Voces: BOLETO DE COMPRAVENTA ~ ACTIVIDAD INMOBILIARIA ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ COMPRADOR ~ POSESION ~ DERECHOS DEL COMPRADOR ~ NULIDAD

Título: Sobre la regulación del boleto de compraventa inmobiliaria en el nuevo Código Civil y Comercial y los eternos problemas que aún seguirá generando

Autor: Padilla, Rodrigo

Publicado en: DJ28/10/2015, 1
Cita Online: AR/DOC/2458/2015

Sumario: I. Introito.— II. Las dos corrientes enfrentadas: formalistas versus aformalistas.— III. Mi opinión sobre el particular. El ius ad rem. La trilogía posesoria: ius ad possessionem, ius possessionis e ius possidendi.— IV. El Código Civil y Comercial y sus nuevas reglas. Arts. 1170 y 1171.

I. Introito

En este trabajo voy a analizar la nueva regulación que el Código Civil y Comercial realiza respecto del boleto de compraventa inmobiliaria, no sin antes hacer algunas precisiones ineludibles para comprender un poco más el estado general de la cuestión.

De entrada debo remarcar que pocos institutos jurídicos generaron tantos problemas en nuestra doctrina como el que me convoca. La jurisprudencia sobre este aspecto es de todos los colores posibles. Y la ley no solucionó jamás de una manera contundente la problemática. Tampoco lo hizo la nueva legislación.

Podría escribir un libro entero sobre el "boleto" y arrojar poca luz sobre el particular. Es que las doctrinas enfrentadas son muchísimas. Casi no existe jurista que no tenga una visión especial sobre este tema. Por mi parte, desde las cátedras, humildemente, intento formar escribanos (1) que respeten la realidad del boleto de compraventa, que noten su necesidad, conveniencia, rapidez, simpleza, economía, etc. Pero también pretendo "educar" corredores inmobiliarios (2) que no desconozcan la autoridad de la escritura pública, que valoren la seguridad jurídica, que reconozcan la labor fedataria y fedante de los escribanos y de los actos por ellos celebrados. (3) Además formo abogados (4), y algunos dirán que allí comienzan los problemas...

Pues bien, es archisabido que en nuestro Derecho vernáculo los especialistas en general separan en dos corrientes opuestas a los juristas cuando tratan esta problemática. Por un lado se encuentran aquellos que defienden, por así decirlo, a la escritura pública. Y por el otro aquellos que simpatizan con el boleto de compraventa inmobiliaria. Los primeros, dicen, respetan la ley y bregan por la seguridad jurídica. Los segundos, sostienen, tienen más en cuenta una cuestión social, la solidaridad, y luchan por defender la justicia.

Pero, ¿es que pueden enfrentarse dos valores tales como la seguridad jurídica y la justicia? ¿Acaso la justicia no es el valor fundante? Pero ¿puede haber justicia sin seguridad? Interrogantes aún sin respuestas satisfactorias, pues todos los juristas, y me incluyo, tienen argumentos variopintos acorde a cuál solución intentan arribar.

Por cierto que también existen doctrinas o tendencias intermedias entre aquellas dos descriptas. Entre los formalistas extremos y los aformalistas desenfrenados, están estos otros autores "discretos" que no comulgan con todos los fundamentos descriptos en esas corrientes claramente diferenciadas. Estas corrientes intermedias, dicho sea de paso, muchas veces son las aconsejables, según mi modesto entender. (5)

Por otro lado, en puridad deben analizarse las consecuencias o efectos que traen aparejados defender una u otra postura y no tanto en los presupuestos de las mismas, que a veces lucen desvirtuados.

Justamente por esto último resulta en verdad difícil encasillar en uno u otro grupo (incluso en el ecléctico o intermedio) a determinados juristas y conlleva un riesgo enrolarlos en alguna posición.

Pero veamos un poco de qué estoy hablando. Para tal fin no queda otro camino que pasar somera revista de las dos doctrinas enfrentadas.

II. Las dos corrientes enfrentadas: formalistas versus aformalistas

Entonces, como lo vengo diciendo, existen en nuestro Derecho dos posiciones enfrentadas. Así, por un lado están aquellos llamados "formalistas". El grupo "podría" estar formado —entre tantos autores— por López de Zavalía (6), Alsina Atienza (7), Highton (8), Lafaille (9), Mariani de Vidal (en parte) (10), Gatti y Alterini (en parte) (11), Padilla (en parte) (12), etc.

Repárese que de muchos autores aclaro que "en parte" comparten esos lineamientos formalistas. Bien podría agrupar a éstos entre los que comulgan con la teoría intermedia, muchas veces la preferida. (13) En fin, hay para todos los gustos y esta es mi visión sobre el asunto.

En general entienden estos notables juristas que el boleto de compraventa inmobiliaria es un contrato de compraventa "preliminar" y no un contrato definitivo por adolecer de un defecto formal (al no haberse empleado la escritura pública impuesta por ley).

En especial López de Zavalía sostuvo que el boleto de compraventa tendría una "naturaleza jurídica bifronte". Por una parte se trataría de un contrato de compraventa nulo por defecto de forma (afectado de

nulidad "efectual", por oposición a la "plena"), que como tal sólo generaría obligaciones "naturales" de dar la cosa y pagar el precio.

Ahora bien, por otro lado, también estaríamos frente a un contrato "preliminar" válido —o pretítulo (14)—, que como tal obliga a las partes a suscribir la pertinente escritura pública, pudiendo hacerla el juez en lugar del vendedor. También, en tanto que preliminar válido, son válidas las señas o arras que se hubieren dado. Incluso funcionarían los institutos del pacto comisorio expreso (no así el tácito) y la lesión sobreviniente. Por supuesto que no es un título habilitante para obtener la prescripción corta (justo título), según el mentado maestro tucumano.

Para Padilla —mi padre— estaríamos frente a un contrato de compraventa válido pero ineficaz para generar sus efectos propios por adolecer de un defecto formal al no haberse empleado la escritura pública impuesta por ley. Sí genera per se la obligación de transmitir la "posesión" de la cosa. También sostuvo que no es un "justo título" para lograr la prescripción corta. (15)

En el otro extremo se encuentran los "aformalistas". Entre tantos autores puedo nombrar a Wayar (16), Borda (17), Bustamante Alsina (18), Games (19), Spota (20), Morello (en parte) (21), Garrido y Andorno (en parte) (22), etc.

En general sostienen estos reconocidos juristas que debe protegerse al comprador con boleto, sobre todo si el mismo detenta la posesión de la cosa. Así, normalmente entienden que el comprador con boleto y posesión tiene acciones, no tan sólo las posesorias, sino incluso las "reales". Por otro lado también se pregona que el boleto de compraventa puede funcionar como "justo título" para fundar la prescripción corta. O que también es un título válido para interponer una "tercería de dominio" (además de la de "mejor derecho"). En pocas palabras equiparan el contrato de compraventa celebrado por boleto al realizado por escritura pública. Prácticamente le asignan toda clase de efectos o consecuencias jurídicas a esta compraventa "válida y eficaz" realizada por boleto. Poco importa la forma empleada.

Por ejemplo Wayar entiende que a la escritura pública se la puede suscribir junto al "modo" (traditio), ganando con ello un espacio temporal y bregando por la defensa del comprador con boleto y posesión que a lo largo de su discurso luce sumamente tutelado (incluso sin importar si realmente realizó o no la escritura pública en aquel momento —modo—).

Borda y Bustamante Alsina sostienen que el comprador con boleto y posesión sería titular de un dominio imperfecto. Games fue más lejos al afirmar que esta persona es un verdadero dueño.

Con tan sólo ese pantallazo se habrá notado la diversidad de criterios que existen. Podríamos sumar el punto de vista de mis amigos y queridos maestros, Moisset de Espanés y Mosset Iturraspe (entre tantos), pero me llevaría todo un volumen tratar con profundidad esta problemática. Sólo resalté las posiciones de los autores que resultan más conocidos para el público natural al cual está dirigido este trabajo. (23) Además con esas muestras podrán advertir que hay para todos los gustos.

III. Mi opinión sobre el particular. El ius ad rem. La trilogía posesoria: ius ad possessionem, ius possessionis e ius possidendi

Por mi parte pienso y enseño que no es posible establecer o determinar a priori reglas genéricas que permitan resolver mágicamente esta cuestión. La ley no es terminante, ni con la sanción de la 17.711, ni con la nueva legislación. Acaso sea imposible brindar una solución definitiva, sin antes al menos consentir en algunos puntos fundamentales, cosa que jamás se hizo.

No se puede suprimir al boleto de compraventa, menos aún al comprador con boleto y posesión. Por un lado. Por el otro prescindir totalmente de la escritura pública da tanto como bregar por una inseguridad jurídica total, salida inadmisible en un Estado de Derecho. Sólo reinará el caos. Entonces ¿qué hacer? Allí radica el meollo de la cuestión y las distintas alternativas que ofrecen los juristas a lo largo de este país (y ni hablar del Derecho comparado en este tema, puesto que aún no tenemos nada en claro aquí mismo, amén de ser un problema bien doméstico el tratado).

Además, sostener, como lo hizo cierta doctrina, que ya el comprador con boleto y posesión sea un verdadero dueño, es peligroso, contradictorio y falso. No engendra el dominio el boleto de compraventa, ni siquiera un dominio imperfecto. ¿Es que acaso estaríamos en presencia de dos dueños al mismo tiempo y sobre la misma cosa? Recordaré que el vendedor seguirá figurando como "dueño" en el Registro. Y si el boleto está anotado (y no "registrado o inscripto" como muchos dicen) la situación no varía en nada. Existirán dos dueños sobre la misma cosa.

Y si no existen dos dueños, tendrían que sostener, siguiendo esta tesitura, que no hay ningún dueño, atentando contra reglas elementales como ser que no existen res nullius inmobiliarias (es decir que no hay bienes inmuebles sin dueño) o, peor aún, que un pilar básico del Derecho de las Obligaciones y de la convivencia armónica, se destruiría. Ello puesto que el patrimonio, en tanto que prenda o garantía (gage) común de los acreedores sería una mera petición de principios frente a casos de ventas realizadas con instrumentos privados.

Sostengo ello, puesto que los acreedores no podrán atacar el patrimonio del vendedor (con lo cual estoy de acuerdo, bajo ciertas circunstancias), pero tampoco el del comprador, pues el bien aún no ingresó al mismo. Es decir, aunque generalmente no se repare en ello, hay que tener cuidado con defender alguna postura que lleve a este absurdo y genere más injusticia que aquella que estaban procurando defender.

No puede una propiedad vendida por boleto ingresar a una suerte de "limbo jurídico", en donde ni los acreedores del vendedor, ni los del comprador, puedan practicar alguna ejecución debido al incumplimiento de su deudor. Reglas claras deben establecerse para evitar esta embarazosa situación.

Hasta ahora la ley (24) sólo contempló la situación del comprador con boleto frente a los acreedores del vendedor. Estamos a mitad de camino y ni siquiera con el transitado existe consenso.

En todo caso, y volviendo a ese eventual dominio que se generaría en el poseedor con boleto de compraventa, debemos reconocer que estaríamos frente a una situación que no es un simple derecho personal —obligatio— ni tampoco un verdadero derecho real —ius in re—. Algo más que un derecho personal y menos que un real, diría. Estaríamos frente a una situación intermedia ya definida hace siglos como un ius ad rem (25) , un "derecho a la cosa", según mi modesta opinión.

Y si recordamos cierta clasificación básica —la trilogía posesoria—, debe reconocerse que el comprador con boleto tiene a su alcance, sin duda alguna, las acciones de cumplimiento de contrato (goza de un ius ad possessionem: derecho "a la posesión"). Vale decir que el boleto de compraventa sería un título válido para reclamar la posesión de la cosa (26), a través de las vías legales, claro está. (27) Por supuesto, siempre y cuando dicho comprador haya cumplido con su obligación emanada del contrato, cuyas cláusulas también deben tenerse en consideración.

En lo que concierne al denominado ius possessionis (derecho "de la posesión"), entiendo que el comprador con boleto y "posesión" —lógicamente— también tiene a su alcance las acciones que el ordenamiento le confiere para defender su posesión frente a casos que turben o priven su libre goce.

Es cierto que en el Código velezano reformado, este poseedor era considerado poseedor "legítimo" (conforme al agregado que hizo la ley 17.711 al art. 2355 del Código Civil), con todo lo que ello traía aparejado. Ahora, con la nueva legislación, dudo mucho que pueda ser calificada como legítima la posesión adquirida a través del boleto de compraventa, pues no importa el ejercicio de un derecho real —o personal— constituido de conformidad con las previsiones de la ley —conf. art. 1916 del Código Civil y Comercial (28)—.

No obstante ello, el nuevo Código en el capítulo pertinente referido a las "defensas de las relaciones de poder" (relaciones "reales", con mayor precisión) concede ambas acciones —de mantener y de recobrar— tanto al poseedor cuanto al tenedor (arts. 2238 y ss.). Aunque personalmente estimo que no se puede negar que el comprador con boleto, si tiene efectivamente la posesión de la cosa es, sin duda, precisamente eso: un poseedor (29) (sea legítimo, sea ilegítimo), y como tal podrá hacer valer, insisto, las acciones de defensa de su posesión.

Ahora bien, afirmar ello no implica pregonar que el comprador con boleto y posesión sea un verdadero dominus. Tampoco que estén a su alcance las defensas típicas que derivan del derecho de dominio. Aquí ya nos estaríamos relacionando con el ius possidendi (derecho "de poseer") de esa trilogía jurídica posesoria tan relevante cuanto olvidada. Según mi parecer no están al alcance del poseedor con boleto las acciones reales, para ser claro. No podrá válidamente entablar una acción reivindicatoria, una negatoria, confesoria, o de "deslinde" agrega el nuevo Código.

Quede en claro que el comprador con boleto, si tiene la efectiva posesión (que es más factum que ius), por supuesto que debe considerárselo poseedor. De eso se trata. Extraerá en los hechos las consecuencias prácticas del derecho de dominio. Podrá usar, gozar y hasta "disponer" (vía boleto) de su bien poseído (ius utendi, fruendi y "abutendi", al cual podría sumarle aquel ius possessionis).

De allí a ser considerado un verdadero dueño queda un paso largo, muy largo, que no lo daré, pues no encuentro argumentos jurídicos ni ventajas prácticas en afirmar algo semejante. De ser así ¿para qué necesitaría cumplimentar la forma? ¿Qué hacemos con la escritura pública? ¿Qué hacemos con el régimen registral inmobiliario? ¿Qué hacemos con medio Código de Vélez y buena parte del nuevo? (30)

Por otro lado, para mí es clarísima la situación que el boleto de compraventa no puede ser considerado justo título para obtener la prescripción corta. Y sostengo ello sea que analice la cuestión desde la óptica del Código de Vélez "puro", del reformado por ley 17.711, o del nuevo Código Civil y Comercial. Bajo ningún aspecto podrá el boleto servir de fundamento de la prescripción decenal. Para ello basta con sólo recordar los artículos 4009, 4010 y 4012 del Código velezano.

Respecto del nuevo ordenamiento también el justo título debe ser aquel título revestido de las formas exigidas para su validez. Así, "Justo título es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto", reza el art. 1902 del Código Civil y Comercial.

Ello está en sintonía con lo predicado por Vélez, reitero, en el artículo 4010, en concordancia con los artículos 4009 y 4012 del Código Civil. Vale decir que no podrá considerarse justo título a la compraventa

inmobiliaria celebrada por medio de boleto por carecer de la forma (escritura pública) exigida por la ley (art. 1017, inc. a], del nuevo Código).

Sí podrá el boleto fundar una tercería de mejor derecho, y veremos frente a quién se enfrenta el comprador con boleto y qué armas tiene a su alcance para determinar si gana, o no, en el proceso que interviene. (31) Sobre este punto ya volveré al comentar la normativa del nuevo Código unificado.

Pero no servirá el boleto para justificar una tercería de dominio, justamente porque el boleto no es título de dominio. Caso contrario ¿qué hacemos con todo el sistema inmobiliario? ¿Y el registral? ¿Y las exigencias de los Códigos adjetivos? ¿Y los instrumentos públicos, escrituras? Etc.

Como se observa el tema da para mucho, mucho más. Por ello ahora me limitaré a hacer breves comentarios de las normas nóveles relativas al boleto de compraventa.

IV. El Código Civil y Comercial y sus nuevas reglas. Arts. 1170 y 1171

De entrada diré que en puridad no sé si se otorga una mejor o más amplia protección al comprador con boleto y posesión ahora, o si en el Código de Vélez, reformado claro está, estaba más protegido ese poseedor "legítimo". Es que en la legislación nueva se suprime aquel agregado expreso que tenía el originario art. 2355 del Código de Vélez. De hecho el art. 1916 del Código Civil y Comercial dice que si bien las relaciones de poder se presumen legítimas, son ilegítimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal "constituido de conformidad con las previsiones de la ley". Reiteraré que en el caso del boleto de compraventa no se cumple con la forma impuesta por el art. 1017, inc. a), que expresamente determina que los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, "deben ser otorgados por escritura pública".

Así que el poseedor con boleto y posesión no podrá ser considerado desde ahora como poseedor "legítimo". Y a través de ese cabal reconocimiento muchas veces se le dispensaba una fuerte protección. Ahora no la tendrá.

En el nuevo Código sólo dos normas hablan sobre el boleto de compraventa inmobiliaria. Me refiero a los artículos 1170 (32) y 1171. (33) Al decir verdad, el Código —sus redactores— se lava un poco las manos con este tema. Es que el boleto de compraventa es tratado únicamente en lo que atañe a los efectos con respecto al vendedor. Aún más puntual, cuando se intenta agredir a ese vendedor, ya sea vía ejecución individual (artículo 1170), ya vía colectiva (artículo 1171). Nada más.

De hecho, como no se expide sobre un tema tan importante como la propia naturaleza jurídica del boleto de compraventa (34), las disputas sobre el particular seguirán reproduciéndose en este nuevo escenario.

Es que los aformalistas podrán sostener que el boleto tiene un amplio respaldo en el nuevo Código, pues está contemplado en la parte final de la compraventa. Ergo: es todo un contrato de compraventa y eso debe reconocerse y por ende dotarle de plena validez y eficacia.

Por otro lado afirmarán que no se establece la pena de "nulidad" ante el defecto formal, como sí se establecía en el originario Código de Vélez (art. 1184). Ello significaría que el contrato de compraventa es "no formal"; o formal "no solemne" (en todo caso bajo una forma ad probationem). Por cierto que tampoco generaría meras "obligaciones naturales", pues éstas están suprimidas de plano en el nuevo Código (conf. arts. 724 y 728). (35)

Además se hizo un agregado especial que antes no tenía. Esto se hizo porque debe protegerse al poseedor con boleto frente a los acreedores del vendedor que traben cautelares. Punto claro a su favor, dirán.

También es un aspecto favorable, bajo esta óptica, el expreso reconocimiento que se hace de los efectos publicitarios de la posesión (conf. arts. 1171 in fine y 1893).

Los formalistas replicarán: ya ni siquiera el comprador con boleto es un poseedor legítimo. Hay que realizarse la escritura pública. El boleto es sólo una situación pasajera, una suerte de "preliminar" o "pre-título" de la compraventa inmobiliaria definitiva que el Código (nuevo, viejo, reformado, etc.) exige que sea instrumentada por escritura pública. Así lo requiere, reitero, la nueva legislación (conf. al art. 1017, inc. a]) que de hecho reconoce al "instituto de la conversión" —art. 1018 (36)—.

El boleto de compraventa inmobiliaria sólo tiene reconocimiento en dos artículos que contemplan casos muy puntuales, no debiéndose extender la protección a otros supuestos, sostendrán. El resto del Código sigue exigiendo, como no puede ser de otra manera, que las compraventas inmobiliarias sean realizadas por escrituras públicas.

Y, por lo visto, seguiremos en ese eterno derrotero. Tesis y antítesis se encontrarán una y otra vez sin jamás llegar a la "síntesis" superadora que al menos calme un poco al espíritu de Hegel. (37)

Por mi parte en otras ocasiones (38) ya he señalado que no es factible establecer una regla concluyente y general que resuelva a priori todos los casos que puedan plantearse frente a una situación de conflicto publicitario posesorio y registral (por cierto que el estado actual de la doctrina y la legislación poco ayudan para alcanzar esa deseada meta).

El operador jurídico deberá, en consecuencia, atenerse a cada situación en particular y valorar (además de las precisas normas que el nuevo Código contiene) entre otros extremos: si el comprador con boleto cuenta o no con posesión —entre otros motivos, por la función publicitaria que puede tener la misma—; el tipo de derecho registrado y de acreedor implicado —v.gr., si tiene o no privilegio—; la buena o mala fe de los "litigantes"; tal vez la inscripción (anotación) o no del boleto en cuestión —si el ordenamiento lo permite, como sucede en el sistema registral tucumano, entre otras provincias—; las clases de títulos que puedan encontrarse enfrentados —v.gr., escritura pública, boleto de compraventa— (39); la existencia o no de fecha cierta en caso de instrumentos privados —utilizados en la eventual posesión—; el posible cumplimiento de la contraprestación a cargo del comprador por boleto y eventual poseedor, y su proporción; y, por supuesto, puede resultar muy útil acudir a la aplicación del principio temporal que se resume en el aforismo prior in tempore potior in iure; entre otras tantas circunstancias gravitantes que deberá el sentenciante —si fuera el caso— analizar en cada situación en particular para resolver la cuestión pertinente.

Pues veamos ahora cómo está regulado el boleto de compraventa en la nueva legislación.

Por de pronto hay que buscar los artículos pertinentes en la Sección 8ª, del Capítulo 1 —que se refiere al contrato de compraventa—, del Título IV del Libro Tercero del nuevo Código, puesto que allí se regula lo atinente al boleto de compraventa. Si bien en los Fundamentos se expresa que "se aclaran y resuelven numerosos temas que han sido muy discutidos", ello no es tan cierto puesto que aún quedan muchos temas pendientes tal cual resalté ut supra.

En el artículo 1170 se determina que el boleto de compraventa de inmuebles otorga un derecho al comprador de buena fe quien tendrá prioridad sobre terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido. Ello así si cumple con determinados requisitos, a saber: si el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos (respetando el principio registral del "tracto sucesivo"); si el comprador pagó al menos un veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; si el boleto tiene fecha cierta; y si la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria.

Por otro lado en el artículo 1171 se reitera la regla establecida en el artículo 1185 bis del Código de Vélez reformado por ley 17.711 con algunos cambios ya reflejados, prácticamente, en la última ley concursal —ley 24.522, art. 146—. Dicha norma determina que los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado como mínimo el veinticinco por ciento del precio. El juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura pública. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador fuera a plazo, deberá constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio.

En los fundamentos del Proyecto se aclara que aunque se trata de una norma de tipo concursal, y el propio Proyecto considera que este tipo de relaciones se rige por lo dispuesto en el ordenamiento específico, se ha entendido conveniente mantener la norma en el Código Civil por el valor histórico que ella tiene.

Como se observa sólo se tratan esas situaciones particulares: para hacer prevalecer al comprador de buena fe con boleto frente a acreedores del vendedor, sea ante casos de ejecución individual (art. 1170), sea colectiva (art. 1171), siempre y cuando cumpla ciertos requisitos. (40) Nada más. La polémica seguirá abierta.

(1) En tanto que Profesor a cargo de la Cátedra de Derecho Registral, en la UNSTA, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.

(2) Como Profesor a cargo de las Cátedras de Derecho Privado II (Obligaciones) y Privado IV (Derechos Reales) de la USPT, Facultad de Corretaje Inmobiliario.

(3) No quiero con esto decir que los corredores inmobiliarios no asesoren realizar escrituras públicas; ni que los escribanos no hagan boletos privados; pero es claro que existen tendencias.

(4) En tanto que Profesor a cargo de la Cátedra de Derecho Privado II (Obligaciones) de la USPT, Facultad de Abogacía.

(5) Recordaré que ya Aristóteles profesaba que la "virtud" se encontraba en un "justo medio". Así, sostenía el estagirita que "todo conocedor evita el defecto y el exceso, y busca el término medio y lo prefiere... la virtud, como la naturaleza, es más exacta y mejor que todo arte, tendrá que tender al término medio... entonces hay un término medio y excelente; y en ello radica, precisamente, la virtud... la virtud, entonces, es un término medio o, al menos, tiende hacia el medio... la virtud es, por lo tanto, un modo de ser electivo, al ser un término medio relativo a nosotros, determinado por la razón y por aquello por lo que decidiría un hombre prudente. Es un medio entre dos vicios, uno por exceso y otro por defecto", conf. ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, traducido por Sergio Albano, Gradifco, Buenos Aires, 2008, ps. 53 y 54. Dicho sea de paso, el propio Aristóteles aclara que algunas acciones y pasiones no admiten el término medio y son censuradas por ser malas en sí mismas, y no por sus defectos o excesos. Pero es evidente que el concepto de justo medio (sophrocine) es el lugar ético por excelencia donde se sitúa el sujeto aristotélico, ya que se encuentra en la proporción justa respecto de los

extremos, ya sean éstos por exceso o defecto. Por ejemplo, la mezquindad o tacañería, es el defecto de la generosidad; y el despilfarro, su exceso (según comenta gráficamente el traductor y consultor Albano). En fin, esta idea que la virtud (areté) radica en un "justo medio", también puede traducirse en frases latinas tales como in medio consistit virtus; in medio stat virtus; o simplemente como diría Séneca, in medio virtus (en el medio está la virtud).

(6) Ver: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Curso introductorio al Derecho Registral, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1983, ps. 251 y ss..; y su clásica obra Teoría de los Contratos, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, Parte General, 1975; Parte Especial I, 1976.

(7) ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., "El principio de la buena fe en el Proyecto de Reforma de 1936", Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1942; "En torno de las inquietantes discrepancias sobre los efectos del boleto de compraventa inmobiliaria. Una nueva interpretación del derecho vigente", en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, nro. 63, ps. 325 y ss.

(8) HIGHTON, Elena I., Derechos Reales, vol. I, Buenos Aires, nros. 64 y ss.

(9) LAFAILLE, Héctor, Tratado de los Derechos Reales, vol. I, Ediar, Buenos Aires, 1943, nros. 109 y ss.

(10) MARIANI DE VIDAL, Marina, Curso de Derechos Reales, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1976; y "El poseedor en virtud del boleto de compraventa", en LL, nro. 141, p. 941.

(11) GATTI, Eduardo y ALTERINI, Jorge Horario, Prehorizontalidad y boleto de compraventa, Buenos Aires, 1973, ps. 25 y ss.

(12) PADILLA, René A., Estudios de Derecho Civil y Registral Inmobiliario, Ediciones El Graduado, Tucumán, 1996, ps. 46 y ss.; Forma y prueba de los contratos en el Código Civil a través de su artículo 1193, Plus Ultra, Buenos Aires, 1972.

(13) Como señalé en una nota anterior, Aristóteles predicaba que en el "medio" radica la virtud.

(14) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Curso introductorio al Derecho Registral, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1983, ps. 257.

(15) Ver: PADILLA, René A., Estudios de Derecho Civil y Registral Inmobiliario, Ediciones El Graduado, Tucumán, 1996, ps. 46 y ss., Forma y prueba de los contratos en el Código Civil a través de su artículo 1193, Plus Ultra, Buenos Aires, 1972. Al respecto voy a realizar una breve cita que resume el pensamiento de mi padre. Decía al respecto "para mí se trata de un contrato ineficaz. Vale decir de un contrato que no puede producir las obligaciones propias de la compraventa inmobiliaria en primer término, como contrato de compraventa inmobiliaria, pero es ineficaz para producir el nacimiento de las obligaciones propias de ese contrato, en particular la de entregar la cosa en propiedad. Para ello, deberá cumplirse con las formas", conf. Estudios de Derecho Civil... cit., ps. 50 y 51. Claro que para Padilla no se trataba de un contrato "nulo" como sostenía López de Zavalía, sino válido pero ineficaz. Puede verse un interesante "diálogo" entre ambos en el libro que recién cité. También puede verse el parecer de Padilla en el renombrado caso de Rubio Nélida V. vs. Filipini, Hugo y otros s/ tercería de dominio. Repárese que la doctrina legal sentada pertenece a la Corte propiamente dicha y no al vocal preopinante. Además allí se brindó una solución puntual para un caso especial, como no puede ser de otra manera (es decir, como cualquier actividad jurisdiccional). Por ello no es correcto —no del todo— pregonar que el pensamiento jurídico global de un jurista radica o reside en un voto en tanto que magistrado llamado a juzgar. No obstante ello existen notables y evidentes aportes personales y jurídicos de Padilla en dicho pronunciamiento. Allí remito.

(16) WAYAR, Ernesto C., Compraventa y permuta, Astrea, Buenos Aires, 1994.

(17) BORDA, Guillermo A., "Acerca de la posesión legítima y el abuso de derecho", en El Derecho, 55, p. 202; y Derechos Reales, Perrot, Buenos Aires, 1975, t. I, nros. 55 y ss.

(18) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge A., "El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor", en LL, nro. 131, p. 1275.

(19) GAMES, L. M., "La quiebra del vendedor de inmuebles, la obligación de escriturar y las reformas al Código Civil", LL, nro. 130, p. 1181.

(20) De los numerosos artículos y libros de este clásico jurista voy a citar el que sigue: SPOTA, Alberto G., Contratos. Instituciones de Derecho Civil, 2ª actualizada y ampliada, Luis F. P. Leiva Fernández (actualizador), t. IV, Parte Especial,, La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 80 y ss. En dicha obra (de nueve tomos) he tenido el honor de participar como colaborador de la mentada actualización.

(21) MORELLO, Augusto M., El boleto de compraventa inmobiliaria, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.

(22) GARRIDO, Roque F. y ANDORNO, Luis, Código Civil anotado. Libro III, Derechos Reales, tomo I, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1972, ps. 149 y ss.; también puede verse: GARRIDO, Roque F., "Boleto de compraventa y posesión legítima", en JA 1976-III-675; y Venta de departamentos, Hammurabi, Buenos Aires, 1984.

(23) López de Zavalía primero, después Padilla y finalmente Wayar, estuvieron a cargo como Profesores Titulares de la Cátedra de Derecho Civil III, Contratos, en la Universidad Nacional de Tucumán. De hecho, Wayar aún la preside.

(24) Cuando hablo de la "ley" me refiero tanto al Código de Vélez con sus reformas, cuanto a la ley concursal y al nuevo Código unificado.

(25) Decía López de Zavalía que el ius ad rem es algo distinto, un tertium genus entre el ius in re y el derecho personal, entre el derecho real y el derecho obligacional. "Es una figura que nace en el Derecho Canónico, pasa al Derecho Feudal y finalmente hace eclosión en el Derecho Civil", conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Curso introductorio al Derecho Registral, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1983, ps. 260 in fine y 261.

(26) En este sentido se ha dicho que "si en un boleto de compraventa se pactó la entrega de la posesión antes de la escritura, ese boleto es título válido para adquirir la posesión prometida", conf. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín y ALTERINI, Jorge H., Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia, tomo IV-A, Derechos Reales, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, comentario art. 2468, p. 221.

(27) Al respecto dice el nuevo Código Civil y Comercial en el art. 2239 que "Un título válido no da la posesión o tenencia misma, sino un derecho a requerir el poder sobre la cosa. El que no tiene sino un derecho a la posesión o a la tenencia no puede tomarla; debe demandarla por las vías legales". También Vélez establecía una regla similar en el art. 2468 del Código Civil, aunque este brillante codificador solo hacía alusión a la posesión y no a la tenencia (no obstante idéntica solución se imponía, puesto que la razón de este principio consiste en vedar el uso de la justicia por mano propia). Por cierto que cuando la ley habla de "demandarla por las vías legales" (conf. art. 2468 in fine del Código Civil; y art. 2239 in fine del Código nuevo) a esa posesión —o tenencia— que aún no se tiene y se anhela o pretende, se refiere a entablar las acciones de cumplimiento del contrato pertinente, descartando de plano a los "inservibles" interdictos de adquirir la posesión.

(28) En efecto, dice el art. 1916 que "Las relaciones de poder se presumen legítimas, a menos que exista prueba en contrario. Son ilegítimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley". Es claro que al hablar de relaciones de poder, el nuevo Código se refiere tanto a la posesión, cuanto a la tenencia (art. 1908). De hecho la posesión "legítima" implica el ejercicio de un derecho "real" constituido de acuerdo a la ley (en sintonía con lo predicado por Vélez en el art. 2355, 1ª parte), en tanto que la tenencia lo es de un derecho "personal". Así que no podrá considerarse que el poseedor con boleto tenga una posesión legítima pues no implica el ajuste a lo que el Código dispone en materia de derechos reales. Menos aún puede calificarse al poseedor con boleto como un simple "tenedor" (art. 1910), disminuyendo su rango, puesto que no se comporta como un "representante" del poseedor (que sería el vendedor, hipótesis que descarto de plano).

(29) El art. 1909 del Código Civil y Comercial dispone que "Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre la cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no".

(30) En el nuevo Código unificado, como no podría ser de otro modo, se dispone que deben ser otorgados por escritura pública los contratos que versen sobre derechos reales inmobiliarios. Ello está en sintonía con el artículo 1184, inc. 1º, del Código velezano. Así, el artículo 1017 del Código Civil y Comercial dice que "Deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa...".

(31) No se puede hablar de "tercerías" sin hacer somera mención al caso "Rubio Nélida V. vs. Filipini, Hugo y otros s/ tercería de dominio", fallado por la Corte tucumana en el año 1992 (sala Civil y Penal, sentencia 121 del 23/4/1992; LL 1992-B, p. 57). El voto de mi padre René A. Padilla es más que conocido, así que me ahorraré comentarios. Simplemente voy a recordar que allí, aplicando la facultad del iura novit curia, se cambió la calificación jurídica que realizaba el tercerista, de una tercería de dominio a una de mejor derecho. Pero de mejor derecho con vocación a la cosa, puesto que el boleto al menos eso tiene: generaría un derecho a la entrega de la "posesión" (se trata de una rara avis, un ius ad rem). Además se hizo una interpretación amplia del concepto de pago (solutio) comprendiendo al pago en especie, al cumplimiento in natura. También se resaltó la finalidad publicitaria de la posesión. En pocas palabras se brindó amparo a un comprador con boleto de compraventa y posesión de buena fe frente a un acreedor embargante (no privilegiado, quepa aclarar) del vendedor, haciendo una interpretación funcional de las tercerías como diría Morello que aplaudió el fallo en cuestión. También estuvieron de acuerdo e hicieron comentarios laudatorios, Mosset Iturraspe, Lorenzetti, Chiappini, entre otros autores nacionales. Ahora bien, en clases no me cansó de decir que allí se otorgó una defensa puntual, que se trata de un caso singular con muchas circunstancias gravitantes (por supuesto que también generó una doctrina legal que lamentablemente no entendieron muy bien algunos Vocales de esa misma Corte). Ergo: que tampoco debe hacerse una interpretación extensiva que llegue a desvirtuar el verdadero pensamiento de Padilla, a quien yo lo encasillo, sin duda, en la teoría intermedia.Hablando de precedentes relevantes emanados de la Corte tucumana, debo hacer mención, además del caso recién citado (del año 1992) a

estos otros dos: "Melgarejo, Adrián y otros c/ Guerra Méndez, Adán y otros s/ daños y perjuicios" —incidente de ejecución de sentencia promovido por Adrián Melgarejo s/ inc. s/ tercería de dominio promovido por Aero Club Concepción—, sala Civil y Penal, sentencia 144 del 12/3/2004; "Toledo Nacusse, Roque c/ Caja Popular de Ahorros de la Provincia de Tucumán c/ Sánchez, Guido Antonio s/ cobro ejecutivo s/ tercerías", sala Civil y Penal, sentencia 722, del 12/8/2014.

(32) Dice el art. 1170 que se refiere precisamente al boleto de compraventa de inmuebles que "El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si: a) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; b) el comprador pagó el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; c) el boleto tiene fecha cierta; d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria".

(33) Por su parte el art. 1171 trata la cuestión de la oponibilidad del boleto en el concurso o quiebra del vendedor, determinando que "Los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) del precio. El juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura pública. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio".

(34) También coincide con este parecer RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (directores), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, concordado y anotado, tomo 4, Derechos personales, capítulo a cargo de Mariano ESPER, La Ley, Buenos Aires, 2014, ps. 892 y 893.

(35) El primero de estos artículos brinda la definición de obligación —resaltando la nota de la exigibilidad— y el segundo rebaja de categoría a la obligación natural al asimilarla al simple deber moral o de conciencia —al cual declara irrepetible—.

(36) El Artículo 1018 dice: "Otorgamiento pendiente del instrumento. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento". Como se observa esta disposición versa sobre el instituto de la conversión, el cual está consagrado en los artículos 1185 y 1187 del Código de Vélez. Existen diferencias, como por ejemplo que ahora expresamente se establece que el Juez debe hacerlo (formalizar la escritura pública) en lugar o representación de la parte condenada y remisa, solución que ya la jurisprudencia había avalado. Por ello, ante dicha situación ya no se habla de "bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses" (conf. art. 1187 in fine del Código de Vélez) sino que el juez debe intervenir, logrando así un cumplimiento en especie, in natura, puesto que el comprador con boleto lo que quiere, o debiera querer, es la escrituración. Su derecho "a la cosa" aquí se respeta y no muta la ley su pretensión genuina en una acción de daños. Solución que aplaudo, dicho sea de paso.

(37) Me refiero a la "dialéctica hegeliana", la cual es a su vez tomada de la "mayéutica socrática".

(38) PADILLA, Rodrigo, Cuestiones sobre Derecho Registral, Notarial y Responsabilidad del Escribano, Universidad Santo Tomás de Aquino, Tucumán, 2013, ps. 97 y ss.; y "Publicidad posesoria y registral", en LLNoroeste, año 15, nro. 10, noviembre de 2011, ps. 1029 y ss.

(39) Al respecto es muy importante, si se diera el caso en cuestión (concurrencia de varios acreedores respecto de un mismo bien inmueble), tener presente el art. 756 del nuevo Código, el que expresamente dice: "Si varios acreedores reclaman la misma cosa inmueble prometida por el deudor, son todos de buena fe y a título oneroso, tiene mejor derecho:"a) el que tiene emplazamiento registral y tradición;"b) el que ha recibido la tradición;"c) el que tiene emplazamiento registral precedente;"d) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior".Como puede apreciarse, esta norma es muy interesante a la hora de resolver este eventual conflicto. La misma tiene como antecedente al art. 596 del Código de Vélez (el que debe completarse con los arts. 594 y 595), con una pequeña diferencia: que Vélez decía que si a ninguno de los acreedores se hubiere realizado la tradición será preferido el acreedor "cuyo instrumento público sea de fecha anterior". Dejando de lado las interpretaciones doctrinarias sobre este punto, solo quiero resaltar que la nueva regulación no hace mención a instrumento público, sino a "título oneroso", o "título de fecha cierta anterior". Vale decir que desde una visión aformalista podrán decir —no sin motivos— que el boleto de compraventa en este punto se equipara a la escritura pública. Entonces, si el comprador con boleto y posesión se enfrenta a otro acreedor de esa misma cosa que cuenta con escritura pública (incluso de fecha anterior), tendrá mejor derecho el primero siempre que haya anotado su boleto (entendiendo por "anotación" como suficiente a los fines del "emplazamiento registral" que requiere la norma analizada). No puedo extenderme en este tema, a pesar de las múltiples aristas que presenta.

(40) Dicho sea de paso, como el nuevo Código carece de notas al pie (al igual que casi todos los Códigos en el mundo, pero a diferencia del Código Civil de Vélez) y dado que los fundamentos son harto insuficientes, hay que recurrir a otras vías para encontrar las genuinas fuentes de sus normas. En este punto debo resaltar que ni el

Proyecto del año 1998, tampoco el Proyecto elaborado por la Comisión designada por decreto 468 del año 1992, ni el Proyecto de Unificación del año 1987, tenían reglas análogas. Tampoco la doctrina ayuda mucho en este punto, pues es de todos los colores posibles, tal como quedó en evidencia. Ni siquiera las conclusiones de los Congresos y Jornadas son coincidentes al punto de servir de fuente real y directa de las nuevas normas. Sí he encontrado un caso jurisprudencial emanado de la Corte mendocina (donde se vislumbra la pluma de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, quien incluso siguió en algún punto al precedente tucumano cuyo voto fuera de Padilla) que prácticamente requiere los mismos requisitos exigidos en esas situaciones por el nuevo Código. En efecto, dijo la Suprema Corte de Mendoza que "El adquirente de un inmueble mediando boleto triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad ejercida en el proceso individual o concursal, si se cumplen los siguientes recaudos: a) El boleto tiene fecha cierta o existe certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo o a la apertura del concurso; b) El boleto tiene publicidad (registral o posesoria); c) El tercerista o peticionante en el concurso ha adquirido de quien es el titular registral o está en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes; d) El tercerista o peticionante en el concurso es de buena fe y ha pagado el 25 % del precio con anterioridad a la traba del embargo o a la apertura del concurso universal (Sup. Corte Just. Mendoza, 30/5/1996, LL, AR/JUR/3023/1996). Puede verse este y otros fallos sobre el tema en RIVERA, Julio César, MEDINA, Graciela (Directores), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, concordado y anotado, tomo 4, Derechos personales, capítulo a cargo de Mariano ESPER, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 897.