bis y 2355; o pesan otras razones de interés general prevaleciente o de política (así, crediticia).

5) Por eso parece que más que desnudar las inconsecuencias o contradicciones de la corriente que considera que el boleto origina una compraventa en firme y que la posesión del comprador de buena fe es legítima es más positivo procurar, ante cada situación en la que juega el boleto, arrimarse a la solución que más satisfaga las exigencias de la justicia y los valores a alcanzar con la interpretación que se postula, alejándose de todo esquema conceptualista, abstracto y reñido con las exigencias sociales comprometidas[21].

6.3.2- Posiciones doctrinales y jurisprudencia:

Para analizar los alcances y los diversos conflictos que pueden involucrar al poseedor con boleto de compraventa, se va a exponer las distintas opiniones de los grandes juristas como así también fallos jurisprudenciales, que surtieron luego de la incorporación de un párrafo, por la ley 17.711, al artículo 2355 del Código Civil que expresa lo siguiente: “*Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa*”.

La ley se inspira en un antiguo fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal, causa “Administración autónoma de propiedades municipales c/Blanco, M.”, del 24 de Diciembre de 1940[22].

6.3.2.1- Bustamante Alsina:[23]

Este autor observa que este precepto debió redactarse así: “*Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles mediando boleto de compraventa celebrado de buena fe*”. La buena fe en la posesión existe cuando el poseedor, por error o ignorancia de hecho, la creyese legítima; pero aquí no se trata de eso, sino de que el boleto no sea fraudulento.

Quizás la redacción propuesta por el referido autor sea más clara; pero de todas maneras, se cree que el párrafo agregado no se presta a confusiones. Se quiere decir con esto, que cuando se habla de buena fe, se refiere no a la posesión sino a la adquisición de ella, con lo cual se sigue el mismo criterio propugnado por Bustamante Alsina.

De igual modo coinciden Alterini y Llambias, quienes sostienen que 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 de compraventa la adquisición sea considerada legítima. Es decir que la buena fe se referiría a la adquisición de la posesión y no a la posesión en sí misma, habida cuenta de que es el momento inicial el que la ley tiene en cuenta para determinar la calidad de la posesión.

6.3.2.2- Salvat^[24]:

En lo que respecta a la legitimidad, es posible establecer la presunción de su existencia. El código contiene reglas que permiten esta aseveración. Por su criterio y fuerza ilustrativa se recuerda el pensamiento de Salvat, quien, al responder al interrogante sobre si debía o no presumirse la legitimidad de la posesión, sostenía que la ley no establece expresamente principio alguno a ese respecto, pero –exponía– *“el artículo 2363 consagra una regla que implica reconocer tácitamente que la ley presume el carácter legítimo de la posesión”*, a saber: *“El poseedor no tiene obligación de producir su título a la posesión, sino en el caso de que deba exhibirlo como obligación inherente a la posesión. El posee porque posee.”* *“El artículo 3715 de Freitas –proseguía– fuente de esta disposición, expresamente consagraba este principio que la posesión tiene para sí la presunción de ser legítima...”*. Es lógico que así sea, porque en la inmensa mayoría de los casos la posesión es realmente legítima y porque de otro modo, la regla que el poseedor “posee porque posee”, implicaría elevar a la categoría de actos perfectamente legítimos, todos aquellos de apoderamiento indebido de la posesión.

En lo que concierne a la incorporación del requisito de la “buena fe”, es dable observar que carece de importancia sustantiva, en un ordenamiento positivo que en principio presupone, que la posesión legítima es de buena fe. Ello se deduce del principio que establece el art. 2362, conforme con el cual *“todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe de la posesión, hasta que se pruebe lo contrario, salvo en los casos en que la mala fe se presume”*.

6.3.2.3- Borda^[25]:

Antes de continuar con el desarrollo del trabajo se quiere aclarar que la mayoría de la doctrina es conteste en admitir que la suscripción de un boleto de compraventa no produce la transmisión del dominio. En caso

de compraventa de inmuebles, mientras no se firme la escritura pública y, eventualmente, se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble, el único propietario de la cosa para los terceros será el vendedor, aunque se haya hecho tradición de ella al adquirente por boleto y aun cuando mediara condena judicial a escriturar[26].

A continuación se desarrollará la opinión de Borda: El Doctor Guillermo Borda fue uno de los principales autores de la reforma al Código Civil por medio de la ley 17.711, y tiene una opinión más que respetada con respecto a dicha modificación, y sobre todo con relación al agregado al art. 2355; el cual, según él, *“ha puesto punto final a una divergencia doctrinaria y jurisprudencial”*. Esto es así porque si se retrae a la época anterior a la reforma y se examina la redacción originaria de este artículo, resulta difícil que pueda ser legítima la posesión adquirida por Boleto de Compraventa, ya que el segundo párrafo de este artículo dice: *“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.

En suma, luego del agregado, el adquirente por boleto que ha recibido la posesión, tiene el derecho de poseer; el derecho de servirse, de usar y de gozar la cosa; el derecho de disponer material y jurídicamente de ella. La persona que como consecuencia de la firma de un contrato de compraventa recibe la tradición de la cosa se siente dueño, la posee a título propio. Luego firmará la escritura traslativa de dominio; pero antes y después de firmarla se comporta exactamente de la misma manera respecto de la cosa de cual se considera dueño.

El reconocimiento del carácter legítimo de la posesión del adquirente por boleto, es una defensa eficaz del comprador de buena fe y, aplicado a los inmuebles destinados a vivienda, cumple un importante papel de amparo de aquélla. Responde al verdadero ánimo con que posee quien ha comprado un inmueble por boleto de compraventa. De esta manera, el comprador por boleto de compraventa, que ha recibido la posesión, tiene las acciones posesorias y su posesión es oponible al vendedor, a los terceros a quienes el vendedor haya firmado otro boleto de compraventa aunque sea anterior y a los terceros acreedores del vendedor con excepción de los acreedores hipotecarios, ya que no se ha otorgado la escritura pública ni se ha registrado.

Para este reconocido autor, el que ha adquirido de buena fe la posesión de un inmueble mediando boleto de compraventa, lo considera como un nuevo tipo de dominio imperfecto[27], basándose en los artículos 2507 y 2661 del código civil (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, ya sea porque el dominio está sujeto a una condición resolutoria, 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, servidumbre, etc.) , ya que tiene una posición jurídica muy fuerte, con las características de un verdadero

dominio. Pero limitado y, por lo tanto, imperfecto, desde que la falta de escrituración e inscripción en el registro le impide, como principio, oponer su derecho a terceros, con las salvedades antes mencionadas; le impide también otorgar los actos que exigen la inscripción registral: los derechos reales de hipoteca, anticresis, usufructo, etc. Tampoco podrá transmitir el dominio pleno por falta de la posibilidad de escriturar.

En conclusión, y de todas maneras, es un dominio; de lo contrario no podría explicarse que el vendedor pueda ejecutar el bien cuya posesión ha transmitido, pues es inconcebible que pueda ejecutar un bien que le pertenece. Y así se explica de modo satisfactorio la oponibilidad del derecho del comprador a todos los restantes acreedores del vendedor, con excepción de los hipotecarios.

6.3.2.4- Papaño[28]

Según este autor, para que la posesión sea legítima se requiere que el derecho real haya sido constituido en conformidad con las disposiciones de este código, lo cual entra en contradicción con lo dispuesto en el agregado del artículo en cuestión, en cuanto habría que reputar poseedor legítimo a quien adquiere la posesión en virtud del Boleto de Compra-Venta. Lo cierto para Papaño es que *“existen en el código otras disposiciones, no alteradas por la reforma, que establecen que el título suficiente para la transmisión derivada de derechos reales por actos entre vivos debe estar formalizado por escritura pública. Al ser así, el Boleto de Compra-Venta no puede engendrar una posesión legítima, por tratarse de un modo insuficiente para adquirir derechos reales, como dispone la segunda parte del 2355, tampoco modificado por la reforma”*. Acorde a esta posición se encuentra la opinión del Doctor Anteo Ramella[29] (profesor de Derecho Civil de la U.N.L.), cuando sostiene que el boleto es una promesa del contrato de compraventa, y que de ser legítimo carecería de ventajas prácticas celebrar un contrato de compraventa mediante escritura pública.

6.3.2.5- Kemelmajer de Carlucci[30]:

Siguiendo la línea de Papaño, la Dra. Kemelmajer de Carlucci en el Fallo Plenario de la Suprema Corte de Mendoza de diciembre de 1991, considera que el agregado al art. 2355 no implica reconocer a la posesión mediando boleto de compraventa como un derecho real de posesión o un dominio imperfecto. A tal efecto expone los siguientes argumentos: *“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 solo no*

enumera la posesión entre los derechos reales sino que regula la posesión como un elemento de los derechos reales. C) 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 art. sería incomprensible. D) 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 confundir el negocio obligacional y el negocio traslativo. E) 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". Sin embargo la Doctora Kemelmajer de Carlucci, 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 y resulta viable el embargo y ulterior subasta de los derechos y acciones del poseedor por boleto.

6.3.2.6- Highton[31]:

Una posición distinta a las anteriormente expuestas, es la que propone Highton: *"lo que la ley califica de legítima es la ADQUISICIÓN de la posesión, pero no la posesión adquirida en sí misma, que siempre será posesión ilegítima de buena fe"*. Con esta posición están de acuerdo Alterini, Gatti y Alsina Atienza.

6.3.2.7- Jurisprudencia:

Otra posición que no considera legítima la posesión mediando boleto de compraventa la da La Cámara Nacional Civil, Sala C, en el fallo Sigal Berko c/ Musa de Villar, Amelia y otros, de junio del 2000[32]; fundamentando que la adquisición legítima de la posesión mediante boleto de compraventa, supone que tal boleto revista las condiciones de autenticidad necesarias para oponerlo a terceros, pues los instrumentos privados, aún reconocidos, sólo son oponibles a terceros desde que han adquirido fecha cierta (arts. 1034 y 1035 del Código Civil). La sola declaración de las partes de haberse dado una y la otra recibido la posesión no tiene efectos respecto de terceros, si no se apoya en otros elementos de convicción.

6.3.2.8- Rodríguez Sager[33]:

Este autor interpreta al art. 2355 de la siguiente manera: “se considera poseedor legítimo al adquirente de ella mediante la tradición y en base a un boleto, y la posesión legítima según el mismo artículo, es la que importa ser el ejercicio de un derecho real constituido de conformidad a las disposiciones del Código”. Es decir, que hoy permite que se constituya el derecho real con la tradición, pero con un simple boleto, además de la inscripción. De esta forma le da la titularidad del dominio porque de lo contrario dejaría de ser posesión legítima. En consecuencia, el Dr. Rodríguez Sager sostiene que se pueden constituir hipotecas sobre la base de un derecho real de dominio instrumentado en un boleto privado porque de acuerdo al art. 3128, lo que debe hacerse por escritura pública, es el contrato de hipoteca. Lo que se debe llevar al escribano para que redacte la escritura de hipoteca, es el título de dominio, y si el art. 2355 dice hoy que es poseedor legítimo –y poseedor legítimo es quien ejerce un derecho real porque es titular y porque está constituido de conformidad a las disposiciones del código-, entonces el escribano puede perfectamente otorgarla.

6.3.2.9- Molinario[34]

Se señala ahora la opinión formulada por Alberto Molinario que propició la derogación del agregado al art. 2355. Entre sus fundamentos cabe extraer entre otros los siguientes conceptos: “*Dentro de la concepción de Vélez la posesión legítima es contenido del derecho real de dominio, como la cuasi-posesión legítima es el contenido de los derechos reales sobre cosa ajena, sea que a la relación real de tenencia legítima (usufructo, uso o habitación) o no aparezca esta segunda relación real (servidumbres reales nominadas, censos o hipoteca). El agregado introductorio de la reforma, además de estar mal redactado, extiende la posesión como posible contenido del derecho personal que tiene el futuro comprador a que se formalice el contrato de compraventa, esto significa que se introduce un verdadero caballo de Troya, que rompe toda la arquitectura del código en materia de posesión. En efecto, si bien algunas personas de buena voluntad pretenden limitar los efectos de la norma a la calificación de la adquisición, tal intento cae de inmediato cuando se considera que a la relación real adquisitiva se sigue necesariamente una relación real exteriorizadora que, en la mente de Vélez Sarfield, fue exteriorizadora de un derecho real y que ahora por obra de este lamentable agregado, puede ser exteriorizadora de un derecho creditorio en orden a la celebración de un contrato*”. Después de poner de relieve algunas consecuencias de la reforma que califica de “peligrosas”, considera que con el agregado del cual se trata el único resultado que se obtiene “...es el de quebrantar la economía del código en materia posesoria sin resultado alguno, era y es totalmente innecesario en orden a la protección del futuro adquirente de buena fe”.

6.3.2.10- Valdes y Orchansky^[35]

Tanto Valdes como Orchansky, consideran que la posesión es legítima mediando boleto de compraventa, prácticamente se equipara al titular de ese instrumento con el propietario que, a más de la posesión tiene escritura pública inscrita en el Registro pertinente. La reforma no sólo ha ratificado una disposición de mera transición dialéctica, sin importancia práctica, que pudo ser suprimida por carecer de contenido preceptivo, sino que ha introducido serias dificultades interpretativas que llegan hasta el límite de sostener la existencia de un nuevo modo de adquisición del dominio. Si lo que se pretendía era eliminar un obstáculo vinculado al modo de adquirir el derecho real de dominio, cuando éste era insuficiente, hubiera bastado consignar que quien posea un inmueble, de buena fe, adquirido por contrato privado, podrá reclamar el cumplimiento de las formalidades necesarias para perfeccionar su derecho.

6.3.2.11- Morello^[36]:

Este autor ha concluido que la posesión deberá considerarse ilegítima cuando falta, más no cuando existe el boleto de compraventa. La inexistencia del boleto corresponde a la situación prevista en el art. 2355, que declara ilegítima la posesión que se tuviera “sin título”, es decir, “un título suficiente”. Es en esta última hipótesis donde debe encuadrarse el caso de insuficiencia del “modo” para adquirir derechos reales, o sea por la “tradición”. En suma, si existe título suficiente y se ha observado el modo (tradición) no cabría la ilegitimidad de la posesión, consecuencia sustentable entonces aun antes de la incorporación del agregado al art. 2355, tal como con plausible criterio lo estableció el Dr. Barraquero. *“No se cree –continúa Morello-, sin embargo, que la ley 17.711 mediante la calificación de legítima a la posesión del comprador la lleve a equipararla con un derecho autónomo de dominio imperfecto. Aunque esto pueda ser defendible, no consideramos que el propósito reformista haya sido ese, lo que haría más conflictivo –innecesariamente- el territorio del sistema posesorio. Sus alcances son más limitados en correspondencia con la protección declarada de tutela de la urgencia que determinó la reforma”*. En otras palabras, en tránsito a la relación real de dominio, el comprador con tradición no es tenedor sino poseedor. Tiene, además, una posesión legítima, pues el *tradens* se ha desprendido materialmente de ella, y el *acipiens* la ha recibido de conformidad.

6.3.2.12- Mariani de Vidal^[37]:

Es importante destacar la opinión de la Doctora Marina Mariani de

Vidal al respecto. La autora sostiene que ya antes de la reforma la posesión de buena fe del adquirente por boleto de compraventa era legítima, y seguidamente dice: *“cuando el vendedor hace la tradición de la cosa al comprador con el fin de transmitirle la posesión, le transmite o cede la posesión que él mismo tenía sobre la cosa, o sea, una posesión legítima”*. En fin, Mariani de Vidal reconoce la existencia de la posesión legítima por boleto, pero descarta la idea de que el mismo configure un derecho real.

6.3.2.13- Spota[38]

Como anticipo de los alcances de la reforma de 1968, expresa Spota *“que ella ha amparado especialmente la buena fe en materia de boleto de compraventa. El art. 1185 bis protege, mediante boleto, al adquirente de buena fe que haya abonado el 25% del precio. Y el art. 2355 establece que si media tradición de la posesión de buena fe ese adquirente es poseedor legítimo, prescindiendo si se abonó una parte del precio o si todo se somete al crédito”*. El primero le ordena al juez de la quiebra o del concurso del vendedor que otorgue la escritura traslativa de dominio; y el 2355 le dice al juez que si se ha otorgado la posesión del inmueble, es decir, si hubo tradición de tal cosa adquirida por boleto, este adquirente, siempre que haya obrado con buena fe-creencia, es poseedor legítimo de acuerdo con el ordenamiento legal argentino. No tiene el dominio, pero es poseedor conforme a la ley. ¿Qué ocurriría antes? Según el antiguo art. 2355, aunque fuera de buena fe, aquel que mediante boleto adquiriría un modesto lote con la consabida libreta y construía su humilde casa era un poseedor de mala fe, porque el código no admite en este supuesto, el error de derecho (art. 2356). Este modesto adquirente, que creía haber obrado de acuerdo a la ley, estaba equivocado. La ley no admitía que esa posesión fuera *secundum lege*. Era una posesión ilegítima porque se la había adquirido sin las formas que exige la ley. El art. 1184 nos lleva a afirmar que la posesión, para ser legítima, debe adquirirse otorgándose la escritura traslativa de dominio. Spota continua mencionando a Bibiloni, el autor del gran Anteproyecto que en buena medida se acogió en el proyecto de 1936, quien dijo: *“Sería una iniquidad privar al poseedor humilde, o medio, que se equivoca sobre el alcance de las leyes que no conoce, aunque se pretenda que sabe lo que los jurisconsultos no saben, de los frutos, producto de su trabajo o de las indemnizaciones aunque tendría derecho por sus mejoras. Y no exceptuamos ni al que posee un título nulo por vicio de forma. Si esto permitiera la ley, sería que ella se pone al servicio de la expoliación. Entre las clases trabajadoras es frecuente la adquisición de tierras a plazo, bajo el supuesto que no se les otorgará la escritura sino concluido el último pago. Hay, pues, nulidad del título, por defecto de forma. Y las víctimas del despojo serán consideradas, por su candidez, por su buena fe crédula, poseedores de mala fe”*.

“El proyecto de reformas –concluye Spota- comenzó a recorrer ese camino

que le señalaba Bibiloni y la ley 14.005 lo completó.” Hoy contamos con un Código que califica a este adquirente de buena fe mediante boleto, si ha obtenido del enajenante la posesión, de poseedor legítimo y, si no tiene la posesión, establece que él cuenta con una pretensión accionable contra la falencia, contra la quiebra, contra el concurso, para que se le otorgue la escritura pública si abonó el 25% del precio.

6.4- Consecuencias Jurídicas y Soluciones Propuestas que involucran al poseedor de inmuebles con boleto de compraventa

Se seguirá ahora desarrollando las oponibilidades, conflictos, consecuencias jurídicas y efectos del boleto de compraventa y de la posesión analizando las opiniones y soluciones propuestas de algunos autores como: Mariani de Vidal, Zannoni, Kemelmajer de Carlucci y Laquis entre otros. En principio, a salvo los supuestos de excepción, el boleto, aun con fecha cierta, tiene efectos relativos, es decir, no aprovecha ni perjudica a terceros (arts. 1195 y 1199). Esta afirmación es la consecuencia lógica del hecho de que el boleto no constituye título suficiente para la adquisición del derecho real, único que puede tener acceso a la publicidad registral. *“Los derechos reales son oponibles erga omnes, pero aquí no hay derecho real, de modo que no puede haber oponibilidad absoluta. En suma, como regla, se trata de un derecho personal, que solo produce efectos entre los contratantes”*[39].

Resulta conveniente examinar los casos que a continuación se presentan analizando las distintas soluciones que proponen los autores.

6.4.1- Frente a otro boleto de compraventa sobre el mismo inmueble

Para Mariani de Vidal triunfa aquél a quien se haya hecho la tradición (arts. 594, 596, 3269). Si ambos adquirentes hubieran sido puestos en posesión del inmueble vence quien primero ha sido puesto en posesión (art. 2791).

Si a ninguno de ellos se le hizo entrega de la cosa, será preferido el contrato de fecha anterior.

Resta dejar a salvo los supuestos en los que se aplique la ley de prehorizontabilidad. En estos casos, la solución es diferente, dado que

prevalece el boleto inscripto en el Registro aun cuando quien cuente con un contrato no registrado tenga la posesión[40].

6.4.2- Frente a un contrato de compraventa instrumentado en escritura pública[41]

Principio: triunfa siempre quien tuviese el contrato instrumentado en escritura pública. Esto es válido aun cuando la escritura no esté registrada pero se hubiese iniciado el trámite pertinente, ya que se genera una reserva de prioridad (arts. 23 a 25, Ley 17.801). Excepción: triunfa el poseedor con boleto siempre que éste sea con fecha cierta y posesión anterior a la escritura (arts. 592, 594, 2791, 3269). Igual es el caso en que la escritura no estuviese registrada, ni se hubiese iniciado el trámite. No obstante, esta excepción no siempre se cumple. El comprador con escritura triunfará en una acción de reivindicación contra el poseedor con boleto. Éste no puede ampararse en el art. 2791, que prefiere al primero que fue puesto en la posesión, porque dicha norma contempla el caso de que tanto el reivindicante como el poseedor presenten “títulos de propiedad”, y el boleto no es título suficiente. En consecuencia, resultan de aplicación los arts. 2789 y 2790, que le permiten triunfar al reivindicante si presenta los títulos de sus antecesores, hasta dar con uno que sea de fecha anterior a la posesión del demandado, ya que se presume que el autor era poseedor y propietario y que hubo cesión implícita de la acción reivindicatoria.

Es dable aclarar que el adquirente con boleto tiene derecho a exigir la escrituración, aun forzada. Pero este derecho encuentra un límite cuando la escrituración se ha tornado imposible y esto ocurre, entre otros casos, cuando se escrituró a favor de otra persona, caso en que solo cabe la indemnización por daños y perjuicios.

Sin embargo, doctrina y jurisprudencia no encuentran soluciones unánimes. Como el poseedor con boleto tiene la posesión, se entiende que la publicidad posesoria, si es de buena fe y primera en el tiempo, debe prevalecer ante la registral[42]. Se considera que el comprador con escritura, aun inscripta en el Registro, es de mala fe en tanto debió conocer la posesión anterior del que cuenta con boleto[43]. Uno de los impulsores de esta tesis es Alterini, quien sostiene que: *“la relación de hecho derivada de la posesión es vehiculo para exteriorizar el contacto con la cosa e inferir la existencia del derecho real respectivo y, al prolongarse en el tiempo, esa exteriorización tiene visos de permanencia”*[44].

Tanto Mariani de Vidal como otros autores consideran que esta posición defendida por Alterini echaría por la borda el sistema de publicidad registral.

6.4.3- Frente a un acreedor hipotecario del transmitente

Existen diversos criterios: A) prevalece siempre la hipoteca, sea anterior o posterior a la adquisición de la posesión ex boleto, por haber sido

aquella constituida por quien todavía era propietario; sin perjuicio de la responsabilidad penal del vendedor[45]. B) prevalece siempre el poseedor ex boleto, sea anterior o posterior a la hipoteca[46]. C) prevalece el poseedor del boleto de compraventa si es anterior, porque cuenta con la publicidad posesoria que podría oponer al acreedor hipotecario posterior. Cabe destacar que la Doctora Kemelmajer de Carlucci[47], sostuvo que el adquirente de inmuebles por boleto de compraventa prevalece frente al embargante posterior si el boleto tiene publicidad posesoria y concurren otros requisitos (fecha cierta anterior al embargo, adquisición del titular registral, o existencia del perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes, etc.). Sin embargo, como los boletos no se inscriben puede resultar sumamente difícil al acreedor hipotecario enterarse de la concertación de la operación del boleto.

6.4.4- Frente a otros acreedores del transmitente, en caso de ejecuciones individuales

Existen diversos criterios (expuestos por Mariani de Vidal): A) prevalece el poseedor ex boleto sea el crédito anterior o posterior al desplazamiento de la posesión a favor del titular del boleto, con fundamento en la carencia de la publicidad de los créditos, sean quirografarios o privilegiados. No obstante si el crédito es anterior a la posesión del titular del boleto, pareciera que debe triunfar el acreedor del transmitente, porque a su respecto no sería posible hacer jugar el argumento de publicidad posesoria y porque el boleto solo engendra derechos de carácter personal desprovistos de privilegios. En esta línea se enrola la postura de Fazio de Bello[48], que deja a salvo el supuesto de que el acreedor del enajenante hubiese embargado el inmueble antes de la tradición al titular del boleto, lo que debe estimarse acertado, en tanto en ese caso éste no podrá alegar buena fe, ya que pudo tomar conocimiento del embargo a través de las constancias registrales. B) para recientes decisiones judiciales prevalecería el poseedor ex boleto si este tiene fecha anterior al nacimiento del crédito al cual se opone y si hubiera abonado el 25% del precio, cualquiera sea el destino del inmueble (de acuerdo al nuevo régimen impuesto por la ley 24522, art. 146, que elimina la exigencia de destino de vivienda que contenía la ley 19551).

6.4.5- Frente al transmitente[49]

Según Mariani de Vidal prevalece el poseedor ex boleto cuando en cumplimiento del boleto, el transmitente hubiese hecho tradición del inmueble. Esto significa que este último no puede volver sobre este acto, al menos que ataque la validez de la tradición o del boleto. A su vez, sostiene

Fazio de Bello, que el poseedor en las condiciones del art. 2355 puede intentar las acciones reales reivindicatoria y negatoria contra el transmitente, si éste lo despoja o lo turba, respectivamente.

6.4.6- Frente al Locatario[50]

Este conflicto puede suscitarse si el dueño del inmueble suscribe un boleto en favor de una persona y celebra un contrato de locación con otra. Se sostiene que es indiferente la fecha de los contratos, pues prevalece el locatario si recibe primero la tenencia, o el adquirente con boleto si recibe primero la posesión.

6.4.7- Poseedor ex boleto y usucapión breve

Por más legítima que sea la posesión ella no conducirá a la adquisición del dominio por usucapión breve, pues lo impide el 4010. En tal caso, el poseedor del boleto de compraventa solo puede recurrir a la usucapión larga.

6.4.8- Poseedor ex boleto y acciones reales

Nadie discute en que las acciones reales pueden ser intentadas por vía subrogatoria (art. 1196), pero la discusión yace en que si es posible que el poseedor ex boleto pueda producirlas "iure proprio".

Al respecto se plantean dos posiciones: a) Quienes se inclinan por la afirmativa argumentan que el boleto constituye un contrato de compraventa definitivo y perfecto, por ende concluyen en que la celebración del boleto implica la cesión tácita de las acciones reales del vendedor al adquirente. En esta posición se encuentran las opiniones de Bustamante Alsina, Guillermo Borda y Fazio de Bello entre otros, sobre la base de que se trata de un nuevo derecho real, el derecho real de posesión por obra del agregado al 2355. B) Otros se inclinan por la negativa y reconocen a la vía subrogatoria como la única posible para ejercer acciones reales. Con esta corriente doctrinaria concuerdan López de Zavalía, Martínez Ruiz, Gatti y Alterini entre otros, por no existir dominio.

6.4.9- Poseedor con boleto de buena fe y concurso del transmitente

La cuestión gira en torno al art. 1185 bis y la nueva Ley de Concursos 24522 (art. 146) en los que se admite la oponibilidad del boleto de

compraventa de inmuebles con fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe que hubieran abonado el 25% del precio, cualquiera sea el destino del bien.

6.4.10- Accesoión de posesiones[51]

En lo que se refiere a la accesoión de posesiones, la legitimidad de la posesión adquiere trascendencia, insertada en la concordancia de los artículos 2475 *in fine*, 2476 y 4005 del código civil. En relación con esta idea es útil recordar que el artículo 2475 *in fine* establece: “*la posesión del poseedor por título singular, puede separarse de la de su antecesor. Solo podrán unirse ambas posesiones si no fuesen viciosas.*”

El 2476 dispone que “para que las dos posesiones puedan unirse es necesario que ellas no hayan sido interrumpidas por una posesión viciosa, y que procedan la una de la otra”. El 4005, refiriéndose al sucesor particular, establece que puede unir su posesión a la de su autor, “...si las dos posesiones son legales”.

A su vez, Lafaille agrega como requisitos que las posesiones se encuentren unidas por un vínculo de derecho (título traslativo oneroso o gratuito) y la voluntad del adquirente en el sentido de sumar dichas posesiones.

De acuerdo con lo expuesto, la legitimidad de la posesión en los términos estipulados por el agregado al art. 2355, puede encuadrar en el régimen esbozado de la accesoión de posesiones, y aplicarse a algunas de sus consecuencias.

Presupuesta la buena fe, el boleto de compraventa mediante el cual se adquiere la posesión, satisface el vínculo de derecho requerido para que haya transmisión conforme con los requisitos necesarios para que haya unión de posesiones.

De ahí resulta que si existe posesión legítima de acuerdo con la nueva norma, el poseedor que para entablar acciones posesorias debe satisfacer entre otros, el requisito de la anualidad (2473), puede unir su posesión a la de su antecesor.

6.4.11- Boleto y Tercería[52]

En oportunidad de celebrarse las primeras jornadas científicas de la Magistratura Argentina, en la ciudad de Tucumán del 25 al 29 de mayo de 1975, fue objeto de tratamiento el tema referido al boleto de compraventa en la tercería. Tras el tratamiento en la respectiva comisión, se elaboraron tres recomendaciones de “lege lata” (ley vigente), y una de “lege referenda” (ley a dictarse), a saber:

Legge lata: 1) Reconocer valimiento procesal como tercería de posesión a todo boleto de venta de inmuebles cuando se acrediten los requisitos de las leyes especiales (inscripción registral, pago del 25% del precio y la posesión), siendo oponible a todo acreedor de fecha posterior. 2) Los boletos de compraventa inmobiliaria del segundo apartado del art. 150 decreto ley 19551/72, gozan de las ejecuciones individuales, de la misma oponibilidad que en los procesos concursales. 3) La tercería de dominio es procedente cuando se deduce por el poseedor adquirente por boleto de

compraventa, a quien se hizo tradición del inmueble, ha pagado la mayor parte del precio y lo ha inscripto con fecha anterior a la constitución de la hipoteca, o cuando el acreedor hipotecario conocía la entrega de la posesión.

Lege referenda: Las primeras jornadas científicas de la Magistratura Argentina recomiendan que en una futura reforma se dicte una ley que contemple todos los problemas del boleto de compraventa.

6.5- Publicidad por boleto de compraventa[53]

Luego del análisis de los distintos supuestos que pueden alcanzar al poseedor con boleto de compraventa y sus consideraciones, se desarrollará a continuación la publicidad que se requiere para poseer con boleto.

Héctor Camara ha dicho que la solución más ajustada para la eficacia del boleto de compraventa frente a terceros es su inscripción en el registro inmobiliario, a semejanza del decreto ley 9032/63 (unidad a construir bajo régimen de la ley 13.512) y ley 14.005 (venta de inmuebles fraccionados y a plazos) y se permite agregar lo dispuesto por la actual ley de prehorizontalidad.

Con esa forma de publicidad, dice Camara, que el titular del boleto logrará fecha cierta, disponiendo de amplia protección no solo cuando el promitente cayere en estado de concurso, sino también estando *in bonis*, frente a cualquier embargo o gravamen real constituido después

de la anotación.

Esta conclusión, que parece que estuvo en la mente de los autores de la ley 17.711, compartida también por numerosos juristas, Morello, Bustamante Alsina, Piantoni, etc. ha sido objeto de algunas impugnaciones, ellas son:

- 1) Que atento la naturaleza de la inscripción registral inmobiliaria no procede la anotación del boleto de compraventa, por tratarse de un simple contrato. Nos expresa que la objeción no parece fuerte si la ley manda su preanotación, como la ley 14.005, ordena registrar la voluntad del dueño a someter el inmueble al sistema de venta reglada por la misma; y acotamos, como dispone la ley de prehorizontalidad. Asimismo expresa que el nuevo art. 2355 establece que la posesión es legítima, cuando se trata de la adquisición de buena fe de inmuebles, mediante boleto de compraventa. Es decir, otorga a éste el carácter de título, como reconoce Spota. El poseedor mediante boleto es tutelado por la ley y le atañe no sólo las acciones posesorias, sino aun la reales o petitorias que descansan o se desprenden del “*título*” que significa dicho contrato preliminar instrumentado mediante tal boleto de compraventa.
- 2) También reseña que se ha impugnado por la falta de capacidad de los registros inmobiliarios, y a ello contesta que es una simple objeción contingente.
- 3) Respecto que pueda perjudicar el tráfico inmobiliario, por la costumbre de pagar sólo algunas cuotas o una módica seña al celebrarse el boleto, nos dice que ello también importa una opinión que no justifica dudar de la debida registración del boleto.

7- Conclusión

Bibiloni, en su anteproyecto, suprimió el art. 2355 por razones que se expresan en la nota; entre ellas, por resultar inconveniente establecer conceptos paralelos o idénticos, ya que los efectos de la posesión de buena fe son los de la posesión legítima. Dice que el que por un contrato regular, aunque privado, conviene en la posesión de un inmueble y lo recibe, tiene el poder de él, de buena fe. No hay mancha que oscurezca la conciencia

del adquirente que ha obtenido legítimamente la cosa y esto aunque quien se la entregó no sea efectivamente su dueño. Es decir, que de acuerdo a lo expuesto, se considera de buena fe, legítima, la posesión de inmuebles adquirida por contrato privado. [54]

Morello[55] entiende que el decreto ley 17.711 evaluando el boleto desde un plano general suficientemente abarcador, contempla a la posesión con independencia del dominio. La posesión adquirida por la tradición de la cosa comprada y en cumplimiento de un título suficiente (contrato de compraventa por boleto), constituye, dentro de la economía del Código Civil *un derecho jurídicamente protegido, con independencia del dominio.*

Natalio Pedro Etchegaray, dice: *“como vimos anteriormente, la reforma del Código Civil agregó al art. 2355 un párrafo final por el que se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa. Al conceder así a la posesión originada en un contrato consensual los alcances de la originada en el ejercicio de un derecho real constituido en conformidad a las disposiciones del código, 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-). El primero da lugar a las acciones posesorias, pero el segundo permite las acciones reales o petitorias, y la posesión que el mismo deriva no necesita probar el año de ejercicio (art. 2473)”*. [56]

La interpretación de los contratos innominados o atípicos no se trata de un problema de libertad para el intérprete. De otra forma resultaría un contrasentido que precisamente ahora, cuando se tiene formado el concepto general de contrato, el atípico fuera discutido como una anomalía. *“No existe, en realidad, más anomalía que la precedente de un excesivo legalismo que induce a estimar que la doctrina general de los contratos sólo es un preámbulo con relación a las normas sobre contratos típicos y que la resultante asimismo de la falsa creencia de que el juez se limita a interpretar la ley, sin intervenir en el proceso de creación jurídica”*. [57]

Armando Silva[58] expresa que el contrato innominado es por su naturaleza una figura contractual atípica, en el sentido de no estar disciplinada por la legislación vigente, aun cuando pueda tener un nombre dado por el uso o por la doctrina social. Se trata de supuesto de hecho, convencionales, que las partes concretan, combinando prestaciones de contratos típicos diferentes o con prestaciones que tienen otro sentido obligacional que el originado.

En este caso la designación de boleto de compraventa tiene carácter legal según el decreto ley 9032/63 en su art. 4; denominación que ratifica el art. 1185 bis, y 2355 según ley 17.711. Importa un contrato atípico o innominado, por no estar regulado específicamente en el Código que comprende dos negocios jurídicos esenciales: la compraventa de un inmueble con la finalidad de transmitir el dominio pleno, y unido a ello la obligación de transmitir la posesión; este último aspecto es normal explicitarlo en forma expresa o surgirá insito en lo convenido por las partes. No cabe asignar un carácter accesorio a la transmisión de la posesión, pues es un elemento esencial en la finalidad del negocio jurídico.

Al adquirente le interesa tener la cosa sometida a su potestad, con exclusión de toda otra que limite sus facultades. Todo adquirente sabe que transmitida la posesión podrá comportarse como señor exclusivo de la cosa.

La reforma producida por la ley 17.711 agregó un párrafo al art. 2355, que considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe mediando boleto de compraventa. Sin embargo, para ser la posesión legítima se requiere que el derecho real haya sido constituido en conformidad a las disposiciones de este Código, en el que existen otras normas, no alteradas por la reforma, que establecen que el título suficiente para la transmisión derivada de derechos reales por acto entre vivos debe estar formalizado por escritura pública (arts. 1184 inc. 1, 2602 y 2609). Al ser así, el boleto de compraventa no puede engendrar una posesión legítima, por tratarse de un modo insuficiente para adquirir derechos reales, como dispone el primer párrafo del art. 2355, tampoco modificado por la reforma. Asimismo, el párrafo agregado se refiere a la "Buena Fe", pero ésta no podría tener cabida frente al texto del art. 4009, según el cual "*el vicio de forma en el título de adquisición, hace suponer mala fe en el poseedor*".

Como consecuencia, al otorgar protección jurídica al poseedor con boleto, que ha sido la finalidad del agregado, ha traído gran confusión en el sistema del código.

Para concluir se expondrá la opinión de López de Zavalía[59] con respecto al poseedor de inmuebles mediando boleto de compraventa que es a la que se adhiere el autor de este trabajo.

Enseña el citado autor, que la expresión "*se considera*" significa que la ley no reputa legítima a la posesión o a la adquisición, sino que se trata de una aproximación a la legitimidad; como la posesión se adquiere por tradición (actos materiales), "*adquirir mediando boleto de compraventa*" significa que se refiere a una adquisición posesoria que encuentra su justificación en un boleto. Concluye que no es legítima la adquisición ni la posesión y le da al agregado el siguiente significado: "*Si de dan todos los recaudos extranotariales, se considera (respecto algunos terceros) legítima (perfecta) la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa.*"

Este autor explica que la ley admite que el boleto reemplace a la escritura

pública en tanto se den otros requisitos que hacen a la legitimidad (que transmita una persona capaz y que sea el verdadero dueño). Si bien la posesión es ilegítima, se la “considera” legítima para ciertos efectos y sólo respecto de algunos terceros, caso en que puede cobrar interés la buena fe, como requisito de oponibilidad de la adquisición.

Para producir sus efectos respecto a terceros, se debe cumplimentar con el art. 2505 atento lo dispuesto por la reforma al mismo, *“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.”*

Por otra parte la ley 17.801 en su artículo 3 última parte, ha previsto la inscripción de instrumentos privados referidos a derechos reales, siempre que su firma esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente. Y con mayor amplitud se regula en la ley de prehorizontalidad.

Resulta inadmisibile el supuesto de que exista un domino imperfecto o un nuevo derecho real de posesión, ya que no se considera legítima la posesión acompañada del boleto de compraventa sino una apariencia a la legitimidad.

Por último se recuerda una propuesta surgida en las 5tas Jornadas de Derecho Civil celebradas en Rosario del 23 al 26 de Septiembre de 1971, realizadas por Mario Piantoni y Edgard Ferreyra, donde consideraron la supresión del agregado al art. 2355: *“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.[60]”*

8- Anexo I

8.1- Institutos afines al Boleto[61]

8.1.1- Las promesas unilaterales. La opción.

Un supuesto que difiere sustancialmente del caso del boleto de compraventa –aunque alguna vez hayan sido asimilados en cuanto a sus efectos- es el constituido por las promesas unilaterales de compra o de venta, vulgarmente conocidas como “contrato de opción”.

La opción es una estipulación en virtud de la cual una persona se obliga a comprar o a vender a otra determinado bien durante un lapso de tiempo, pudiendo esta última aceptar o no la compra o la venta.

Es decir que se trata de un simple acto unilateral del promitente que es el único que se obliga verdaderamente, ya que la otra parte queda en libertad para aceptar o no la oferta durante el término fijado. JOSSERAND la define expresando que la promesa de venta es un contrato por el cual una persona adquiere el compromiso de vender un bien a otra persona en el caso de que ésta se decidiera a comprarlo.

Son generalmente otorgadas por breve término, salvo cuando se las estipula como accesorias a un contrato de locación, donde habitualmente se prolongan por la duración de ésta.

Respecto de su naturaleza jurídica los juristas están de acuerdo en que se trata de antecontratos o contratos unilaterales, distintos del contrato bilateral de compraventa.

8.1.2- Las Reservas.

Es el caso de las reservas, instrumento en el medio inmobiliario. Cuando una persona concurre a las oficinas de un agente de bienes raíces o directamente al propietario de una finca en venta y expresa su voluntad de adquirirla en las condiciones estipuladas, puede ocurrir que no tenga disponible el efectivo necesario para la entrega que se le pide como seña o a cuenta del precio total para la firma del boleto, o que tenga necesidad de enajenar previamente otra propiedad o efectivizar un crédito. Solicita entonces que se mantenga la oferta durante un breve plazo, para poder ponerse en condiciones de firmar el boleto. A cambio de una entrega de dinero reducida se le firma una reserva por ese plazo, en el cual el propietario se compromete a otorgarle el boleto dentro de algunas condiciones generales que allí se establecen, y si el beneficiario no acepta la oferta en el plazo fijado pierde el dinero entregado. A veces inclusive el propietario se reserva el derecho a no formalizar la venta, devolviendo la suma entregada.

“A nuestro juicio estas “reservas” no otorgan derecho alguno a la venta del bien, sino que simplemente generan una responsabilidad por daños y perjuicios, en caso de incumplimiento de la obligación de otorgar el boleto definitivo.”[62]

8.1.3- Los Boleto Provisorios.

Otro aspecto que ha dado lugar al planteamiento de cuestiones litigiosas es el de los boletos de compraventa calificados de provisorios por las partes y que según su texto dan lugar a una posterior celebración del boleto definitivo. Se utilizan generalmente en las ventas en loteos, otorgándose el boleto provisorio en el mismo terreno, conviniendo firmar el definitivo más tarde en las oficinas de la empresa vendedora. El problema es ampliamente debatido en un fallo de la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal en autos "Auneau de Petit c. Citymar S.R.L." En él se perfilan las dos posiciones netamente opuestas de los jueces doctores Llambías y Abelleyra y del Doctor Borda, que los equipara a los definitivos.

Parece concluyente el argumento del Dr. Abelleyra en cuanto expresa que *"no es posible admitir que un boleto provisional de compraventa acuerde los mismos derechos que uno definitivo, pues tal conclusión implicaría la absoluta equivalencia de dos términos opuestos: uno representa la sola esperanza de que se llegaría a un acuerdo; otro, ese acuerdo en sí mismo y sin posibilidades de nuevas tratativas"*. También la calificación que efectúa en su voto el doctor Llambías, quien dice: *"Por la modesta virtualidad que es dable atribuir a un compromiso asumido bajo reserva de la ratificación ulterior, la mera suscripción de un boleto de compraventa provisional no da derecho a exigir el otorgamiento del definitivo, lo que sería innecesario e inconducente, ni tampoco a requerir directamente la escrituración, pues se esta en presencia de un simple proyecto de contrato con ciertos efectos marginales, como los referentes a la posible responsabilidad extracontractual de una u otra parte interesada"*[63].

9- Anexo 2

9.1- Legislaciones Comparadas.

Boleto de Compraventa.[64]

Se hará una breve digresión para ocuparse de algunas meditaciones que sugiere la compulsión de otras legislaciones.

En Francia, las promesas bilaterales reconocen un origen de gran oscuridad según lo señala TROP LONG, que trajo como consecuencia diversidad de opiniones acerca de su valor, ya que la mayoría coincidía en que la promesa de venta no equivalía a la venta misma. El mismo TROP LONG advierte que había surgido otra duda referente a saber si la promesa bilateral en caso de inejecución daba acción para exigir perjuicios únicamente o si también lo daba para obtener el otorgamiento del contrato, siendo opinión prevaleciente la segunda. Numerosos autores llegaron a decir que la promesa de venta era una verdadera venta y de esta manera la promesa de venta –contrato al cual le falta algo para ser venta- llegó a asimilarse a ésta[65].

Tal era el estado del derecho francés en materia de promesa de venta *cuando* en Chile se dicta el Código Civil. No había una doctrina uniforme sobre la cuestión, como dice ALESSANDRINI RODRÍGUEZ. En la república trasandina, el código de BELLO se separó del derecho francés, pues no se ocupó de la promesa de venta sino que legisló sobre el “contrato de promesa”. El art. 1.554 expresa, en efecto: “la promesa a celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las siguientes circunstancias: a) que la promesa conste por escrito, b) que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaren ineficaces, c) que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato, d) que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido que sólo falten para que sea perfecto la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriban. Concurriendo estas circunstancias, habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente.

Explicando esta disposición, señala ALESSANDRI RODRÍGUEZ que el origen del art. 1.554 del código civil chileno es enteramente desconocido. Entre las notas del señor BELLO, no se encuentra ninguna mención, lo que hace creer que fue obra de su imaginación; idea que se robustece aún más si se considera que ni el código francés, ni el español, ni en los demás que le sirvieron de base para redactar el suyo, se encuentra una oposición análoga. Por esto, agrega, no se puede recurrir a los autores franceses. El único antecedente que encontramos –prosigue ALESSANDRI RODRÍGUEZ-, es el art. 1.733 del proyecto de 1853, que dice: “la promesa de celebrar un contrato especificándolo en todas sus partes es una obligación de hacer que está sujeta a lo dispuesto en el artículo precedente, al menos que el contrato sea de aquellos que se perfeccionan por el mero consentimiento de los contratantes, En cuyo caso la promesa equivaldría al contrato mismo. La promesa de un contrato que las leyes declaren ineficaz, no tendrá valor alguno”. [66]

10- Bibliografía

10.1- Doctrina

- 1- Puig Brutau, "Como ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo", Revista Jurídica de Cataluña, España, Enero-Febrero 1957.
- 2- Reformas al Código Civil, Ley 17.711, "Curso de estudio y debate organizado por el Colegio de Abogados de la primera circunscripción judicial de la provincia de Santa Fe", Ediciones Jurídicas Orbir, 1968.
- 3- Marina Mariani de Vidal, "Curso de Derechos Reales", 6ta edición, Zavalía.
- 4- Raymundo Salvat, "Tratado de Derecho Civil Argentino", 5ta edición, Tipográfica Editora Argentina.
- 5- Guillermo Borda, "Tratado de Derecho Civil", Editorial Perrot, 1975.
- 6- Valdes y Orchansky, "Lecciones de Derechos Reales", Ediciones Lerner, 1969.
- 7- Natalio Pedro Etchegaray, "Boleto de Compraventa", 3ra edición, Astrea-Depalma, 2002.
- 8- Augusto Morello, "El Boleto de Compraventa Inmobiliaria", Editora Platense, 1965.
- 9- Morello/Portas, "Examen y Crítica de la reforma del Código Civil", Editora Platense, 1974.
- 10- Héctor Lafaille, "Tratado de Derechos Reales", Compañía Argentina de Editores, 1944.
- 11- Acdeel Salas, "Código Civil Anotado", Editorial Depalma, 1957.
- 12- Bustamante Alsina, "Derechos Reales".
- 13- López Olaciregui, "Naturaleza y Efectos de las Sentencias de Escrituración bajo apercibimiento".
- 14- Guillermo Borda, "La Reforma 1968", Editorial Perrot, 1971.
- 15- Papaño, "Derechos Reales", Editorial Depalma, 1989.
- 16- Joaquín Llambias, "Código Civil Anotado", Editorial Depalma, 1982.
- 17- Spota, "Curso sobre temas de Derecho Civil", Editorial del Instituto Argentino de Cultura Notarial, 1971.
- 18- Código Civil anotado y comentado. Director: Zannoni, Cordinadora: Kemelmajer de Carlucci.
- 19- Gatti-Alterini, "Prehorizontalidad y boleto de compraventa".
- 20- Jorge Alterini, "La tutela del adquirente por boleto de compraventa fuera del ámbito específico del art. 1185 bis del CC".
- 21- Spota, "Sobre la Reforma del Código Civil", edición 1969.
- 22- Podetti, "Tratado de Tercería".
- 23- Puig Brutau, "Derecho Civil", España, 1954.
- 24- Fazio de Bello, "Teoría y tecnica del Boleto de compraventa".
- 25- Armando Silva, "Enciclopedia Jurídica", Editorial Ameba.
- 26- Eduardo de Zavalía, "Boleto de Compraventa", Editorial Depalma,

1964.

27-Manuel Laquis, "Derechos Reales", Editorial Depalma, 1975.

28-Manuel Laquis, "Examen y Critica de la reforma al Código Civil", Editora Platese, 1974.

9.2- Jurisprudencia:

1- JA, tomo 22, 1974.

2- LL, tomo 21, 1940.

3- LL, tomo B, 1992.

4- JA, tomo I, 1992.

5- JA, doctrina, 1969.

6- LL, fallo 10.468, 1964.

9.3- Otras:

1- Revista Gaceta de Paz, noviembre 2000.

2- Revista del Notariado, número 714.

3- Anteproyecto de 1930.

4- Conferencia Doctrina Judicial, 1964.

5- Troplong, "De la Vente".

6- Arturo Alessandrini Rodríguez, "De la Compraventa y la Promesa de Venta", Chile, 1918.

7- Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata 1981.

-
- [1] Puig Brutau, “Cómo ha de ser invocada la doctrina civil de tribunal supremo”, “Revista Jurídica de Cataluña”, enero-febrero de 1957.
- [2] Reformas al Código Civil, Ley 17711, “Curso de Estudio y Debate organizado por el Colegio de Abogados de la primera circunscripción judicial de la Provincia de Santa Fe”, pag. 197, Ediciones Jurídicas Orbir, Rosario, Argentina, 1968.
- [3] JA 22-1974- pag. 453.
- [4] Este excelente magistrado de la provincia de Buenos Aires, admitió que “largas, prolongadas y fluctuantes vacilaciones ha sentido mi ánimo antes de arribar a esta solución que demandó inclusive reiteradas lecturas de la causa”. Oscilase “entre un voto de disidencia confirmatoria, o voto en disidencia de fundamentos, hasta llegar, en definitiva, ya con firme convicción, a voto de adhesión como ya lo hago, y por la razones concordes que aquí, en esta causa, actúan. La función jurisdiccional no es para teorizar, sino para resolver el caso que lo justiciables plantean”.
- [5] Marina Mariani de Vidal, “Curso de Derechos Reales, Tomo 1, 6ta Ed. Zavalía, Bs.As. pag. 108”.
- [6] Raymundo Salvat, “Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales, 5ta Ed. Tipográfica Editora Argentina, Pag. 48/49”.
- [7] Marina Mariani de Vidal, “Curso de Derechos Reales, Tomo 1, 6ta Ed. Zavalía Bs. As. Pag. 128”.
- [8] Raymundo Salvat, “Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales, 5ta Ed. Tipográfica Editora Argentina, Pag. 50”.
- [9] Marina Mariani de Vidal, “Curso de Derechos Reales”, Tomo 1, 6ta edición, pag. 128.
- [10] Guillermo Borda, “Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, Tomo 1, Ed. Perrot, Bs. As. 1975, pag 57.
- [11] Valdes, Orchansky, “Lecciones de Derechos Reales I”, Ediciones Lerner, Bs. As. 1969, pag 59.
- [12] Eduardo de Zavalía, “Boleto de Compraventa, Ed. Depalma, Bs. As. 1964, pag 8”.
- [13] Natalio Pedro Etchegaray, “Boleto de Compraventa, 3ra Ed. Astrea-Depalma, Bs. As 2002, pag. 3”.
- [14] Augusto Morello, “El Boleto de Compraventa Inmobiliaria, Editora Platense, La Plata 1965, pag. 9”.
- [15] Morello/Portas, “Examen y Critica de la Reforma del Código Civil, Tomo 3, Editora Platense, La Plata 1974, pag. 387”.
- [16] Héctor Lafaille, “Tratado de los derechos Reales”, Tomo I, n 644, pag. 493 y n 647, inc d. y nota 92, pag. 495”, compañía argentina de editores, 1944.
- [17] Valdes y Orchansky, “Lecciones de Derechos Reales, Ed. Lerner, Bs. As. 1969, pag. 60”.
- [18] Acdeel Salas, “Código Civil Anotado” tomo II, pag. 1197, Bs. As. 1957, Ed. Depalma.
- [19] Morello y Portas, “Examen y Critica de la reforma del Código Civil, Tomo 3, Ed. Platense, La Plata 1974, pag. 386”.
- [20] Antonio Bibiloni, “Reforma al Código Civil- Anteproyecto”, Ed. Guillermo Kraft, Bs. As. 1940.
- [21] Augusto Morello, “JA, tomo 22, 1974, pag. 455”.
- [22] LL, 21-247, 1940.
- [23] Bustamante Alsina, “Derechos Reales, La Posesión. Eficacia del Boleto de Compraventa, E. D., pag. 25 y 833”.
- [24] Salvat, Raymundo, Tratado de derecho civil argentino, Derechos Reales, 5ta edición, Bs. As.

1961, pag 60.

[25] Guillermo Borda, " La reforma 1968, Ed. Perrot, Bs. As. 1971, pag. 393". Guillermo Borda, " Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, Tomo 1, Ed. Perrot, Bs. As. 1975, pag. 58 y 241 ".

[26] En contra de ello se encuentra la opinión de López Olaciregui, J. M., Naturaleza y Efectos de las sentencias de escrituración bajo apercibimiento, ED, 12-821, quien considera que si se requirió el embargo preventivo en el juicio por escrituración, aunque la sentencia no basta para operar la transferencia del dominio, es acto atributivo y desapoderativo que modifica la condición dominial de la cosa en los términos del art. 2610 del Código Civil, y no simple condena personal que impone al vencido determinada actividad, de modo que no se traducirá en una preferencia para el cobro sino en un haber sustraído la cosa a toda pretensión competidora: quien haya embargado el bien y obtenido una sentencia de escrituración a su favor tiene un título que prevalece con relación al título que pudieran haber adquirido otros sujetos en tiempo posterior al embargo por él trabado.

[27] Manuel Laquis cree que considerarlo un dominio imperfecto es una conclusión inoportuna y perturbadora de un ordenamiento positivo en el cual la posesión tiene un régimen bien diferenciado, cuya naturaleza jurídica tal como esta legislada, describe un hecho, antes que un derecho. Además no es bastante la declaración de legitimidad de la posesión, para que pueda producir los efectos de un derecho real, pues con el propio régimen del código con ello no se habría perfeccionado el derecho de dominio, sea perfecto o imperfecto, para cuya consecución la Reforma ha incorporado nuevas exigencias (art. 2505). Consecuentemente, tampoco encuentra sostén en el código, la equiparación a un dominio imperfecto, cuyo particular régimen es el de un derecho real definido, sea revocable o fiduciario (art. 2661 y siguientes). "Examen y crítica de la reforma del código civil, tomo 3, editora Platense, La Plata 1974, pag. 393.

[28] Papaño, "Derechos Reales", pag. 134, Ed. Depalma 1989, Bs. As. Argentina.

[29] Reformas al Código Civil, Ley 17.711, "Curso de Estudio y Debate organizado por el Colegio de Abogados de la primera circunscripción judicial de la Provincia de Santa Fe", Ediciones Jurídicas Orbir, , Rosario, Argentina, 1968.

[30] L.L. 1992-B- pag. 159.

[31] Llambias, Joaquín, "Código Civil Anotado", pag. 86, 1982, Ed. De Palma, Bs. As., Argentina.

[32] Revista Gaceta de Paz del 7 de Noviembre del 2000, pag 1.

[33] Reformas al Código Civil, Ley 17711, "Curso de Estudio y Debate organizado por el colegio de abogados de la primera circunscripción Judicial de la Provincia de Santa Fe", pag. 197, Ediciones Jurídicas Orbir, 1968, Rosario, Argentina.

[34] Laquis, Manuel, Examen y Crítica de la reforma del Código Civil, tomo 3, Editora Platense, La Plata 1974, pag. 391.

[35] Valdes y Orchansky "Lecciones de derechos reales" Tomo 1, Ediciones Lerner, Bs. As. 1969, pag. 60.

[36] Augusto Morello, "JA, tomo 22, 1974, pag. 459.

[37] Mariani de Vidal, Marina, "Curso de Derechos Reales", pag. 141 y 143, Ed. Zavalía 2002, Bs. As., Argentina.

[38] Spota, "Curso sobre temas de derecho civil", ed. Del Instituto Argentino de Cultura Notarial, Bs. As., 1971, pag. 31/32.

[39] Código Civil comentado y anotado, "Director: Zannoni, Cordinadora: Kemelmajer de Carlucci"; Editorial Astrea, 2005, pag. 223.

[40] Código Civil comentado y anotado, "Director: Zannoni, Cordinadora: Kemelmajer de Carlucci", editorial Astrea, 2005, pag. 224.

[41] Mariani de Vidal, “Curso de Derechos Reales”, tomo 1, pag. 143; Gatti-Alterini, “Prehorizontalidad y boleto de compraventa”, pag. 53 a 55; Borda, “Tratado de Derecho Civil, Contratos”, Tomo 1, pag. 316.

Un comentario sobre este tema puede verse en Kiper, Claudio M., “Acción Reivindicatoria: legitimación activa y prueba”; JA, 1983-IV-328.

[42] Conclusiones de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981).

[43] SC Mendoza, en pleno, 6/12/91, “Ongaro de Minh y otros”, ED, pag. 147 y 437; JA, 1992-I-462; LL, 1992-B-160; voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci.

[44] Alterini, Jorge, “La tutela del adquirente por boleto de compraventa fuera del ámbito específico del art. 1185 bis del CC”, ED, pag. 153 y 637.

[45] C.N. Crim. y Correcc., sala III, doctrina de la cusa resuelta el 28-10-1990, ed, f. 43.318.

[46] Con. S.C. Bs. As., causa “Noceti c/Zorzi”, LL- 155-139; Spota, A. G., *Sobre la reformas del Código Civil*, pag. 75, ed. 1969; no obstante este autor, en un trabajo posterior se inclina a favor del acreedor hipotecario anterior y no, en cambio, si es posterior.

[47] Suprema Corte de Mendoza en pleno 6/12/91, Doctrina Judicial, 1992-I-1093.

[48] Fazio de Bello, “Teoría y Técnica del Boleto de Compraventa”, pag. 170.

[49] Mariani de Vidal “Curso de Derechos Reales”, tomo I, 6ta ed, Zavalía, pag. 148.

[50] Código Civil comentado y anotado, Director: Zannoni, Cordinadora: Kemelmajer de Carlucci; pag. 236, ed. Astrea, 2005.

[51] Manuel Laquis, Examen y crítica de la reforma del Código Civil, Tomo 3, editora Platense, La Plata 1974, pag. 394.

[52] Podetti, “Tratado de Tercería, pag. 68 y 69”.

[53] Revista del Notariado, número 714, pag. 1837 a 1839.

[54] Anteproyecto, tomo III, pag. 55 a 58, ed. 1930.

[55] JA Doctrina 1969, pag. 508.

[56] Etchegaray, Natalio Pedro, El Boleto de Compraventa Inmobiliaria, tomo II, pag. 498, N^a 220.

[57] Puig Brutau, “Derecho Civil, tomo II, vol. I, pag. 405, Barcelona, España, 1954”.

[58] Silva, Armando, “Enciclopedia Jurídica, ed. Omeba, tomo IV, pag. 679”.

[59] López de Zavalía F., “Derechos Reales” Tomo I, pag. 431 y sig., Ed. N^o 17.

[60] Manuel Laquis, “Derechos Reales”, tomo I, ed. Depalma 1975, pag. 312.

[61] Eduardo de Zavalía, “Boleto de Compraventa”, Ed. Depalma, Bs. As. 1964, pag. 23.

[62] Según un fallo de la sala E de la Cám. De Apel. De la Capital, publicado en LL del 27/8/1964, fallo 10.468.

[63] La Excma Cámara de Apelaciones en lo Comercial ha expuesto que corresponde adjudicarle al boleto provisorio los efectos del definitivo, cuando reúne los requisitos necesarios para tipificar el contrato (conf. “Doct. Jud.” Del 11/5/1964, n^o 2257, adhiriéndose así a la tesis del doctor Borda).

[64] Augusto Morello, “El Boleto de Compraventa Inmobiliaria”, editora Platense, La Plata 1965, pag. 44 y 45.

[65] Troplong, *De la vente*, v. I, n^o 115, p. 138 y n^o 128, p. 154.

El código de Napoleón incorporó a su articulado la norma del art. 1589, de este tenor: “La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement reciproque de deux parties sur la chose et sur le prix”.

En los considerando 2 a 4 del erudito voto del Dr. Sánchez de Bustamante, en el plenario recordado en nota 27 (en: La Ley, v. 64, p. 474), se hace un prolijo estudio de la cuestión en el derecho francés, señalándose que la disposición transcripta, equiparó la promesa a la venta misma, de modo que entre ambas existiría una asimilación absoluta. Parecería ser este último el criterio predominante, aunque no unánime. Véase también voto del Dr. Legón, en: Cám.

Civ. 2ª, sala I, La Plata, 23/10/1951, en: La Ley, v. 64, p. 170, considerando 7º.

[66] Alessandrini Rodríguez, Arturo, “De la compraventa y de la promesa de venta”, Santiago (Chile), Soc. Imprenta Litografía Barcelona, v. II, 1918, p. 1183, n° 2064 y sigs.

El jurista chileno concluye que entre la venta y la promesa de venta hay disimilitudes esenciales, por lo que el consentimiento de las partes en ambos contratos recae sobre objetos muy diversos. En la promesa de venta, sobre la celebración futura de un contrato de venta; de modo que el consentimiento generador de una y otra no pueden servir indistintamente para crear ambas.