

Trabajo final de graduación



La oponibilidad del boleto de compraventa inmobiliaria

Atala, Nicolás José

Abogacía

2019

Nº de Legajo VABG60148

DNI 37318262

Resumen

El presente es un trabajo final de grado que se inscribe dentro del área del derecho privado, abordando cuestiones atinentes a la rama de los derechos reales, especialmente sobre bienes inmuebles. El tema principal que trataremos es el de la oponibilidad del boleto de compraventa inmobiliaria, frente a otros derechos que puedan tener terceros respecto del mismo inmueble. Analizaremos en primer lugar al boleto inmobiliario de compra venta desde su parte estática, es decir, la figura propiamente dicha, para posteriormente, luego de sentadas estas bases, tratar su parte dinámica propiamente dicha, esto es, su oponibilidad frente a otros derechos.

Específicamente ha de inquirirse sobre un problema predominantemente normativo, en donde se cuestionará, analizará e intentará resolver el siguiente interrogante ¿en qué supuestos el boleto de compraventa inmobiliario es oponible a otros boletos, escrituras públicas u otros créditos sobre el mismo inmueble y de qué modo ello afecta el principio de seguridad jurídica?

Todo lo cual intentará ser solucionado atendiendo al ordenamiento jurídico argentino haciendo un análisis valorativo del mismo.

Palabras claves

Boleto de compra venta. Inmobiliario. Oponibilidad. Seguridad jurídica.

Abstract

The present is a final degree project that falls within the area of private law, addressing issues pertaining to the branch of real rights, especially real estate. To further clarify the issue, it must be said that the main issue addressed is the effectiveness of the real estate purchase ticket, as opposed to other rights that third parties may have regarding the same property. We will analyze, in first place the real state purchase ticket from a static point of view, the figure itself. For later, after sitting these bases, treat their dynamic part properly, their effectiveness against other rights.

Specifically, it has to inquire about an predominately normative problem, where it will be questioned, analyzed and will try to resolve the following question, in what cases the real estate purchase ticket is opposable to other tickets, deeds or other credits exhibited on the same property and in what way it affects the security principle legal?

All of which will try to be elucidated according to the Argentine legal system

making an evaluative analysis of it.

Key words

Purchase sale ticket. Real estate. Oponibility. Legal security.

Índice

Introducción.....	6
Capítulo I: Seguridad Jurídica. Origen, naturaleza y formalismo del boleto de compra venta	9
Introducción.....	9
1.1 Concepto de seguridad jurídica	9
1.2 Terminología, concepto, naturaleza jurídica y efectos del boleto de compra venta	10
1.2.1 Terminología.....	10
1.2.2 Origen Conceptual y Naturaleza Jurídica.....	11
1.2.3 Ubicación del boleto en la dinámica constitutiva de los derechos reales.....	15
1.3 El formalismo en el derecho	17
1.3.1 Distintas acepciones de <i>La Forma</i>	17
1.3.2 Clasificación de los actos jurídicos	19
1.3.3 El boleto de compraventa inmobiliaria y su forma.....	21
Conclusiones parciales	22
Capítulo II: Aspecto estático del boleto de compra venta	25
Introducción.....	25
2.1 El boleto de compra venta y las relaciones de poder.....	25
2.1.1 Posesión y tenencia.....	25
2.1.2 Clasificación	27
2.1.3 Relación de poder otorgada por el boleto de compraventa inmobiliario.....	27
2.2 El boleto de compra venta y la prescripción.....	29
2.2.1 Su doble función.....	29
2.2.2 La prescripción liberatoria.....	30
2.2.3 El boleto como justo título para usucapir	31
Conclusiones parciales	32
Capítulo III: Cuestiones generales de la oponibilidad del boleto de compra venta	34
Introducción.....	34
3.1 La oponibilidad y el conflicto de derechos.....	34
3.1.1 Conflicto de derechos patrimoniales	34
3.1.2 La oponibilidad como la materialización de la preferencia.....	35
3.1.3 El boleto de compraventa inmobiliario en el conflicto.....	36
3.1.4 La mala fe como excepción de toda preferencia	36
Conclusiones parciales	37

Capítulo IV: Aspecto dinámico u oponibilidad del boleto de compra venta	38
Introducción.....	38
4.1. Distintos supuestos de oponibilidad: en el ámbito individual	38
4.1.1 Frente al vendedor-transmitente	38
4.1.2 Frente al locatario	39
4.1.3 Ventas sucesivas	40
4.2 Ejecuciones individuales: El acreedor embargante y el hipotecario	42
4.2.1 Frente al acreedor embargante.....	42
4.2.2 Frente al acreedor hipotecario	46
4.2.3 Vía procesal idónea: La tercería de mejor derecho	48
4.3 En el ámbito colectivo: ejecuciones colectivas	49
4.3.1 El actual artículo 1171	50
4.3.2 Requisitos exigidos.....	51
4.3.3 Vía procesal idónea: Carga Verificatoria.....	52
Conclusiones parciales	53
Conclusiones finales	55
Bibliografía.....	58
Doctrina	58
Legislación	61

Introducción

El boleto de compra venta es un instrumento muy utilizado en el tráfico jurídico y comercial de la Argentina, en especial el boleto de compra venta inmobiliaria, pues es muy común que en una transacción de este tipo, se pacte o convenga mediante dicho instrumento.

Si bien su naturaleza jurídica ha sido motivo de controversias tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, su uso ha ido en aumento y ello ha generado que se encuentren supuestos en donde no se sabe claramente a quien corresponde el derecho sobre un inmueble en particular.

El caso típico sería aquel en donde un propietario vende a más de un sujeto, mediante boletos de compra venta, el mismo inmueble. Aquí surge la controversia, de quién tiene derecho al inmueble. Supóngase que el mismo día se han generado tres o cuatro boletos sobre un único inmueble, con un único vendedor pero con distintos compradores. En este caso la mala fe del vendedor está clara. Mostrando este ejemplo una flagrante afectación a la seguridad jurídica, pues no quedan claras de antemano cuáles son las reglas a seguir, ni quien será el legítimo adquirente del derecho, y esto genera un problema normativo, no resuelto de modo expreso en el ordenamiento jurídico argentino. Este problema es el objeto de análisis de este trabajo final de grado, específicamente: ¿en qué supuestos el boleto de compraventa inmobiliario es oponible a otros boletos, escrituras públicas u otros créditos sobre el mismo inmueble y de qué modo ello afecta el principio de seguridad jurídica?

Nos resulta sumamente difícil exponer una hipótesis inicial de partida. Sin embargo, consideramos expresar que lo más probable para responder al interrogante sea trazar una analogía jurídica y resolverlo de la manera en que los artículos 1170 y 1171 de la ley 26.994 lo hacen, en tanto que ellos resuelven de modo expreso el caso de controversia entre un boleto de compraventa inmobiliaria y medidas cautelares que intenten trabarse contra un inmueble; y el de un boleto en contra de un concurso y quiebra, respectivamente. Aunque a pesar de ello subsistiría el problema de la afectación a la seguridad jurídica, principio fundamental en un Estado de derecho como el argentino.

Para lograr el cometido aquí enunciado desarrollaremos cuatro capítulos, intentando ir desde lo más general hacia lo más específico. En el primero de ellos abordaremos los aspectos estáticos del boleto de compraventa, es decir que

analizaremos la seguridad jurídica, terminología, el concepto, la naturaleza jurídica y los efectos que acarrea el boleto de compraventa inmobiliario en el territorio argentino.

Por otra parte en el siguiente capítulo analizaremos las relaciones de poder que se generan entre los suscriptores de este instrumento tan utilizado en la actualidad, para a continuación desarrollar uno de sus modos extintivos, más precisamente el de la prescripción del mismo, tanto desde el punto de vista adquisitivo como liberatorio.

En el tercer capítulo analizaremos lo atinente al aspecto dinámico o bien a la oponibilidad del boleto de compraventa. Para ello, comenzaremos estudiando la oponibilidad y el conflicto de derechos que se genera cuando se da el supuesto de que hay más de un derecho respecto de un único inmueble tratándolo de una manera genérica.

Para terminar con un cuarto y último capítulo donde realizaremos el análisis de los distintos supuestos de oponibilidad, ya sea en el ámbito individual como en el ámbito colectivo, como así también a las ejecuciones tanto individuales como a las colectivas.

Finalmente se expondrán las conclusiones a las que arribamos, procurando dar respuesta al problema de investigación aquí abordado, del modo más objetivo posible y poniendo en consideración si se corrobora o desecha la hipótesis inicial de partida.

Todo lo antes expuesto se llevará a cabo mediante una metodología de tipo netamente cualitativa, adentrándose en el marco teórico existente respecto de la temática en cuestión. Es decir, analizado exhaustivamente los antecedentes bibliográficos a los fines de profundizar y captar el sentido de las instituciones jurídicas aquí planteadas, esencialmente lo atinente al boleto de compraventa inmobiliario. Por lo cual el tipo de estudio será eminentemente descriptivo, caracterizando los rasgos principales de los institutos analizados.

Dentro de las fuentes que utilizaremos se encuentran tanto las primarias, como las secundarias y terciarias. En cuanto a las técnicas de recolección y análisis de datos utilizaremos la revisión documental, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia y de la legislación argentina. Cabe finalmente decir en cuanto a la delimitación temporal y el nivel de análisis que nos enfocaremos principalmente a partir de la sanción de la ley 26.994, sin descuidar lo antes mencionado por el código velezano y la reforma introducida por la ley 17.711 y su doctrina dogmática.

Es por todo lo antes mencionado que invitamos al lector a recorrer las páginas de este TFG, en donde encontrará una mirada reflexiva y crítica de la temática abordada y

de la cual podrá sacar sus propias conclusiones.

Capítulo I: Seguridad Jurídica. Origen, naturaleza y formalismo del boleto de compra venta

Introducción

En este primer capítulo abordaremos algunos de los aspectos estáticos del boleto de compraventa. Conceptualizaremos primero la seguridad jurídica como presupuesto del derecho en general y del boleto de compra venta expresando su definición y naturaleza jurídica que lo individualiza. Desglosaremos la figura a la cual se hace referencia a lo largo del presente trabajo, es decir *boleto de compra venta inmobiliaria*, tratando brevemente la terminología de cada una de estas palabras. Por otra parte distinguiremos las diferentes posturas doctrinarias que hay tanto respecto a la naturaleza jurídica de esta figura y la posicionaremos al boleto en la manera en que se utiliza para la constitución de derechos reales.

Clasificaremos los actos jurídicos según lo hace nuestra codificación, para finalmente ubicar la figura a tratar dentro de las clasificaciones vistas.

1.1 Concepto de seguridad jurídica

Entendemos que es de valor plantear el significado de “seguridad jurídica” como la función que persigue el derecho, siendo esta la cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente, sucederá concatenadamente en el futuro como efecto que se produce desde el punto de vista jurídico ante situaciones cotidianas. Por ejemplo, el adquirir un bien con la plena confianza de que será propio de la persona desde que lo compre y que nadie tiene derecho a turbar dicha posesión sería la regla, pero existen distintos supuestos donde quien siendo titular pretende pasar por encima dicho orden y enajena en reiteradas oportunidades, siendo esta una de las situaciones que se tratará en el presente trabajo.

Generalmente se habla de la seguridad jurídica en su doble sentido, la dinámica y la estática; consideramos necesario dar un concepto de las mismas, nos enseña Luis Moisset de Espanés que la seguridad estática “...tiende a proteger al derecho-habiente... (...)...y la seguridad dinámica o del tráfico... (...)... a los terceros que se ven involucrados en la circulación de la riqueza...” ubicando en este último apartado a los acreedores de enajenante y a los potenciales adquirentes del derecho del que es

titular.¹ Es decir que la estática “...atiende a la protección de las titularidades, de las situaciones dadas y consolidadas...” y la dinámica “...la protección de los resultados jurídicos esperables de aquellos hechos o actos modificatorios del orden actual”².

Será este el marco de referencia que desarrollaremos a lo largo del trabajo, disponiéndolos en diferentes unidades, viendo así por un lado su parte estática como por el otro su dinamismo tanto ante ejecuciones individuales como colectivas.

1.2 Terminología, concepto, naturaleza jurídica y efectos del boleto de compra venta

1.2.1 Terminología

La idea en esta primer parte es estudiar el supuesto que analizaremos a lo largo de este trabajo, en adelante procedemos dividiendo el caso en tres piezas, desde un criterio terminológico. Es cierto que la utilización de ciertas palabras y no otras encuentra sentido en cuestiones ideológicas, por ello pasemos a indagar cada uno de estos elementos desde la óptica jurídica:

1) El término “*boleto*” se comprende dentro de lo que son los “instrumentos privados” que no son otra cosa que los documentos que expresan las declaraciones de voluntad de las partes. En otros términos, la manifestación de voluntad de las partes debe plasmarse en un instrumento privado definido por nuestra ley como el instrumento particular firmado como exprese el art. 287 del C.C.C.N. La firma que es prueba de la autoría de la declaración de voluntad podrá consistir en el nombre del firmante o en un signo, la cual deberá ubicarse por debajo del texto como expresan los arts. 916, 3639 y sus notas del C.C., y actualmente el art. 288 del C.C.C.N y que inclusive podrá consistir en una firma digital (Ley de firma digital N°25.506).

2) Se entiende por “*compraventa*”, al acuerdo de voluntades de las partes mediante las cuales una de ellas, el denominado vendedor, se obliga a transferir la propiedad de una cosa, en el caso que analizamos específicamente un inmueble, y la otra, denominada parte compradora, a pagar un precio en dinero según art. 1123

¹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Publicidad Registral”, Ed. Zavalía, 3ra. Edición, Bs. As., 2003, pág. 19.

² Así Gustavo Bono en: ZANNONI, Eduardo A. (Dir.), KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (coord.), *Código Civil y Leyes Complementarias, comentando, anotado y concordado*, Ed. Astrea, Buenos Aires, T. 11, pág. 168.

C.C.C.N. Lo que se tiene en miras es el contrato creador de relaciones jurídicas patrimoniales, aplicado en este caso como el acto jurídico típico de compraventa, es decir el acuerdo de transmitir por un precio dado.

Es importante destacar que en este caso tratamos a la compraventa como el más típico, pero que también hay otros actos jurídicos o contratos que encajan en el supuesto, por su capacidad traslativa, como ser la donación, cesión, permuta, dación en pago, etc. Es por ello que autores como Gabriel Ventura prefieren hablar de “boleto de inmuebles” al momento de citarlos y no llanamente como boletos de compraventa, dejando así abierto el abanico a las demás figuras. También es relevante citar a Luis Moisset de Espanés, quien al momento de brindar una conferencia sobre la temática, critica la modificación en la redacción del art. 1185 bis del código derogado por ley 17.940 que suprime la frase “a título oneroso” cuestión que tal vez no estuviese equivocada en función a que la norma citada habla específicamente de “boleto de compraventa de inmuebles” pero que hubiera sido más correcto que dicha ley mantuviese la exigencia del título oneroso y suprimiese el de “compraventa”.³

3) Y finalmente por “*inmobiliaria*” se refiere a aquellas cosas incorporadas al suelo de manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre, denominados inmuebles por naturaleza, y aquellas que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable, denominados por accesión, que constituyen el objeto entorno a lo que versa el acuerdo de voluntades.

1.2.2 Origen Conceptual y Naturaleza Jurídica

Al intentar llegar a una definición de la presente figura, necesariamente debemos echar mano a su naturaleza jurídica. Es inevitable brindar un concepto de un instituto sin expresar su ser jurídico, puesto que por medio de este ejercicio no sólo caracterizamos la institución, sino que también la distinguimos de entre tantas otras. Por ello es que al estudiar las diferentes posiciones sobre la naturaleza jurídica del boleto de compraventa también estamos analizando su concepto, inclusive sus efectos.

Por naturaleza jurídica entenderemos la esencia y propiedad característica de cada ser que lo hace pertenecer a una especie, género o clase, desde la óptica jurídica. Es decir, su esencia jurídica, lo que hace que un instituto sea lo que es y no sea lo que no es.

³ Conforme conferencia dictada en la Universidad Católica de Salta el sábado 25 de abril de 1970 según texto por él mismo transcripto, págs. 14 y 15.

En doctrina y jurisprudencia se han sostenido dos extremas posturas sobre la naturaleza jurídica del instituto bajo estudio, como también algunos términos medios. Dice Marina Mariani de Vidal que las siguientes son las posturas sobre la naturaleza jurídica del boleto de compraventa de inmuebles: 1) Para algunos es simple promesa de venta no asimilable al contrato de compraventa aun cuando mediara tradición de la cosa, la cual sólo generaría la obligación de hacer u otorgar escritura pública, pero no el derecho de exigir el cumplimiento de ninguna de las obligaciones distintas a la de escriturar; 2) Para otros constituye un contrato de compraventa definitivo y perfecto, que autoriza a demandar el cumplimiento de las obligaciones que en él consten y no solamente la de hacer escritura pública⁴; 3) Para otros, en fin, significaría un contrato por el cual las partes se obligan a otorgar la escritura pública para instrumentar la compraventa, que así devendría forzosa. Comencemos por brindar con un interés sintetizador todos estos enfoques.

Hasta el año 1968 la posición de la doctrina autoral y jurisprudencial era casi unánime al considerar que el boleto de compraventa, como decía Augusto Morello “...tipificaba un anteacto o ante-contrato – contrato preliminar – no traslativo de propiedad, que sólo acordaba el derecho de exigir una obligación de hacer: el otorgamiento de la escritura, de adquisición del dominio... (...) ... constituía un ante contrato mediante el cual las partes convienen las bases y condiciones a que supeditarán la posterior operación definitiva... (...) ... se concluía que no existe contrato de compraventa inmobiliaria a pesar del 1323 c.c. sino cuando se otorga la escritura pública exigida bajo pena de nulidad por el art. 1184 c.c.; aun cuando se hubiera pagado todo el precio y entregado la posesión no significa que haya ejecución de las obligaciones que nacen de esa compraventa”.⁵

Seguidamente, el mismo autor⁶, de su obra citada indica las deficiencias de esta visión por vía de sus consecuencias. Resumidamente plantea que: a) En el contrato definitivo quieren obligarse las partes a aquellas prestaciones sustanciales que forman el objeto del negocio; en el preliminar, sólo desean obligarse a prestar respectivamente una manifestación de voluntad en la cual cada una de ellas se obligará a aquella prestación

⁴ Así opinan además de Jorge Mosset Iturraspe y Augusto Morello, autores tales como Ruben Stiglitz (“Contratos civiles y comerciales”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 402) y Ricardo Luis Lorenzetti (“Tratado de los contratos”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t.I, pág. 338).

⁵ MORELLO, Augusto M., “El Boleto de Compraventa Inmobiliario”, TERCERA EDICIÓN, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, t. I., págs. 2 a 6.

⁶ MORELLO, Augusto M., en el Capítulo II “EL SER (NATURALEZA JURÍDICA) DEL BOLETO DE COMPRAVENTA” “El Boleto de Compraventa...”, ob. cit., t. I., págs. 29 a 40.

que será objeto del contrato definitivo; b) El contrato preliminar vincula a las partes por un lado, pero como no las obliga de firme les deja la movilidad suficiente para discutir el modo de perfeccionar el contenido y la forma del contrato definitivo; c) Se excluye la posibilidad de que la contraparte pueda obtener coactivamente la ejecución específica de la obligación incumplida; admiten que el único remedio legal lo constituye el resarcimiento de los daños y perjuicios. Y así se exponen una serie de consecuencias, de las cuales aquí sólo planteamos las principales.

Expresa en esta línea Jorge Mosset Iturraspe que *“si las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual se deben someter como a la ley misma ¿Por qué entonces no hemos de respetar el boleto que los particulares-celebrantes quieren hacer, con los efectos que ellos pretenden acordar? ¿Por qué cuando de las estipulaciones se desprenden consecuencias propias de la compraventa inmobiliaria – básicamente los deberes de entregar la cosa vendida y de pagar el precio de compra, para uno y otro, y para ambos el de hacer la escritura traslativa de dominio – hemos de convertir ese acuerdo, con la burla de los fines buscados, en otro del cual sólo nace la obligación de escriturar?”*⁷

No es distinta la opinión de Augusto Morello quien dice: *“...el boleto de compraventa privado no constituye entre nosotros un contrato preliminar, en el sentido o alcance con que es definido por la doctrina... (...) ... es un verdadero contrato de compraventa en firme, serio y definitivo, perfecto en sí mismo, esto es, como contrato de compraventa, y que la exigencia de escritura pública (art. 1184, inc. 1) es un requisito formal que hace al modo de adquisición del dominio, con independencia de la compraventa en sí... (...)... que el otorgamiento de la escritura no hace sino ejecutar el contrato de compraventa concluido el que, para nuestro sistema positivo, aun tratándose de inmuebles, no deja de ser consensual (art. 1323, cód.civ.)”*.⁸

Como conclusión de la postura reseñada diremos que el boleto de compraventa inmobiliaria es un contrato en todas sus letras pero que solo otorga una validez obligacional y que mediando la escritura pública no se hace más que cumplir la formalidad requerida para finalizar con la adquisición del dominio; receptando esta distinción de contrato obligacional y título de dominio.

Por otro lado Spota, entiende al boleto como contrato de primer grado o

⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge., “La Discutida Naturaleza...”. ob. cit. págs. 11 y 12.

⁸ MORELLO, Augusto M., “El Boleto de Compraventa...”, ob. cit., t. I., págs. 43 a 45.

preliminar que obliga a celebrar el contrato de cumplimiento o de segundo grado.⁹

Hasta aquí hemos expuesto las posiciones extremas, tocando el turno de indagar sobre las variantes que se verifican en las posturas intermedias, las cuales se centran en la discusión sobre si dicha figura preparatoria permite la exigibilidad coactiva de las obligaciones de pagar el precio y entregar la cosa o sólo la de escriturar. Obviamente que si predicamos del caso un contrato definitivo todas las obligaciones son exigibles bajo ejecución forzosa art.730 del C.C.C.N., la duda se presenta cuando nos ubicamos en la órbita del contrato preliminar.

Gustavo Bono expresa que *“el boleto de compraventa inmobiliaria es un precontrato –promesa de venta -, que genera la obligación de escriturar (venta forzosa) y adicionalmente de hacer tradición y de pagar el precio, siendo nulo como compraventa, por falta de forma”*.¹⁰ Por otro lado Ventura¹¹ entiende que el boleto de compraventa no genera ni para el comprador ni para el vendedor, la obligación de transferir la propiedad de una cosa ni la de pagar un precio en dinero, hasta que no hayan cumplido previamente con la formalidad exigida de ser realizado mediante escritura pública. Continúa diciendo el autor que por esta razón es coherente que la figura genere sólo la acción tendiente a conminar el cumplimiento de la escritura que no otra que la acción de escrituración, esto sobre la base del novedoso art. 969 que expresa: *“los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la formalidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad...”*.

Se plantea también las similitudes legales que existen entre el boleto y la compra venta, y el campo normativo que abarcaría a cada una de estas figuras, viendo si el mismo se extralimita a la posición que tienen en el articulado los diferentes artículos o si lo hace de manera integral y a ambas figuras se les aplican los mismos principios, sobre esto dice Augusto Morello que *“...se observaba y observa una marcada inseguridad en cuanto al deslinde de las normas que estarían regulando el iter del*

⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge., “La Discutida Naturaleza...”. ob. cit. págs. 17 a 22.

¹⁰ BONO, Gustavo A., “El adquirente por boleto de compraventa y los acreedores del vendedor”, Revista LA LEY Nro. 211, Id SAIJ: DACA950190, 1995, pág.1.

¹¹ VENTURA, Gabriel B., “Forma y prueba...”, ob. cit., trabajo publicado en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (<http://www.acaderc.org.ar/>), págs. 9 a 11.

boleto, de aquellas otras que conciernen a la compraventa consumada por escritura pública. Y si entre sí tienen propias e independientes. Más claro: algunos preceptos legales se vincularían únicamente a contratos de compraventa perfectamente acabados o consumados en virtud de haber otorgado la escritura pública de dominio, porque suponen una compraventa perfecta, tratándose de inmuebles. Esto último rige con respecto a los artículos 1412 y siguientes del Código Civil, que prevén las obligaciones del vendedor. Esas disposiciones no podrán ser aplicables a una mera promesa, ante acto o precontrato, como se designa al boleto.”¹²

1.2.3 Ubicación del boleto en la dinámica constitutiva de los derechos reales

Este es un punto sobre el cual existe coincidencia de la doctrina toda, y es que el boleto de compraventa inmobiliario queda confinado al campo de los derechos personales.¹³ Ahora bien, no obstante la diferenciación esencial entre derechos personales y derechos reales, existen vínculos entre los mismos, por caso un contrato que viene a ser la causa o título para que quede constituido el derecho real, o los derechos reales de garantía que resultan accesorios de un personal.¹⁴ En definitiva, lo que pretendemos en este segmento es determinar cuál es la ubicación del boleto de compraventa en la dinámica constitutiva del derecho real de dominio.

a) Dominio Perfecto: título, modo, y publicidad suficientes

Es sabido que Dalmasio Velez Sarsfield siguió en cuanto a la constitución de los derechos reales al derecho romano al mismo tiempo que se alejó del derecho francés, y que por ello se adoptó la teoría del título y modo.¹⁵ Mientras que la doctrina mayoritaria predicaba que era aplicable a las adquisiciones derivadas entre vivos, la contraria agregaba que era adaptable a todo tipo adquisitivo, no sólo derivadas entre vivos sino también mortis causae, inclusive a las originarias.¹⁶ En cuanto a la ubicación de la registración, hubo doctrinas encontradas igualmente, entendiendo Ventura que “...la

¹² MORELLO, Augusto M., “El Boleto de Compraventa...”, ob. cit., t. I., pág. 12.

¹³ MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derechos Reales”, 7ma. Edición actualizada, Ed. Zavallia, Buenos Aires, 2004, t. 1., pág. 144..

¹⁴ MUSTO, Néstor Jorge, “Derechos Reales”, Ed. Astrea, C.A.B.A., 2007, págs. 52 y 53.

¹⁵ Véase nota al art. 577 del C.C.

¹⁶ Así Gabriel Ventura en “Dinámica de la constitución de los derechos reales y su repercusión registral” publicado en Anuario de Derecho Civil V – Ed. Alveroni – 1994, pág. 187 y sgtes.; y Fernando López de Zavallia en “Derechos Reales”, Tomo I, citado por el anterior.

inscripción registral no integra ni el título ni el modo; pero... (...) ...si por alguna circunstancia debiéramos pronunciarnos por incluirla dentro de alguno de estos elementos, nos inclinaríamos a relacionarla más con el título”¹⁷, y por otro lado Bono, que supone que “...la registración del título es un complemento del modo, para la oponibilidad del derecho real”.¹⁸

Arribando la postura mayoritaria a través del art. 1892 del C.C.C.N. que reza: “*La adquisición derivada entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes*”. El título suficiente es “...*un acto jurídico que tiene por finalidad transmitir un derecho real sobre la cosa objeto del negocio revestido de las formalidades establecidas por la ley y otorgado por un disponente capaz y legitimado al efecto*”¹⁹. Mientras que el modo suficiente es por regla la tradición respecto de los derechos reales que se ejercen por la posesión, y será la inscripción el modo suficiente, cuando esa registración esté dispuesta con efectos constitutivos (automotores y equinos pura sangre de carrera). Para más, debe ser realizada por personas capaces y legitimadas al efecto.

Por lo tanto, con el título suficiente (compraventa en escritura pública) y el modo suficiente (tradición), donde los otorgantes sean capaces y estén legitimados, se producirá la transmisión del derecho real sobre inmuebles. Supongamos, siendo optimistas, que se encuentra ese título debidamente inscripto en el Registro de Inmuebles (Registro General de la Provincia, en Córdoba), de manera que estaremos en el campo de un dominio plenamente eficaz. Dicho de otra forma, se han cumplimentado con todos los requisitos, el título, el modo, y la publicidad, todos suficientes.

b) El boleto de compraventa inmobiliaria como título

Evidentemente el supuesto que nos compete es patológico pues se trata de un título insuficiente por defecto de forma.

No obstante creemos que el boleto de compraventa se ubica en el título de esa fórmula adquisitiva de los derechos reales, el que sin ser suficiente por falta de la forma requerida por la ley mediante el art. 1892, ni poseer una eficacia traslativa real,

¹⁷ VENTURA, Gabriel B., “Dinámica constitutiva de...”, ob. cit., págs. 191 y 192.

¹⁸ BONO, Gustavo A., “Los títulos y su oponibilidad”, Conferencia pronunciada en el acto de clausura de sesiones del Instituto de Cultura Notarial (año 1994), del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba.

¹⁹ CAUSSE, Federico, y PETTIS, Christian R., “Incidencia del Código Civil y Comercial - derechos reales”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, pág. 59. Esto era y es así, viniendo lo de “suficientes” – pongámosle nombre – desde la doctrina de Alterini.

tiene como objetivo la obtención de la misma y el perfeccionamiento del mismo.

Para esto nos basamos en supuestos posibles de la teoría del título y modo:

1) Imaginemos que se ha suscripto un boleto de compraventa pero que no ha existido tradición, es decir, existiría un título deficiente y no modo. Aquí el comprador deberá cumplir con la previa ejecución forzada de la obligación de escrituración para luego reclamar la entrega del inmueble, o, el pago del precio, si se tratase del vendedor, ambas son obligaciones de efecto mediato o indirecto; 2) Que se ha firmado el boleto y el vendedor ha hecho tradición de la cosa en cumplimiento de dicha obligación, entonces existiría título insuficiente y modo suficiente. Destacamos que si el boleto se encontrare inscripto supondrá un derecho personal de eficacia plena en su oponibilidad, al menos contra quienes lo hubiesen suscripto.

Finalmente aclaramos que la doctrina por lo general habla de que la causa eficiente “*precede*” al modo²⁰ sin aclarar que tal precesión no debe ser interpretada con un criterio temporal. Para seguir utilizando el ejemplo visto, en donde suscripto el boleto la vendedora entrega el inmueble, tendremos, cronológicamente, primero el modo y luego el título (escrituración posterior), con lo cual no importa el orden en el que se reúnen los requisitos sino que estén efectivamente reunidos. El criterio con el que debe interpretarse lo de “*precedente*” es eminentemente teórico siendo la causa el justificante de tal acto dispositivo.

1.3 El formalismo en el derecho

1.3.1 Distintas acepciones de *La Forma*

El formalismo acompaña a la disciplina jurídica desde sus comienzos, podemos ver como desde el derecho romano existen gran cantidad de fórmulas sacramentales y solemnidades a los fines de dar validez a determinados actos jurídicos.

Previo a ingresar a la clasificación de la misma es importante conceptualizarla. Podríamos comenzar diciendo que existe una noción general, que existe más allá de los límites del derecho pero que no por ello es no jurídica. La forma en sentido amplio es el envase o la exteriorización de algo que aun no había obtenido presencia material en el mundo fáctico.

Los autores suelen definirla como la exteriorización de las cosas no

²⁰ Por ejemplo Federico Causse y Christian R. Pettis en la obra citada, pág. 58.

corpóreas, puesto que las corpóreas ya tienen forma, precisamente, su cuerpo. Creemos que la definición tropieza con un error en nuestra disciplina toda vez que habla de “cosas no corpóreas” y allí es donde confunde nuestra tradición, *por cuanto el género son los bienes, y las especies, las cosas y bienes en sentido estricto. Así, las cosas son los objetos materiales y los bienes los inmateriales, ambos susceptibles de valor económico, de manera que es incorrecto hablar de cosas no corpóreas en nuestro sistema jurídico ya que las cosas ya están dotadas de materialidad, procurando que lo correcto sería plantear que la forma es la exteriorización de “lo no corpóreo”.* Admítase que la observación que realizamos es de tipo técnico-terminológico y que en definitiva la idea que se pretende expresar es correcta.

Entendemos, que existe una versión de forma en un sentido amplísimo que rebasa las fronteras de lo jurídico y que podría definirse como la manifestación o exteriorización de lo no corpóreo no acotado a la manifestación de la voluntad, pues no hay que olvidarse de la existencia también de hechos cuya materialidad se encuentra ínsita en la misma denominación, en donde no existe voluntad humana alguna, y que “... *si produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas*” llamaremos “hechos jurídicos” art. 257 C.C.C.N..

Luego de este concepto amplísimo de forma procedemos desarrollar dos nociones más específicas y más técnicas. En primer lugar, el artículo 262 de la legislación fonal estriba la noción de forma amplia en relación a la manifestación de la voluntad. Expresa el último que “*Los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material*”. A esto se le suma el art. 260 ambos del C.C.C.N por cuanto dispone que “*El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiestan por un hecho exterior*”. Es decir que, para que exista un acto voluntario cualquiera fuera su contenido es menester su exteriorización, es necesaria una forma en tanto “...*molde exterior o continente que encierra tal contenido*”²¹; caso contrario se verificarían vicios de la voluntad (error, dolo o violencia) que supondrían la posibilidad de invocar la ineficacia del acto jurídico.

Llegando al último círculo conceptual sobre la forma corresponde el

²¹ BUTELER CÁCERES, José A., “Manual de Derecho Civil-Parte general”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, pág. 289.

tratamiento de ella en cuanto a los actos jurídicos.²² Es en esta graduación que vamos desde la forma es su noción más genérica hacia su principio más definido, la forma en relación a los actos jurídicos no es otra cosa que la manera de manifestación de voluntades de las partes en función a esos actos en particular. Oportuno es citar el art. 973 del código derogado que decía: “*La forma es el conjunto de prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar*”.

Sintetizando lo tratado, encontramos tres nociones de *forma*: 1) Una amplísima que se corresponde con la materialidad suficiente que debe tener todo hecho; 2) Una amplia relacionada con la manifestación de la voluntad; 3) Y una restringida, que tiene que ver las solemnidades prescriptas por la ley a la hora de manifestar la voluntad en determinados actos jurídicos.

1.3.2 Clasificación de los actos jurídicos

Trabajando sobre el tercer sentido antes descrito es que se clasificarán los actos jurídicos en *formales* y *no formales* “...no apuntando a si tiene o no forma, puesto que todo acto jurídico la necesita aunque más no sea en una mínima expresión, sino aludiendo a la exigencia legal de una concreta y determinada forma”.²³ Debemos acentuar que la regla es la libertad de formas, dándole la posibilidad a las partes de establecer una más exigente a la impuesta por la ley como reza el art. 284 C.C.C.N., o sea que, en el ámbito de la manifestación de la voluntad la informalidad es generalidad y la formalidad impuesta por la ley es la excepcional.

A su vez, existe una subdivisión dentro de los actos formales, los cuales pueden ser *ad solemnitatem* o *ad probationem*, es decir las exigencias a los fines de su validez o eficacia, y a los fines probatorios, respectivamente. Para una mayor comprensión sobre el tema podemos citar a Raymundo M. Salvat quien en su Tratado expresa a modo de conclusión que deben distinguirse en el derecho civil argentino desde el punto de vista de su forma tres clases de actos jurídicos: Actos no formales,

²² Art. 259 C.C.C.N.-Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

²³ VENTURA, Gabriel B., “Forma y prueba...”, ob. cit., trabajo publicado en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (<http://www.acaderc.org.ar/>), pág. 3.

actos formales no solemnes, y finalmente los actos formales solemnes.²⁴ Como ejemplo de lo primero, el maestro cordobés, nos enseña que existen actos formales y no formales, y que los formales propiamente dichos son aquellos donde la forma está impuesta imperativamente por la ley y bajo pena de nulidad, por ejemplo: ... las donaciones de bienes inmuebles deben ser hechas ante escribano público, bajo pena de nulidad (art. 1810, inc. 1º). Seguidamente dice que es de utilidad subdistinguir a los actos formales en *solemnes* y *no solemnes*. En los solemnes la forma es verdaderamente propia al acto y su inobservancia, a más de acarrear la nulidad insanable, produce que el acto no pueda producir efectos, exponiendo como ejemplo al matrimonio. Además expresa que hay actos formales propiamente dichos que no son solemnes, y en los cuales la inobservancia de la forma de todas maneras permitirá que se produzcan en su plenitud los efectos específicos y que no habrá obstáculo para que el mismo genere los efectos especialmente reglados, refiriéndose aquí, precisamente, al boleto de compra y venta. Más adelante equipara a los actos formales propiamente dichos con la forma *ad solemnitatem* y lo diferencia del *ad probationem*.²⁵

Depurando la clasificación, los actos formales pueden ser *ad solemnitatem* en tanto las exigencias estén dispuestas bajo sanción de nulidad o *ad probationem* a los meros efectos probatorios, dejando a salvo la eficacia del acto y existiendo la posibilidad de acudir a cualquier otro medio para dar cuenta de la existencia del acto.

Del art. 285 del actual código se desprende la subclasificación en *absolutos* y *relativos* de los actos donde las prescripciones de la ley están dispuestas *ad solemnitatem*. Reza la norma que “*El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo pena de nulidad*”.

Entonces, serán *absolutos* aquellos casos donde el incumplimiento de las formalidades traiga como sanción la inexistencia de efecto alguno del acto jurídico, es decir la nulidad total; mientras que serán *relativos* cuando existe una imposibilidad de los efectos propios de ese acto jurídico pero que genera otros tantos como el de elevar el mismo a la formalidad requerida, es decir, se produce una nulidad parcial. Cabe aclarar que esto de la nulidad total o parcial es en un sentido cualitativo y no en el sentido en

²⁴ SALVAT, Raymundo M., “Tratado de Derecho Civil Argentino-Parte General”, Décima Edición, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, t. II., pág. 244.

²⁵ BUTELER CÁCERES, José A., “Manual de Derecho ...”, ob.cit, págs. 290/1

que lo utiliza el novedoso art. 389 del C.C.C.N. en el campo de las nulidades, que no es otro que el cuantitativo.²⁶

Como ejemplo de los actos formales *ad solemnitatem* absoluto podemos citar el art. 1552 del nuevo Código Civil y Comercial, el cual expresa que “...*deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas vitalicias*”.

Y como ejemplo de los relativos encontramos el caso que nos compete en este trabajo, el boleto de compraventa en materia inmobiliaria, que procedemos a tallar en el apartado siguiente.

1.3.3 El boleto de compraventa inmobiliaria y su forma

La forma de la compraventa inmobiliaria exigida por el Código Civil y Comercial de la Nación es la de la escritura pública. Así lo estipula el 1017 inc. a) de la actual codificación. Es decir que se exige la escritura pública para todo acto que tenga por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles y su incumplimiento produce, en términos de López de Zavalía, una “nulidad efectual”, puesto que más allá de que el acto tenga validez, no será con sus efectos normales sino la exigibilidad de cumplir con la forma requerida.²⁷

En clave de lo desarrollado en el punto anterior, el boleto de compraventa sería un acto formal *ad solemnitatem* relativo, de manera que el boleto de compraventa en tanto título es insuficiente por defecto de forma y no produce la transmisión de derecho real alguno sino sólo los de cumplir con la solemnidad petitionada. Claro está que si reúno el título suficiente y a esto le sumo el modo suficiente tendré un derecho real de dominio plenamente eficaz.

Podemos decir que por lo general, “...*el boleto consiste en un contrato instrumentado en un documento privado; no en un acuerdo meramente verbal...*”²⁸.

²⁶ Art. 389 C.C.C.N.- Principio. Integración. Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones.

La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total.

En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes.

²⁷ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Teoría de los contratos” – Parte General, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1975, pág. 202, aludido por Gabriel B. Ventura en la obra citada.

²⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge., “La Discutida Naturaleza Jurídica del Boleto de Compraventa ¿Contrato preliminar de promesa o contrato obligacional definitivo? Consecuencia de una y otra

Ahora bien, la acreditación de la existencia de tal contrato evidentemente se verá facilitada con la existencia del instrumento privado, pero su falta no obsta la posibilidad de probarla acudiendo a otros medios probatorios. Es decir que la exigencia de que sea escrito es *ad probationem*, al sólo efecto probatorio, y que a partir del acuerdo de voluntades el contrato ha adquirido vida.

Sobre lo expresado podremos, entonces, probar la existencia del convenio con la limitación, del art 1019 del C.C.C.N. que dispone: “*Los contratos que sea de uso instrumental no puede ser probados exclusivamente por testigos*”. Así “...*el instrumento privado es en principio el elemento necesario para acreditar su existencia. Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido que cuando no exista boleto, o la libreta de pagos de las cuotas, puede ello ser suplido por otros elementos indubitables que acrediten la existencia de la operación (CNCOM., Sala C, 25-6-82, Lodema SRL c/ Ponce de León, Miguel A. L.L. 1982-D-396)*”²⁹.

Conclusiones parciales

En conclusión de este capítulo podemos decir que, según la terminología vista, puntualmente la temática del *boleto de compra venta de inmuebles* va a consistir en un acuerdo de voluntades entre las partes mediante el cual el vendedor se compromete a transferir el dominio de un inmueble y el comprador a pagar un precio en dinero, todo esto plasmado en un instrumento privado.

Acerca de la naturaleza y sus extremas posturas las cuales no consideramos las más adecuadas, personalmente nos ubicamos en aquellas que flotan entre los absolutos, creemos que de aquí salen las mejores interpretaciones y de donde sacamos nuestro propio criterio el cual, siguiendo a Fernando López de Zavalía³⁰, decimos que la figura participa de una doble denominación revistiendo el carácter de compraventa nula por defecto de forma y como contrato preliminar bilateral válido.

Se trata entonces de un contrato preliminar que genera los siguientes efectos: 1) De manera inmediata o directa, la obligación de escriturar cuya ejecución

posición”, trabajo publicado en la Revista de Derecho Privado y Comunitario, “Boleto de Compraventa”, 2000-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s/f, pág. 23.

²⁹ ROITMAN, Horacio y DI TULLIO, José A., “Boleto de Compraventa y Quiebra del Vendedor”, trabajo publicado en la Revista de Derecho Comunitario, “Boleto de Compraventa”, 2000-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s/f, págs. 154-155.

³⁰ LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, “Teoría de los Contratos-Parte especial”, v.I, pnto. 63, pág. 290 y sgtes.

forzosa adopta la cara de la acción de escrituración y; 2) De manera mediata o indirecta, las típicas de la compraventa. Por ende suscripto el boleto, nace la obligación de hacer que recae en ambas partes (obligación común), donde en caso de incumplimiento de alguna de ellas la ley otorga la posibilidad de acudir a la acción de escrituración. Imaginemos el caso en que el vendedor aún no ha hecho la tradición de la cosa, o, el comprador no ha pagado lo acordado, ninguno de ellos podrá impetrar acción de cumplimiento de estas obligaciones sino después de acudir por la vía de la escrituración. Por estas razones es que llamamos al primero efecto inmediato o directo, y al segundo efecto mediato o indirecto, como el de entregar la cosa y pagar el precio, que solo sucederían ante el cumplimiento del primero.

En cuanto a las similitudes que acarrearán el boleto y la compra venta, basándonos en lo que Morello expresó, pensamos que la cuestión debería tener desarrollos mayores, es decir, si entendemos al boleto como un contrato preliminar, las normas dispuestas a partir del Título IV “*Contratos en particular*”, Capítulo 1 “*Compraventa*”, sin incluir, todo dentro del Libro III de nuestro Código de fondo, son aplicables sólo a la compraventa formalizada en escritura pública. Siendo que muchas de estas tienen capacidad de ser aplicadas en el boleto de igual manera. Por ejemplo; expresa el art. 994 del C.C.C.N. que “*los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo*”. De esta proposición puede deducirse la necesaria presencia en el boleto de los elementos de la compraventa inmobiliaria, como el acuerdo de voluntades a los fines de la transmisión de la propiedad a cambio precio. Se puede decir que esta idea es utilizada como argumento de que la figura en estudio es un verdadero contrato definitivo y perfecto³¹. Lo cierto es que son aplicables estas normas de manera refleja sin constituir razón suficiente para fundirlo en una compraventa definitiva. Sólo se permitirían contratos preliminares en el campo de la atipicidad contractual, lo cual no tiene sentido.

En cuanto a si el boleto de compra venta sirve para constituir derechos reales llegamos a que la figura es una causa eficiente con un propósito traslativo, y que da pie a la tradición, donde finalmente el traspaso real se producirá cuando dicho propósito traslativo se materialice con la escrituración, a partir de la cual lo hará

³¹ MORELLO, Augusto M., “El Boleto de Compraventa...”, ob. cit., t. I., pág. 45. MOSSET ITURRASPE, Jorge; “La discutida naturaleza jurídica del boleto de compraventa...” Ob. Cit. pág. 17.

propriadamente título suficiente.

Finalmente como conclusión de la cuestión de forma tratada, la encajonamos dentro de un acto formal, *ad solemnitatem*, relativo, de manera que es título es insuficiente por defecto de forma, pero a criterio personal con efectos actuales.

Capítulo II: Aspecto estático del boleto de compra venta

Introducción

En el presente capítulo analizaremos las relaciones de poder, tanto de hecho como de disponibilidad, que se generan entre los suscriptores de este instrumento tan utilizado en la actualidad. Conceptualizaremos las figuras de la posesión y la tenencia según nuestra codificación, marcando las diferencias entre ambas y los elementos que las componen, para luego seguir con la clasificación de las mismas, en legítimas e ilegítimas, dentro de esta segunda en de buena o mala fe, y finalmente dentro de esta segunda en simples o viciosas. Analizaremos posteriormente las diferentes posturas que se toman a lo largo del tiempo con respecto a la relación de poder que otorga el boleto.

Finalmente desarrollaremos la prescripción en sus diferentes acepciones, tanto desde el punto de vista liberatorio como adquisitivo, y si el boleto funciona como justo título en esta segunda.

2.1 El boleto de compra venta y las relaciones de poder

2.1.1 Posesión y tenencia

Las relaciones de poder no deben ser confundidas con los derechos, estas implican un contacto físico o material de una persona con una cosa, con independencia de la existencia de un derecho que legitime su existencia.

Estas relaciones de hecho están compuestas por dos aspectos según Alberto Molinario³², por un lado, la relación de disponibilidad y, por el otro, la posición anímica. Así, el primero es definido como la relación material o inmaterial que se traduce en el contacto físico de la persona con el objeto de la relación o en la posibilidad de establecerlo y disponer material o jurídicamente de la cosa (relación suficiente); y el segundo, que abarca no solamente el aspecto volitivo sino también a otros que hacen al aspecto intelectual o cognoscitivo, como la situación psicológica del sujeto al tiempo de instalar la relación de disponibilidad en orden a las facultades que quiere adquirir respecto del objeto de la relación y al conocimiento o creencia que tiene acerca de la licitud de la misma. En resumidas cuentas, observando estos elementos, los actos materiales del sujeto por medio de los cuales se traduce su posición anímica, es que

³² MOLINARIO, Alberto, “De las Relaciones Reales”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1981, págs. 115 a 133.

calificaremos cuál es la relación de poder de que se trate.

Podemos decir que lo dicho nos permite explicar, no sólo las relaciones de poder reguladas expresamente por nuestro Código Civil y Comercial, sino que también la yuxtaposición local. Que se describe como el supuesto en que existe un contacto físico, una cercanía indiscutible, pero lo que varía es la posición anímica en la que se ausenta la voluntad, lo que puede ser una relación que va en contra de ella, por ejemplo el caso de quien es apresado respecto de las esposas, o porque no se tiene conciencia de la misma, el supuesto donde una persona apoya un reloj sobre el pecho de otra que se encuentra dormida.

Describiremos las características centrales de la posesión y la tenencia con la intención de calificar, posteriormente, la relación de poder que titulariza quien adquiere el inmueble en virtud de un boleto de compraventa.

Es evidente que tanto Vélez Sarsfield como el nuevo ordenamiento siguen lo que la doctrina ha llamado teoría clásica o subjetiva de Savigny a la hora de definir la posesión y la tenencia. Del art. 1909 surgen los dos elementos, el *corpus* y el *animus domini*, por cuanto reza que existe posesión “...cuando una persona, por sí o por otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”, en su primera y segunda parte respectivamente. Y del art. siguiente, al definir la tenencia, nos enseña que se da “cuando una persona, por sí o por otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor”, aquí sólo existe *corpus*. En palabras de Molinario, en ambos casos existe una relación de disponibilidad, mientras que lo que varía es la disposición anímica. El poseedor se comporta como el titular de un derecho real, lo sea o no, y el tenedor reconoce en otro un señorío jurídico superior.

Como contraposición el autor alemán Ihering, expresa que el elemento objetivo del *corpus* “no ofrece dificultades pero no ocurre lo mismo con el elemento subjetivo, que no sólo resulta de difícil prueba, sino que puede variar sin que se manifieste en signos exteriores”³³, resultando de ello una prueba *diabólica*, es decir, de casi imposible producción. De esta suerte, entiende que la posesión y la tenencia se componen del elemento material y que la diferencia está dada, en la tenencia, por una disposición legal que la convierte en tal, es decir causa que una al detentador con el propietario. Por lo tanto la doctrina autoral ha reconocido que esta discusión en verdad

³³ MUSTO, Néstor J., “Derechos Reales”, Ed. Astrea, C.A.B.A., 2007, pág. 152.

no tiene mucho sentido porque el elemento subjetivo (el *animus*) no puede probarse sino por medio del objetivo, por lo tanto ambas teorías se funden en el mismo procedimiento probatorio.³⁴

2.1.2 Clasificación

Parte de la clasificación surge del art. 1916 del C.C.C.N., expresa que las relaciones de poder pueden ser legítimas o ilegítimas. La legitimidad se presume salvo prueba en contrario y se definen por exclusión interpretando en sentido contrario la segunda parte del dispositivo que dice que “*son ilegítimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley*”.

A su vez, las ilegítimas pueden ser de buena o de mala fe, cuya determinación se realiza al comienzo del art. 1920. Se determina de buena fe si el sujeto no conoce ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad, según art. 1918. Aquí, le toca a la mala fe definirse por exclusión puesto que si no nos encontramos en el campo de la buena fe estaremos en el de la mala fe.

La última clasificación, se desprende de la posesión ilegítima de mala fe, en la subclasificación de *simple o viciosa*. Por regla será simple, y estaremos en la viciosa “*...cuando es de cosas muebles adquiridas por hurto, estafa o abuso de confianza; y cuando es de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza...*”.³⁵

2.1.3 Relación de poder otorgada por el boleto de compraventa inmobiliario

El presente es un tema de variadas posturas, las cuales han ido variando desde antes del año 1968, es decir, previo a la reforma de la Ley 17.711, donde se verificaban centralmente tres grandes posturas: 1) La primera y más numerosa entendía que existía una posesión legítima con fundamento en el art. 2355 del C.C. que en aquel momento rezaba “*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 fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiriera del que no tenía derecho a poseer la*

³⁴ KIPER, Claudio, “Manual de Derechos Reales”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, pág. 55.

³⁵ Art. 1921 del C.C.C.N.

cosa, o no lo tenía para transmitirla”, donde el “título” al que se refiere es la fuente o causa eficiente que da origen a la posesión, sin darle importancia al instrumento en que consta el acto jurídico; 2) En segundo orden, una doctrina contraria radicalmente, que proponía a la posesión como ilegítima por cuanto el modo de adquirirla es insuficiente; 3) Y finalmente, aquella que entendía que era legítima solo respecto del vendedor.

Con la reforma de la Ley en cuestión, intentándose dar respuestas a necesidades y problemas que se suscitaban, es que de una manera más política que jurídica que se incorpora al art. 2355 la segunda parte que rezaba: “*Se considerará legítima la adquisición de la posesión de inmueble de buena fe, mediando boleto de compraventa*”.

Surgen allí nuevamente distintas posturas, en el primer grupo encontramos autores que consideran la posesión legítima en función a que pasan a ser los adquirentes titulares de un derecho real³⁶, algunos hablando de un dominio impropio y otros de un derecho real de posesión. Inclusive están aquellos que entienden que se trata de una posesión legítima en sí misma y otros que opinan que sin serlo se considera legítima.³⁷

Quien más fundamentos brinda de esta posición es Augusto Morello quien entre otros expone: “*Posesión legítima (nuestro parecer). En suma, si existe ‘título suficiente’ y se ha observado el ‘modo’ (tradicón) no cabría ilegitimidad de la posesión, ... (...) ...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 accipiens (comprador) la ha recibido de conformidad... (...)... no tiene todavía el dominio, pues ese derecho fluyente se va haciendo, pero el legislador lo ha potenciado reconociéndole el carácter de poseedor legítimo. O sea, que tiene una posesión legítima con base en un contrato que es fuente, como título (acto o causa) sustancialmente suficiente para hacer adquirir el dominio, pero formalmente todavía insuficiente (es instrumento privado y no escritura pública). Esa posesión legítima es por todo ello más que la simple tenencia y algo menos que la que ejerce el titular de dominio. En concepto de IHERING está muy cerca de la tenencia absoluta llamada también pura... ”³⁸.*

Desde el otro costado, en el segundo grupo, encontramos aquellos que

³⁶ Así Luis Moisset de Espanés en Conferencia dictada en la Universidad Católica de Salta el sábado 25 de abril de 1970 según texto por él mismo transcrito, pág. 16..

³⁷ MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derechos Reales”, 7ma. Edición actualizada, Ed. Zavallia, Buenos Aires, 2004, t. 1., pág. 146.

³⁸ MORELLO, Augusto M., “El Boleto de Compraventa...”, ob. cit., t. I., págs. 107 a 110.

sostienen que se trata de una posesión ilegítima por falta de título³⁹ y además, de mala fe, porque su posesión no es el ejercicio de un derecho real constituido de conformidad con las exigencias legales, y por más sincero en su credulidad que sea el individuo, no puede alegar buena fe, amparándose en un error de derecho que la ley no dispensa.⁴⁰

Por último con la entrada en vigencia del nuevo texto legal, ya no tenemos el art. 2355 segunda parte del Código Civil, sino que encontramos en la Ley 26.994 el art. 1916 como antes citamos, y dice: *“Las relaciones de poder se presumen legítimas, a menos que exista prueba en contrario. Son ilegítimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de ley”*.

Poco se habla sobre el tema en la doctrina actual siendo una postura la que hace Claudio Kiper que entiende que *“...el adquirente de la posesión con boleto de compraventa, si bien no es titular de un derecho real, sí cuenta con un derecho personal. El Código, en el artículo 1916, dice que la relación de poder es legítima cuando importe el ... (...) ... De tal forma, el nuevo Código incluye a los derechos personales, por lo que bien puede considerarse que el poseedor con boleto de compraventa es legítimo, aun cuando no ejerza un derecho real que aún no adquirió”*.⁴¹

2.2 El boleto de compra venta y la prescripción

2.2.1 Su doble función

La prescripción es una institución que nace en el derecho romano, desde donde Vélez Sarsfield nos enseñaba en el art. 3947 del C.C. que *“...los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción”*, respectivamente. Y a partir de allí procedía a reglamentar ambas, la adquisitiva o usucapión y la liberatoria.

La doctrina ha discutido largamente sobre si la prescripción es una única institución con una doble manifestación o si, por el contrario, se trata de dos instituciones distintas. Nos enseña Moisset de Espanés que el fundamento de ambas es el mismo y que no es otro que el orden público; se busca brindar seguridad y estabilidad a las relaciones jurídicas. Pero que si se puede distinguir el fundamento social de una y otra: Como la relación jurídica obligacional tiene como característica esencial la temporalidad y está destinada a extinguirse, lo que normalmente ocurre con el

³⁹ MORELLO, Augusto M., “El Boleto de Compraventa...”, ob. cit., t. I., pág. 100.

⁴⁰ BONO, Gustavo A., “El adquirente por boleto de compraventa y los acreedores del vendedor”, Revista LA LEY Nro. 211, Id SAIJ: DACA950190, 1995.

⁴¹ KIPER, Claudio, “Manual de Derechos...”, ob. cit., pág. 74.

cumplimiento de la prestación, se considera que una persona no puede estar sujeta eternamente por el vínculo jurídico, y si hay inactividad de las partes durante cierto tiempo, es lógico que se produzca la extinción de la relación jurídica obligacional, liberando al deudor de la sujeción patrimonial; respecto de la usucapión al grupo social le interesa que los bienes sea utilizados de manera provechosa, porque la ventaja que de ellos se sacan no sólo benefician al que los utiliza, sino que incrementan globalmente la riqueza de la colectividad.⁴²

En este trabajo nos interesan ambas nociones de prescripción, por un lado, la liberatoria en función de las obligaciones, principalmente la de escriturar, que surgen del boleto de compraventa inmobiliaria, y por el otro, si el boleto constituye o no, en el marco de la usucapión, justo título.

2.2.2 La prescripción liberatoria

La prescripción liberatoria o extintiva era definida por Código Civil en su art. 3949 como una excepción para repeler una acción por el sólo hecho de que quien la entabla ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere. Entonces reunidos los dos elementos, el personal, inactividad y silencio de las partes, más el material o real, transcurso del plazo dispuesto legalmente, el acreedor pierde la acción para reclamar su crédito al mismo tiempo que el deudor adquiere la posibilidad de repelerla art. 4017 del C.C.; son, ciertamente, dos consecuencias de la misma fuente y llevan finalmente a la prescripción de la acción de escrituración.

Rige en la materia el principio general de prescriptibilidad de las acciones, de manera que todas pueden prescribir, excepto algunas excepciones puntuales citadas a lo largo de la codificación. Lo cierto es que en el caso que nos ocupa, la acción para reclamar la escrituración, rige plenamente el principio general aplicándose el plazo ordinario de cinco años prescripto por el art. 2560 que comenzará a computarse desde la fecha en que la obligación es exigible.⁴³

⁴² MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La prescripción adquisitiva o usucapión”, Revista Jurisprudencia Argentina, 1998-80-A-320, págs. 1 a 6.

⁴³ Así lo entendía la doctrina aunque aplicando el plazo de diez años (art. 4023 C.C.), véase MORELLO, Augusto M., “EL BOLETO DE COMPRAVENTA INMOBILIARIA”, TERCERA EDICIÓN, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, t. II., pág. 265; y MULLER, Enrique, en su trabajo “La prescripción en la obligación de escriturar, el plazo de diez años. La posesión por el adquirente. El pago de los impuestos” publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, “Boleto de compraventa”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s/f, 2000-3, págs. 235 y 236.

Los autores citados siguen su desarrollo estipulando que la existencia inequívoca de la posesión puesto que ha mediado la tradición importa, sin lugar a dudas, el reconocimiento por parte del vendedor de su obligación de escriturar, cuestión que tiene la virtualidad de interrumpir el curso de la prescripción de la acción de cumplimiento de contrato; ese reconocimiento fluyente del vendedor es una continua interrupción de la prescripción que se comporta como si fuera una suspensión.⁴⁴

2.2.3 El boleto como justo título para usucapir

Citando lo que dice Musto: “...llamamos prescripción adquisitiva o usucapición a la adquisición del dominio (u otro derecho real) por la posesión continua e ininterrumpida, pública y pacífica, por el plazo que fija la ley. El plazo variará según que, además de los elementos mencionados, se agreguen los de justo título y buena fe (diez años) o que falten ambos o alguno de ellos (veinte años)”.⁴⁵ Se desprenden de esto que existen dos elementos o requisitos generales, la posesión y el tiempo, y que si a ellos le sumamos el justo título y la buena fe el plazo de veinte años se reduce a diez, hablando de materia inmobiliaria.

Lo introducido en el párrafo anterior sigue siendo así conforme definición de usucapición, caracterización de la larga o veintañal y de la corta o decenal, y del que fija la posesión exigible para prescribir como “ostensible y continua” según rezan los art. 1897, 1898, 1899 y 1900. Lo cierto es que en esta oportunidad nos interesa especialmente la usucapición breve y, dentro de ésta, la noción de justo título, para lo cual trataremos en el art. 1902.

En el Código Civil la doctrina lo definía como aquél título que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, sin consideración a la condición de la persona de quien emana, sumado a su nota, donde por intermedio de Aubry y Rau expresan que se denomina justo título “...a aquél considerado en sí, es decir, con abstracción de si emana del verdadero propietario y de una persona capaz de enajenar, es apto para conferir un derecho de dominio”. En definitiva, el justo título contiene un acto jurídico que causa la adquisición de un derecho real revestido de las solemnidades exigidas por la ley, pero con dos posibles defectos: a) Que no haya emanado del propietario o; b) Emanado del

⁴⁴ MORELLO, Augusto M., “EL BOLETO DE COMPRAVENTA...”, ob. cit., t. II., pág. 267 y 268; y MULLER, Enrique, “La prescripción...”, ob. cit., págs. 241 y 242.

⁴⁵ MUSTO, Néstor Jorge, “Derechos Reales”, Ed. Astrea, C.A.B.A., 2007, pág. 484.

propietario, éste no es capaz de enajenar.⁴⁶

Actualmente a esto lo analizamos desde el art. 1902, el cual nos define al justo título de idéntica forma, con esas dos posibles deficiencias. Al momento de considerar al boleto como justo título, la doctrina era y es unánime, contestando que de ninguna manera el boleto de compraventa inmobiliario constituye un justo título. El defecto que adolece el boleto es de forma por lo que no cumple con las “formas exigidas para su validez” como le dispone la norma que lo regula; por esto decimos, que el boleto sufre de un defecto diferente a los que nos ubicarían en el campo del justo título.

Conclusiones parciales

Como conclusión abordaremos el tema planteado en la relación de poder que otorga el boleto en dos etapas, primero, iniciando por decidir si existe posesión o tenencia, luego, por si es legítima o ilegítima y en el caso de ser esta última si es de buena o mala fe.

La doctrina unánimemente siempre ha entendido que estamos en el campo de la posesión. Analicemos cuáles son los argumentos que podrían invocarse de un lado y del otro. Empezando por considerar que se trataría de una tenencia, puede invocarse el art. 1909 del C.C.C.N. que entiende que hay posesión cuando una persona ejerce el *corpus* comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no, relacionando esto al art. 1891 del mismo Código de fondo el que nos indica que “... *todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca.*”, podemos decir que todos los derechos reales se ejercen por la posesión con excepción de la hipoteca y las servidumbres, casos en los cuales los titulares de los mismos o aquellos que se comporten como tales serán poseedores. Y como el derecho que suma a su patrimonio el comprador en el caso del boleto de compraventa inmobiliaria es de carácter personal, estaríamos en el campo de la tenencia. El problema aquí surge al leer el art. 1910, el cual define a la tenencia como el ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa, pero como representante del poseedor; y nos preguntamos quién es ese representado al cual reconoce el comprador. La respuesta es que nadie ya que quien era poseedor y dueño se ha desprendido materialmente del inmueble, aunque aún no ha operado la mutación real.

Por ende, entendemos que si se puede ser poseedor en tanto titular de un derecho

⁴⁶ MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derechos...”, ob. cit., T. 3, págs. 354 y 355.

real o comportándose como tal, si incluso se puede serlo de manera ilegítima, es decir, sin derecho real que le sirva de sustento, no se nos reproche calificar como posesión a la relación de poder que nos ocupa, donde el comprador lo ejerce en virtud de un derecho personal.

Nos resta determinar si es legítima o ilegítima esa posesión, imponiéndose el art. 1916, que como importa (dicha relación de poder) el ejercicio de un derecho personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley sería legítima, posición que adopto Kiper. Divisamos que si el supuesto es oponible a otro u otros derechos en el conflicto estaremos en presencia de una posesión legítima respecto de ellos.

Por otro lado en cuanto a la doble función nosotros consideramos que estamos en presencia de dos manifestaciones de la misma institución, es decir que se aplican de las mismas normas en materia del curso de prescripción. Además en cada supuesto encontramos al otro manifestado, pues al operar la usucapión importa no sólo la adquisición de un derecho sino también la pérdida de la acción de reivindicación para su reclamación, es decir, la extinción de la acción pero enunciada indirectamente y de manera positiva a través de la adquisición; mientras que en los supuestos en que aparece la liberatoria, imaginemos un accidente de tránsito donde el plazo de prescripción es de 3 para reclamar los daños y perjuicios, cuando opere se perderá dicha posibilidad de perseguir coactivamente la indemnización, por lo tanto existirá algo así como una adquisición en cabeza del deudor del “derecho a no cumplir”.

Finalmente en cuanto al boleto en la prescripción liberatoria, y analizando el caso en el texto tratado donde hubo tradición posesoria del inmueble, creemos que no existirá una interrupción o una suspensión, sino que se producirá la imposibilidad del cómputo del curso de prescripción. Entenderlo como interrupción o suspensión implicaría dejar abierta la posibilidad de que dicho cómputo entre en vigencia, situación que no tiene lugar en este campo, debido a que prescripta la obligación de escriturar el comprador no podrá exigirle su cumplimiento al vendedor.

Capítulo III: Cuestiones generales de la oponibilidad del boleto de compra venta

Introducción

En este capítulo analizaremos lo atinente a las cuestiones generales sobre el aspecto dinámico o bien a la oponibilidad del boleto de compraventa. Para ello, comenzaremos estudiando la oponibilidad y el conflicto de derechos que se genera cuando se da el supuesto en que hay más de un derecho respecto de un único inmueble tratándolo de una manera genérica.

3.1 La oponibilidad y el conflicto de derechos

3.1.1 Conflicto de derechos patrimoniales

Nos corresponde dar una base teórica inaugural a la cuestión del papel del boleto de compraventa inmobiliaria en el aspecto dinámico; para ello vamos a seguir lo desarrollado por Gustavo Bono en su tesis doctoral *“Fideicomiso inmobiliario de garantía”*, quien al comienzo del mismo, da un técnico concepto y precisa, la noción de *“conflicto de derechos patrimoniales”* y hacia donde remitimos. Se expone que en el ámbito patrimonial existe conflicto cuando dos o más derechos (personales o reales) recaen sobre un mismo bien que no alcanza a satisfacerlos enteramente; en otros términos, es un enfrentamiento de dos o más derechos subjetivos de carácter patrimonial *“...cuya existencia o plena satisfacción resulta imposible por concurrir mediata o inmediatamente sobre el mismo objeto, de donde es menester que el propio ordenamiento jurídico fije reglas que resuelvan la colisión”*.⁴⁷

Se presentan así dos posibles soluciones al conflicto: 1) Por un lado, hacerlos concurrir en igualdad, amparados proporcionalmente hasta la medida de lo posible, es decir concurrencia a prorrata; 2) por el otro, favorecer a uno de los derechos permitiendo su satisfacción plena en desmedro o en postergación del o de los otros que quedarán desplazados en forma definitiva o sólo jerárquica o de rango.

Este último mecanismo finca en distintos fundamentos como la simple imposibilidad material de coexistencia de ambas relaciones jurídico-patrimoniales, por ejemplo, no pueden coexistir dos dominios sobre la misma cosa, la distinta consideración jurídica en función de la mayor o menor entidad y relevancia social que

⁴⁷ BONO, Gustavo, en su tesis doctoral *“Fideicomiso inmobiliario de garantía”*, disponible en la biblioteca de la Fac. de Der. de la UNC, Octubre de 2012, pág. 15

presenta cada derecho o en razones de la seguridad jurídica, como la prioridad temporal que fija la publicidad registral, etc.⁴⁸

Otro gran autor como López de Zavalía plantea que como resultado del conflicto de pretensiones puede darse: 1) Una incompatibilidad bilateral, por ejemplo dos dominios; 2) Una incompatibilidad unilateral, sería el caso en que un dominio pleno rechaza un usufructo, pero este último no rechaza al primero; 3) Compatibilidad en tanto coexistencia de rango, por ejemplo dos hipotecas o una hipoteca y un embargo.

Los puntos 1) y 3) se corresponden con los extremos planteados por Bono, mientras que el segundo ciertamente quedaría absorbido por el primero. O porque el dominio preferente excluye absolutamente la posterior pretensión de usufructo debido a que el nacimiento del mismo ha tenido basamento en un dominio inexistente, o porque el usufructo que nace con base en el dominio existente es perfectamente compatible donde no existiría conflicto alguno.⁴⁹

3.1.2 La oponibilidad como la materialización de la preferencia⁵⁰

Con la intención de, ante la concurrencia, hacer primar a un derecho postergando a otro u otros, es decir, revistiéndolo de una preferencia, es que se le da al mismo de un medio o defensa denominado oponibilidad; en términos más simples, si un derecho triunfa en el conflicto por ser preferente diremos que es oponible a los demás.

En este sentido, dicha cualidad forma parte del contenido del derecho subjetivo en su faz externa, se trate de un derecho real o de un derecho personal, que implica siempre el ejercicio prevalente y contrario a los derechos que en su mérito resultan desplazados. Es algo más que el deber general de respeto, pues la oponibilidad supone una facultad jurídica que acompaña e integra el contenido de ciertos derechos subjetivos y que el perjuicio o desventaja generado no permiten reclamo alguno por parte de los postergados, mientras que el primero es una cualidad predicable de todos los derechos, consecuencia lógica de la noción ontológica misma de derecho subjetivo que supone un interés digno de tutela, como derivación del principio de no causarle daños a terceros.

Entonces, la oponibilidad proyecta el derecho hacia su exterior y el deber

⁴⁸ BONO, Gustavo, en su tesis doctoral "*Fideicomiso inmobiliario...*", ob.cit., págs. 15 y 16.

⁴⁹ López de Zavalía "*Curso introductorio al derecho registral*", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1983, pág. 379.

⁵⁰ BONO, Gustavo, en su tesis doctoral "*Fideicomiso inmobiliario...*", ob.cit., págs. 33 a 38.

general de respeto impide toda intromisión ilícita y lesiva de terceros.

3.1.3 El boleto de compraventa inmobiliario en el conflicto

En ocasiones, la figura citada, resulta preferente respecto de otros derechos que con ella colisionan, por lo que se vuelve oponible a los postergados. Interesante es el efecto que produce, pues no se resuelve en una obligación dineraria que permita un cobro jerárquico sobre el producido sino que, similar a lo producido por los derechos reales, sustrae el inmueble al mismo tiempo que excluye de manera absoluta a los demás acreedores. Dejando sin razón de ser a otros derechos o cautelares que pretenden nacer sobre la base de aquél. Adviértase que no estamos en presencia de un derecho real sino personal, por más que su fin último sea causar dominio.

Por esta circunstancia, si existiese el derecho real lo que encontraríamos como fundamento de la preferencia no es otra cosa que el principio general, nadie puede transferir a otro más derecho de que él mismo posea. Mal podemos pretender trabar una cautelar o adquirir un usufructo, por ejemplo, en relación al dominio de un sujeto, cuando dicho derecho ha mudado a otro patrimonio; mientras que en el caso que nos ocupa, es la propia ley la que le otorga superioridad en determinadas circunstancias, pero no porque se haya producido la mutación real de la que hablábamos sino por otras razones, principalmente sociales y políticas.

3.1.4 La mala fe como excepción de toda preferencia

Sea cual fuere el caso la mala fe de quien invoca un derecho preferente supondrá la pérdida de tal beneficio. Esta mala fe se traducirá en el conocimiento efectivo o posibilidad de conocimiento de un derecho de existencia anterior según cada caso.

De las normas 1170 y 1171 referidas específicamente a la oponibilidad del boleto de compraventa inmobiliaria surge que el adquirente debe ser de buena fe. En el supuesto del primer artículo la mala fe consistirá en el conocimiento o posibilidad de conocimiento de otro derecho que se encuentra dotado de publicidad registral al lograr la inscripción de la cautelar; en el segundo artículo consiste en conocer la existencia del proceso concursal.

Desde otro costado, el art. 1893 nos enseña que los derechos reales no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente.

Sigue la norma en su tercer párrafo diciendo que no pueden prevalecerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, y algo que la doctrina venía sosteniendo hace ya tiempo, que tampoco podrán aprovecharse aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real, englobados, todos estos, en la mala fe.

Conclusiones parciales

Como breve conclusión a lo expuesto, diremos que dependiendo las circunstancias y el derecho contra el que entre en conflicto el boleto de compraventa inmobiliaria utilizaremos un determinado supuesto normativo particular, no obstante en todos ellos quien invoque preferencia de su derecho, que encuentra su fuente en el boleto, la perderá si su mala fe es demostrada. Habrá que tener en cuenta que la buena fe se presume y que entonces dicha presunción, tendrá que ser desarticulada con los extremos probatorios que se puedan recoger.

Capítulo IV: Aspecto dinámico u oponibilidad del boleto de compra venta

Introducción

Para finalizar en este último capítulo nos adentramos a tratar algunos de los distintos supuestos que pueden verificarse, sabiendo que la temática es inagotable y supera a la previsión legal.

Procederemos a juntar las hipótesis conflictuales en dos grandes grupos: 1) Aquellos que se enmarcan en un ámbito individual de conflicto, por cuanto los derechos que emergen del boleto de compraventa inmobiliaria se contraponen con otros derechos reales o personales. También serán ejecuciones individuales en los casos de acreedores que traben cautelares quienes buscarán la realización del bien, como el caso de acreedores hipotecarios, quienes ante el incumplimiento perseguirán lo mismo; 2) Por otro lado estará el conflicto que tiene lugar en el ámbito de las ejecuciones colectivas, es decir el concurso o la quiebra, por el presupuesto del estado de cesación de pagos, cuestión que no le permite al deudor cumplir regularmente sus obligaciones.

4.1. Distintos supuestos de oponibilidad: en el ámbito individual

4.1.1 Frente al vendedor-transmitente

Como ya hemos planteado anteriormente, la posesión que tiene quien adquiere en virtud de un boleto de compraventa es en relación al transmitente legítima, con lo cual resulta plenamente oponible. No puede el vendedor volver sobre ese acto traslativo salvo que ataque la validez de la tradición o del boleto⁵¹, con lo cual no podrá comenzar ni acciones posesorias ni acciones reales, porque el comprador opondrá, dice Ricardo Lorenzetti, el justo título que es el boleto.⁵²

Más claro todavía, resulta improcedente una acción posesoria de despojo o una acción de reivindicación persiguiendo la recuperación del señorío que fuera transferido legítimamente en función del boleto suscripto. Destacando que estas acciones pasarán a estar en cabeza del adquirente. Imaginemos que existe un desapoderamiento practicado por el que fuera vendedor, en cuyo caso el comprador

⁵¹ MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derechos...”, ob. cit., T. 1., págs. 132 y 133.

⁵² LORENZETTI, Ricardo Luis, en su trabajo “*Daños por el incumplimiento de la obligación de escriturar*” publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, “Boleto de compraventa”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s/f, 2000-3, pág. 175. Y “*Tratado de los contratos*”, T.1., Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, págs. 343 a 348.

despojado tendrá a su alcance el cumplimiento del contrato, primero ejecutando la obligación de escriturar y con posterioridad la de entregar el inmueble.

Para finalizar este primer supuesto, Lorenzetti plantea también que “...*si el comprador no paga, el vendedor intentará embargar y ejecutar el bien vendido, pero como sigue siendo titular registral del mismo, se embargará a sí mismo y ejecutará una cosa que está en su patrimonio. Esta paradoja es despejada si se entiende que se ha transmitido la posesión legítima y el boleto es justo título, la pretensión es accionable...*”⁵³. En primer lugar volvemos a lo mismo, el boleto no es justo título, lo es bastante, a los efectos que lo venimos tratando; ahora bien, lo que se plantea es un caso de confusión donde mal podría una persona embargarse un bien respecto del cual todavía es dueño, al menos para la realidad registral.

Creemos que más allá de las discrepancias tanto sustanciales, porque hay un derecho real que está en vías de constitución; como registrales, porque el registrador deberá anotar una cautelar ordenada por el Juez que resulta incompatible con las constancias que maneja, no deben limitar a que el vendedor, quien tiene un crédito respecto al comprador, tenga a ese inmueble como garantía común. En definitiva, proponemos siguiendo a Gabriel Ventura que sería una buena solución garantizar el pago del precio con una hipoteca estampándola en una cláusula del contrato preliminar, y que bien podría el Juez ejecutar en sustitución del deudor y suscribir la escritura pública de compraventa con la referida hipoteca por el saldo del precio; tal cuestión no la constituirá en una hipoteca judicial, sólo sería la ejecución forzosa de la voluntad ya expresada por el condenado en el contrato respectivo.⁵⁴

4.1.2 Frente al locatario

Si la locación se encuentra vigente al tiempo de convenir la compraventa, es decir que el locatario ya se encuentra en calidad de tenedor legítimo, la locación es oponible al boleto, incluso si la misma es formalizada en escritura pública, o dicho al revés, la compraventa es inoponible al locatario. Dicha inoponibilidad traducida en que el nuevo dueño deberá respetar la locación por el tiempo que se hubiera convenido,

⁵³ LORENZETTI, Ricardo Luis, en su trabajo “*Daños por el incumplimiento...*”, ob. cit., pág. 175.

⁵⁴ VENTURA, Gabriel B., “Forma y prueba de los actos jurídicos – Instrumentos públicos e instrumentos privados en el Código Civil y Comercial (Análisis exegético de los art. 284 a 319 del CCCN)”, trabajo publicado en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (<http://www.acaderc.org.ar/>), pág. 14; El autor sigue a Elena Highton, “*Derechos Reales*”, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1980. Vol.6, pág. 116.

según se plantea en art. 1189 inc. b del C.C.C.N.⁵⁵, y mediaría aquí lo que la doctrina llama una traditio brevi manu, es decir que el locatario que poseía a nombre del vendedor principia a poseer a nombre del nuevo comprador, para lo cual es menester su notificación.

Por supuesto que si la compraventa, contenida en el boleto o en escritura pública indistintamente, triunfa en prioridad temporal al contrato de locación, y además el comprador ostenta la posesión, será oponible a quien actuó sin el derecho a alquilar. Distinta sería la hipótesis en que haya mediado el acto jurídico traslativo de compraventa sin verificación del modo, con lo cual el comprador aún no exhibe la posesión, y el vendedor dé en locación el inmueble objeto de ambos contratos. Creemos que aquí jugará la buena y la mala fe del locatario que deberá ser calificada en función a múltiples parámetros (tiempo de alquiler, precio, etc.), jugando un papel preponderante la diligencia de los sujetos.

4.1.3 Ventas sucesivas

En relación a este punto la doctrina unánimemente⁵⁶ planteaba una serie de soluciones para el supuesto en que un sujeto haya contratado con dos o más personas obligándose a transferirles derecho reales sobre la misma cosa. Se adoptaban como impuestos resolutivos de las contiendas por un lado un criterio de prioridad temporal en cabeza de quien recibía la tradición primero, y en defecto de éste, se recurría a la fecha de los títulos beneficiando al de época anterior.

Mariani de Vidal en su obra previene algo que no lo manifestaron sus pares, y tiene que ver la oponibilidad del boleto respecto de una compraventa instrumentada en escritura pública. Expresa que el boleto con fecha cierta y posesión posterior a la inscripción de la escritura no puede invocar buena fe pues debió haberse informado sobre la situación del inmueble en el Registro de la Propiedad, ya que este les dió la posibilidad de conocer tal estado con su publicidad. Inclusive hace alusión a la posibilidad en que la escritura no se encuentre registrada, siquiera celebrada, pero pendiente el plazo de validez del certificado del art. 23 de la Ley 17.801, o el plazo para

⁵⁵ Así Lorenzetti en ob. cit., pág. 175, haciendo referencia al artículo homólogo 1498 del Código Civil derogado.

⁵⁶ Así Marina Mariani de Vidal en "Derechos Reales", 7ma. Edición actualizada, Ed. Zavallia, Buenos Aires, 2004, t. 1., págs. 147 y 148; Ricardo Luis Lorenzetti en su trabajo "*Daños por el incumplimiento...*", ob. cit., pág. 174; y Augusto Morello en "*El Boleto de Compraventa Inmobiliario*", TERCERA EDICIÓN, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, t. II., págs. 247 a 249.

inscribir del art. 5 de la misma ley, motivos por los cuales tampoco el adquirente por boleto podrá alegar buen fe.⁵⁷

Estas cuestiones han sido cotejadas por los art. 756 y 757 del Código Civil y Comercial, quedándonos con el primero que se refiere a inmuebles aunque, ciertamente, las ideas que vamos a referir son trasportables a la materia mobiliaria con la salvedad de que, la inscripción registral en el caso de muebles es de carácter constitutiva.

El encabezado de la norma nos ubica en el campo de varios acreedores que reclaman la misma cosa inmueble prometida por el deudor, todos de buena fe y a título oneroso, disponiendo en sus cuatro incisos las reglas que habrá que utilizar para resolver el conflicto. Tendrá, entonces, mejor derecho quien:

a. Tenga emplazamiento registral y tradición. No hay mucha explicación que agregar en este inciso, pues quien tenga inscripción registral y tradición tendrá título, modo y publicidad suficientes, es decir, un derecho real plenamente eficaz.

b. En segundo lugar, quien ha recibido la tradición. Esto no es más que la prioridad que se otorga a quien tuviese la posesión, siempre y cuando actúe con buena fe.

c. En defecto de los incisos anteriores, aparece quien tenga emplazamiento registral precedente. Remitimos aquí a lo que explicaba Mariani de Vidal.

d. Finalmente, el que tiene título de fecha cierta anterior. Como la doctrina entiende, para que un instrumento privado sea oponible a terceros es menester que tenga fecha cierta, cuestión que se obtiene con lo dispuesto por el actual art. 317 del Código Civil y Comercial que expresa “...*el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después*”. En el caso que nos ocupa se trata de fecha cierta anterior respecto de los otros instrumentos celebrados por el deudor promitente.

A modo de conclusión, tendremos que determinar cuál de los derechos que han entrado en conflicto ha obtenido publicidad, posesoria o registral, y si la misma puede o debe ser conocida, lo que nos ubicará en la buena o mala fe del sujeto y permitirá, definitivamente, resolver el disenso. El art. 756 expande el número de reglas expresas para resolver ese universo de situaciones, este estipula más reglas que tienen en cuenta mayores variantes pero en un marco acotado, que es el conflicto entre

⁵⁷ MARIANI DE VIDAL, Marina, “*Derechos Reales*”, ob. cit. pág. 148.

derechos de contenido idéntico, no otro que la promesa de la cosa por parte del deudor; esto genera el error de prorrogar las pautas de oponibilidad de tal afirmación a otros supuestos.

4.2 Ejecuciones individuales: El acreedor embargante y el hipotecario

Como ya lo hemos anticipado nos encontramos en el marco de ejecuciones individuales en tanto y en cuanto ya el acreedor embargante o ya el hipotecario buscarán la ejecución del inmueble por haber obtenido resolución judicial favorable o por existir incumplimiento, respectivamente, y satisfacer su crédito con el producido.

4.2.1 Frente al acreedor embargante

I) La situación en el Código Civil

Mucho se ha escrito sobre el tópico, al mismo tiempo que innumerables posturas y argumentos. Nuestra intención es exponer dichas tesis en sus argumentaciones centrales, creemos que algunas de ellas sostienen su vigencia aun a despecho del nuevo art. 1170 de nuestra legislación de fondo, hacia donde apuntamos.

Pueden darse múltiples situaciones⁵⁸, pensemos primero en las que encuentran fácil resolución: 1) En la inoponibilidad del boleto de compraventa que cuenta con la posesión versus acreedor que traba cautelar con fecha anterior a aquella compraventa, donde el comprador no podrá invocar buena fe; 2) En la oponibilidad del boleto de compraventa que cuenta con posesión, y además obtiene una cautelar versus acreedor que traba embargo con posterioridad a aquella cautelar, aplicándose directamente la prioridad del primer embargante; y 3) La oponibilidad del boleto inscripto en el Registro Inmobiliario contra el acreedor que traba cautelar en fecha posterior. En estos tres casos la preferencia se invoca con base en la publicidad registral prioritaria.⁵⁹ Es imperativo acotar que en virtud del 1170 del C.C.C.N. se le suma como requisito para lograr la oponibilidad en estos supuestos lo reglado en el inc. b., de manera que el comprador debe haber pagado como mínimo el veinticinco por ciento del precio (lo cual será tratado posteriormente con el análisis del artículo), con anterioridad

⁵⁸ Se sigue en esto a ZURUETA, Mariano Ramiro, en su trabajo “*Cuestiones de prioridad de cobro: comprador por boleto de compraventa VS. acreedores del vendedor*”, publicado en el siguiente link: https://www.justiciajujuy.gov.ar/escuela-de.../compradboletacompraventa_1.pdf, pág. 3.

⁵⁹ En igual sentido opina la doctrina mayoritaria, por ejemplo: MARIANI DE VIDAL, Marina, “*Derechos Reales*”, ob. cit. págs. 150 y 151; LORENZETTI, Ricardo Luis, en su trabajo “*Daños por el incumplimiento...*”, ob. cit., pág. 175

a la traba de la cautelar.

El conflicto sobre el cual se generaron las mayores discusiones es el que se produce entre el comprador por boleto que ostenta la posesión contra el acreedor de embargo posterior. Podemos agrupar las diversas posiciones de la siguiente manera⁶⁰:

a) Aquella que consagra la prevalencia de la publicidad registral⁶¹:

Esta corriente finca en la preeminencia de la publicidad registral sobre la posesoria, pues esta surge a mérito de las deficiencias de la posesoria, “*reconocer al poseedor de un inmueble sin título registrado, el derecho a oponer su situación a quien confió en las constancias del registro, constituye un duro embate contra los bienes que el sistema procura resguardar con carácter prioritario*”.⁶² Quien mejor sintetiza esta posición es Gustavo Bono que manifiesta que si bien hay publicidad posesoria del derecho del adquirente, debe recordarse que para el caso de inmuebles, la ley ha previsto todo un sistema de publicidad registral que deja de lado el anuncio posesorio frente a terceros. Entonces si el acreedor ha seguido los pasos que la ley le impone para la traba de la cautelar, no se le puede exigir que constate el estado del bien, con lo que triunfará en el conflicto. Propone por la facultad de registración del boleto, lo que permitiría al adquirente protegerse de la situación que estudiamos sin desnaturalizar el sistema⁶³.

b) La corriente que aplica análogamente el art. 1185 *bis* del Código Civil:

Esta posición fue sostenida por Kemelmajer de Carlucci quien formando parte de la Suprema Corte de Mendoza, año 1991, en fallo plenario “Ongaro de Minni y otros”, sostuvo que en el caso de conflicto entre adquirente por boleto de un inmueble con destino de vivienda y el embargante triunfa el primero, pues si éste puede oponer su derecho en la quiebra, está facultado a hacerlo en la ejecución individual. Dice que la

⁶⁰ Seguimos el desarrollo de Mirta Liliana Belloti, su trabajo “¿Son oponibles al acreedor embargante los derechos derivados del boleto de compraventa?”, publicado en el link:

http://amsacta.unibo.it/3279/1/SON_ONONIBLES_AL_ACREEDOR_EMBARGANTE_LOS_DEREC_HOS_DERIVADOS_DEL_BOLETO_DE_COMPRAVENTA.pdf; y también a Juan Manuel Cafferata en “La cuestión de la oponibilidad del boleto de compraventa de inmuebles a los acreedores embargantes”, disponible en el link de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba:

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-cuestion-de-la-oponibilidad-del-boleto-privado>

⁶¹ En esta posición se enrola Juan Manuel Cafferata en “La cuestión de la oponibilidad del boleto de compraventa de inmuebles...”, ob. cit., pág. 54

⁶² Expresa Adán Ferrer, en “Embargante versus adquirente por boleto: un conflicto cotidiano”, LLC 1987-E, pág. 170,

⁶³ BONO, Gustavo A., “El adquirente por boleto de compraventa y los acreedores del vendedor”, Revista LA LEY Nro. 211, Id SAIJ: DACA950190, 1995.

solución contraria es absolutamente disvaliosa ya que obliga al adquirente a petitionar la quiebra del vendedor como una alternativa para poder oponer su derecho al resto de los acreedores. Obsérvese que la misma autora aclara que si el inmueble no tiene destinación de vivienda no es aplicable la norma, en cuyo caso triunfa el embargante que se basó en las constancias registrales. Esta interpretación tuvo vigencia hasta que con la nueva ley de Concursos y Quiebras N° 24.522, en su art. 146, se elimina todo requisito de destino amplificando la hipótesis, hito a partir del cual la jurista modifica su posición, entendiendo a partir de ello que debía considerarse implícito el requisito de la publicidad ya que acordarle oponibilidad amplia al boleto sin exigir ningún tipo de publicidad, configuraría una ruptura absurda, ilógica e irracional del sistema.⁶⁴

No hay que olvidar que frente a estos argumentos se alzan aquellos que entienden improcedente argüir que “*quien puede lo más puede lo menos*” en el sentido de que quien puede oponer un boleto de compraventa a una quiebra, también puede oponerlo a un embargo. Rivera ha sustentado esta postura expresando que si no media concurso o quiebra, normalmente el acreedor tiene derecho a exigir que el deudor le procure exactamente aquello a lo que se ha obligado, por lo que no corresponde extender a las situaciones lo previsto para hipótesis de insolvencia.⁶⁵

c) Postura que entiende que el adquirente lo es de un derecho real:

Aquí unifico dos posturas que se sustentan en argumentos semejantes. No tallaremos nuevamente sobre las diferentes posiciones sobre la naturaleza jurídica del boleto y sus efectos, nos reduciremos a plasmar que, por un lado algunos sostienen que el enajenante transmite el ejercicio del dominio con lo que se queda sólo con un título vacuo, lo único que embargarán los acreedores será el deber de escriturar, que es lo único que queda en el patrimonio del vendedor; por el otro, aquellos que sostiene que se adquiere el derecho real de posesión haciendo base en el art. 2355 del derogado código.

d) La posición que otorga preponderancia a la publicidad posesoria⁶⁶:

Esta línea entiende que será oponible quien adquiera la posesión en virtud

⁶⁴ Voto citado por Mirta Liliana Belloti, su trabajo “*¿Son oponibles al acreedor embargante...?*”, ob. cit. págs. 8 a 12.

⁶⁵ RIVERA, Julio C., “*Conflicto entre acreedor embargante y poseedor con boleto de compraventa*”, ED, 159, pág. 246.

⁶⁶ En esta postura se encuentra ROITMAN, Horacio, y DI TULLIO, José A., en su trabajo “*Boleto de compraventa y la quiebra...*”, ob. cit. pág. 163; LORENZETTI, Ricardo Luis, en su trabajo “*Daños por el incumplimiento...*”, ob. cit., pág. 177; BELLOTI, Miriam L., “*¿Son oponibles al acreedor embargante...?*”, ob. cit. págs. 25 Y 26, entre otros.

del boleto de manera previa a la traba de la cautelar por imperio de la publicidad posesoria. Desde el punto de vista del acreedor embargante sostener esto implicaría imponerle el deber de comprobar la situación fáctica del inmueble previo a la cautelar, con resultado de fracasar en el conflicto por falta de diligencia, cuestión que lo ubicaría decididamente en la mala fe.

ii) La situación actual

En la actualidad es el art. 1170 del Código Civil y Comercial el que fija los requisitos para que el boleto de compraventa inmobiliaria sea oponible frente a los acreedores embargantes. Estos recaudos son a saber:

a) Que el comprador haya contratado con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; fuera de la imprecisión del inciso, lo que se busca es el respeto al principio mentado en el art. 399 del C.C.C.N., en donde el comprador contrate con quien verdaderamente ostenta el derecho que le vende, ya sea que se encuentre inscripto como tal en el registro, ya pueda subrogarse en la posición de quien era dueño mediante un perfecto eslabonamiento. Esto responde, entonces, a un acomodamiento al principio de tracto sucesivo sustancial que tiene reflejo en el ámbito registral.

Podría darse el caso del art. 392 del C.C.C.N., en el cual quien compra revista la calidad de subadquirente de buena fe y a título oneroso de un derecho real o personal sobre el inmueble, transmitido por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, en donde los efectos de la nulidad se detienen ante este tercer adquirente. Agrega hacia el final la norma en cuestión algo muy útil, que la doctrina ya venía sosteniendo, que es menester para que este mecanismo funcione que quien se ampara en la buena fe y en la onerosidad haya contratado con el verdadero titular del derecho.

b) Que el comprador haya pagado como mínimo el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; aquí el legislador sobre la base del art. 1185 *bis* del C.C. trajo a las ejecuciones individuales un recaudo que estaba dado en las colectivas, entendiendo que es razonable darle oponibilidad a aquellos que hubieran abonado al menos el veinticinco por ciento e irrazonable a los que no. Se fija el límite entonces en ese veinticinco por ciento que, estando por debajo se le negará la preferencia y será tratado como si fuera a título gratuito.

Otro tema será la forma en que se computa ese porcentaje de mucha historia en la doctrina al analizarse el art. 1185 *bis* del C.C., donde se han dado las más sutiles interpretaciones, y así con el afán de proteger la vivienda de adquirentes de escasos recursos, se entendió que las comisiones, los gastos, los impuestos y otras prestaciones dinerarios a cargo del adquirente quedaban comprendidas en el precio, esto con anterioridad a la reforma y eliminación de toda destinación particular.⁶⁷

c) Que el boleto tenga fecha cierta anterior a la traba de la cautelar; este es otro tópico que ya ha sido desarrollado profundamente en el ámbito concursal con posiciones encontradas, discusiones a las que dejamos para un sector posterior del presente trabajo. En esta oportunidad el legislador ha entendido que es necesario que el instrumento privado tenga fecha cierta que debe ser anterior a la toma de razón de la cautelar en el registro a los fines de su oponibilidad. Recordemos lo normado que expresa que adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después.

d) Finalmente, que el boleto tenga publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria; aquí se advierte la utilidad de exponer las diversas corrientes que se generaron sobre el supuesto conflictual entre quien ha adquirido la posesión del inmueble en virtud de un boleto de compraventa y un acreedor embargante que obtiene colocación registral de manera posterior a dicha toma de posesión.

El inciso es claro y pregona la preeminencia de la publicidad posesoria por sobre la registral. En resumidas cuentas, si en razón de un boleto el comprador adquiere la posesión de manera previa a la traba de la cautelar triunfará en el conflicto, y más aún si tiene publicidad registral precedente.

Visto esto desde el polo del acreedor que busca asegurar su derecho con una cautelar, implica imponerle el deber de inspeccionar la situación fáctica del inmueble, caso contrario, no podrá invocar buena fe y entonces sufrirá la pérdida de la preferencia legal.

4.2.2 Frente al acreedor hipotecario

En este apartado el tratamiento se hace más liviano gracias a que la mayoría de las cuestiones teóricas ya las hemos expuesto en el punto anterior, con lo cual

⁶⁷ ROITMAN, Horacio, y DI TULLIO, José A., en su trabajo “*Boleto de compraventa y la quiebra...*”, ob. cit. págs. 143 y 144.

trataremos estrictamente las singularidades que tienen lugar aquí.

El problema se genera en la contienda entre un adquirente por boleto que ya se encuentra como poseedor, tradición que fue realizada con anterioridad a la publicidad registral adquirida por la hipoteca. Como en el caso anterior existirán supuestos de fácil resolución tales como la inoponibilidad del boleto posterior a la registración de la hipoteca, la oponibilidad del boleto que cuenta con una cautelar anterior a la hipoteca, y el triunfo del boleto también, cuando se encuentra inscrita en el Registro Inmobiliario respecto de hipoteca posterior.

No existe en el en tratamiento una norma que defina la conflicto de manera positiva como lo hace el art. 1170, lo cual nos obliga a recorrer algunos caminos interpretativos. El art. 1893 del C.C.C.N., estipula una serie de reglas en materia de oponibilidad de estos derechos, y como sabemos, la hipoteca es un derecho real de garantía. Para más, no se ejerce por la posesión con lo que se trata de un caso que se adquiere por medio solo del título.

En esta inteligencia, el 1893 nos dice que la adquisición o transmisión de los derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente, y que se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso. Como resultado de lo expuesto, al no existir posesión, la publicidad suficiente talla en la inscripción registral.

Volvemos a lo mismo, en la hipótesis planteada, quién triunfa, el poseedor en virtud de un boleto primero en el tiempo o el acreedor hipotecario con colocación registral posterior. Dicho de otra forma, a qué publicidad se le da preeminencia, a la posesoria o a la registral.

Evidentemente la cuestión no puede resolverse a través del art. 1893, imponiéndose como criterio analógico la aplicación del art. 1170. Esto lleva a la consecuencia de atribuir al acreedor hipotecario el deber de verificar la situación fáctica del inmueble. Frente a esto se invocan dos posturas, la mayoría se inclinó por considerar que la buena fe del acreedor hipotecario exige la constatación del estado posesorio del inmueble, mientras que otra corriente de opinión consideró que debe triunfar el acreedor hipotecario a quien no consta el estado posesorio anterior del inmueble.⁶⁸

⁶⁸ XXIII Jornadas de Derecho Civil de 2011, citado por BONO, Gustavo A., en su tesis "*Fideicomiso inmobiliario de...*", ob. cit. pág. 28.

4.2.3 Vía procesal idónea: La tercería de mejor derecho

La doctrina mayoritaria entiende que el andarivel correcto para invocar la preferencia del boleto en el caso de las ejecuciones individuales es el de la tercería de mejor derecho.⁶⁹

Resumidamente, las tercerías son “...*el instrumento adjetivo por el cual un sujeto extraño a la litis puede ingresar y esgrimir un interés directo sobre un bien o exhibir un privilegio*”⁷⁰ a fin de detener la ejecución del embargo o la hipoteca y lograr la exclusión del inmueble. Podemos decir que lo de “*privilegio*” lo es en sentido amplio, sinónimo de preferencia, incluyendo la noción de privilegios en sentido estricto, pero no acotada a ella, con lo cual queda amparado el boleto como un caso de *preferencia* especial con efecto excluyente⁷¹. Así, en función al fundamento de dicha tercería, ya sea que el requirente lo haga en calidad de dueño o que lo haga como titular de un derecho personal que goza de prioridad, se la clasificaría en “*de dominio*” o “*de mejor derecho*”.

De lo dicho anteriormente emerge el fundamento de la posición expuesta, por cuanto el tercerista que se opone a la ejecución individual con base en un boleto de compraventa inmobiliaria lo hace en virtud de un derecho personal y no real porque no

⁶⁹ En esta posición FUSTER, Gabriel A. en *Ensayos Jurídicos. Algunas consideraciones en materia notarial, registral, posesoria y procesal*, Ed. Lerner, Córdoba, t. 2., págs. 795 a 798; ANDORNO, Luis O. en trabajo *Conflicto de intereses sobre el inmueble vendido por boleto: ¿Quién tiene mejor derecho: el comprador por boleto, el primer embargante? Tercerías de dominio y de mejor derecho*, publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, *Boleto de Compraventa*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s/f, pág. 259; MORELLO, Augusto M., *El Boleto de Compraventa Inmobiliaria*, Tercera Edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, T. II, págs. 334 y 335; BELLOTI, Miriam L., *¿Son oponibles al acreedor embargante...?*, ob. cit., pág. 27; BONO, Gustavo A., *El adquirente por boleto de compraventa y los acreedores del vendedor*, Revista LA LEY Nro. 211, Id SAJ: DACA950190, 1995; MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos Reales*, 7ma. Edición actualizada, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2004, pág. 152, entre otros.

⁷⁰ FERREYRA de DE LA RÚA, Angelina, y GONZALEZ DE LA VEGA, Cristina, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba-Comentado y concordado con los Códigos de la Nación y provinciales*, 4ª Edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, T. II, pág. 1386.

⁷¹ Aída Kemelmajer de Carlucci habla de “*prioridad excluyente*”, citada por Francisco Junyent Bas en su trabajo *Una vexata quaestio: La oponibilidad del boleto de compraventa como vía verificatoria. Vía de reconocimiento del derecho del titular del boleto de compraventa inmobiliaria ante el concurso o quiebra del vendedor*, publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, *Boleto de Compraventa*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s/f, pág. 31; Cámara entiende que se trata de un “*privilegio*”, citado por ROITMAN, Horacio, y DI TULLIO, José A., en *Boleto de compraventa y la quiebra...*, ob. cit., pág. 138.

hay suficiencia en el título por defecto de forma.⁷² No falta quienes sostengan que el comprador en estas circunstancias no sólo goza de acciones personales sino también reales, aquellos que entienden que el boleto es un contrato definitivo, deduciéndose que no existe inconveniente alguno para considerar la tercería de dominio.⁷³

A modo de conclusión, en términos generales, en casi todas las provincias, como así también a nivel nacional, la reclamación de oponibilidad del boleto de compraventa inmobiliaria reuniendo los requisitos tratados líneas arriba deberá ser instrumentada por medio de la tercería de mejor derecho, y triunfará demostrando, de acuerdo a cuál haya sido la publicidad que obtuvimos, posesoria o registral, la mala fe del acreedor resultante de la no constatación del estado posesorio del inmueble o por no percatarse de las constancias registrales.

Finalmente, a la pregunta de qué sucedería en el caso en que erróneamente el tercerista nomina su pretensión en la de “*dominio*”, respondiendo unánimemente la doctrina autoral como así también la judicial⁷⁴ que el Juez puede reconducir la calificación jurídica a la de “*mejor derecho*” sin que esto implique suplir un defecto ni tampoco violentar el derecho de defensa.

4.3 En el ámbito colectivo: ejecuciones colectivas

Todo comienza como resultante de una serie de disputas en las Segundas Jornadas de Derecho Civil del año 1965 celebradas en Corrientes, donde surgieron dos posiciones en torno a cómo resolver la situación del comprador por boleto cuando el vendedor es declarado en concurso o quiebra; la diferencia entre los lineamientos entroncaba en la oponibilidad o inoponibilidad del mismo a proceso falencial en tanto existiera o no tradición, respectivamente. De otra manera, si el comprador ya tenía la posesión triunfaba en el conflicto y el Juez debía ordenar la escrituración, mientras que si esto no ocurría su pretensión mutaba en daños y perjuicios, debiendo concurrir como

⁷² Así lo refirió el Tribunal Superior de Córdoba, Sala Civil y Comercial, 2 de febrero de 2005, en autos: “*Avila Vázquez, Hipólito A. c/ Reynafé, Héctor H.*”, pág. 408, en La Ley Córdoba, 2005, pág. 119, citado por Fuster en la ob. cit. en nota al pie n° 6 de la pág. 798.

⁷³ MORELLO, Augusto M., *El Boleto de Compraventa...*, ob. cit., t. II., pág. 329.

⁷⁴ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que dar el tratamiento de “*tercería de mejor derecho*” a un pedido de levantamiento de embargo fundado en “*dominio*”, no importa suplir un error de hecho del actor, ni modificar los términos en que se había trabado la *litis*, ni colocar a una de las partes en situación de indefensión, sino que consiste en darle la calificación jurídica pertinente (CS, 17 de noviembre de 1994, Actualización de Jurisprudencia en La Ley del 27 de septiembre de 1995), posición aludida por Gabriel A. Fuster en ob. cit., t. 2., nota al pie N° 7 de la pág. 800.

“acreedor común”. A estas corrientes le contestaron Borda, Brebbia y Spota, que la distinción sobre la que descansaba el despacho carecía de importancia y de lógica jurídica, y que lo esencial es que hay una obligación de hacer que debe ser considerada de manera desigual a los acreedores de una suma de dinero, que en definitiva debe ser cumplida por el deudor.⁷⁵ Este es el momento en que entró en vigencia el antiguo art. 1185 *bis* del C.C., mediante la reforma del año 1968 que incorpora la Ley 17.711, para dar respuesta a la oponibilidad del boleto de compraventa inmobiliario al concurso o quiebra del vendedor. Sintéticamente, el ideal fue proteger al adquirente de inmuebles por medio del boleto, el cual se volvió de uso generalizado en la población.

Así las cosas, procederemos a tratar este tópico ingresando derechamente al análisis del artículo 1171 del Código Civil y Comercial, al cual le son aplicables todos los desarrollos que ya se hacían entorno al 1185 *bis*, pues impone los mismos recaudos incorporando – expresamente – el de la *fecha cierta*.

4.3.1 El actual artículo 1171

La norma en cuestión produce, en términos de Fernando López de Zavalía, una preferencia por exclusión concursal. Dicho autor lo plantea como un efecto común de los derechos reales⁷⁶, lo cierto es que, el boleto de compraventa contando con los requisitos enumerados, que a continuación numeraremos, actúa como si fuera un derecho real, excluyendo o sustrayendo totalmente a ese bien de la ejecución. Tal preferencia se traduce en el deber del juez de otorgar la escritura pública respectiva y, en el caso en que el pago del precio por parte del comprador fuera a plazo, constituir también una hipoteca en primer grado en garantía del saldo de precio.

Esa preferencia que el autor invoca en la obra citada, es en realidad una sola, “*la preferencia por prioridad temporal*”, de la que se desprenden distintas manifestaciones. En otros términos, tanto la preferencia por prelación concursal, una hipoteca por ejemplo, como la preferencia por exclusión concursal, el boleto de compra venta por ejemplo, no son otra cosa que consecuencias de que lo “*primero en el tiempo mejor en el derecho*” con respecto al género próximo, con lo cual ubicarlos a todos en el mismo nivel clasificatorio puede llevarnos a la confusión. Ciertamente es también que ese

⁷⁵ Contrapunto citado por MORELLO, Augusto M., *El Boleto de Compraventa...*, ob. cit., t. I., pág. 73 a 79.

⁷⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Curso Introductorio al Derecho Registral*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1983, págs. 376 y 377.

“*primero en el tiempo mejor en el derecho*” no es una característica predicable sólo del nacimiento de los derechos reales, sino que tendremos que estar al “*primero en el tiempo*” en el nacimiento y en la exigida publicidad del derecho.

Por supuesto que si de las circunstancias resulta la imposibilidad de escriturar, dicho acreedor sólo tendrá la posibilidad de verificar su crédito resultante de la frustración del contrato, sin que corresponda alterar el principio general de paridad. Opinan Roitman y Di Tullio que cuando existe este suceso y queda resuelto el derecho, el mismo no da lugar a indemnización de los daños y perjuicios, sino sólo reclamar lo que ya se hubiese abonado.⁷⁷

4.3.2 Requisitos exigidos

En primer lugar expresa el art. 1171 que el boleto de compraventa debe tener fecha cierta, requisito que era discutido y en ocasiones resistido por la doctrina porque no se encontraba expresamente tratado ni en la legislación común ni concursal⁷⁸, pero cuya inclusión actual resulta innegable. Ahora bien, la fecha cierta debe ser anterior al concurso o a la quiebra; adviértase como ciertos autores predicaban que el adquirente carece de buena fe cuando tiene conocimiento del estado de cesación de pagos, cuando no ha adquirido la posesión y cuando carece de fecha cierta.⁷⁹

Evidentemente si conociere el estado de incapacidad para hacerle frente a sus obligaciones no podrá argüir buena fe, pero en los dos casos tratados con posterioridad es más discutible: Respecto a haber adquirido publicidad posesoria la doctrina es casi unánime en no imputarlo como requisito de oponibilidad pues, además de no encontrarse en las normas, se agravaría la situación del sujeto desnaturalizándose la finalidad que protege, aunque su cumplimiento otorgaría mayor certidumbre al instrumento⁸⁰; en relación a la fecha cierta no estaban tan errados aquellos que la avistaban como un elemento determinante que por el carril documental da cuenta no sólo del momento de su celebración sino también de la buena fe.

Por otro lado, y como ya lo venimos tratando, se exige que el adquirente sea

⁷⁷ ROITMAN, Horacio, y DI TULLIO, José A., en *Boleto de compraventa y la quiebra...*, ob. cit., pág. 160.

⁷⁸ Tal era el temperamento de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, conf. ROITMAN, Horacio, y DI TULLIO, José A., en *Boleto de compraventa y la quiebra...*, ob. cit., pág. 157.

⁷⁹ MORELLO, Augusto M., *El Boleto de Compraventa...*, ob. cit., t. II., nota al pie N° 98, pág. 91.

⁸⁰ ROITMAN, Horacio, y DI TULLIO, José A., en *Boleto de compraventa y la quiebra...*, ob. cit., pág. 159.

de buena fe, lo que consiste en términos generales, en el desconocimiento del estado de cesación de pagos del vendedor al momento de la contratación. Debemos decir que la buena fe se presume de manera relativa pudiendo la misma ser desbaratada con prueba en contrario y que en ocasiones dicha presunción se invierte en virtud de dos razones principalmente: una, porque la celebración del acto jurídico se realizó dentro del período de sospecha (art. 116 de Ley Concursal); y dos, por la probanza de situaciones que hacen dudar gravemente sobre la seriedad del contrato celebrado, ejemplos, la falta de fecha cierta, la falta de medios económicos en quien aparece como adquirente, la persistencia del enajenante en el inmueble vendido, las excesivas solemnidades o su contracara, etc.

Por último, se exige que se haya pagado al menos el veinticinco por ciento (25%) del precio, remitiendo a lo expuesto más arriba al trabajar sobre los recaudos planteados por el art. 1170 del Código vigente.

4.3.3 Vía procesal idónea: Carga Verificatoria

Existen dos grandes posiciones respecto a cuál es la vía procesal correcta para invocar la preferencia en cuestión: En una arista mayoritaria se encuentran aquellos que entienden que el comprador debe satisfacer la carga verificatoria, ya que la Ley concursal la impone de una manera general para todos los acreedores, sin excepción, y que las obligaciones de hacer, como la de escriturar, no han sido dispensadas del mismo. Desde el otro costado y como principal postulante y sostenedor Horacio Garaguso, están aquellos que entienden que para estos casos se han organizado un sistema propio en el que puede hablarse de “*verificación en sentido lato*”, es decir, “*comprobación de legitimidad del derecho*” pero no en sentido estricto, pues no se trata de insinuarse en el pasivo concursal sino, por el contrario, de excluir el bien del patrimonio del concursado y lograr la deseada escrituración.

En esta inteligencia, dice Francisco Junyent Bas que “... *mientras el procedimiento verificatorio propiamente dicho tiende a que el acreedor sea declarado concurrente al proceso concursal y, de este modo, participe ya sea en el acuerdo o en el dividendo liquidatorio, el titular del boleto aspira a no concurrir al proceso concursal sino a lograr su exclusión mediante la correspondiente escritura de dominio que significa el retiro de un bien del patrimonio del deudor... (...)... por ello la obligación de hacer se encuentra excluida de la carga verificatoria propiamente dicha debiendo el interesado perseguir su satisfacción mediante la promoción de un incidente específico*

con ajuste a la vía prescripta en los artículos 280 y siguientes.”⁸¹

Vemos en la solución planteada por Garaguso y reivindicada por Junyent Bas un aceptable criterio que, apoyado en el especial efecto de exclusión en el que deriva el triunfo del boleto al proceso concursal, se minimizan tiempos y desgastes jurisdiccionales permitiendo clarificar y determinar los bienes que formarán parte del activo falencial. Este procedimiento no es en nada distinto a la verificación de créditos común, salvo en lo atinente a las reglas del procedimiento incidental que lo dominan y su realización de manera anticipada en el tiempo, lo cual evitará, posteriores tramitaciones que se generarán en función a una demostración tardía de la oponibilidad del boleto y a la correspondiente variación de la garantía común.

Conclusiones parciales

Como conclusión del presente capítulo abordaremos las distintas temáticas abordadas en el presente, expresando las soluciones a las que para cada uno de los distintos casos que analizados hemos llegado.

Primero en cuanto a la posesión adquirida en virtud del boleto de compraventa, la cual es en relación al vendedor-transmitente legítima, por lo tanto plenamente oponible al mismo. No pudiendo éste último iniciar ninguna acción, ni posesoria ni real frente al nuevo acreedor.

Seguidamente, lo analizamos frente a la locación, si la misma se encuentra vigente al tiempo de convenir la compraventa, es decir que el locatario ya se encuentra en calidad de tenedor legítimo, la locación es oponible al boleto. El nuevo dueño deberá respetar la locación por el tiempo que se hubiera convenido. Por el otro lado la locación que nace con posterioridad al boleto, si el comprador ostenta la posesión será inoponible a él, y si no posee habrá que calificar si hubo buena o mala fe y resolver el conflicto en tal sentido.

En el caso de ventas sucesivas, gradualmente la norma dispone la solución dándole prioridad al acreedor de buena fe y a título oneroso que adquiere un derecho real, porque reúne todos los requisitos, luego a aquél que adquiere el derecho real aunque con la deficiencia de la publicidad aún insuficiente, posteriormente a quien obtiene emplazamiento registral, y por última, en defecto de todos los demás incisos,

⁸¹ JUNYENT BAS, Francisco, en su trabajo *Una vexata quaestio: La oponibilidad del boleto de...*, ob. cit., pág. 35 y 36.

quien tenga el título de fecha cierta anterior.

En materia de las ejecuciones individuales, en el caso de conflicto entre adquirente por boleto que obtiene la posesión de manera precedente contra la traba de la cautelar que se verifica con posterioridad, se consagra la corriente que otorga preeminencia a la publicidad posesoria. El boleto en tanto haya contratado con el verdadero titular, haya pagado al menos el veinticinco por ciento del precio, tenga fecha cierta anterior a la traba de la cautelar y ostente la posesión con anterioridad también, será preferido al acreedor que busca la inscripción de alguna medida precautoria posterior.

Lo resuelto en el punto anterior genera a nuestro criterio consecuencias disvaliosas, imponiéndole a los acreedores que intentan trabar una cautela el injustificado deber de verificar el estado posesorio del inmueble previo a su solicitud. A nuestro criterio esto vacía de contenido y reduce a la mínima expresión la función de los Registros inmobiliarios.

En el caso del boleto frente a las hipotecas, creemos que por vía de la aplicación analógica del art. 1170 del C.C.C.N., que resuelve el conflicto entre el boleto y los acreedores que buscan trabar cautelares, sumado a una interpretación sistemática de nuestra codificación, es que el conflicto entre el boleto y el acreedor hipotecario se resuelve de la misma manera que frente a las trabas de cautelares, y con la misma preeminencia de la publicidad posesoria. Creemos que la consecuencia de imputarle al acreedor hipotecario el deber de verificar el estado posesorio del inmueble encuentra mayor justificación que en el caso anterior.

Continuamos diciendo, que procesalmente la pretensión de oponibilidad del boleto de compraventa inmobiliaria en materia de ejecuciones individuales deberá ser instrumentada por medio de la tercería de mejor derecho, y triunfará demostrando, de acuerdo a cuál haya sido la publicidad que se obtuvo, posesoria o registral, la mala fe del acreedor resultante de la no constatación del estado posesorio del inmueble o por no percatarse de las constancias registrales.

Por último el art. 1171 del C.C.C.N. expone los recaudos que debe reunir el boleto de compraventa inmobiliaria para ser oponible al concurso o a la quiebra, ellos son, a saber: fecha cierta, buena fe y haber abonado al menos el veinticinco por ciento del precio. Esta preferencia se traducirá en una exclusión del inmueble del activo falencial que deberá tramitarse por vía incidental de manera previa a la verificación de créditos, debiendo demostrar la legitimidad del derecho.

Conclusiones finales

Llegamos aquí al momento más difícil de esta investigación, el cual es dar un cierre al presente trabajo, en el que teníamos como cometido analizar e indagar esencialmente dentro del ordenamiento jurídico acerca de boleto de compra venta. Creemos que la postura que tomamos puede o no ser compartida por los lectores, debido a las variadas temáticas tratadas y las diversas bases teóricas que sobre ellas se dan, pudiendo cada uno generar su propia opinión al respecto.

El análisis que llevamos adelante fue esencialmente normativo, en tanto que buscamos dilucidar qué es lo que prescribe el sistema jurídico respecto de la oponibilidad del boleto de compraventa inmobiliario, haciéndolo siempre pendientes de los planteos y posturas de los diferentes juristas al respecto. La temática más en concreto aún, fue la incógnita que planteamos desde un principio, la cual rezaba: ¿en qué supuestos el boleto de compraventa inmobiliario es oponible a otros boletos, escrituras públicas u otros créditos sobre el mismo inmueble y de qué modo ello afecta el principio de seguridad jurídica?

Partimos de una hipótesis inicial y sujeta a corroboración, en la que se establecía que para determinar la oponibilidad del boleto frente a otras figuras podíamos trazar una analogía jurídica y resolverlo de la manera en que los artículos 1170 y 1171 del Código Civil y comercial de la Nación lo hace, en tanto que ellos resuelven de modo expreso el caso de controversia entre un boleto y medidas cautelares; y el de un boleto en contra de un concurso y quiebra, respectivamente. Para poder corroborarla o desecharla desarrollamos cuatro capítulos, en donde se abordó la cuestión desde lo más general a lo más específico.

Según hemos podido analizar a lo largo de este TFG, decimos que no se puede dar una respuesta general respecto si el boleto es o no oponible; sino que debemos estudiar su oponibilidad respecto a cada situación en concreto, frente a diversas situaciones que se suscitan en el tráfico inmobiliario, como lo hemos realizado a lo largo del cuarto capítulo y sus conclusiones. Teniendo en cuenta bajo que requisitos triunfa frente: al vendedor transmitente, locatario, otros compradores en ventas sucesivas, acreedores embargantes e hipotecarios y frente a ejecuciones colectivas. Respuestas que, muchas de las cuales, no podemos encontrar que el ordenamiento jurídico las recepte de un modo expreso y simple sino que debemos movernos a lo largo y ancho de la codificación forzando la interpretación de las normas, para lograr

resolverlas. O como planteamos en la hipótesis utilizar otro articulado por analogía para el caso específico. Proponemos para simplificar esta cuestión una reestructuración de la codificación en donde se ordene de manera sistemática y sencilla, para facilitar la ubicación de la oponibilidad de esta figura y las exigencias que requiere en los distintos casos.

Creemos antes que nada que en el conflicto entre derechos, sean reales o persona, indistintamente, debemos acudir para su resolución a la prioridad temporal de la causa que les da nacimiento al mismo tiempo que a su publicidad. Mal podríamos tener en cuenta la prioridad de la publicidad de un derecho que no existe, por ello es que por inclusión deberemos cotejar conjuntamente el nacimiento y la publicidad.

Una vez dicho esto nos resta dilucidar la manera afecta en que el articulado al que se referencia para los distintos casos de oponibilidad afecta al principio de seguridad jurídica, lo que pensamos que sucede principalmente en el artículo 1170 del Código Civil y Comercial de la Nación de donde se desprende, que en el conflicto que estamos trabajando, se privilegia a la publicidad posesoria. Lo que a nuestro parecer genera consecuencias disvaliosas, imponiéndole a los acreedores que intentan trabar una cautela el injustificado deber de verificar el estado posesorio del inmueble previo a su solicitud, especialmente cuando existía un generalizado consenso en no exigirlo.

Por estas razones proponemos una reforma, en donde se haga primar a la publicidad registral suprimiendo el “*sea posesoria*” del último inciso del art. 1170 del C.C.C.N. Los fundamentos de esto se encuentran ya expresados y se basan en la idea central que interpretar lo contrario, es decir hacer primar la publicidad posesoria, implicaría vaciar de todo contenido y función a los Registros de la Propiedad de las diferentes provincias y obligando a los acreedores de distintos derechos el deber de investigar sobre el estado posesorio de un inmueble de manera personal.

En cuestión hipotecaria, como creemos que se realiza una interpretación sistemática de la codificación, decimos que si se le exige al acreedor que traba una cautelar la diligencia de verificación en cuestión, más exigible lo es para el acreedor hipotecario; dejamos asentado nuevamente que no estamos de acuerdo con esta imposición, llevándose el sistema registral inmobiliario a su mínima expresión. Aunque para estos casos teóricamente, no se observamos semejante irrazonabilidad como en el de las medidas cautelares, ya que se deben realizar una serie de averiguaciones sobre el inmueble objeto de la garantía que justificaría de alguna manera la imputación en cuestión, en la realidad esto no sucede, y volviendo al caso, los acreedores hipotecarios

depositan su confianza en las constancias registrales siendo la exigencia de verificarlo personalmente excesiva.

Para adentrarnos en la realidad de las provincias y el federalismo, no ignoramos que en alguna de ellas se inscriben los boletos de compra y venta, pero que estos no son de inscripción obligatoria en los registros de propiedad de las diferentes jurisdicciones. Esto hace que prácticamente todos los boletos que se firman en el mercado inmobiliario no sean registrados, lo que hace imposible que un tercero interesado en adquirir un inmueble tenga conocimiento de que el mismo ya fue vendido o al menos comprometido en venta, a excepción de que se lo haga mediante escritura pública.

Dicho esto, servirá como parámetro válido para hacer perder la preferencia al boleto, la no inscripción obligatoria en el respectivo registro. Sería esto válido con los criterios que proponemos y desechado la posición adoptada por la letra del Código Civil y Comercial de la Nación, y proponiendo que las Provincias procedan a unificar sus criterios progresivamente apoyándose en las pautas que la doctrina viene manejando hace ya tiempo respecto a la publicidad. Y se proponga la obligación de inscribir el boleto de compraventa en el respectivo Registro de Propiedad Inmueble, como se lo hace con las escrituras. Como también el deber de registrar la posesión, debiendo crearse un registro de poseedores en las jurisdicciones que aún no existe, en nuestra opinión juntamente al registro de la propiedad, para hacer esto posible.

Como reflexión final podemos decir que desde un análisis económico del derecho es que proviene la interesante forma de razonar que nos obliga a pensar qué consecuencias producen adoptar determinadas soluciones. Así es que pensamos que de las soluciones que surgen de la normativa vigente se le imponen ciertos deberes a los sujetos conflictuales cuyo cumplimiento o incumplimiento los ubicará en la órbita de la buena o mala fe, respectivamente, lo que terminará resolviendo la contienda. Debiendo los jueces en los procedimientos respectivos examinar estos valores y determinar cuál de las partes fue más diligente en su obrar, o mejor dicho, cuál fue la menos negligente, en situaciones que se caracterizan por ser deficientes.

Bibliografía

Doctrina

- ANDORNO, Luis O., *Conflicto de intereses sobre el inmueble vendido por boleto: ¿Quién tiene mejor derecho: el comprador por boleto, el primer embargante? Tercerías de dominio y de mejor derecho*, publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, *Boleto de Compraventa*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s/f, 2000-3.
- BELLOTI, Mirta L., *¿Son oponibles al acreedor embargante los derechos derivados del boleto de compraventa?*, publicado en el link: http://amsacta.unibo.it/3279/1/SON_OPONIBLES_AL_ACREEDOR_EMBARGANTE_LOS_DERECHOS_DERIVADOS_DEL_BOLETO_DE_COMPRAVENTA.pdf
- BONO, Gustavo A. en: ZANNONI, Eduardo A. (Dir.), KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (coord.), *Código Civil y Leyes Complementarias, comentando, anotado y concordado*, Ed. Astrea, Buenos Aires, t. 11.
- BONO, Gustavo A., *El adquirente por boleto de compraventa y los acreedores del vendedor*, Revista LA LEY Nro. 211, Id SAIJ: DACA950190, 1995.
- BONO, Gustavo A., *Los títulos y su oponibilidad*, Conferencia pronunciada en el acto de clausura de sesiones del Instituto de Cultura Notarial (año 1994), del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba.
- BONO, Gustavo, en su tesis doctoral *Fideicomiso inmobiliario de garantía*, disponible en la biblioteca de la Fac. de Der. de la UNC, Octubre de 2012.
- BUTELER CÁCERES, José A., *Manual de Derecho Civil - Parte General*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001.
- CAFFERATA, Juan M., *La cuestión de la oponibilidad del boleto de compraventa de inmuebles a los acreedores embargantes*, disponible en el link de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-cuestion-de-la-oponibilidad-del-boleto-privado>.
- CAUSSE, Federico, y PETTIS, Christian R., *Incidencia del Código Civil y Comercial - derechos reales*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- FERRER, Adán, *Embargante versus adquirente por boleto: un conflicto cotidiano*, LLC 1987-E.

- FERREYRA de DE LA RÚA, Angelina, y GONZALEZ DE LA VEGA, Cristina, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba-Comentado y concordado con los Códigos de la Nación y provinciales*, 4ª Edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.
- FUSTER, Gabriel Anibal, *Ensayos Jurídicos. Algunas consideraciones en materia notarial, registral, posesoria y procesal*, Ed. Lerner, Córdoba, 2017.
- JUNYENT BAS, Francisco, *Una vexata quaestio: La oponibilidad del boleto de compraventa como vía verificatoria. Vía de reconocimiento del derecho del titular del boleto de compraventa inmobiliaria ante el concurso o quiebra del vendedor*, publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, *Boleto de Compraventa*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s/f, 2000-3.
- KIPER, Claudio, *Manual de Derechos Reales*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Curso Introductorio al Derecho Registral”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1983.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Teoría de los contratos” – Parte General, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1975.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, “Tratado de los Contratos”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos Reales*, Ed. Zavalía, Bs.As., 2004
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Publicidad Registral*, Ed. Zavalía, 3ra. Edición, Bs. As., 2003.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, conforme conferencia dictada en la Universidad Católica de Salta el sábado 25 de abril de 1970 según texto por él mismo transcripto.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La prescripción adquisitiva o usucapión*, Revista Jurisprudencia Argentina, 1998-80-A-320
- MOLINARIO, Alberto, *De las Relaciones Reales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1981.
- MORELLO, Augusto M., *El boleto de compraventa inmobiliaria*, 3ra. Ed. L.E.P. S.R.L., La Plata, 1981.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La discutida naturaleza jurídica del boleto de compraventa. ¿Contrato preliminar de promesa o contrato obligacional definitivo? Consecuencias de una y otra posición.*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2000- 3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs.As., s/f.

- MULLER, Enrique, *La prescripción en la obligación de escriturar, el plazo de diez años. La posesión por el adquirente. El pago de los impuestos*, publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, *Boleto de compraventa*, 2000-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s/f.
- MUSTO, Néstor J., *Derechos Reales*, Ed. Astrea, C.A.B.A., 2007.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Curso Introductorio al Derecho Registral*, Ed. Zavallía, Bs. As., 1983.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Daños por el incumplimiento de la obligación de escriturar* publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, *Boleto de compraventa*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s/f, 2000-3.
- RIVERA, Julio C., *Conflicto entre acreedor embargante y poseedor con boleto de compraventa*, ED, 159.
- ROITMAN, Horacio y DI TULLIO, José A.; *Boleto de compraventa y quiebra del vendedor*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, *Boleto de Compraventa*, 2000- 3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs.As., s/f.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino-Parte General*, Décima Edición, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954.
- VENTURA, Gabriel B., *Incorporación de la figura de la invasión de inmueble colindante en CCyC*, publicado en la web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (<http://www.acaderc.org.ar/incorporacion-de-la-figura-de-la-invasion-del-inmueble-colindante-en-el-ccycn>).
- VENTURA, Gabriel B., *Firma digital y documento notarial*, LL, 2004 – B, 1274.
- VENTURA, Gabriel B., *Forma y prueba de los actos jurídicos – Instrumentos públicos e instrumentos privados en el Código Civil y Comercial (Análisis exegético de los art. 284 a 319 del CCCN)*, trabajo publicado en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (<http://www.acaderc.org.ar/>).
- VENTURA, Gabriel B., *Dinámica de la constitución de los derechos reales y su repercusión registral* publicado en Anuario de Derecho Civil V – Ed. Alveroni – 1994, pág. 187 y sgtes.
- ZURUETA, Mariano Ramiro, *Cuestiones de prioridad de cobro: comprador por boleto de compraventa VS. acreedores del vendedor*, publicado en el siguiente

link: https://www.justiciajujuy.gov.ar/escuela-de.../compradboletacompraventa_1.pdf.

Legislación

Ley 17.711. Poder Ejecutivo Nacional. Buenos Aires, 22 de abril 1968.

Código Civil de la Nación. Departamento de Justicia – Buenos Aires, Setiembre 29 de 1869

Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Buenos Aires, 01 de Octubre 2014