

CUESTIONES DE PRIORIDAD DE COBRO: COMPRADOR POR BOLETO DE COMPRAVENTA VS. ACREEDORES DEL VENDEDOR.

POR MARIANO R. ZURUETA (*)

SUMARIO: *I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO DE APLICACIÓN. III. PROBLEMAS QUE SE SUSCITAN ENTRE LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LA PUBLICIDAD POSESORIA. IV. LAS DISTINTAS POSTURAS QUE SE ESBOZARON RESPECTO DEL TEMA. V. MI OPINIÓN. VI. LA JURISPRUDENCIA EN LA PROVINCIA DE JUJUY. VII. EL BOLETO DE COMPRAVENTA Y EL JUSTO TÍTULO. VIII. TERCERÍA A IMPETRAR. IX. PROPUESTAS.*

I. INTRODUCCIÓN.-

La primacía de la publicidad posesoria sobre la publicidad registral, o viceversa, viene generando una preocupación tan intensa en el ámbito de los operadores del derecho, que resulta difícil encontrar una solución pacífica, sin que uno de los sectores se vea seriamente comprometido. El tema seleccionado, además de su larga trayectoria como uno de los tópicos de mayor debate en el derecho nacional, seguramente va a ser uno de los temas a ser tratados en la Comisión de Derechos Reales dentro de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil a celebrarse en la ciudad de Tucumán 2011.

El tópico de referencia es sumamente complejo en su resolución, porque ella va a depender de la concepción del derecho que tenga el intérprete, de los intereses en juego defendidos (muchas de las veces difíciles de conciliar), de la naturaleza jurídica que se adjudique al boleto de compraventa, de las circunstancias del caso a resolver, de una adecuada interpretación de las normas sobre constitución y transferencia de derechos reales, así como de aquellas que regulan las inscripciones registrales, o bien, de adoptar una postura que defienda a la equidad, o, por el contrario, de dar preferencia a la seguridad jurídica (en sus fases estática o dinámica).

Como es sabido, existen dos (2) posturas fuertemente marcadas, y que se contraponen; Una que intenta hacer prevalecer a las constancias registrales (forma - art. 1184 inc. 1° Cód. Civil) sobre la convención que pudiere existir (normativa de fondo), y la otra que intenta que se de prevalencia al convenio privado existente entre las partes (autonomía de la voluntad - art. 1197 Cód. Civil), y a sus intereses, prescindiendo de la forma prescripta en la ley.

Nuestra doctrina nacional en modo gráfico respecto a la confrontación existente respecto a la temática en cuestión sostuvo:

"la opción entre los derechos adquiridos por un poseedor con boleto y los de un acreedor embargante (salvo la existencia de prueba acabada sobre la mala fe de uno de ellos), es siempre desgarradora para el juez que no se conforma con una aplicación fría de la ley y busca, más allá de la postura académica, conformar su conciencia en la convicción de haber arribado a una decisión justa" ¹

"Quién puede afirmar que no se siente sobrecogido (sorprendido) frente a las discrepancias reinantes en nuestra doctrina y jurisprudencia acerca de la naturaleza jurídica del boleto de compraventa inmobiliaria y de sus efectos entre partes, así como de su grado de oponibilidad a terceros" ²

El juez Plíner expuso en sus sentencias que la reforma legislativa de 1968 provocó una de las más borrascosas

¹(*) Miembro del Instituto Región Noroeste, Sede Jujuy, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

PALMIERI, Jorge, "El poseedor con boleto en la tercería de dominio", ED, 135-307, citado por Kemelmajer de Carlucci en Plenario "Ongaro de Minni".

² ALSINA ATIENZA, Dalmiro, "En torno de las inquietantes discrepancias sobre los efectos del boleto de compraventa inmobiliaria. Una nueva interpretación del derecho vigente", RDCO, año 11, 1978, p. 325.

polémicas doctrinarias que a nivel rigurosamente jurídico se haya conocido entre nosotros. ³

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

La confrontación de intereses existente entre la publicidad posesoria y publicidad registral puede presentarse en diversos procesos judiciales, así: Juicio ejecutivo, laboral, de familia, ordinario por daños y perjuicios, etc. La situación delicada generalmente ocurrirá cuando el actor trabe embargo preventivo (acreedor embargante) sobre un bien inmueble del demandado, y al obtener sentencia favorable, aquel pretenderá ejecutar la misma, sacar a subasta el inmueble, y en esa oportunidad se presenta el poseedor, adquirente por boleto de compraventa, quien interpone un incidente de tercería (mejor derecho, posesión o de dominio), que suspende la continuación de la ejecución de la sentencia, hasta tanto sea resuelta la prioridad de intereses en conflicto.

III. PROBLEMAS QUE SE SUSCITAN ENTRE LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LA PUBLICIDAD POSESORIA.

Seguidamente se expondrán clásicos supuestos de colisión de derechos personales que son incompatibles sobre un mismo inmueble, surgiendo en toda su intensidad la confrontación existente entre la publicidad posesoria y la publicidad registral, sin perjuicio de destacarse que el presente trabajo tendrá como meta principal el abocamiento al estudio del acreedor embargante de un bien inmueble vs. comprador por boleto de compraventa.

III.1. Conflicto de prioridad entre el comprador por boleto de compraventa que cuenta con posesión VS. Acreedor embargante.

³ CC Bahía Blanca, sala I, 1/3/89 "Aimar Guillermo tercería de dominio en autos Lorea, Roberto c. Tapia, Norberto", ED, 135-307.

Dentro de este tópico se pueden observar tres (3) hipótesis que no se muestran demasiado complejas en su resolución para el intérprete, y luego un cuarto (4°) caso polémico, que será el aspecto a desarrollar en el presente. Así vemos:

- Comprador por boleto de compraventa que cuenta con posesión vs. Acreedor que traba embargo con fecha anterior a aquella compraventa y se encuentra debidamente registrado: En este supuesto prima la publicidad registral por cuanto el adquirente por boleto no sería de buena fe al tener que haber consultado las constancias registrales (art. 4007 y conc. Cód. Civil, y arts. 2 inc. b), 19 y conc. Ley 17.801).⁴

- Comprador por boleto de compraventa que cuenta con posesión, y además obtiene una medida cautelar (anotación de litis, embargo, prohibición de contratar, etc.) en el juicio de reivindicación seguido vs. Acreedor que traba embargo con posterioridad a aquella cautelar. En este caso prevalece el comprador, pero no por la publicidad posesoria, sino en virtud de los efectos de oponibilidad de la publicidad registral otorgada por la cautelar obtenida con anterioridad al embargo trabado por el acreedor del vendedor, y en consecuencia, este acreedor conoció, o debió haber conocido, esa inscripción registral al momento de consultar la ficha parcelaria.

- Boleto de compraventa inscripto en el Registro inmobiliario vs. Acreedor que traba embargo en fecha posterior. Al igual que en el caso anterior, en las Jurisdicciones que admiten la registración de los boletos de compraventa⁵, el comprador por boleto inscripto será preferido al acreedor embargante posterior en mérito a la publicidad registral

⁴ ROCCO, Emma Adelaida, "Boleto de compraventa", 2° edición, La Ley, pág. 208. "La falta de buena fe del adquirente por boleto de compraventa de fecha cierta posterior por el conocimiento previo, ya sea del embargo (art. 2 inc. b) Ley 17.801- como de la anotación de litis -art. 229 CPCC-, hace que prevalezca el acreedor embargante".

⁵ Vgr.: Provincias de Santa Fe, Tucumán, Salta, y Jujuy.

obtenida por ese instrumento privado que fue anterior a la cautelar trabada por el acreedor embargante (art. 19 y conc. Ley 17.801), y por lo tanto se presume que el acreedor en cuestión conoció esa inscripción al momento de consultar la ficha parcelaria.

- Comprador por boleto de compraventa que cuenta con posesión vs. Acreedor con embargo posterior: Es el gran problema a resolver a lo largo del presente.

III.2. Conflicto de prioridad entre el comprador por boleto de compraventa que cuenta con posesión VS. Acreedor hipotecario.

En forma similar al caso del supuesto de conflicto entre el comprador por boleto de compraventa y acreedor embargante, si los acreedores hipotecarios pretenden ser preferidos en su cobro, deberán hacer valer su publicidad registral anterior a la fecha de la compraventa a los fines de ser preferidos en su cobro, aún con posesión de estos últimos, y con ello, resultar oponible al comprador en cuestión la hipoteca debidamente anotada en el Registro de la Propiedad Inmueble.⁶

La dificultad se presenta cuando la hipoteca es registrada con posterioridad a la fecha de celebración de la compraventa, y que se encuentra instrumentada en un boleto. Al respecto la doctrina mayoritaria entiende que de demostrarse la publicidad posesoria con instrumento privado de fecha cierta anterior (art. 1035 Cód. Civil) a la registración de la hipoteca, el juez conferirá preferencia a la tercería de posesión impetrada, y ordenará el levantamiento de la hipoteca constituida con posterioridad a la compra, y a lo sumo el acreedor hipotecario podrá reclamar el precio adeudado por el comprador por boleto.⁷

⁶ Conf. art. 4007 y conc. Cód. Civil, y art. 19 y conc. Ley 17.801.

⁷ GATTI, Edmundo - ALTERINI, Jorge H., "Prehorizontalidad y boleto de compraventa", Bs. As., La Ley, 1973, pág. 57/8; BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil", Contratos, Abeledo Perrot, Tomo I, pág. 317/8.

El Dr. Lorenzetti afirma sobre el punto:

*“En el conflicto entre el comprador por boleto y el acreedor hipotecario debe estarse a la posesión: si ésta fue dada con anterioridad a la hipoteca triunfa el comprador; en cambio, si la hipoteca fue anterior a la posesión prevalece el acreedor, quedándole al comprador las acciones contractuales contra el vendedor y las penales. Si el acreedor hipotecario ejecuta el bien, el comprador por boleto con posesión anterior a la hipoteca puede deducir la tercería de dominio.”*⁸

De la vereda de enfrente se encuentra aquella tesis⁹ que entiende que prevalece la hipoteca porque este derecho real no se ejerce por la posesión, por lo que el acreedor hipotecario no tiene que estar averiguando cual es la situación fáctica del inmueble, sino que debe corroborar que quien la constituya sea su dueño y se inscriba en el Registro, por cuanto tiene el *ius perseguendi*. Agrega el autor últimamente citado que el boleto, a diferencia de la hipoteca, no cuenta con publicidad de ningún tipo, por lo que debe protegerse la seguridad dinámica del crédito. Lo ratifican las leyes 14005 y 19724 en donde

⁸ Siguen este criterio: LORENZETTI, Ricardo, en "Tratado de los Contratos" Tomo 1, p. 345 a 347, Rubinzal-Culzoni editores, edición 1999, Santa Fe). Primeras Jornadas de Derecho Civil" celebradas en Mendoza en 1983, WAYAR, Ernesto "Compraventa y Permuda", Astrea, 1984 pág. 604. ANDORNO L. O. "Conflicto de intereses sobre el inmueble vendido por boleto", Revista de Derecho Privado y Comunitario - Boleto de compraventa, 2.000 - 3, Rubinzal-Culzoni, edición 2001, Santa Fe; Corte Suprema de Justicia de la Nación in re: "Banco de Crédito Argentino c. Germanier, Carlos A. y otros", 26/9/96 (DJ, 29/11/06, 954, La Ley 29/11/06, 9), Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en autos "Radil López, Jaime c. Canellas de Nicastri, Alicia y otro", 1995/06/13, LLBA, 1995-909 - DJBA, 149-4311; Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala II en lo civil y comercial en autos "Díaz de Giménez, Celia R. y otro", 1994/05/17, JA, 1995-II-108. Cámara Nacional Civil Sala C en "Rey, Raúl O. c. Físicario, D. S. y otro", sentencia del 17-6-88; Suprema Corte de Buenos Aires en "Noceti, A. c. Zorzi, H. y otro" (12/3/74, ED, 55-203; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, en sentencia del 24/04/97 en "Vainikoff, Luis C. c. El Emiliano S. A." publicado en: LA LEY 1997-F, 226.

⁹ Así: KIPER, Claudio, "Código Civil y leyes complementarias", ZANNONI, Eduardo (Director) - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coordinadora), Ed. Astrea, Tomo 10, pág. 229. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, Sala Civil y Penal en "Melgarejo, Adrián y otro c. Guerra Méndez, Adán y otro", 03/12/2004; ídem: "Manzar S.R.L. s/ Concurso preventivo. Incidente de revisión promovido por el Banco del Tucumán S.A.".

prevalecerán los boletos inscriptos en el registro frente a hipotecas posteriores.¹⁰

III.3. Conflicto de prioridad entre el comprador por boleto de Compraventa VS. acreedores de otras promesas de venta.

En primer lugar las normas del código civil resuelven la cuestión al otorgar prioridad a aquel acreedor de buena fe¹¹ al que el vendedor le haya efectuado la tradición (art. 594 Cód. Civil), y con ello cuenta con la posesión.¹²

Si a ambos compradores se les hizo tradición será preferido aquel que primero haya sido puesto en posesión de la cosa de parte del vendedor, en tanto y en cuanto fuere de buena fe (arts. 594, 3269 y 2453 del Cód. Civil).

Por último, en la hipótesis de que ninguno de los compradores cuente con la posesión, será preferido aquel acreedor que primero obtenga fecha cierta en el instrumento (arg. Art. 596 Cód. Civil).

¹⁰ Interesante resulta comentar en esta instancia lo resuelto por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en autos: "Todros, José R. y otros c. Todros Fraser, Jorge", 21/11/1978, en donde los magistrados intervinientes manifestaron que la hipoteca fue constituida por una sociedad que nunca pudo ser dueña, porque si bien tenía escritura pública, nunca contó con la posesión que era ejercida por los actores que contaban con boleto. Agregaron que los acreedores hipotecarios no eran de buena fe como lo requiere el art. 1051 CC, pues la buena fe no es compatible con la negligencia de quienes parecerían haberse contentado con esas manifestaciones inoponibles a terceros (tradición instrumental que no se verifica en los hechos). La negligencia mencionada consiste en no haber requerido una certera constatación del estado de ocupación del inmueble, que hubiera demostrado la imposibilidad de la adquisición posesoria por la constituyente de la hipoteca.

¹¹ Es decir que ignora la existencia de un boleto precedente.

¹² Siguiendo así a las máximas romanas: *in pari causa melior est conditio possidentis* (en igualdad de causa es mejor la condición del poseedor), y *beatus qui possidet* (mejor quien posee), y *prior in tempore potior in iure* (primero en el tiempo primero en el derecho reflejado en el art. 3269 y 3270 del Cód. Civil), según nos enseña ROCCO, Emma Adelaida, "Boleto de compraventa", 2° edición, La Ley, pág. 193/4.

III.4. Conflicto de prioridad entre el comprador por boleto de compraventa que cuenta con posesión VS. acreedor con escritura pública.

El comprador por escritura pública no cuenta con posesión, y por ello sin tradición, por lo que prevalece el poseedor de buena fe que cuente con boleto, por cuanto entre la contienda entre dos derechos personales triunfa aquel que cuenta con posesión (arg. Art. 594, 2789, 2791, 3269 del Cód. Civil).¹³

Destáquese que el comprador por escritura publica todavía no es dueño al no habersele realizado la tradición del inmueble (modo), por lo que él simplemente es acreedor de una obligación de dar de parte del dueño, y que en los hechos se traduce en una obligación cuya prestación es de cumplimiento imposible por cuanto la posesión del inmueble la ostenta un tercero de buena fe. Ante ello lo único que resta es una obligación de indemnizar el daño causado (art. 889 del Cód. Civil).

III.5. Conflicto de prioridad entre el comprador por boleto de compraventa sin posesión VS. Acreedor con escritura pública.

En este caso nuestro ordenamiento civil resuelve la cuestión al establecer que entre instrumentos públicos prevalece aquel de fecha anterior (art. 596 del Cód. Civil). En forma análoga puede ser extendida dicha norma en su aplicación al supuesto de marras, en que colisiona un instrumento público con otro privado de fecha cierta (art. 1035 CC), ya que lo que la ley ha querido con la exigencia del instrumento publico es la autenticidad de la fecha, y la fecha del instrumento privado hace fe en las condiciones del art. 1035 del Cód. Civil¹⁴; es decir que el valor

¹³ CNCiv. Sala C, "Blitz Katz, Herman c/ Tormo, Ramón", LL 1977-A-517; y CNCiv., Sala C, 17/5/77, "Perrone de Giampietro, Leonilda en Arcuri, Oscar P. c/ Balbarani, Romualdo", LL 1978-A-79. jurisprudencia citada por ROCCO, Emma Adelaida, "Boleto de compraventa", 2º edición, La Ley, pág. 198.

¹⁴ LLERENA, Baldomero, Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino, 2º edición, Bs. As., 1900, Tomo III, pág. 69, según cita de ROCCO, Emma Adelaida, "Boleto de compraventa", 2º edición, La Ley, pág. 195 y sgtes.

de la fecha cierta es pleno en cuanto a terceros¹⁵, por lo que aquel instrumento (público o privado con fecha cierta) de fecha anterior será el preferente. Caso contrario en que el instrumento carezca de fecha cierta prevalecerá el instrumento público, siempre que su adquirente fuere de buena fe.

IV. LAS DISTINTAS POSTURAS QUE SE ESBOZARON RESPECTO DEL TEMA.

El conflicto de prioridad detallado ut-supra, respecto al comprador por boleto vs. acreedor embargante tiene vieja data, y su gran problema radica en que el magistrado solo podrá declarar procedente uno (1) solo de los dos (2) derechos en disputa, quedando así en desamparo el vencido. Sobre la temática en cuestión se expusieron distintas tesis, a saber:

IV.1. Postura aformalista. Fundamentos.¹⁶

¹⁵ GALLI en SALVAT, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, 6^o edición, 1952, tomo I, pág. 321; Ídem: LLAMBIAS, Jorge Joaquín, Tratado de las obligaciones, Bs. As. Abeledo Perrot, 1970, Tomo II, pág. 118 y sgtes., citado por ROCCO, Emma Adelaida, "Boleto de compraventa", 2^o edición, La Ley, pág. 196.

¹⁶ Esta tesis es seguida en nuestro país por: BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil", Contratos, Abeledo Perrot, Tomo I, pág. 339; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor, LL 131-1275; Ídem: "Derechos reales, La Posesión, Eficacia del Boleto de compraventa. Las defensas posesorias en materia de muebles y extensión a la tenencia", E. D. 25-833 y ss.; CABALLERO DE AGUIAR, María Rosa - GHERSI, Carlos A., "Prescripción liberatoria y adquisitiva (Civil - Comercial - Penal), Caducidad". Ed. Cathedra Jurídica, 2006, pág. 141; GARRIDO, Roque, "Boleto de compraventa y posesión", en J.A. 1976-III-675; GATTI, Edmundo - ALTERINI, Jorge H., "Prehorizontalidad y boleto de compraventa", Bs. As., La Ley, 1973; HERNANDEZ, Carlos A. - SOZZO, Gonzalo, "Adquirente por boleto de compraventa y acreedor embargante" (balance del conflicto en la doctrina y jurisprudencia argentina), publicado en la página de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; www.acaderc.org.ar; LORENZETTI, Ricardo Luis, "Tratado de los Contratos", 2^o Edición, Tomo I, pág. 351; LOUTAYF RANEA, Roberto G., "La Protección posesoria al adquirente de un inmueble por boleto", publicado en la página de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; www.acaderc.org.ar; MORELLO, "El boleto", Tomo I, pág. 43; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Compraventa inmobiliaria", Bs. As., Ediar, 1976, pág. 305; ROCCO, Emma Adelaida, "Boleto de compraventa", 2^o edición, La Ley, pág. 198 y sgtes. SPOTA, Alberto G. "Contratos. Instituciones de Derecho Civil" LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P. (actualizador), Tomo IV (Parte Especial), 2^o edición, La Ley, pág. 86 y sgtes. SPOTA, Alberto "Art. 2355 del Código Civil y posesión legítima del comprador de buena fe con boleto de compraventa inmobiliaria", E. E. 98-821 y ss; VÁZQUEZ, Gabriela A., "Poseedor de boleto y embargo", LA LEY, 2007-F, 499; ídem: "Prioridad

Esta corriente autoral tiene como objetivo la justicia del caso concreto, aún en contra de la letra de la ley, y por ello es que considera que el boleto de compraventa es un contrato definitivo, y un una mera promesa de venta. Aducen que resulta necesario recurrir a la realidad extra registral, y a las circunstancias económicas y sociales que la enmarcan, puesto que es incorrecto ceñirnos a la letra del código, el cual fue dictado cuando no se conocía el boleto de compraventa, y el reformador del año 1968, con la sanción de la Ley 17.711, vino a reconocer las bondades de dicho instrumento privado.

Aducen que el derecho regla los intereses en juego y trata de ampararlos sobre la base de las manifestaciones reales de la vida. Refieren que todo firmante de un boleto de compraventa entiende celebrar una compraventa verdadera aun a costa de la ley, por cuanto se trata de encontrar soluciones justas a un problema social grave como es el tráfico del derecho real de propiedad sobre bienes inmuebles. Critican la postura formalista que se apega a la ley o a los conceptos que de ella resultan sin observar los hechos.

Para justificar su postura los aformalistas argumentan que la exigencia de la escritura pública es un requisito formal que hace al **modo** de adquisición del dominio (en el caso: la TRADICIÓN como contrato real del art. 2377 del Cód. Civil), y nunca al título.¹⁷ La tradición es un contrato real que tiene por objeto la traslación del derecho real del vendedor al comprador, y es en este aspecto donde según esta tesis resulta exigible la escritura pública, y nunca en el título (arts. 2378 y 1184 del Cód. Civil). Según el Dr. WAYAR el contrato de compraventa no tiene como objeto inmediato la transferencia de bienes inmuebles sino la

excluyente y embargo trabado en el juicio de escrituración”, Publicado en: LA LEY 22/09/2010, 8; WAYAR, Ernesto C., “Compraventa y permuta”, Ed. Astrea, 1984, pág. 541 y sgtes.

¹⁷ WAYAR, Ernesto C., “Compraventa y permuta”, Ed. Astrea, 1984, pág. 548 y sgtes.

adquisición para los contratantes de derechos y obligaciones, siendo la transmisión una consecuencia mediata, con lo cual el art. 1.184 inc. 1° del Cód. Civil no se aplicaría al contrato de compraventa.

Consideran estos autores que la formalización de la escritura pública corre con ciertas desventajas respecto al boleto de compraventa como ser: **a)** La escritura pública insume más tiempo que el boleto; **b)** En las ventas a plazo el vendedor quiere postergar la escrituración hasta el momento del pago de la última cuota, por lo que en un primer momento recurre al boleto; y **c)** Se posterga la escrituración para aliviar al comprador de gastos y honorarios que importa la compraventa.

Dentro de la postura aformalista a mi modo de ver existen dos (2) vertientes, a saber:

IV.1.1. Aplicación extensiva del art. 1185 bis CC - Se Protege al adquirente en virtud del boleto de compraventa. La postura de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación.

Esta corriente interpretativa aplica en forma analógica la norma del art. 1185 bis del Cód. Civil, sin requerir posesión, sino mas bien fecha cierta, pago del 25% del precio, y buena fe del adquirente. Si conforme a la norma en cuestión resulta oponible el boleto de compraventa al concurso preventivo o a la quiebra, también lo es para las ejecuciones individuales.¹⁸ Se sostiene al respecto que la solución restrictiva conduce a un verdadero despropósito, cual es el de obligar al adquirente a petitionar la

¹⁸ SPOTA, Alberto, "Sobre las reformas al Código Civil", pág. 75; LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, "Derechos Reales", Tomo I, pág. 437; BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil, Contratos", Abeledo Perrot, Tomo I, pág. 316/7; - Jurisprudencia: Suprema Corte de Buenos Aires in re: Penas Ricardo A. en Auzmendiá, Rubén P. c/ Urban Raúl, La Ley 1986-E-426; ia Suprema Corte de Mendoza, in re: "Ongaro de Minni", 06/12/91; Suprema Corte de Buenos Aires, 09/2/93, in re: "Club Personal Banco Río Negro y Neuquén Bahía Blanca, tercería en Gaucci, Roberto v. Graetz, Rodolfo", JA, 1994-IV-181; Ídem: 26/10/93, JA, 1994-III-245. Cámara 3a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, "Hadad, Nicolás Luis c. Rapp, Héctor Alberto, 06/08/2009, Publicado en: LLC 2010 (marzo), 195, Cita Online: AR/JUR/31107/2009.

quiebra del vendedor, para poder oponer su derecho a los otros acreedores. Si el legislador dispone la oponibilidad del boleto en el concurso, a fortiori lo decide para la ejecución individual.

Se aseveró que el acreedor embargante, al momento de anotar su traba de embargo, solamente ha podido tomar los bienes que existieren en el patrimonio de su deudor (transmitente -"vendedor"-) y en el estado en que se hallaban. Por lo tanto, si categóricamente se demuestra que ya habían sido comprometidos en venta anteriormente -a la traba de embargo deben trasladarse al saldo del precio si lo hubiere.¹⁹

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Mendoza, con voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, dictó dos (2) fallos plenarios que fueron seguidos por abundante jurisprudencia a nivel nacional. Así, en un primer momento, se resolvió la causa: "*Ongaro de Minni y otros en j: 1339 Minni Miguel A. y otro en j: 37 Gómez H. c/J.C. Grzona p/Ord. p/ Tercería s/Casación*", de fecha 6 de diciembre de 1991.²⁰

¹⁹ Cámara Civil y Comercial de Salta en pleno in re: "Molina Aguado Antonia y otra c/ Circunvalación S.A. y otra", La Ley 1996-D-615, DJ 1996-2-998, LLNOA, 1998-52, citado por ROCCO, Emma Adelaida, "Boleto de compraventa", 2° edición, La Ley, pág. 202.

²⁰ En esta oportunidad se sentó la siguiente **doctrina legal**:

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

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

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

d) El "adquirente" de un inmueble con destino vivienda mediando boleto, tenga o no posesión, haya o no inscripto ese instrumento, triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad, si se cumplen los siguientes recaudos: d.1.) Que el boleto tenga fecha cierta o exista certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo. La posesión pública y pacífica es un elemento trascendente para acreditar tal certidumbre fáctica. d.2.) Que el tercerista haya adquirido de quien es el titular registral, o que esté en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes. d.3.) Que el tercerista sea de buena fe y haya pagado el 25% del precio con anterioridad a la traba del embargo; d.4.) El embargante de buena fe, aquél que no conocía la realidad extrarregistral, puede oponer su

Con posterioridad, el máximo tribunal mendocino introduce algunos cambios en el plenario anterior al no exigir ya que el destino del inmueble sea de vivienda. Esto ocurrió el 30 de mayo del año 1996 en Expte. N° 156353 *"Fernández Angel en j: 18687/20996 Fernández A. en j:17405 c/Coviram Ltda. s/Inc.Rev. s/Casación in re: "Coviram Ltda"*, donde se dijo:

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

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

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

2.2. *El boleto tiene publicidad (registral o posesoria);*

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

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

3. *En el proceso concursal, las reglas anteriores no impedirán la aplicación de la normativa relativa a la acción revocatoria y el adquirente deberá cumplir con los otros recaudos expresamente previstos en el art. 146 de la ley 24.522".*

derecho al poseedor, y al "adquirente" sin posesión, de un inmueble que no tiene por destino su vivienda personal.

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

Como corolario de ello se puede concluir que si no se pagó el 25% del precio, ni medió entrega de la posesión anterior al embargo, ni traba de medida cautelar alguna sobre el inmueble por parte del adquirente, prevalecerá el acreedor embargante, y el comprador deberá reclamar eventualmente la restitución de lo pagado del vendedor o en su concurso.

En estos fallos creo que resulta criticable que no se exija al comprador la posesión, si se tiene en cuenta que el objetivo final es que el adquirente no pierda la ocupación del inmueble.

En fecha 26 de septiembre de 2006 la mayoría de los miembros de la **Corte Suprema de Justicia de la Nación**²¹ hicieron suyos los fundamentos vertidos por la Procuradora General de dicho organismo, al rechazar la queja, y con ello ratificar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Corrientes (excluyendo así la tacha de arbitrariedad endilgada a esta última resolución), y según la cual se hizo lugar a la tercería de dominio incoada por el comprador de un inmueble, quien oportunamente celebró un boleto de compraventa con el vendedor (titular del inmueble que luego resultara hipotecado), cuyas firmas estaban certificadas por notario (fecha cierta) con anterioridad a la hipoteca trabada por el banco actor, y se había abonado el setenta por ciento (70%) del precio. Al respecto la Procuradora interviniente dio la razón a los argumentos expuestos por el máximo tribunal correntino al sostener:

"... la oponibilidad del boleto no surge de considerarlo un derecho real regido por el artículo 2505 del Código Civil, sino de la protección especial que el ordenamiento civil le da a través

²¹ "Banco de Crédito Argentino c. Germanier, Carlos A. y otros", 26/9/96 (DJ, 29/11/06, 954, La Ley 29/11/06, 9), Dres. PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, FAYT, ZAFFARONI, y LORENZETTI. Los Dres. ARGIBAY y MAQUEDA rechazaron el recurso extraordinario por inadmisibile (art. 280 del CPCN).

del artículo 1185 bis del mismo cuerpo legal... aunque la ley no lo mencione en forma expresa, crea una especie de privilegio a favor del comprador de buena fe que haya celebrado el boleto y pagado el porcentaje de precio mencionado. Siendo ello así, habiéndose arbitrado por la ley una solución específica al problema de los boletos de compraventa de inmuebles, para la oponibilidad de estos no cuadra exigir su inscripción en el registro, pues tal requisito no ha sido mencionado por la ley... no obstante que el artículo 1185 bis del Código Civil se refiere al caso de concurso o quiebra del vendedor, no se advierte razón alguna que impida que lo mismo pueda ocurrir frente al acreedor en un proceso ejecutivo, en tanto queden acreditados los extremos de la norma y el crédito del comprador sea anterior al del embargante... el legislador quiso otorgarle a esta norma una inequívoca misión tuteladora, en aras de abastecer en su privilegiada oponibilidad la significativa necesidad de protección que la sociedad requiere en consideración a la importancia jurídica que porta el boleto en el mercado inmobiliario.”

IV.1.2. Se Protege al adquirente en virtud de la posesión.

Según esta segunda tesis resulta fundamental la posesión, porque es esta situación fáctica la que es oponible al acreedor embargante, por lo que prevalecerá quien primero, y de buena fe, haya hecho publicitario (posesoria o registral) su derecho. Prevalece el poseedor porque los créditos que el acreedor quiere hacer valer no tuvieron acceso registral al momento de efectivizarse la posesión en cuestión, por lo que el comprador por boleto no los conocía, ni debía conocerlos, salvo que el acreedor cuente con embargo registral con anterioridad a la tradición.

En sentido concordante en el seno de las VIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL se aprobó el siguiente despacho: *“Cuando entran en colisión la publicidad posesoria y la*

publicidad registral inmobiliaria triunfa la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe".²²

*"En el conflicto entre comprador por boleto y acreedor embargante, triunfa el primero si el boleto tiene fecha cierta anterior al embargo y la posesión le ha sido entregada al comprador también con anterioridad al embargo; en caso contrario, prevalece el embargo que ha sido publicitado registralmente y cuya existencia el comprador debió conocer actuando con diligencia. En otras palabras, triunfa el primero en el tiempo, si cuenta con buena fe y ha publicitado su derecho relativo al inmueble por los canales que legalmente correspondan (posesión o registro)".*²³

IV.2. Postura Formalista.²⁴

²² BELLOTI, Mirta L. "¿Son oponibles al acreedor embargante los derechos derivados del boleto de compraventa?" JA-2001-II-1086; CORNEJO, Américo Atilio, "Derecho Registral", Ed. Astrea, 1994, pág. 46.

²³ CNCom., sala A, 15.06.1999, LA LEY, 2000-A, 166; íd., 08.03.2002, JA, 2002-III-93; sala C, 10.05.2005, LA LEY, 2005-D, 636; CNCiv, sala B, 08.11.1999, JA, supl. Diario del 12.07.2000, n° 6202, p. 59; sala C, 11.09.2002, ED., f. 51.301, supl. diario del 28.02.2002; CFed Bahía Blanca, sala 1ª, "Rodríguez, J. c. Dirección Nacional de Recaudación Previsional", JA, 07.04.1999, n° 6136, p. 46; GATTI, Edmundo - ALTERINI, Jorge H., "Prehorizontalidad y boleto de compraventa", Bs. As., La Ley, 1973, p. 60/61; VÁZQUEZ, G., Poseedor de boleto y embargo, LA LEY, 2007-F, 499; BELLOTTI, M., ¿Son oponibles al acreedor embargante los derechos derivados del boleto de compraventa?, JA, 20.06.2001, n° 6251. **EN CONTRA:** ADROGUE, M., Situación jurídica del comprador de inmueble por instrumento privado, Doctrina Jurídica, La Plata, 13.11.1970, p. 3, para quien prevalece siempre el embargante, citado por MARIANI DE VIDAL, Marina - VIDAL CLAYPOLE, Pablo, "El boleto de compraventa de inmuebles, el acreedor embargante y el art. 1185 bis del Código Civil", LA LEY 04/05/2011, 5.

²⁴ ADROGUE, M., Situación jurídica del comprador de inmueble por instrumento privado, Doctrina Jurídica, La Plata, 13.11.1970, p. 3; ALSINA ATIENZA, Dalmiro, "En torno de las inquietantes discrepancias sobre los efectos del boleto de compraventa inmobiliaria. Una nueva interpretación del derecho vigente. RDCO, 1978-325 y sgtes; BONO, Gustavo A. "Enajenación de un inmueble embargado: situación jurídica del adquirente", LLC 2006 (julio), 645; FERRER, Adán, "Embargante versus adquirente por boleto: un conflicto cotidiano", LLC, 1989-481; FOGNINI, Ariel - RODRÍGUEZ, Juan Pablo - Artículo 1185 bis del Código Civil: ¿se puede aplicar a las ejecuciones individuales? Publicado en: LA LEY 2007-E, 1065-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo V, 443; HIGHTON, Elena, "Derechos Reales", Ed. Ariel, Bs. As., 1979, Vol. 1, pág. 48 y sgtes.; KIPER, Claudio, "Código Civil y leyes complementarias", ZANNONI, Eduardo (Director) - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coordinadora), Ed. Astrea, Tomo 10, pág. 232. LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, "Teoría de los Contratos", Ed. Zavalía, Parte Especial, Tomo I, pág. 290 y sgtes; MARIANI DE VIDAL, Marina, "El

Para la postura formalista el boleto de compraventa es una promesa de venta y no una venta definitiva porque carece de uno de los elementos esenciales para la compraventa inmobiliaria, cual es la forma exigida por la ley (conf. arts. 1140, 1182, 1183, 1184 inc. 1º, 1185, 1188, 2355, 2505 del Cód. Civil, art. 2 y conc. Ley 17.801). La compraventa inmobiliaria es un contrato formal que debe ser redactado en escritura pública bajo pena de nulidad, caso contrario se violentaría la seguridad jurídica.

Para justificar esta tesis los autores se apoyan esencialmente en las siguientes normas:

- En el art. 2505 del Cód. Civil que establece que la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.

- En el art. 2355 del Cód. Civil que al clasificar la posesión prescribe que será legítima cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad con las disposiciones de este código, por lo que con ello hecho y derecho concuerdan, tiene los derechos derivados de la posesión (*ius possessionis*), y el derecho de poseer (*ius possidendi*). Agregan que será ilegítima la posesión cuando la posesión es consecuencia de la

poseedor en virtud del boleto de compraventa", LL 141-941 y sgtes.; MARIANI DE VIDAL, Marina - VIDAL CLAYPOLE, Pablo, "El boleto de compraventa de inmuebles, el acreedor embargante y el art. 1185 bis del Código Civil", LA LEY 04/05/2011, 5; PAPAÑO, Ricardo J.; KIPER, Claudio; DILLON, Gregorio A., y CAUSSE, "Derechos Reales", 2º Edición, Astrea, 2004; RIVERA, Julio, "Conflicto entre acreedor embargante y poseedor con boleto de compraventa", ED, 159-246. ROCCO, Emma Adelaida, "Boleto de compraventa", 2º edición, La Ley, pág. 179 y sgtes. VENTURA, Gabriel, "El boleto de compraventa", publicado en la página de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; www.acaderc.org.ar. Jurisprudencia: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, Fallo Lignini, Juan Martín s/tercería de dominio promovida en: Del Campo, Alba c. Alvarez y otros s/ejecutivo, 21/10/2010). Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, 30/11/06 "Vallejo, Gustavo c Miret, José"; entre muchos otros precedentes.

adquisición de un derecho real con irregularidades, sin sujetarse a las formalidades para su constitución, por ejemplo cuando se formaliza por instrumento privado la compraventa de inmuebles que exige escritura pública. Para alcanzar la posesión legítima debe existir título suficiente y modo suficiente, en base a ello se concluye que la posesión derivada del boleto de compraventa es ilegítima. El poseedor por boleto es poseedor ilegítimo porque no tiene el ejercicio de un derecho real.²⁵

- En el art. 2 de la Ley 17.801 que prescribe que para la publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en el Registro de la Propiedad Inmueble se inscribirán o anotarán los documentos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles.

Además consideran aplicables los siguientes argumentos:

- Los acreedores no están obligados a verificar el estado fáctico del inmueble, no hay norma que se lo imponga; en la práctica los acreedores verifican la titularidad registral de los bienes del deudor para otorgar el crédito (Registro Inmobiliario y de Automotores), y nada más podría serles exigible.

- El acreedor no podría saber si el poseedor cuenta o no con boleto, tampoco sabrá si el ocupante es tenedor o poseedor, con motivo que la posesión es sumamente *equivoca* y difícil de caracterizar el tipo de relación real que se presenta con la simple observación de la comunidad. (aunque lo hiciera, se dice, no podría saber si se trata de un poseedor o de un tenedor, y sobre qué causa reposa su ocupación). Los actos que revelan la voluntad del acto jurídico celebrado entre las partes (usufructo, arrendamiento, prenda con desplazamiento) no difieren en lo más mínimo de los que se cumplen para transmitir el dominio o la posesión, por lo que es inadmisibles que por el solo hecho de

²⁵ SALVAT, Raymundo, "Derechos Reales", 4° edición actualizada por NOVIILLO CERVALAN, Bs.As., TEA, 1951, pág. 73, citado por ROCCO, Emma Adelaida, "Boleto de compraventa", 2° edición, La Ley, pág. 179 y sgtes.

que terceros extraños los presenciaren se conozca la clase de derechos transmitidos. La tradición es únicamente eficaz entre quienes celebraron el acto.

- El acreedor embargante de buena fe que con posterioridad a la posesión derivada del boleto, o a la firma del boleto, trabare embargo, debe ser protegido en su crédito al haber confiado en las constancias registrales, y no resulta suficiente para endilgar mala fe al acreedor embargante la publicidad posesoria, sino que debe acreditarse esa mala fe por un conocimiento cierto y probado del acreedor.

- Mientras no haya escritura e inscripción el único propietario es el vendedor aunque hubiere efectuado tradición, y aun cuando exista condena judicial de escrituración, por cuanto para adquirir el dominio sobre inmuebles se requiere título, modo e inscripción.²⁶

- El art. 1185 CC no resulta de aplicación en ejecuciones individuales. En las ejecuciones individuales se aplica el principio *prior in tempore prior in iure*, en cambio en las ejecuciones colectivas juega el principio *pars conditio creditorum*. Una postura contraria implica dejar sin efecto el art. 2505 del Código Civil que sujeta la adquisición del dominio a la inscripción registral del título.

- La aplicación del art. 1185 bis CC resulta improcedente puesto que dicha norma es especial, poco armónica con las restantes del código por prescindir de todo tipo de publicidad, resultando aplicable exclusivamente en el concurso o quiebra del vendedor. Las excepciones son interpretación restringida, y por

²⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, Fallo Lignini, Juan Martín s/tercería de dominio promovida en: Del Campo, Alba c. Alvarez y otros s/ejecutivo, 21/10/2010); Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, 30/11/06 "Vallejo, Gustavo c Miret, José";

ser una norma concursal deben serle aplicados sus principios particulares, no pudiendo ser extendida a los supuestos de ejecuciones individuales. Del art. 3876 CC se infiere la prohibición de aplicar analógicamente una norma que establece un privilegio, por lo que aplicar el art. 1185 bis y el art. 146 de la ley 24.522 a la ejecución individual del vendedor es aplicar una norma que establece un privilegio por analogía, violando así el art. 3876 del Cód. Civil.²⁷

- Resultaría insólito que una norma del Código Civil (art. 2355 CC) derogue otra del mismo ordenamiento legal (art. 2505 CC), tanto más cuanto ambas fueron introducidas por la ley 17.711. Se incurriría en autocontradicción o autoderogación parcial.

- La certificación de firmas no cambia la naturaleza privada del boleto, sino que será instrumento público la certificación de la firma en donde el notario da fe de la identidad de los firmantes y de la fecha consignada en el mismo, pero el documento en lo restante sigue siendo privado.

- La posesión engendrada por el boleto es ilegítima de mala fe no viciosa según arts. 2355, 2356, 2364 CC. El poseedor por boleto carece de título por cuanto su boleto no cumple con los recaudos formales que el mismo art. 2355 CC exige para considerarlo legítimo, por cuanto le falta el título suficiente.

- No podría ser de buena fe por cuanto el error debe ser de hecho para excusar su conducta, situación que en lo que se refiere al art. 1184 implica error de derecho, y por lo tanto inexcusable (arts. 923, 2356 y 4007 CC).

²⁷ [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 08/04/2010 "Dias Machado, María José c. Cano, María Esther y Lloyds Bank \(Blsa\) Ltd.](#)). Voto de los Dres. Miguez, Uzal y Kolliker Frers. Ídem: CNCom., Sala E, 4/9/97, LL-1998-B-459, y DJ, 1998-2-134; CNCom., Sala A, 30/12/98, ED, 185-370; CNCom., Sala B, 8/3/99, ED 185-372.

- Cuando la ley quiso darle una especial publicidad para los efectos de oponibilidad a terceros lo hizo a través de la ley 19724, 14005, art. 1185 bis, y algunas leyes provinciales.

- El poseedor, tenga o no boleto, no es propietario, y solo podrá serlo cuando cuente con título suficiente, o se cumpla el plazo de veinte años de usucapión. ¿Cómo es posible que triunfe ante un comprador con escritura antes de los veinte años? Si es así, la prescripción larga, modo de adquirir el derecho real, no tendría sentido, ya que en la práctica el poseedor con boleto, sin ser titular del derecho real, se impondría a cualquier otro comprador que se interponga en su camino. La usucapión se reduciría a una institución inútil para regularizar el dominio, el que en la práctica ya estaría adquirido, lo que resulta inaceptable.²⁸

En forma concordante con la tesis formalista, el Superior Tribunal de Córdoba sentó hace unos años la siguiente doctrina judicial:

"... El boleto de compraventa es un contrato por el cual las partes se obligan a escriturar, por lo que jamás podrá ser título suficiente para transmitir el dominio de un bien inmueble, pues para que ello ocurra, debe cumplirse con lo dispuesto por el art. 1184 del cuerpo legal citado. En nuestro derecho positivo para la adquisición del dominio se exige escritura pública, tradición e inscripción de dicha escritura en el Registro General de la Propiedad; al faltar uno de ellos, los terceristas con boletos de compraventa no pueden ser considerados como 'titulares dominiales', porque la cosa no ha salido del patrimonio del deudor" (del voto de los Dres. Moisset de Espanés y Sesín). En función de tales argumentos, resulta claro que es improcedente

²⁸ KIPER, Claudio, "Código Civil y leyes complementarias", ZANNONI, Eduardo (Director) - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coordinadora), Ed. Astrea, Tomo 10, pág. 230 y sgtes.

una tercería de dominio promovida por quien no resulta titular registral del inmueble".²⁹

El **PROYECTO DEL AÑO 1998** recepta la postura formalista en el art. 1843 in fine³⁰, al decir que la publicidad posesoria no será oponible a los titulares cuyo derecho real u otra situación jurídica registrada no se ejerza por la posesión (Vgr.: Hipotecas, Embargos), salvo que la posesión exteriorice una prescripción adquisitiva de plazo cumplido. En los fundamentos del Proyecto del año 1998 sus autores sostuvieron que ello era para compaginar esa incontrovertible realidad (posesión) con las necesidades del crédito. Ratifica también dicha disposición el art. 699 in fine³¹ del Proyecto en cuestión.

²⁹ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial, "Ávila Vázquez, Hipólito A. c. Reynafe, Héctor H.", 02/02/2005, Publicado en: LLC 2005(mayo), 408. Ídem: "Tercería de Aramburu Nemesio y otros en Incidente de regulación de honorarios del doctor M. en: López Hugo Santiago y otros c. Virginia Cavalletti de Abib - Ordinario - Recurso Directo - Hoy Revisión"

³⁰ **ARTÍCULO 1843.- Publicidad.** Satisfechos los requisitos de título y modo, según los casos, el derecho real es oponible a todos, salvo a los terceros interesados de buena fe, con relación a los cuales se requiere publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente, la posesión, o la inscripción registral simplemente declarativa, a los efectos previstos en las normas especiales. No pueden prevalecerse de la falta de publicidad las partes y quienes conocían o hubieran de haber conocido la existencia del título del derecho real. Si el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real. En la colisión entre la oponibilidad otorgada por la publicidad registral y por la posesoria, prevalece la primera en el tiempo si ha sido obtenida de buena fe. Sin embargo, la publicidad posesoria, salvo que exteriorice una prescripción adquisitiva de plazo cumplido, no es oponible a los titulares cuyo derecho real u otra situación jurídica registrada no se ejerza por la posesión.

³¹ **ARTÍCULO 699.- Concurrencia de varios acreedores. Cosa inmueble.** En el conflicto de mejor derecho resultante de la concurrencia de varios acreedores de la obligación de dar para constituir derechos reales sobre una misma cosa inmueble, rige el siguiente orden de prioridad:

a) Prevalece el derecho del acreedor de buena fe y a título oneroso que recibió la tradición de la cosa y obtuvo emplazamiento registral, con independencia de la fecha de su título.

b) Si ninguno de los acreedores a título oneroso obtuvo emplazamiento registral, prevalece el derecho del acreedor de buena fe que recibió la tradición de la cosa, con independencia de la fecha de su título.

c) Si ninguno de los acreedores a título oneroso y de buena fe recibió la tradición de la cosa, prevalece el derecho del acreedor cuyo título fue otorgado con la formalidad correspondiente y en la fecha más antigua; o, en su defecto, del acreedor cuyo título fue otorgado por instrumento privado que tenga la fecha cierta más antigua. Pero esta última prioridad no se

IV.3. Postura Intermedia.

Existe también una tercera (3°) postura que podríamos denominar intermedia, y que tiene sus orígenes en el plenario dictado por la Sala Criminal y Penal de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, con voto del Dr. René Padilla, en autos "*Rubio, Nélide V. c. Filipini, Hugo y otros*", de fecha 23 de abril de 1992, en el cual se dictaron las siguientes conclusiones:

- El boleto es un contrato de compraventa válido pero impotente para generar los efectos propios de este tipo contractual especial por adolecer de un vicio de forma al no haberse empleado la escritura pública (En este aspecto el fallo adhiere a la tesis formalista).

- No es dueño este poseedor, pero se le dispensaría el trato de dueño. El adquirente por boleto cuenta con un *ius ad rem* porque tiene un derecho a la cosa que no es ni real ni personal. La norma que resuelve el caso es el art. 594 CC que prefiere al acreedor que cuenta con posesión. Para lograr prelación el poseedor con boleto frente al embargante no precisa otra cosa que la tradición recibida de buena fe, extremo que se presume y que el demandado embargante no ha destruido ni siquiera puesto en duda.

- La oponibilidad lograda por el boleto (publicidad posesoria) no necesita ni la escritura pública ni la publicidad registral.

V. MI OPINIÓN.

aplica si la existencia del crédito depende de la extensión de un título de formalidad solemne absoluta.

Estas disposiciones no afectan a lo establecido en el artículo 1843 en cuanto a la oponibilidad del derecho real u otra situación jurídica registrada que no se ejercen por la posesión.

Liminarmente debo decir que sería un arduo problema para el operador del derecho aferrarse a una única postura, cerrada y universal para todos los casos que se presentaren, puesto que ambos intereses en pugna (propiedad y crédito) resultan dignos de tutela jurídica.

Sin perjuicio de ello, y como regla general, a mi modo de ver la publicidad registral tiene preeminencia sobre la posesoria³², ya que el medio establecido por la ley argentina para determinar la situación jurídica de los inmuebles son las constancias registrales (Ley 17.801 y conc.)³³

Obsérvese que cuando la ley quiso darle una publicidad específica al boleto de compraventa lo hizo expresamente (Leyes 14.005, 19.724, art. 1185 bis del Cód. Civil, y leyes provinciales que lo admiten). Caso contrario, se exigiría al acreedor verificar, junto a un escribano, el estado en que se encuentra el inmueble previo a embargar, lo cual no resulta aconsejable ni seguro, en tanto puede que no encuentre a nadie, o las personas que habiten el mismo pueden no revelarle nada, o más aún, mentirle sobre su verdadera relación real sobre el inmueble (tenedor - interesado o no-, poseedor, cuasi-poseedor).

En lo atinente al boleto de compraventa, nadie, creo, se encontraría en condiciones de desconocer las ventajas que reporta al mercado inmobiliario de hoy en día, pero dicho extremo no podría estar a expensas de terceros acreedores que

³² En forma totalmente atinada sobre la cuestión se dijo: "La publicidad registral es un principio muy caro a nuestro sistema legal, que propicia por esta vía la seguridad del crédito y el tráfico jurídico. 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." FERRER, Adán, "Embargante versus adquirente por boleto: un conflicto cotidiano", LLC 1987-E, 170; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Dominio de automotores y publicidad registral", pág. 195.

³³ Si debido a la insuficiencia y precariedad de la posesión como medio de publicidad el legislador adoptó la publicidad registral para ciertos supuestos, sumado a la tradición, no se sigue que la publicidad posesoria tenga una eficacia superior que permita prescindir de la registral.

no participaron del contrato de marras (*res inter alios acta* - arts. 503, 1195 in fine, 1199 y conc. CC).

Si la cosa es inmueble y se enfrentan dos (2) titulares con un derecho personal con pretensiones incompatibles sobre la misma cosa³⁴, tendrá preferencia el derecho que primero ha obtenido publicidad registral.³⁵ Se defiende la seguridad jurídica (estática y dinámica) conferida por el sistema registral.

Conforme nuestro régimen civil los derechos reales nacen por la composición de dos elementos, a saber: **a) Título**³⁶ y **b) Modo**³⁷, y en caso de los inmuebles, para su oponibilidad a terceros, el título suficiente debe ser inscripto en el Registro Inmobiliario³⁸ Así es como sostengo que el boleto de

³⁴ Uno de crédito perteneciente al acreedor, y otro traducido en una obligación de hacer (otorgar la escritura pública), que es de naturaleza fungible, desde el momento en que el juez puede otorgarla si el demandado fuese remiso (conf. arts. 505 inc. 2 y 630 CC).

³⁵ En contra ROCCO, Emma Adelaida, "Boleto de compraventa", 2° edición, La Ley, pág. 204, quien sostiene que ni el art. 2505 del código civil ni los registros locales aparecen destinados a conferir publicidad a los derechos personales -como lo son los derivados de un boleto de compraventa- o la sola posesión, y agrega que nuestro sistema legal no exige la publicidad registral para los derechos personales, en consecuencia, es la fecha cierta la que va a dirimir el conflicto entre el adquirente por boleto de buena fe y el acreedor embargante del transmitente -vendedor-. Ídem: Cámara 2º Civil y Comercial de Paraná en autos: Espíndola Graciela c/ Banco Francés del Río de la Plata y otro, La Ley Litoral, 1997-939.

³⁶ (causa eficiente del derecho o negocio jurídico que origina la mutación real, Vgr.: compraventa, donación, permuta, etc.)

³⁷ (acto exteriorizante que produce el desplazamiento patrimonial determinado en el título Vgr.: tradición del art. 2377 CC), conforme lo prescripto en el art. 577 del código civil (y su nota) que establece que: "Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real".

³⁸ Arts. 2.505 CC, y 3 inc. a) de la ley registral 17.801. Cámara 5a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, "Delgado, Pedro M. y otro c. Malissia, Francisco y otros", 19/08/2005, Publicado en: LLC 2006, 64, en donde se dijo: "Al margen de lo expuesto, consideramos que el incidente no puede prosperar, ya que el adquirente por boleto privado, aunque tenga la posesión y haya obtenido sentencia favorable en el juicio de escrituración, no es propietario, por lo que no es titular del dominio, y por lo tanto no puede pedir la cancelación del embargo trabado por un acreedor quirografario, ni oponerse a la subasta del bien. Y esto es así, porque en el sistema de nuestro Código Civil, el derecho real de propiedad sólo se adquiere mediante título y tradición y únicamente puede oponerse a terceros si está debidamente inscripto en el registro inmobiliario. El boleto de compraventa sólo genera una obligación de hacer: la de otorgar la escritura pública, pero en modo alguno puede dicho instrumento privado ser

compraventa no es título, por cuanto según nuestro ordenamiento civil los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, deben ser hechos en escritura pública³⁹. El boleto de compraventa no puede reputarse como contrato definitivo de compraventa, siendo un contrato perfecto desde el punto de vista del consentimiento definitivo, pero que origina la obligación de darle la forma que exige la ley (la escritura), conforme el texto del artículo 1.185 del código civil.

No se concibe que terceros ajenos a una relación personal se encuentren obligados a respetar un derecho que no tuvieron posibilidad de conocer. Que un instrumento privado tenga fecha cierta no significa que haya podido ser conocido por terceros ajenos a las partes. La función de la fecha cierta es verificar la existencia del documento en un momento determinado, pero como medio de publicidad es ineficaz, ya que es evidente que la certificación de firmas, o el timbrado en un ente de recaudación pública, no resultan efectivos por sí en lo que se refiere a la publicidad del hecho posesorio en sí⁴⁰, por lo que tengo para mí

considerado como título hábil para transferir el dominio del inmueble, el cual se mantiene en cabeza del promitente. La sentencia que hace lugar a la escrituración, en modo alguno modifica la conclusión precedente, pues, no obstante ella, la escritura debe realizarse lo mismo, ya sea por el vendedor o por el juez en su defecto (art. 1185 y 1185 bis, Cód. Civil). Es decir, que si se planteara la tercería como "dueño", la misma no podría prosperar, ya que tratándose de un inmueble, el dominio no se acredita con un boleto de compraventa, sino mediante la escritura pública exigida por el art. 1184, inc. 1° del citado código, y, además por la inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 2505 del Código Civil y arts. 2°; 20 y 22 de la ley 17.801). En cuanto a la posesión que se invoca, si bien es cierto que el beneficiario de una promesa de venta de un inmueble a quien se ha hecho tradición de éste antes de otorgarse la escritura traslativa de dominio reviste la calidad de poseedor animus dominii (protegido por la ley con abstracción del título); también es cierto que dicha posesión sólo puede hacerse valer cuando se trata de cuestiones suscitadas entre comprador y vendedor, careciendo de validez y eficacia frente a terceros".

³⁹ Conf. arts. 1.184 inc. 1°, 2609 del Cód. Civil, y art. 2 inc. a) Ley 17.801. En igual sentido: ROCCO, Emma Adelaida, "Boleto de compraventa", 2° edición, La Ley, pág. 185 y sgtes.

⁴⁰ KIPER, Claudio, "Código Civil y leyes complementarias", ZANNONI, Eduardo (Director) - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coordinadora), Ed. Astrea, Tomo 10, pág. 230 y sgtes. "A la vez es coherente con el sistema de publicidad instaurado por la ley 17.801, la que en caso de conflicto otorga prioridad a la primera inscripción (arts. 19, 40 y concordantes); ídem: BONO, Gustavo A. "Enajenación de un inmueble embargado: situación jurídica del adquirente", LLC 2006 (julio), 645;

que difícilmente el comprador por boleto pueda llegar a desvirtuar los asientos registrales con un instrumento privado con certificación de firmas que no tiene acceso al registro, ni tampoco reúne la forma exigida por nuestra ley civil.⁴¹

Si se admitiese la protección ilimitada de boletos de compraventa se facilitaría la ejecución de maniobras fraudulentas en el desenvolvimiento cotidiano, con escaso costo económico y una simplicidad en forma llamativa. Se simularía una venta para dejar a salvo los bienes inmuebles frente a los infortunios comerciales. Al pedirse un crédito, y siendo el único inmueble, se simula la venta y queda exonerado de pago alguno, puesto que el art. 1185 bis del Cód. Civil no exige la tradición. Es más, con sumo acierto la doctrina especialista en la materia destaca que muchas veces los compradores por boleto de compraventa no tienen intención de escriturar, e inscribir dicho instrumento en el Registro Inmobiliario, a fin de ocultar su dominio frente a sus acreedores.⁴²

El gravamen constituido sobre la cosa vendida, tornan imposible para el vendedor el cumplimiento de la prestación asumida a favor del comprador, lo que causa, mediando culpa del vendedor, la conversión *ipso iure* de su obligación, en la de pagar daños e intereses (art. 889 CC)

El único caso en donde debiera primar el poseedor con boleto sería el caso de que demuestre (extremo a su cargo) que

⁴¹ Conf. arts. 976, 977, 978, 1183, 1184 inc. 1, 1185, 2505, 2602, 2609 del Código Civil, 2 y 3 Ley 17.801). **En contra:** ROCCO, Emma Adelaida, "Boleto de compraventa", 2° edición, La Ley, pág. 201.: quien sostiene que la fecha cierta se erige en eje para dirimir los conflictos en los derechos personales aquí disputados: por un lado el adquirente por boleto quien es titular de un derecho creditorio a la escrituración y que emerge de la relación jurídica contractual; y por el otro lado el acreedor embargante quirografario de un crédito común.

⁴² SPOTA, Alberto G. "Contratos. Instituciones de Derecho Civil" LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P. (actualizador), ARIAS CAU, Esteban Javier, BITAR, Juan Ignacio, LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando José D., LOPEZ DE ZAVALIA, Javier Esteban, MIRANDA, Marta Susana, PADILLA, Rodrigo (colaboradores), Tomo III (Parte General), 2° edición, La Ley, pág. 52.

el acreedor conocía que el comprador era el poseedor del inmueble, adjudicando con ello la mala fe en el actuar del acreedor (arg. Arts. 594 CC y 20 Ley 17801)⁴³

El caso estudiado no es el caso del art. 1185 bis Cód. Civil porque le falta una propiedad, el concurso o quiebra del vendedor; Del art. 3876 Cód. Civil se infiere la prohibición de aplicar analógicamente una norma que establece un privilegio, por lo que aplicar el art. 1185 bis del Cód. Civil y el art. 146 de la ley 24.522 a la ejecución individual del vendedor es aplicar una norma que establece un privilegio por analogía, violando así el art. 3876 del Cód. Civil.⁴⁴

El principio general en la materia es la igualdad de los acreedores frente al patrimonio del deudor (*pars conditio creditorum*), siendo las excepciones de interpretación restrictiva, por lo que el primer embargante obtiene preferencia en relación al resto (arts. 19 y 40 Ley 17.801, 3876 y conc. CC; y 218 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁴⁵).

El adquirente por boleto opta, y con ello van los riesgos propios del camino elegido. Cabe descartar, por ende, que el otorgamiento del boleto pueda afectar a los acreedores anteriores a su celebración.

⁴³ BONO, Gustavo A. "Enajenación de un inmueble embargado: situación jurídica del adquirente", LLC 2006 (julio), 645; KIPER, Claudio, "Código Civil y leyes complementarias", ZANNONI, Eduardo (Director) - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coordinadora), Ed. Astrea, Tomo 10, pág. 233.

⁴⁴ Así: CNCom., Sala E, 4/9/97, LL-1998-B-459, y DJ, 1998-2-134; CNCom., Sala A, 30/12/98, ED, 185-370; CNCom., Sala B, 8/3/99, ED 185-372.

⁴⁵ En el código procesal de Jujuy se recepta una norma similar al 218 CPCN, en cuanto el 2° párrafo del art. 272 CPC afirma: "El embargante de bienes no afectados a créditos privilegiados, tendrá derecho a cobrar íntegramente su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros embargantes posteriores, salvo en el caso de concurso. Los embargos posteriores afectarán únicamente el sobrante que quedare después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores".

Sin perjuicio de la idea asumida en el presente trabajo, considero atinados los varios proyectos de ley nacional que existieron, desafortunadamente sin éxito alguno, y que perseguían precisamente brindar protección al adquirente por boleto, ya sea imponiendo la inscripción de los boletos de compraventa en los Registros Inmobiliarios⁴⁶; o bien reformando el art. 1185 bis CC, a fin de que abarque a las ejecuciones individuales⁴⁷.

VI. LA JURISPRUDENCIA EN LA PROVINCIA DE JUJUY.

En nuestra provincia, en sentido muy similar a lo ocurrido a nivel nacional, los magistrados fueron vacilantes entre una y otra postura al momento de fallar, sin perjuicio de que en su gran mayoría se adoptó una doctrina aformalista mixta, por cuanto se observa en las sentencias que al momento de admitir la tercería de posesión se fundan tanto en aquella tesis que aplica analógicamente el art. 1185 bis, como así también se requiere contar con posesión.

El Tribunal Superior de Justicia de Jujuy, en fecha 16 de julio de 1997, in re: Expte. N° 5631/97 caratulado: "Recurso de inconstitucionalidad...: Damián Morales y otro c/ Hugo Horacio Ciales y otro", con voto del Dr. Valdecantos, se pregunto si resultan oponibles al acreedor embargante los derechos derivados del boleto de compraventa inmobiliaria no inscripto, pero celebrado con anterioridad a la fecha de aquella cautelar, pronunciándose por la afirmativa (postura aformalista), al decir:

⁴⁶ Proyecto de ley elaborado por Alfredo N. Atanasof, trámite Parlamentario 069 de fecha 12/06/2006, según nos cuentan los Dres. FOGNINI, Ariel - RODRÍGUEZ, Juan Pablo - Artículo 1185 bis del Código Civil: ¿se puede aplicar a las ejecuciones individuales? Publicado en: LA LEY 2007-E, 1065-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo V, 443;

⁴⁷ Proyecto de ley presentado por Hermes J. Binner, Laura Sesma, Pablo Zancada y Silvia Augsburguer, trámite parlamentario 011 de fecha 15/03/97. FOGNINI, Ariel - RODRÍGUEZ, Juan Pablo - Artículo 1185 bis del Código Civil: ¿se puede aplicar a las ejecuciones individuales? Publicado en: LA LEY 2007-E, 1065-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo V, 443;

“Estimo entonces, que previamente corresponde referirme sobre la procedencia formal de la tercería de posesión incoada en autos, esto es, sobre cuestiones de tipo procesal, y sobre el particular diré que no otra cosa cabe sino concluir por la afirmativa, ello a tenor de las claras disposiciones de nuestro Código Procesal Civil, el cual admite en su art. 83 una nueva y distinta categoría de tercería, cual es la de posesión. Resulta incuestionable que cuando el artículo citado ha establecido la tercería de posesión, lo ha sido con miras a proteger o amparar una posesión legítima, a título de dueño... Este Cuerpo en su anterior integración, (Sala Primera del Superior Tribunal de Justicia), se enroló en la tesis aformalista, considerando al boleto un contrato acabado de compraventa, tesis ésta que comparto. (Conf. L.A. N° 39, F° 200/216, N° 52)... a tenor de lo dispuesto por el art. 2355 del Código Civil, según el cual se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe mediante boleto de compraventa, concluyo que la posesión debe reputarse legítima. Y esto además porque la posesión se ha adquirido con un título suficiente para ello, aunque falte el instrumento público necesario para la transmisión del dominio. Ahora bien, párrafos más arriba dije que nuestro Código Procesal Civil, en su art. 83, brinda la posibilidad al poseedor legítimo de defender sus derechos mediante “la tercería”, y es lógico que así sea, pues el adquirente de un inmueble por boleto de compraventa que ha recibido la posesión, tiene el derecho de poseer la cosa, el de servirse, usar y gozar de la cosa, el derecho de disponer material y jurídicamente de ella, pudiendo ejercer las acciones posesorias, contra quien lo desposee, siendo su derecho oponible a terceros que están obligados a respetarlo (Conf. Bustamante Alsina, ob. cit. pág. 839). En resumen, “está justificado que pueda enfrentar con su boleto a los acreedores del vendedor” (Bustamante Alsina, ob. cit. pág. 841)... Es que no puede ser de otro modo, ya que de darse una solución contraria, y ante la hipótesis de un futuro comprador por subasta (por

virtud del embargo trabado) sería imposible la tradición, porque la posesión la detenta un tercero. Esto resulta determinante para acordarse al comprador por boleto de fecha anterior, la preferencia en el enfrentamiento de intereses con el embargante posterior”.

En fecha más reciente, el máximo tribunal jujeño en autos: Expte. N° 3118/04, “Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en Expte. N° B- 86885/02 (Sala II Cámara Civil y Comercial): Incidente de Tercería... Pereyra, Fanny América c/ Razón Social Cerminara y otros”, 07/06/2006, L. A. N° 49, F° 1132/1134, N° 380, agregó a la doctrina anterior que:

“Debe resolverse -como se sabe- a favor del primero (agregamos adquirente por boleto), siempre y cuando el tercerista acredite el cumplimiento de las exigencias establecidas por el art. 1185 bis del Código Civil. Esto así, puesto que si bien el artículo citado hace referencia al ámbito concursal, también resulta aplicable frente a un embargo decretado en una ejecución individual”.

Siguieron el mismo criterio a nivel provincial el Juzgado Civil y Comercial N° 1 - Secretaria 2⁴⁸; la Cámara de Apelaciones en

⁴⁸ Expte Nro B-156.200/06, caratulado Incidente de Tercería de Posesión en el Expte Nro B-93.219/02, Gutiérrez René y Guerrero de Gutiérrez Yolanda c/ Citibank NA y Scheure Augusto, 23/02/2008.

lo Civil y Comercial – Sala I ⁴⁹ y Sala II⁵⁰, entre otros precedentes a nivel provincial.

Sin perjuicio de lo ut-supra expuesto, existen recientes resoluciones judiciales en la Provincia de Jujuy que protegieron al acreedor embargante. Así me permito transcribir la sentencia dictada en fecha reciente por la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Jujuy:

“Para promover la tercería que motiva el incidente a fin de obtener el levantamiento del embargo trabado sobre el inmueble se exige la presentación de la escritura pública con el dominio debidamente inscripto en el Registro de la Propiedad (Art. 2.505 Cód. Civil). El titular de un boleto de compraventa, en principio, NO está legitimado para promover una tercería de dominio. Aún con fecha cierta, no aprovecha ni perjudica a terceros (Arts. 1.195 y 1.199). Esta afirmación es consecuencia lógica del hecho que no constituye título suficiente para la adquisición del derecho real, único que puede tener acceso a la publicidad registral. Es oponible erga omnes, pero aquí no hay derecho real, de modo que no puede haber oponibilidad absoluta. En suma, como regla, se trata de un derecho personal, que sólo produce efectos entre los contratantes. Ello así porque el comprador debe actuar con diligencia, realizando las averiguaciones necesarias. En estos casos, la omisión del

⁴⁹ Expte. N° 10205/08 caratulado “Incidente por tercería y mejor derecho deducido en Expte. A-11609/01: María Isabel Quispe c/ Hugo Reynaldo Castro Llerena y Néstor Edmundo Campos”. Expte. A-28454/05, Juzg. Civ. y Com. N°8, Secret. N°15. 29/10/2008.

⁵⁰ Expte. N° 10591/09: Incidente de levantamiento de embargo con tercería deducido por: José R. Casas, Hector H. Casas, Elizabeth Lilian Casas, en Expte. N° 21160/03: Cautelar de aseguramiento de bienes: Dias Santos Blas y otros c/ Ruiz Horacio Hector”, 15/09/2009, aquí se dijo: “Es que, la posesión, ejercida y prolongada en el tiempo, constituye la exteriorización de una situación jurídica real, de innegable trascendencia publicitaria (Conclusiones del Segundo Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe 1988, citadas por Luis O. Adorno en Conflicto entre el adquirente por boleto de compraventa inmobiliaria y los acreedores embargantes, Lexis 1013/005977), por lo que debe ser protegida, no sólo entre las partes celebrantes del boleto, sino frente a los acreedores embargantes del transmitente”.

estudio de títulos, o sea, el examen idóneo de los antecedentes del derecho transmitido, puede hacer presumir la mala fe del adquirente de un inmueble, dado que hay que imputarle una negligencia culpable en caso de tratarse de vicios susceptibles de ser conocidos mediante esa idónea investigación. Tampoco este tipo de título puede ser apto para la usucapión corta o breve (Art. 4.011 Ibídem) pues no se lo considera justo título. Ello así porque debe ser verdadero. Esto es, el que tenga virtualidad intrínseca para transferir el derecho real de que se trate, pero emanado de una persona incapaz o no legitimada al efecto (Art. 4.010 Ibídem). Por no haberse observado las formas legales (Art. 1.184) no constituye justo título la venta de un inmueble hecha por instrumento privado (Art. 2.602) la que sólo tiene el valor de una promesa de venta (Arts. 1.185 y 1.187) y tampoco lo tiene esta última aunque se haya hecho en escritura pública, pues no tiene otro efecto que el obligar a las partes a otorgar la escritura de dominio”.⁵¹

En términos similares se expidieron el Juzgado Civil y Comercial N° 8 - Secretaria 15 de la ciudad de San Pedro⁵², el Tribunal del Trabajo - Sala II⁵³, y la Sala III de la Cámara Civil y Comercial⁵⁴

VII. EL BOLETO DE COMPRAVENTA Y EL JUSTO TITULO.

⁵¹ Cámara Civil y Comercial, Sala 2, 30/11/10, “Expte. 105.887/03 “Incidente de tercería... José Salvador Burgos c/ Maria del Valle Aguilar, Rubén Nappa y Cristian Rubén Nappa”.

⁵² Expte. N° A-24534/04, caratulado. “INCIDENTE DE LEVANTAMIENTO DE EMBARGO CON TERCERIA DEDUCIDO POR JOSE R. CASAS, HECTOR RUFINO CASAS Y ELIZABETH LILIAN CASAS EN EXPTE. N° A-1160/03, CAUTELAR DE ASEGURAMIENTO DE BIENES: DIAZ SANTOS BLAS Y OTROS C/ RUIZ HORACIO HECTOR”, 18/3/2008.

⁵³ Expte. N° B-164.319/06 Incidente de tercería de posesión y nulidad: Donato Estanislao Mamaní c/ Lucía Módena y Sodas Calsina S.R.L.”

⁵⁴ 24/11/08, Expte. N° B-165.086/06, caratulado “Incidente de Tercería de Posesión en B-96.230/02 Liliana Leonor Etcheverry” ídem: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala I, 12/12/2007, Expte. N° 9828/07 caratulado “Incidente de tercería de mejor derecho en B-55796/00: Rengipo Rivero, Anastacia c/ Zoricic, Francisco Bartolome (Quiebra)”.

Algunos autores consideran que el boleto de compraventa es justo título (art. 4010 CC⁵⁵), y por lo tanto, sumado a la buena fe creencia, resulta hábil para la prescripción decenal (art. 3.999 del Cód. Civil).⁵⁶ Según esta tesitura, luego de la reforma ley 17711, la prescripción decenal puede invocarse para el caso de sanear el título de boleto de compraventa por parte del verdadero propietario.

*“Posesión legítima quiere decir que se funda en un título apto para poseer. Quien ha entrado a poseer en virtud de un boleto de compraventa y ha pagado el precio debe beneficiarse con la prescripción de 10 años”.*⁵⁷

Modestamente creemos que dicha afirmación resulta errada, por cuanto la normativa vigente descarta dicha posibilidad. Así se aprecia que la norma en cuestión requiere para se configure aquel instituto que sea un título que transmita un derecho de propiedad, y que este revestido de las solemnidades exigidas para su validez (art. 3.999 del Cód. Civil).

Según la nota al art. 4012 CC el boleto no podría ser nunca justo título⁵⁸ por cuanto le faltan los requisitos de forma. La nota al art. 4.012 CC in fine prescribe que la falta de forma “es un obstáculo invencible para que sea un justo título; tal sería la

⁵⁵ *“El justo título para la prescripción es todo título que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, sin consideración a la condición de la persona de quien emana”*

⁵⁶ BORDA, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil”, Derechos Reales, Abeledo Perrot, 1978, Tomo I, pág. 319/320; CABALLERO DE AGUIAR, María Rosa - GHERSI, Carlos A., “Prescripción liberatoria y adquisitiva (Civil - Comercial - Penal), Caducidad”. Ed. Cathedra Jurídica, 2006, pág. 144; WAYAR, Ernesto C., “Compraventa y permuta”, Ed. Astrea, 1984, pág. 570 y sgtes.

⁵⁷ BORDA, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil”, Derechos Reales, Abeledo Perrot, 1978, Tomo I, pág. 319/320; WAYAR, Ernesto C., “Compraventa y permuta”, Ed. Astrea, 1984, pág. 571 y sgtes.

⁵⁸ Según Velez Sarsfield: *“la nulidad del acto por la forma es un obstáculo invencible para que sea un justo título, tal sería la venta de un inmueble por un documento privado”*)

venta de un inmueble por un documento privado”.⁵⁹ El boleto no es justo título ni sirve de base para la prescripción de 10 años. La mayoría de la doctrina, y jurisprudencia, entiende, que el boleto de compraventa, luego de la reforma al 2º párrafo del art 2355 CC, NO podría ser justo título.⁶⁰ Ni siquiera el Dr. MORELLO (autor pionero en el pensamiento aformalista a nivel nacional) lo admite, por cuanto este último sostiene que se trata de un título suficiente el boleto de compraventa.⁶¹

El justo título es cuando el transmitente no cuenta con título suficiente, aunque concurren las formas y los demás elementos de una transmisión válida, y ello por cuanto el emitente del justo título no es su verdadero propietario, y es precisamente este vicio lo que la prescripción tiene por objeto cubrir. Siendo así se entiende que la prescripción decenal (o corta) corre en contra del verdadero propietario.⁶² Si el autor del justo título fuere el verdadero titular, como ocurre con el vendedor en el boleto de compraventa, no habría necesidad de adquirir por prescripción.⁶³

Es más se aprecia cierta contradicción en las afirmaciones de la postura contraria, al decir que el boleto de compraventa es verdadera venta definitiva sujeta a las disposiciones del contrato de compraventa, por cuanto si ello fuera así estaríamos en presencia de un título suficiente y nunca de un justo título. El boleto de compraventa no podría ser las dos (2) cosas a la vez

⁵⁹ ROCCO, Emma Adelaida, “Boleto de compraventa”, 2º edición, La Ley, pág. 251.

⁶⁰ MARIANI DE VIDAL, Marina, “El poseedor en virtud del boleto de compraventa”, La Ley, 141-955; MOISSET DE ESPANES, Luis, “La prescripción adquisitiva decenal: Justo título y boleto de compraventa”, publicado en Revista Notarial de Córdoba, 1978, N° 36, pág. 15, y J. A. 1979-II-4. BUSTAMANTE ALSINA, Bustamante Alsina, Jorge, “El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor, LL 131-1275; GATTI, Edmundo - ALTERINI, Jorge H., “Régimen Jurídico del Boleto de compraventa”, La Ley 143-1170.

⁶¹ MORELLO, Augusto, “El boleto de compraventa inmobiliaria en la Ley 17.711”, J. A. Doctrina 1969, pág. 508.

⁶² Nota al art. 4.010 CC 2º párrafo.

⁶³ LAFAILLE, Héctor, - ALTERINI, Jorge H. -Tratado de los Derechos Reales”, La Ley, 2010, pág. 157.

(titulo suficiente y justo titulo), ya que si se admitiera que el boleto es venta definitiva no vemos la razón para sostener que es justo titulo; y en aquel caso ya no sería necesaria argüir la prescripción breve.

La jurisprudencia también rechazó el carácter de justo titulo del boleto de compraventa al decir:

*“La cesión de derechos respecto de un inmueble no es justo titulo a efectos de la prescripción adquisitiva por no ser aquella traslativa de dominio. El adquirente que tiene la posesión y ha abonado la totalidad del precio no es titular de un mejor derecho que el acreedor embargante”.*⁶⁴

VIII. TERCERÍA A IMPETRAR.

En el Código Procesal Civil de la Provincia de Jujuy contamos con una norma que recepta la tercería de posesión (admitida por los Códigos Procesales de Santa Fe y Santiago del Estero), en donde se le adjudica el mismo efecto que la tercería de dominio.

Art. 83 CPC: *“Las tercerías deberán fundarse en el dominio o en la posesión, o en el derecho que el tercero tenga de ser pagado con preferencia. La tercería de posesión deberá ser interpuesta antes de que se entregue la posesión al comprador. Con la tercería de posesión se suspende el remate”.*

En sentido coherente el máximo tribunal Jujeño aseveró que: *“Resulta incuestionable que cuando el artículo citado ha establecido la tercería de posesión, lo ha sido con miras a proteger o amparar una posesión legítima, a título de dueño”.*⁶⁵

⁶⁴ Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, 30/11/06 "Vallejo, Gustavo c Miret, José"; ídem: Cámara Civil y Comercial, Sala 2, 30/11/10, "Expte. 105.887/03 "Incidente de tercería... José Salvador Burgos c/ Maria del Valle Aguilar, Rubén Nappa y Cristian Rubén Nappa". CN Com., Sala B, 30/11/06.

⁶⁵ Tribunal Superior de Justicia de Jujuy, en fecha 16 de julio de 1997, in re: Expte. N° 5631/97 caratulado: "Recurso de inconstitucionalidad...: Damián

En virtud de lo expuesto, en nuestro foro no sería viable la interposición de una tercería de dominio o de mejor derecho⁶⁶, por cuanto el poseedor no es dueño, y el juez, bajo el principio del *iuris novit curia*, no podría salvar la negligencia del tercerista. Para el caso que se haya incoado la tercería de mejor derecho el efecto no podrá ser la suspensión de la subasta judicial, sino el pago en preferencia de lo producido en el remate. Sin perjuicio de ello, se admitió la interposición de tercerías de dominio, o de posesión, y de mejor derecho en forma conjunta⁶⁷, por cuanto las mismas no se excluyen, y ello en mérito al principio de eventualidad procesal (art. 51 del CPC de Jujuy).⁶⁸

IX. PROPUESTAS.

En primer lugar, y a fin de encontrar alguna solución al problema planteado, propongo que los compradores por boleto de compraventa finalicen la operación de transferencia en un plazo razonable. Dicho cometido puede ser logrado por medio de la reserva de prioridad indirecta en el Registro Inmobiliario que confiere la expedición del certificado de dominio (bloqueo registral), y que en la Provincia de Jujuy dura veinte (20), veinticinco (25) o treinta (30) días desde la fecha de su expedición⁶⁹ (o sea, desde la fecha de presentación de la

Morales y otro c/ Hugo Horacio Ciales y otro”.

⁶⁶ A nivel nacional creemos que la vía adecuada es la tercería de mejor derecho para que el adquirente por boleto de fecha cierta anterior haga valer su derecho en relación al embargante de su transmitente. Así ROCCO, Emma Adelaida, “Boleto de compraventa”, 2° edición, La Ley, pág. 203/4.

⁶⁷ ALSINA, Hugo, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal”, Tomo III, pág. 340; SNOPEK, Guillermo, “Notas al Código Procesal Civil de la Provincia de Jujuy”, Ed. Noroeste Argentino, Tomo I, pág. 140.

⁶⁸ Artículo 51.- EVENTUALIDAD. “Salvo disposición en contrario, las partes están en la obligación de hacer valer o aportar en cada oportunidad, conjuntamente y de una sola vez, todos los medios de ataque y defensa de que tuvieren conocimiento o se encuentre a su alcance. Si no lo hicieron, se tendrá por renunciado el derecho que no se ejercitó, correspondiendo desestimar toda petición que se pudo formular con anterioridad”.

⁶⁹ **ARTICULO 1.- LEY 4733** - Modificase el Artículo 38 de la Ley Provincial Nº 3327/76 el que quedará redactado de la siguiente manera: “El plazo de validez de la certificación comenzará contarse desde la 0 hs. del día de su

solicitud), según se trate respectivamente de documentos autorizados por escribanos o funcionarios públicos con domicilio legal en la ciudad de San Salvador de Jujuy, en el interior de la Provincia o fuera de ella; y luego de ello el notario cuenta con cuarenta y cinco (45) días para la tomar de razón de la escritura en Inmuebles.⁷⁰

Para el caso de efectivizarse el bloqueo registral con la presentación del certificado sobre el inmueble comprado, toda modificación registral o medida cautelar que intente efectivizarse sobre el inmueble con posterioridad, se verá condicionada a la realización de la escritura pública y su toma de razón por el registro inmobiliario en los plazos precitados, caso contrario las cautelares ingresaran en forma prioritaria (art. 19 Ley 17.801).

Otra propuesta interesante podría ser la inscripción de los boletos de compraventa por el plazo de seis (6) meses, con posibilidad de prorroga excepcional, y ante determinadas circunstancias justificadas ante el Registro de Inmuebles, por otro plazo de seis (6) meses más, que ya sería improrrogable.⁷¹

expedición en la forma establecida por el Art. 28 del Código Civil y será de 20, 25 o 30 días según se trate respectivamente de documentos autorizados por escribanos o funcionarios públicos con domicilio legal en la ciudad de San Salvador de Jujuy, en el interior de la Provincia o fuera de ella; y será de 30 días cuando la solicitud sea formulada por Escribanía de Gobierno de la Provincia.-

⁷⁰ En el art. 24 de la Ley Nacional N° 17.801 los plazos son de 15, 25 o 30 días, según que el escribano tenga su domicilio en el asiento del registro, en el interior de la Provincia, o fuera del ámbito de la Provincia o Capital federal, respectivamente.

⁷¹ En igual sentido se dijo que: La ley 17801 ha delegado en las provincias la facultad de inscribir los boletos de compraventa. BARILARI, Alejandro; BOQUÉ, Roberto; SÁNCHEZ TORRES, Julio C. "Adquirente por boleto de compraventa: ¿tercería de dominio o tercería de mejor derecho?", Publicado en: LA LEY 1994-B, 55, nota a fallo. EN CONTRA: Dr. Rene Padilla en autos: Corte Suprema de Justicia de Tucumán - 23/4/92 "Rubio c/ Filipini". "El plazo de caducidad establecido en la norma provincial (1 año) no resulta aplicable en tanto exista una preceptiva de grado superior como es la Ley 17801 (arts. 37 y 43), que no faculta a la provincia a establecer caducidades donde el plazo de duración de la registración de un boleto sea por normativa nacional".

La caducidad automática de la inscripción del boleto se compadece con la naturaleza provisoria de este instrumento que impone una obligación de hacer (formalización de la escritura pública). Concordantemente con las ideas expuestas, si la anotación caduco, el acreedor embargante no es de mala fe si inscribe su embargo, y luego pretende su ejecución.

Con esta finalidad se persigue a favor del poseedor: sanear los títulos, evitar la iniciación de juicios de escrituración que al día de hoy abruman en nuestros tribunales, y que los compradores cuenten con un título suficiente y perfecto, caso contrario reinaría la inseguridad, la clandestinidad de las titularidades dominiales, y falta de justicia para los acreedores que descreerían de los bienes en garantía que les pudieren ofrecer. A favor del acreedor embargante, se aprecia que esta situación posibilitara embargar el eventual saldo de precio adeudado por el comprador a favor del vendedor.

En mi opinión la inscripción del boleto de compraventa se encuentra admitida en nuestro régimen legal, así se observa que la Ley Registral N° 17.801, en su Art. 2. prescribe:

“para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, se inscribirán o anotarán los siguientes documentos:... c) los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales... para los casos de excepción que establezcan las leyes, podrán ser inscriptos o anotados los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes este certificada por escribano publico, juez de paz o funcionario competente”.

Algunas provincias admiten la registración de los boletos de compraventa (Vgr.: Salta, Tucumán, Santa Fe. En la Provincia de Jujuy también se encuentra prevista la inscripción de los boletos

de compraventa, así los arts. 2 y 3 de la Ley 3327/76⁷² permiten la inscripción de los boletos de venta, o promesa de venta de inmuebles, siempre y cuando en los mismos constare la entrega de la posesión al adquirente, y las firmas de los contratantes estuviere certificada por escribano público. La exigencia de que la certificación sea exclusivamente por notario surge del art. 80 Ley 24.441. Para el caso que el boleto de compraventa se encontrare inscripto en el Registro Inmobiliario la preferencia excluyente la obtendría no porque se haya constituido el derecho real de dominio a favor del adquirente, sino por el principio de prioridad registral.⁷³

Nuestra jurisprudencia y doctrina se pronunciaron de igual manera al decir:

*“Es LÓGICO exigir que se encuentre inscripto el boleto para que se aplique el artículo. López de Zavalía se expide en forma positiva al respecto argumentando que si para que una escritura pública sea oponible a terceros se requiere su inscripción, sería contrario a todos los principios que el boleto pudiera tener una fuerza probatoria superior (conf. “Teoría de los contratos. Parte General, p. 211)”.*⁷⁴

⁷² LEY 3327/76 - CAPITULO II DE LA INSCRIPCION Artículo 2°- Documentos a inscribirse.- En el Registro Inmobiliario, se inscribirán o anotaran todos los documentos previstos en la Ley 17801 con los requisitos establecidos en el artículo 3°, las resoluciones judiciales que establezcan el carácter litigioso de los bienes, los boletos de venta o promesas de venta de inmuebles cuando en ellos constaren la entrega de la posesión al comprador, y todo otro documento cuya inscripción fuera prescripta como obligatoria por la Legislación Nacional o Provincial pertinente. Artículo 3°- Instrumentos privados.- Cuando según las leyes, un acto otorgado en instrumento privado sea registrable, para su toma de razón será necesario que la firma de sus otorgantes se encuentre certificada por Escribano Público o funcionario competente.

⁷³ Conf. arts. 2 Ley 17.801 y 2505 Cód. Civil.

⁷⁴ Cámara Civil y comercial Sala 2, 30/11/10, “Expte. 105.887/03 “Incidente de tercería... José Salvador Burgos c/ Maria del Valle Aguilar, Rubén Nappa y Cristian Rubén Nappa”.

En fecha reciente el Tribunal Superior de Justicia de Jujuy adhirió al fallo de la Sala I de la Cámara Civil y Comercial que se había pronunciado en los siguientes términos:

“Para que la posesión legítima derivada de un boleto de compraventa, sea oponible a los terceros acreedores del vendedor (art. 2505 el Código Civil), es menester que el boleto haya sido inscripto en el registro inmobiliario; una vez inscripto los terceros acreedores no podrán alegar ignorancia sobre la existencia de una posesión, cuyo titular no es el vendedor-deudor, que obstará la realización del bien.” (conf. Ernesto Wayar, “Compraventa y Permuta”, Ed. Astrea-Buenos Aires 1984, p. 581).⁷⁵

Similar criterio adoptaron el Tribunal del Trabajo - Sala II⁷⁶, y el Juzgado Civil y Comercial N^º 8 - Secretaria 15 - San Pedro⁷⁷

⁷⁵ TSJ, Expte. N^º 7203/09, caratulado: “Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. N^º B-126244/04 (Sala I - Cámara Civil y Comercial) Incidente de Tercería de Posesión: Ortiz, Nelson Ricardo c/ Aragón, Leonardo y otros.” 10/03/2011. El dictamen del Ministerio Público Fiscal que intervino con carácter previo a la Sentencia del TSJ sostuvo: “A lo dicho agregó que, en materia de inmuebles y en relación a la oponibilidad de los derechos respecto de terceros, la ley sustancial ha establecido un sistema de publicidad derivado de la registración de los títulos respectivos, que desplazan en importancia, a la publicidad posesoria. Categóricas resultan las normas que sientan las bases de un sistema registral que ha priorizado la protección de seguridad en el tráfico inmobiliario en su fase estática y dinámica (conf. Bono, Gustavo A., “El adquirente por boleto de compraventa y los acreedores del vendedor”, LL 1995-E, 743). Y si bien el boleto no es considerado un título idóneo para justificar la transmisión de derechos reales sobre inmuebles, el adquirente en tales condiciones puede inscribir dicho instrumento a fin de poner en conocimiento de los terceros la situación jurídica respecto del bien en cuestión. La omisión en la inscripción del boleto, priva al adquirente de los beneficios derivados de la publicidad registral que le confiere la toma de razón del acto en cuestión; esto es, que los terceros ajenos a la promesa de venta, tomaran conocimiento de la obligación de escriturar que pesaba sobre el titular registral. Por lo tanto, el adquirente por boleto debe soportar las consecuencias de haber omitido la inscripción del instrumento mencionado”.-

⁷⁶ Expte. N^º B-164.319/06 (Sala II - Tribunal del Trabajo) Incidente de tercería de posesión y nulidad: Donato Estanislao Mamaní c/ Lucía Módena y Sodas Calsina S.R.L.”

⁷⁷ Expte. N^º A-24534/04, caratulado. “INCIDENTE DE LEVANTAMIENTO DE EMBARGO CON TERCERIA DEDUCIDO POR JOSE R. CASAS, HECTOR RUFINO CASAS Y ELIZABETH LILIAN CASAS EN EXPTE. N^º A-1160/03, CAUTELAR DE ASEGURAMIENTO DE BIENES: DIAZ SANTOS BLAS Y OTROS C/ RUIZ HORACIO HECTOR”, 18/3/2008. “Que el no haberse registrado el último boleto el interesado no cumple lo dispuesto por el Art. 2505 del Código Civil pues no se perfecciona la mencionada venta y, por tanto, el título que se esgrime es

El Dr. WAYAR considera la inscripción del boleto de compraventa como condición para la interposición de la tercería de mejor derecho, o más bien debiera ser para la tercería de posesión (art. 83 CPC).⁷⁸

Que la propuesta en cuestión no implicará cambiar el *statu quo* existente, por cuanto, según consulta reciente efectuada al Director de la Dirección Provincial de Inmuebles de la Provincia de Jujuy, se pudo conocer que muchas personas acuden al Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Jujuy a fin de inscribir su boleto de compraventa (los cuales al día de hoy cuentan con un plazo de caducidad de 5 años - arts. 36 y 37 Ley N° 17801), por cuanto la idiosincrasia del hombre del norte tiene la férrea creencia que con ese instrumento ya se es dueño.

Nuestra misión será, como operadores del derecho, corregir esa creencia a fin de que los verdaderos dueños de las tierras cuentan con un título saneado que les permita acceder al crédito, que el inmueble en cuestión el día de mañana resulte transmisible a sus herederos, y por sobre todo que el registro inmobiliario refleje con exactitud la realidad extra-registral para que los terceros interesados conozcan con certeza dichas circunstancias y no se vean vulnerados sus derechos. Que así sea.

INOPONIBLE a terceros, y mucho más al embargante de autos que, como ya dijimos, ha obrado de buena fe a la vista de las constancias registrales. Debe estarse por la insuficiencia del mencionado boleto el que no posee valor alguno de ley para oponérsele en estos obrados a los intereses del acreedor”.-

⁷⁸ WAYAR, Ernesto C., “Compraventa y permuta”, Ed. Astrea, 1984, pág. 581, quien sigue en este punto la opinión de GARRIDO - CORDOBERA GONZALEZ DE GARRIDO, “Compraventa” pág. 187.