

**¿ SON OPONIBLES AL ACREEDOR EMBARGANTE LOS DERECHOS
DERIVADOS DEL BOLETO DE COMPRAVENTA ?
Por Mirta Liliana Bellotti**

Sumario. I) Introducción. II) Las posiciones que consagran la prevalencia de la publicidad registral. III) Las soluciones mediante la aplicación del artículo 1185 bis del código civil. IV) La posición que sostiene que el enajenante mediante la tradición transmite el ejercicio del dominio y solo le queda un título vacuo. V) La opinión que sustenta que el adquirente por boleto de compraventa adquiere un derecho real de posesión. VI) La solución basada en la publicidad posesoria. VII) Crítica a las soluciones expuestas. VIII) Nuestra sistematización.

I) Introducción

La situación que estudiaremos en este trabajo es la siguiente: una persona ha celebrado un contrato de compraventa sobre un inmueble por instrumento privado, se le ha realizado tradición de la cosa, el dominio no ha sido transmitido, el bien se encuentra inscripto a nombre del vendedor en el Registro de la Propiedad Inmueble, un acreedor del vendedor embarga el bien, y pretende subastarlo. En ese estado de los hechos se genera la siguiente pregunta ¿ Son oponibles al acreedor embargante los derechos derivados del boleto de compraventa ?

En esta monografía nos proponemos responder la pregunta que elegimos como título de la misma, el tema como todos los que se relacionan con la problemática del boleto de compraventa presenta innumerables dificultades, el camino a seguir para tratar de esclarecerlo será muy intrincado. En la doctrina se han elaborado diversas soluciones al problema, las vías seguidas y los matices son numerosos, la jurisprudencia es vacilante, en los repertorios encontramos distintos y abundantes criterios. Los juristas se han inquietado con el estudio de estos temas, han dicho que "la opción entre los derechos adquiridos por un poseedor con boleto de compraventa 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.

El plan de trabajo que seguiremos será analizar las distintas repuestas que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado. Organizaremos bajo distintos títulos las soluciones propuestas, dentro de cada título incluiremos distintos autores y jurisprudencia para mostrar las diferencias de matiz entre

¹ Palmieri, Jorge, *El poseedor con boleto de compraventa en la tercería de dominio*, ED,135,307.

soluciones que siguen una misma línea y para incorporar la mayor parte de las razones en las que se apoyan las posiciones ordenadas. Luego para terminar elaboraremos la respuesta que nos parece más conveniente.

II) Las posiciones que consagran la prevalencia de la publicidad registral.

1) Panorama doctrinario.

Julio Cesar Rivera afirma que no existe ninguna suerte de dominio imperfecto en cabeza del adquirente por boleto de compraventa, el dominio no se extingue sino en las condiciones del art. 2609 que literalmente dice : "Se pierde igualmente el dominio por enajenación de la cosa, cuando otro adquiere el dominio de ella por la tradición en las cosas muebles, y en los inmuebles después de firmado el instrumento público de enajenación, seguido de la tradición." De modo que antes de la escritura pública el dueño sigue siendo el enajenante, y es obvio que no pueden coexistir dos dominios sobre la cosa (art. 2508) ni aún cuando uno de ellos fuera imperfecto, pues en la hipótesis final del art. 2661 coexisten nuda propiedad y usufructo u otros derechos de esa especie, con lo que en realidad el Código alude a un caso de dominio desmembrado.² El titular del boleto de compraventa tiene un crédito a la transmisión del dominio del inmueble que se satisface mediante el otorgamiento de la escritura pública, para hacer valer ese crédito frente a otros, la vía procesal adecuada es la tercería de mejor derecho, pero si se la llama de dominio, el tribunal puede *iura novit curia*, tratarla como de mejor derecho. Para el acreedor embargante no rige el "deber" de consultar el estado de la posesión del inmueble. La publicidad causada por la posesión, no parece suficiente para excluir la buena fe del acreedor embargante. Y en cuanto a que sea disvalioso tutelar a estos acreedores por encima del poseedor es una afirmación por lo menos cuestionable. En orden, a la seguridad jurídica, parece mucho más razonable proteger a quienes se someten a la realidad registral que a la siempre voluble realidad posesoria. Mucho más cuando hoy en día en la mayor parte de las provincias argentinas y naturalmente en la Capital Federal es muy sencillo obtener la escrituración y registración de un inmueble en cuestión en pocos días.³

Adan Ferrer manifiesta que el adquirente por boleto no puede ser desposeído arbitrariamente (2469 y 2490 CC.), ni siquiera por orden judicial, por lo que no es procedente la orden de secuestro del bien embargado, cuando éste se encuentra en poder de un tercero ajeno a la relación procesal. El ejecutante notificado de que el inmueble está poseído por un tercero (el titular del boleto de compraventa), podrá

² Alterini, *Código Civil anotado*, t-IV-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1981,p.472.

³ Rivera, *Julio en Conflicto entre acreedor embargante y poseedor con boleto de compraventa*, ED,159, p.246

promover la vía incidental necesaria para lograr que el bien sea puesto a disposición del tribunal a los fines de la subasta, en atención a la falta de derecho de ese tercero para retener el bien de que se trate. El comprador en el remate, podrá promover la misma incidencia, para posibilitar la toma de posesión del bien subastado, o promover la acción petitoria pertinente, como sucesor del anterior propietario. El propio poseedor del bien embargado, puede insinuarse en el proceso ejecutorio reclamando el respeto por su posesión, postulada como legítima y oponible tanto al embargante cuanto al adjudicatario en subasta. En cualquiera de estos casos se requiere un pronunciamiento judicial que reconozca o niegue el derecho a poseer del adquirente por boleto de compraventa, frente a la pretensión opuesta del embargante o adjudicatario ; y a estos fines resultan inaplicables las normas que hacen a la protección posesoria, porque la cuestión debe resolverse en función del derecho a ejercer esa posesión.

Cuando se celebra un contrato de compraventa por instrumento privado, la falta de eficacia con que sanciona el art. 1185 CC. su deficiente instrumentación y el art. 2505 que imponen la registración como condicionante de sus efectos , determinan la inoponibilidad frente a terceros del contrato celebrado, aun frente a un sucesor singular del propietario . El adquirente por boleto tiene un contrato cuyo objeto es la transferencia del dominio (art. 1323 CC.), que resulta inoponible a los terceros mientras no sea registrado en forma y debidamente instrumentado (art. 2505 CC.) . Por eso la preferencia que los art. 592 y 594 CC. acuerdan al acreedor a quien se ha hecho tradición de la cosa debida, presupone un conflicto entre acreedores munidos de igual título ; si el título del poseedor es inoponible a terceros, su preferencia cederá frente al embargante o adquirente que exhiba un título eficaz *erga omnes*, esto es registrado. Limitar de esta manera los alcances del art. 3270 CC. , es el modo de compatibilizar esta norma con el sistema registral, buscando en la armonización de disposiciones aparentemente contradictorias, una voluntad unívoca para el ordenamiento jurídico.

Luego Ferrer continúa transitado por otro camino interpretativo, el cual dice, es complementario del camino que ya ha trazado. El gravamen constituido sobre la cosa vendida, tornan imposible el cumplimiento de la obligación asumida en favor del comprador, lo que causa, mediando culpa del vendedor, la conversión de su obligación, en la de pagar daños e intereses (art. 889 CC.) La tradición hecha al titular del boleto de compraventa, constituye el cumplimiento parcial de la obligación de transferir el dominio del bien objeto del contrato (art. 1323 CC no se vacila en aplicar a los boletos privados, el sistema legal que el CC. impone a los contratos de compraventa, aún cuando se lo califique como un antecrédito,⁴ que debe completarse mediante el otorgamiento de la escritura, y la anotación de la transferencia en el registro. Extinguida o transformada la obligación de transmitir el dominio, por imposibilidad de su cumplimiento, la posesión ejercida por el comprador queda sin legitimación, desde que el derecho a recibir el dominio, que le servía de sustento, se ha transformado en un crédito

⁴ vgr. Savat, *Derecho Civil Argentino - obligaciones*, t.1,p.353, N° 536.

indemnizatorio a cargo del vendedor. Si la causa de la posesión fue la compraventa, y la tradición constituyó el cumplimiento parcial de la obligación de transferir la propiedad, la transformación de esa obligación en un derecho resarcitorio, priva a la posesión del adquirente por boleto del sustento que la legitimaba (su derecho a adquirir el dominio ha dejado de ser tal). La obligación asumida por el vendedor en el contrato de compraventa es la "transferir la propiedad de una cosa" (art. 1323), obligación ésta que se integra con la instrumentación adecuada del contrato, la tradición y la registración. La multiplicidad de conductas que conforman la prestación debida, posibilitan su fraccionamiento en el tiempo, y de hecho así ocurre habitualmente ; por cuanto suelen mediar lapsos más o menos prolongados entre uno y otro de los actos de cumplimiento del contrato, pero pese a ello sigue tratándose de una prestación única, necesariamente indivisible: transmitir el dominio al comprador. Resultando imposible el cumplimiento de esa obligación, por estar impedida la registración del dominio a nombre del adquirente, la posesión entregada con anterioridad no puede mantenerse, sin desnaturalizar el sentido y alcances con que la tradición fue efectuada, como prestación anticipada para transferir el dominio (art. 2602 CC.). La conversión de la obligación por imposibilidad de su cumplimiento (889 CC. *in fine*) se opera *ipso iure*, sin dependencia de la voluntad del comprador ; al menos en cuanto se refiere a los terceros del bien de que se trate. Si quien pretende recuperar la posesión es el vendedor, con base en su propio incumplimiento, la pretensión será desestimada, por aquello de que nadie puede alegar su propia torpeza y por aplicación del art. 1201 CC., desde que el vendedor es deudor de la obligación debida al comprador ; pero el embargante o el tercero adquirente del bien, para quienes el contrato es inoponible, tienen derecho a reclamar el cese de una posesión que vulnera sus intereses y se funda en un derecho personal de ejercicio imposible. Queda al comprador desposeído el crédito resarcitorio en contra de su vendedor, que es el desenlace obligado de la imposibilidad de transferir el dominio⁵.

Gustavo Bono sostiene⁶ que siendo un derecho personal el del adquirente por boleto, ante el conflicto frente a un acreedor embargante no corresponde la vía procesal de la tercería de dominio, sino la de mejor derecho y que la jurisprudencia se va consolidando con relación a este punto. En caso de intentarse una tercería de dominio, no corresponde al juzgador bajo pretexto de aplicación del principio *iura novit curia* , considerarla tercería de mejor derecho, pues el objeto en uno y otro caso es diferente⁷, y de hacerlo así se vulneraría el derecho de defensa del art. 18 de la Constitución Nacional.

⁵ Ferrer, Adan, *Embargante versus adquirente por boleto : un conflicto cotidiano*, LLC, 1989, p.481.

⁶ Bono, Gustavo, *El adquirente por boleto de compraventa y los acreedores del vendedor*, LL, 2 de noviembre de 1995.

⁷ Barilari, Alejandro, *Adquirente por boleto de compraventa : Tercería de dominio o de mejor derecho*, El Foro de Córdoba, N°XII, p.103. El juez por aplicación del principio *iura novit curia* puede suplir los errores materiales en que han incurrido los litigante al citar los dispositivos legales, pero no puede alterar los hechos invocados por las partes. El juez puede y debe corregir los errores en que la parte ha incurrido al calificar la acción , pero no está

En el tema que estudiamos, continúa expresando Bono, el conflicto entre el adquirente por boleto y el acreedor embargante requiere la aplicación de una plataforma normativa compleja (el articulado el Código Civil y la ley 17.801) y que por la trabazón que presenta el caso se impone como rector el método de interpretación sistemático. Si bien hay publicidad posesoria del derecho del adquirente, y no obstante la vigencia del art. 577 CC., debe recordarse que para el caso de inmuebles la ley ha previsto todo un sistema de publicidad registral que deja a un lado el anuncio posesorio frente a terceros. Es decir frente a terceros el art. 2505 CC. y art. 2 ley 17.801 son categóricos al respecto. El sentido de implementación del sistema registral ha sido la protección de la seguridad en sus dos aspectos dinámico y estático y no debe soslayarse. El adquirente mediante boleto de compraventa continúa, invoca un derecho personal, pero generalmente nacido con anterioridad al asiento registral del embargo, lo que genera el siguiente razonamiento. Teniendo fecha cierta el boleto (1034 y 1035) es preferente el derecho personal a que se escriture a su favor, frente al derecho del acreedor embargante. El tipo de prestación de cada derecho no es relevante, toda vez que la preferencia no se da a raíz de la naturaleza de la conducta debida por el deudor (este supuesto no sería un caso de privilegios) sino de la prioridad temporal de un crédito sobre otro.⁸ Este razonamiento pierde de vista el contexto normativo, pues la prioridad temporal no se generará por la simple firma del boleto y su timbrado, porque el acreedor una vez obtenida las constancias registrales, medio que la ley ha establecido para determinar la situación jurídica de los inmuebles, solicita la inscripción de su medida cautelar, ¿cómo se va a dar prioridad al adquirente por el sólo hecho de tener un boleto sellado ? El acreedor ha seguido los pasos que la ley le impone para la traba de una cautelar, no se le puede exigir al acreedor que constate el estado del bien, si el bien queda lejos, no puede exigírsele la pesada carga de viajar, porque el deudor sigue siendo propietario de bien, no sólo por la inoponibilidad de una situación extraregistral , sino también porque

autorizado a variar el objeto de la acción, no puede suplir la acción que no dedujo la parte, pues ello significa violar el derecho de defensa en juicio. El juez no puede considerar por aplicación de este principio una tercería de dominio como una de mejor derecho, porque tienen objetos disímiles. La de dominio pretende el levantamiento del embargo y la de derecho pretende una declaración de preferencia de un crédito con respecto a otro. Al permitirse esa modificación el derecho de defensa se ve menoscabado porque los accionados debieron basar su defensa en que el tercerista era poseedor y como tal no adquirió el dominio, sin embargo mientras mas pruebe su posesión estará sellando su suerte porque luego se le dirá que se defendió de la tercería de mejor derecho no de la de dominio. En el caso comentado el tribunal resolvió en definitiva como una tercería de dominio , ya que sólo dispuso el levantamiento del embargo. En el caso debió interponerse la tercería de mejor derecho y probar su mejor derecho a escriturar, y el juez debió en caso de su triunfo resolver que correspondía escriturar.

⁸ Las preferencias son el género y los privilegios solamente la especie. Los derechos reales de garantía confieren al acreedor una preferencia, que no es técnicamente un privilegio, ni depende de la naturaleza del crédito afianzado, sino de la voluntad de las partes y del tiempo de su constitución. Las preferencias de tipo personal no se agotan en los derechos reales de garantía hay acreedores munidos de un derecho personal, como los mencionados en los art. 593 y 596 CC., en materia de entregar cosas para transmitir y constituir derechos reales que gozan de prioridad sin haber transmitido el dominio de una cosa. Los créditos privilegiados gozan de una protección legal que es independiente del momento en que el crédito nace, y atiende a otras causa que el legislador ha contemplado para favorecerlos permitiéndoles cobrar aún antes que otros créditos que ya existían cuando se originó la obligación privilegiada vgr. créditos de alimentos, gastos funerarios) Moisset de Espanés Luis, *Reflexiones sobre las tercerías de mejor derecho*, JA., 1986-II ,p. 161.

ente el deudor y el poseedor por boleto tampoco ha habido transferencia del derecho real de dominio. Lo dicho es para el caso de que el adquirente y el acreedor sean de buena fe. Si el adquirente demuestra la mala fe del acreedor embargante, es decir el conocimiento de la operación de venta es aplicable por analogía el art. 594 CC. y 20 ley 17.801. Si a través de una interpretación forzada de la ley damos al adquirente por boleto con posesión los mismo efectos que a la escritura pública registrada ponemos en jaque todo el sistema dominial. Si el boleto fuera inscribible en el registro, hecho posible de acuerdo a lo previsto por la última parte del art. 3 de la ley 17.801, y que algunas provincias han normado, nadie dudaría en la solución que estamos esbozando, el documento que ingresara primero al registro tendría la prioridad correspondiente (art. 19 ley 17.801). Se pronuncia de *lege ferenda* por la facultad (no la obligación) de registración del boleto (con un plazo de caducidad no muy dilatado), lo que permitiría al adquirente protegerse de la situación que estudiamos. Estando seriamente comprometida la seguridad jurídica, no puede fundarse sólo en la equidad la resolución del conflicto entre acreedor y adquirente, pues para el derecho el valor supremo no es la equidad sino la justicia en sentido general y objetivo. Entablada la tercería de mejor derecho, fracasará salvo que el adquirente pruebe acabadamente que el acreedor conocía el compromiso de venta del deudor.

III) Las soluciones mediante la aplicación del artículo 1185 bis del código civil..

La aplicación expansiva del art. 1185 bis CC. no es nueva y se remonta, aunque pocas veces se menciona, a la opinión de Alberto Spota⁹ que escribió lo siguiente." ...ese adquirente de buena fe tiene posesión legítima, con título suficiente para ser amparado aun frente a la falencia del enajenante y ante cualquier titular del derecho real posterior al acto de adquisición mediante el contrato preliminar, no pudiéndose hacer valer privilegio o derecho de retención también de fecha posterior". "En todo esto entendemos que el boleto no requiere fecha cierta : no se alcanzaría, en caso contrario, a comprender la oponibilidad a la falencia, medie o no fecha cierta."

2) Panorama Jurisprudencial.

En la jurisprudencia encontramos soluciones que aplican el artículo 1185 bis. del Código Civil. A continuación haremos una reseña de los fallos.

La Suprema Corte de Buenos Aires resolvió como lo venía haciendo en anteriores pronunciamientos, en el caso Club Personal Banco Río Negro y Neuquén¹⁰, tercería en Gaucci v. Graetz con fecha 2-9-93, que es aplicable el artículo 1185 bis del Código Civil para resolver el conflicto entre

⁹ Spota, Alberto, *Sobre las reformas al Código Civil*, Bs. As., p.75

¹⁰ JA 1994-IV, p. 181

el acreedor embargante del vendedor y el adquirente por boleto de compraventa .El artículo 1185 bis fue incorporado por la ley 17.711 al código Civil y luego fue modificado su texto por la ley 19.940 que suprime las palabras "a título oneroso" debido a las fundadas críticas efectuadas por la doctrina, ya que no puede existir un boleto de compraventa de inmuebles otorgado a título gratuito su texto dispone : " Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa del dominio." En los fundamentos del fallo se expresó que "si bien el artículo 1185 bis se refiere al caso del concurso o quiebra del vendedor autorizando a oponer el boleto al conjunto de acreedores que conforman la masa, no se advierte razón alguna que impida que lo mismo pueda ocurrir frente al acreedor embargante en un proceso ejecutivo. Las mismas razones tuitivas y éticas que llevaron a la incorporación de este precepto deben observarse y atenderse para extender su aplicación al presente caso (doct. art. 16 C.C.), pues la misma naturaleza de la cuestión impone esta conclusión y no es razón suficiente para excluir de la tutela la circunstancia de que la norma no se haya referido explícitamente al caso que se da en autos desde que éste debe entenderse implícitamente incorporado en la télesis del precepto. El amparo que confiere el art. 1185 bis resulta oponible al acreedor embargante en tanto queden acreditados los extremos de la norma y el crédito del comprador sea anterior al del embargante. Del fallo surge que los requisitos exigidos para la aplicación del art. 1185 bis son pago del veinticinco por ciento del precio y buena fe del adquirente, además se pide que el instrumento tenga fecha cierta.. La misma Corte en autos Fhur, Alfonso, tercería de mejor derecho en Camaño v. Garralda¹¹, entendió aplicable a las ejecuciones individuales el art. 1185 bis CC., pero que de ninguna manera puede alcanzarles la limitación del art. 150 LC, por cuanto dicha norma se refiere exclusivamente a las ejecuciones colectivas, razón por la cual fue legislada en la ley de concursos. Agrega la Corte que el boleto de compraventa no es de aquellos cuya inscripción exige la ley 17.801, el mismo sólo da nacimiento a un crédito a favor del adquirente, una obligación de hacer : la escrituración . Y si bien es cierto que la publicidad registral hace a la seguridad jurídica de quien adquiere, también es cierto que no existe norma legal que establezca su registración. El fallo se adhiere a la opinión doctrinaria de que el artículo 1185 bis CC. " rige para todos los actos a título oneroso sobre inmuebles que son regidos por las reglas de la compraventa, por lo que quedan comprendidos la permuta, la cesión de créditos, la dación en pago y el aporte a sociedades.¹²

La Sala II de la Cámara de Apelaciones de Mercedes en Autos Campana y otros c. Barbieri y otros, con fecha febrero 1985,¹³ afirmó que es evidente, que el art. 1185 bis aunque no lo dice expresamente,

¹¹ JA 1994-III, P. 245.

¹² El Tribunal cita a Roitman , Gatti y Alterini, fallo citado en *Boleto de compraventa* de Rivera, Julio, LL 1985-C-44.

¹³ ED, 114, p.212.

crea una especie de privilegio a favor del comprador de buena fe, que haya celebrado el boleto de compraventa y pagado el 25 % del precio. Se pronuncia por la aplicación del art.1185 bis en concordancia con lo dictado por el art. 150 de la ley concursal. Ciertamente es que el primer rasgo legal de nuestro sistema legal es que los privilegios emanan de la ley, continua el fallo, y no pueden ser creados por voluntad de las partes (art. 3876 CC), si se considera que el titular de un boleto de compraventa posee un privilegio oponible a la quiebra del vendedor, es posible inferir que tal situación se mantiene frente al deudor *in bonis* pues el privilegio constituye una cualidad del modo de ser de ciertos créditos que les atribuye determinada prelación de cobro. En este caso se consideró acreditado el requisito de la fecha cierta.

La Suprema Corte de Mendoza en el fallo plenario Ongaro de Minni y otros¹⁴, en diciembre de 1991, se pronunció sobre el tema que estamos estudiando. Aída Kemelmajer de Carlucci en un extenso voto manifestó lo siguiente :

***Embargo anterior a la enajenación mediante boleto de compraventa :** "Si el embargo fue trabado antes de la enajenación mediante boleto de compraventa, el boleto y la enajenación consecuentemente son inoponibles al embargante". La solución se funda en las siguientes razones : a) "Aunque se admita la subsistencia de la publicidad posesoria, los supuestos de colisión entre ésta y la publicidad registral deben resolverse con el principio básico de los derechos reales : *prior in tempore, potior in iure*". b) "Nadie puede transmitir un derecho más extenso que el que tenía (art. 3270) salvo disposición legal que así lo establezca. Si la cosa se transmitió cuando el embargo ya estaba anotado, el adquirente que conoció o pudo conocerla existencia de la traba no puede pretender ser titular sin gravamen alguno". c) "El mínimo de diligencia que es dable esperar en el accionar del contratante que pretende invocar a su favor la buena fe impone la consulta de los registros inmobiliarios como paso previo a la formalización de cualquier operación."

***Boleto inscripto en el registro o cautelar trabada en juicio de escrituración con anterioridad a la traba del embargo :** Si el boleto ha tenido acceso registral o se ha inscripto una mediada cautelar cuando el adquirente por boleto ha iniciado juicio de escrituración, el embargante posterior no puede pretender mejor derecho que el adquirente pues lo cierto es que su prioridad surge de un registro que, al mismo tiempo, le está publicitando la nueva situación jurídica que tiene el inmueble. Un adquirente de buena fe mediante boleto inscripto, tendrá mejor derecho que un embargante posterior, por aplicación del principio *prior in tempore potior in iure*.

***Conflicto entre el adquirente de un inmueble con destino a vivienda personal y el embargante.** La regla general del art.1185 bis fue limitada en sus alcances por el art. 150 de la ley 19.551, al supuesto en que el inmueble tiene destino a vivienda. La ruptura de la regla del *ius parit* y la

restricción de los términos del art. 1185 bis CC. a los del art. 150 LC tiene base constitucional desde que el art. 14 bis CN asegura a los habitantes el derecho a una vivienda digna, y por ende, cuando la ley exige destino a vivienda, está ciñéndose a la vivienda personal del adquirente. En este conflicto triunfa el adquirente por boleto, si el adquirente por boleto con destino a vivienda puede oponer su derecho en la quiebra, a *fortiori* está facultado a hacerlo en la ejecución individual.

La solución contraria es absolutamente disvaliosa, llevando a un verdadero despropósito, pues obliga al adquirente a petionar la quiebra del vendedor como una alternativa para poder oponer su derecho al resto de los acreedores ; para mayores males, algún tribunal declaró que el acreedor de una obligación de hacer (escriturar), no tiene título para petionar la apertura del concurso civil del vendedor. La interpretación histórica de los art. 1185 bis y 150 de la LC lleva al mismo resultado, todos los plenarios dictados en la materia han tenido como preocupación última la escasez de vivienda.

La oponibilidad del adquirente de vivienda personal al embargante requiere una serie de recaudos:

a) El boleto de compraventa debe tener fecha cierta, en principio, se debe admitir que la enumeración del art. 1035 CC no "constituye una lista cerrada y limitada que impida el reconocimiento judicial de otros casos en que la certidumbre fáctica se impone fuertemente a la conciencia de los jueces y el negarlo importaría hacer prevalecer el formalismo hueco, violatorio de la justicia frente a la verdad real."¹⁵ Esta certidumbre fáctica muchas veces se alcanza a través de la posesión pública y pacífica. b) El boleto no requiere publicidad, ni inscriptoria ni posesoria : La oponibilidad surge de la protección especial que el ordenamiento jurídico, comenzando por la Constitución Nacional, da a la vivienda. La innecesariedad de la inscripción rige, incluso, en los inmuebles con destino a vivienda en construcción regidos por la Ley 19.724 (prehorizontalidad), ha dicho la sala I de la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca., en octubre de 1983, en autos Gatti, Julio y otro c. Monte Paco, S.A.¹⁶ : " Es inadmisibles la interpretación del art. 12 de la ley 19. 724 que considera a la falencia del vendedor como a un tercero a quien el boleto no inscripto es inoponible, porque ello implicaría aniquilar la garantía brindada al comprador para quien la inscripción no es obligatoria, de manera que resultaría que el incumplimiento de un acto puramente facultativo, tendría por efecto la pérdida de su derecho." Estos principios son aplicables a la ejecución individual: el adquirente con boleto con destino a vivienda personal, aun en el régimen de prehorizontalidad puede oponer su derecho al embargante. Las protecciones se suman y no se restan. Sería absolutamente contradictorio que el adquirente de un régimen específicamente pensado en protección de los compradores se encontrara en peor situación que el regido por los principios generales. c) Quien invoca en su favor los derechos emergentes del boleto debe haber adquirido del titular registral o estar en condiciones de subrogarse en los derechos de la persona a quién el titular registral transmitió, debe acreditarse un perfecto eslabonamiento entre adquirentes sucesivos. d) Este

¹⁴ ED, 147, p. 437.

¹⁵ La doctora cita el voto del doctor Pliner, transcripto por Palmieri, Jorge, ED, 135-309

adquirente debe probar haber pagado el 25% del precio antes de la traba del embargo. e) El adquirente debe ostentar buena fe, la buena fe se refiere "a la conducta del adquirente en la concertación del negocio jurídico y consiste en haberlo celebrado sin connivencia con el promitente."¹⁷ f) El cumplimiento del recaudo de destino a vivienda no se altera por una ausencia meramente temporaria y debidamente justificada.

***El poseedor mediando boleto de compraventa de un inmueble no destinado a vivienda :** Es improcedente la tercería de dominio, fundada como su nombre lo indica en el derecho real de propiedad inexistente en el caso. Si el boleto mismo no es un título de dominio porque este derecho real sólo le será transmitido al comprador mediante la escritura respectiva y su consiguiente inscripción en el registro, el adquirente por boleto no puede invocar calidad de propietario ni pretender oponer su derecho por la vía de la tercería de dominio.

En el plenario se enfrenta un derecho que se ejerce con la posesión con otro que no requiere de ella y a cuyo titular no cabe, en principio, imponer el control directo sobre la cosa, cual es el embargante. La doctora Kemelmajer de Carlucci dice que después de muchas vacilaciones, opina que la prioridad corresponde al embargante de buena fe, sobre el poseedor por boleto de un inmueble no destinado a vivienda, y funda su posición en las siguientes razones : a) "El art. 2505 no es un texto aislado se completa con todo un sistema registral creado por la ley 17.811. La publicidad registral no fue incorporada a nuestro sistema por un capricho del legislador, por el contrario, ya estaba en los ordenamientos públicos provinciales y consecuentemente en los usos del pueblo." b) "La publicidad registral tiende a la seguridad dinámica del tráfico ;protege la apariencia jurídica que ofrecen los medios publicitarios que el propio Estado organiza, por eso este responde cuando el servicio funciona mal. La protección de esa apariencia como dijo el despacho mayoritario de la comisión 8 de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985), constituye un principio de derecho, que se extrae de una visión integradora del ordenamiento jurídico y deriva de la finalidad de cubrir las necesidades del tráfico, la seguridad dinámica y la buena fe. c) Esta publicidad, salvo una norma constitucional que permita otra interpretación (como el supuesto del valor superior que asienta en la protección de la vivienda personal) o mala fe o torpeza o negligencia de quien pretende prevalecerse de ella, debe otorgar prioridades, pues de lo contrario sería un mecanismo inútil." d) "El embargante se prevalece de las constancias registrales ; no hay porqué obligarle a verificar el estado del inmueble sino que le basta con la publicidad del registrador prestada por los medios previstos legalmente. (art. 22, ley 17.801)" e) No se trata de oponer seguridad jurídica a equidad. Perelman, gran defensor de la equidad y de los métodos dialécticos en la aplicación del derecho dice : ' El Derecho tal como nosotros lo concebimos, no puede descuidar la seguridad jurídica y debe, por esta razón, evitar la subjetividad y el arbitrio pues

¹⁶ ED,106-337.

¹⁷ La doctora cita a Alterini- Gatti .

el juez deriva su autoridad del Estado, que le confiere competencia y poder; no es posible equipar, pura y simplemente, lo que es justo conforme a Derecho, y lo que parece justo a un individuo. Por lo demás, tampoco puede dejar de meritarse que el embargante no siempre es un prestamista; por el contrario a veces se trata de un trabajador, de un acreedor de una prestación alimentaria, de un vendedor que se desprendió del único bien que tenía, del damnificado por un hecho ilícito, etc. La solución propuesta no significa que el poseedor por boleto carezca de todo derecho frente al embargante. La subasta recae sobre un inmueble poseído por un tercero, quien tiene a su favor todos los derechos emergentes de la posesión, entre ellos el de retención por las mejoras, podría también, por vía del art. 1196 del CC, como un verdadero procurador *in rem suam*, ofrecer al acreedor embargante otros bienes del deudor común, pagar y compensar el saldo del precio, recuperar los gastos efectuados para producir los frutos, procurarse el reintegrar de lo invertido en gastos necesarios o útiles etc.

La Suprema Corte de Mendoza se vuelve a pronunciar sobre el tema nuevamente en otro fallo plenario, en el caso Coviram Ltada, con fecha 30 de mayo de 1996.¹⁸ La doctora Kemelmajer de Carlucci en su voto expresó que el criterio del destino del inmueble legislativamente ha tenido un giro de ciento ochenta grados, la nueva Ley de Concursos 24.522 en el art. 146 segundo párrafo admite la oponibilidad del boleto a la quiebra cualquiera sea el destino del inmueble. El nuevo texto dice: "Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, será oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera abonado el 25% del precio. El juez deberá disponer en estos casos, cualquiera sea el destino del inmueble, que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio contra el cumplimiento de la prestación correspondiente al adquirente. El comprador podrá cumplir sus obligaciones en el plazo convenido, deberá constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo del precio". La doctora dijo que cave pronunciarse sobre los efectos que la nueva ley debe tener sobre la interpretación judicialmente fijada durante la vigencia de la ley 19.551 y aclara que en todo aquello que no exponga criterios diversos continúan rigiendo las pautas del plenario anterior. Continúa la jueza expresando :

***Publicidad posesoria o registral:** Ante el silencio legal, la casi unanimidad de los autores sostiene que el boleto es oponible haya o no posesión. Así lo sostuvo el plenario que se está revisando para los inmuebles con destino a vivienda, afirmando que no se requería publicidad posesoria ni inscripción. Con el nuevo texto debe afirmarse que el recaudo de la publicidad posesoria o registral está implícitamente requerido. Ello por las siguientes razones : a) El art. 146 LC, al igual que el artículo 150 del mismo ordenamiento genera una prioridad excluyente y, por lo tanto, la interpretación en favor del comprador debe ser restrictiva. b) El art. 146 forma parte de un sistema normativo y, por lo tanto, no puede ser interpretado aisladamente. En ese sistema normativo, la oponibilidad de los derechos (sean

¹⁸ JA,1997- I, p-83.

personales o reales), exige siempre algún grado de publicidad (por imperfecta que sea), de otro modo, la inseguridad reinaría por doquier y el crédito, motor de la economía capitalista, habría sufrido un golpe mortal. La doctrina más jerarquizada sostiene que los derechos ya no deberían clasificarse en personales y reales, sino en oponibles y no oponibles. La oponibilidad exige publicidad, más o menos perfecta según los casos, pero siempre requiere de algún sistema por el cual ese derecho tenga aptitud para ser conocido, desde que no se puede exigir el respeto de algo que no se tiene posibilidad de conocer: de otro modo, la oponibilidad resultaría una trampa contra la que no hay defensas. c) En nuestro derecho la oponibilidad de los créditos privilegiados no exige registración, sin embargo todos ellos ostentan algún grado de apariencia, algún modo de hacerlos fácticamente visibles, así por ejemplo los gastos hechos para la mejora o conservación son fácilmente verificables por un perito, los impuestos y tasas son obligaciones de origen legal, el retenedor se encuentra en contacto con la cosa, o sea estos créditos no se pueden inventar, ni dibujar eficazmente sin un mínimo de realidad. Del mismo modo el destino a vivienda estaba basado en un dato fáctico verificable: que el tercerista habita en el inmueble. d) La oponibilidad amplia del boleto de compraventa, sin exigir ningún tipo de publicidad (ni posesoria, ni registral configuraría una postura absurda, ilógica, irracional del sistema porque : lejos de favorecer la justicia distributiva (propia de los conflictos entre acreedores), beneficiaría el fraude y la colusión. El adquirente por boleto sin posesión ni acceso registral sólo titulariza una mera obligación de hacer: ¿cual es el sentido lógico por el cual la ley le otorgaría el derecho a separar de modo excluyente un bien del patrimonio del deudor común (quizás el más valioso)? Semejante resultado se justificaba cuando la oponibilidad del boleto estaba restringida al inmueble destinado a vivienda, por la especial protección constitucional del acceso a una vivienda digna, pero no cuando la prioridad excluyente se consagra sin ningún tipo de distinciones. Compárase la diferencia que existiría entre el vendedor a quien no se le pagó el precio, que hizo ingresar en el patrimonio una cosa que servirá de garantía a todos los acreedores y este comprador . El primero cobra a prorrata, el segundo separa el bien en su exclusivo beneficio. ¿Puede pensarse un resultado más contrario a la equidad

IV) La posición que sostiene que el enajenante mediante la tradición transmite el ejercicio del dominio y sólo le queda un título vacuo.

En las Segundas Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Corrientes en 1965, el despacho mayoritario fue informado por el Dr. Dalmiro Alsina Atienza,¹⁹ en tal ocasión el distinguido jurista expresó que la parte vendedora que ha hecho la tradición traslativa de la posesión, sin otorgar todavía la escritura, solo retiene ahora la forma, necesaria para perfeccionar la transmisión dominial al adquirente de la posesión. Pues, la posesión ¿que es sino el contenido útil del dominio ?. "Diríamos que ese

¹⁹ Citado por Morello, Augusto, *El boleto de compraventa inmobiliaria*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981.

vendedor, para aplicar una expresión gráfica, se ha desprendido de su contenido y se ha quedado así con un dominio nudo y vacuo, transfiriendo al comprador el derecho real posesorio del que hablara la Corte de Buenos Aires".

El doctor Emilio Diaz Reyna sostiene que la ejecución de un bien mediante subasta judicial está especialmente previsto como venta forzada por el art. 1324 inc. 4 CC. Su naturaleza es un contrato de venta forzosa, pero siempre compraventa. Es el Ejecutado el que vende, aunque para ello el juez deba suplir su voluntad remisa. Tratándose de un inmueble la transferencia del dominio al adjudicatario - comprador - requiere título que podrá no ser una escritura pública en virtud de la salvedad contenida en el art. 1184 CC. , la tradición y registrar el acta de remate para la oponibilidad de la venta a terceros. Para que la tradición sea tal, el transmitente de la posesión debe tenerla. Si hubiere opositor que el adquirente la tome o el inmueble no estuviere libre de toda otra posesión, no podrá juzgarse hecha la tradición de los inmuebles según el art. 2383 CC. Si habiendo el transmitente previamente desapoderado al ocupante, hace tradición del inmueble al adquirente, su posesión será de buena fe pero no será legítima, a pesar del título suficiente. Y no lo será porque no lo será la del transmitente. Su posesión, producto del ilegítimo desapoderamiento, no será el ejercicio de un derecho real que tiene y debe transmitir mediante la tradición, sino que tendrá por causa la usurpación y no el título de propiedad. Si transmitió la posesión y la recuperó ilícitamente, habrá una nueva posesión y una causa nueva que no será la del título originario, el caso está expresamente previsto en el primer párrafo del art.2355 CC., la posesión es ilegítima cuando fuere adquirida mediante modo insuficiente. Cuando el tribunal en Córdoba, pone en posesión al adjudicatario de los bienes rematados, está reemplazando al deudor ejecutado, como ya lo hizo vender, en la obligación asumida de hacerle tradición de lo vendido y con ello, transmitirle el dominio. El tribunal al realizar la tradición tiene que llenar los mismos requisitos que habría debido cumplir el ejecutado. No podrá si éste no tiene la posesión de la cosa, entregarla en tradición válida para transmitir la propiedad al adjudicatario - comprador. Si para hacerlo previamente desapodera al ejecutante, salvo que fuere el propio ejecutado, así como el vendedor común cometería un despojo también lo cometerá el tribunal. En el caso en estudio se planteará la situación, que el adjudicatario tendrá título y el adquirente por boleto la posesión. La doctrina ha considerado que el adjudicatario puede reivindicar, no como propietario, porque no tiene el modo sino como cesionario de todas las acciones que correspondían al vendedor - cedente referidas a las cosa vendida. La acción reivindicatoria requiere demostrar conforme al art. 2758 CC. , el dominio del actor o del cedente, la pérdida de la posesión y la posesión del demandado. El poseedor a quien se le hizo tradición en cumplimiento de la obligación asumida en el boleto, se podrá oponer a esa acción mediante el boleto mismo y demostrará que el enajenante no perdió la posesión sino que la transmitió y la acción deberá fracasar. El derecho de propiedad que conserva el vendedor carece de todo valor patrimonial o

económico que pueda transmitirse venalmente. El crédito por el precio ha sido extinguido, la posesión ha sido transmitida y no puede recuperarse. Nada queda como bien positivo, sólo queda la obligación de escriturar. ¿ De que le serviría al acreedor ejecutar ese bien ? ¿Qué adquiriría el adjudicatario ? Por imperio de los art. 3266 y 3270 del Código Civil sólo adquiriría una obligación de escriturar. Conforme al Código Civil y Procesal de Córdoba, en el juicio ejecutivo sólo caben como tercerías la de dominio y la de mejor derecho. La intervención del adquirente por boleto como tercerista no tiene lugar . No tiene una tercería de dominio porque no es propietario de la cosa a subastarse, porque no se ha escriturado la venta, tampoco es tercerista de mejor derecho, porque no pretende una colocación dentro del valor de la cosa, dentro del precio del bien subastado. Por lo tanto es un extraño a la litis planteada, lo resuelto en ella no puede hacer cosa juzgada en su contra, sólo podrá ser parte si voluntariamente pide serlo y no debe pedirlo, si no es parte u no debe serlo, no podrá ser privado de sus derechos ni de la posesión del inmueble en virtud de una resolución dictada en juicio ajeno, que será *res inter alios iudicata* para él. Ante la presentación del adquirente por boleto el tribunal no le podrá dar trámite incidental, la ineficacia del boleto sólo podrá devenir de una declaración judicial dictada en un proceso que garantice amplitud de la defensa del adquirente , no por mero incidente en otro juicio al que sea traído como tercero. ²⁰

Situación del adquirente por boleto : 1) Si el boleto fue registrado con anterioridad al embargo o hipoteca, corresponderá analizar la situación conforme a las disposiciones respectivas: a) En el caso de la ley 14.005, el acreedor sólo tendrá derecho al saldo del precio pendiente (art. 6 inc 2). b) En el de la ley 19 724, el adquirente lamentablemente, sólo tendrá los derecho que le asigna los art. 23 y 24, según el caso. c) Si lo es por otras leyes locales (hay provincias que han regulado la registración de los boletos conforme a lo dispuesto en el art. 3 ley 17.801) - o nacionales futuras - tendrá la prioridad que le otorga el art.19 de la ley 17.801 o el derecho de la ley de que se trate. 2) Si el boleto no fue registrado pero podía registrarse sin colaboración del vendedor - no ocurre así en las leyes 14.005 y 19.724- solo podrá oponer el boleto al ejecutante demostrando la mala fe de éste. 3) Si el boleto no era registrable pero tiene fecha cierta o se ha hecho tradición al adquirente, siendo una u otra anterior al embargo, será oponible al

²⁰ Con respecto a que no procedería la tercería de dominio ni la de mejor derecho nos dice Moisset de Espanés , que esta óptica deja sin consideración adecuada las hipótesis en que es necesario defender créditos que no son dinerarios y que gozan de una preferencia , en el caso estudiado el acreedor no peticiona que se le entregue una suma de dinero sino la cosa misma y el remate del bien traería como consecuencia que se frustrase su mejor derecho si realmente lo tuviese, en estos casos debe prosperar la tercería de mejor derecho a que se le entregue la cosa, no una suma de dinero. (Moisset de Espanés Luis, *Reflexiones sobre las tercerías de mejor derecho*, JA., 1986-II,p. 161.)

Díaz Reyna sostiene que no sería admisible el trámite incidental en el proceso ejecutorio, sino sólo la promoción por el interesado de un juicio autónomo, en nuestro régimen procesal en Córdoba, en el que los incidentes tienen una sustanciación con amplias posibilidades de alegación y prueba, no parece razonable excluir la vía incidental, en especial tratándose de una cuestión que hace a la "executio" es decir a la posibilidad del juez de ejecutar las resoluciones (en el caso la subasta del bien embargado). (Ferrer, Adan, *Embargante versus adquirente por boleto: un conflicto cotidiano*, LLC, 1989, nota 4.)

ejecutante, quien generalmente no podrá invocar buena fe para desconocerlo o habrá sido estafado por el vendedor, que ya había enajenado prácticamente el inmueble.²¹

V) La opinión que sustenta que el adquirente por boleto de compraventa adquiere un derecho real de posesión.

Marta Fazio de Bello cuando se expide sobre la oponibilidad del boleto a los acreedores privilegiados y quirografarios dice que debemos diferenciar si el adquirente por boleto tiene o no posesión. Si no la tiene los acreedores del titular del dominio tendrían prioridad, por cuanto no hay motivo para sospechar que el inmueble ha sido vendido. Si el adquirente por boleto tiene posesión, será titular de un derecho real de posesión (que surge del último párrafo del art. 2355 CC." Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa.", no se encuentra reglamentado, ni requiere inscripción, sigue el sistema de Vélez Sársfield de publicidad posesoria.), que prevalecerá sobre los acreedores del vendedor, salvo que éstos hubieran trabado un embargo con anterioridad a la posesión. Con respecto a los acreedores del adquirente por boleto opina que pueden embargar el inmueble como medida precautoria y que así lo han dispuesto algunos fallos.²²

VI) La solución basada en la publicidad posesoria.

1) Doctrina

Edmundo Gatti y Jorge Alterini afirman que es de peculiar importancia para dilucidar la oponibilidad del boleto a los acreedores privilegiados y quirografarios, analizar si aquel fue acompañado o no del desplazamiento de la posesión. Cuando la posesión es anterior al nacimiento de los créditos privilegiados o quirografarios contra el vendedor, la prioridad corresponde al poseedor. La primacía del adquirente por boleto que fue puesto en posesión del inmueble con posterioridad a los créditos mencionados, se justifica ante la carencia de publicidad de éstos créditos. El triunfo del poseedor por boleto, porque el dueño del inmueble se desprendió de su posesión y el comprador la adquirió legítimamente con apoyo en un título suficiente a los efectos de la adquisición posesoria, sobre todo, porque el boleto en su condición de promesa de venta provoca una venta forzosa. La solución cambia radicalmente si el acreedor privilegiado o quirografario concreta una medida precautoria

²¹ Díaz Reyna, Emilio, *La subasta judicial de inmuebles y el adquirente por boleto*, en Comercio y Justicia - Jurisprudencia, tomo XXXV, p. 26.

(embargo, inhibición, anotación de litis), que permitirá hacer efectivos esos créditos sobre el inmueble prometido en venta, cuando el propietario no otorgó la posesión al adquirente por boleto, o lo hizo con posterioridad a la traba de las cautelas.²³

El boleto de compraventa es oponible incluso frente a terceros interesados de buena fe, si tiene fecha cierta, el adquirente es de buena fe y tiene alguna de las publicidades suficientes, o la posesoria o la registral. Las falencias de la tradición en su función publicitaria, se desvanecen, si se mira no ya la entrega de la cosa (tradición), sino la relación con la cosa sobreviniente a esa entrega, puesto que la consiguiente relación de hecho es vehículo para exteriorizar el contacto con la cosa e inferir la existencia del derecho real efectivo, y al prolongarse en el tiempo esa exteriorización tiene visos de permanencia. Por eso Alterini expresa que hable de publicidad posesoria, con la intención de señalar que más que por la tradición la publicidad está canalizada por la respectiva relación de hecho, de las cuales la posesión es la más significativa. Si bien la superioridad de la publicidad registral sobre la posesoria es indiscutible desde el punto de vista técnico, desde el punto de vista del hombre común, los estados de hecho tienen una función exteriorizadora que cuestionará el especialista, pero que impresionan sus sentidos de manera más simple y directa que la evolucionada publicidad registral²⁴

2) Jurisprudencia.

La Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, con fecha 17 de mayo de 1994 sostuvo que es criterio sentado por el tribunal que la tercería de mejor derecho es la vía procesal adecuada para que le adquirente por boleto haga valer su derecho con relación al embargante del enajenante. En nuestro sistema legal, la publicidad posesoria conserva toda su trascendencia y la misma existe cuando a través de ella los terceros han conocido o podido conocer la realidad extraregstral y cuando existe colisión entre la publicidad registral y la posesoria debe acordarse preferencia a la precedente en el tiempo. Ni el art. 2505 CC., ni los registros locales prevén la publicidad de derechos personales como lo son los que derivan de un boleto. Cuando se trata de resolver la prioridad entre dos derechos crediticios o personales, el del acreedor embargante y el del adquirente por boleto, adquiere singular relevancia la investidura posesoria, en virtud de lo dispuesto por el art. 2355 CC. El art. 2505 sólo impone la exigencia de registración a los fines de conferir oponibilidad frente a terceros de la adquisición y transmisión de derechos reales sobre inmuebles. En función de lo expresado el caso de autos es resuelto más allá de las discrepancias interpretativas de la última parte del art. 2355, exclusivamente en función de esa norma, se sostiene la prevalencia del adquirente por boleto frente al

²² Fazio de Bello, Marta, *Teoría y técnica del boleto de compraventa*, Abaco, Bs. As 1984.

²³ Gatti, Edmiundo y Alterini, Jorge, *Régimen jurídico del boleto de compraventa*, LL, t.143 sec. doct., p.1168.

²⁴ Alterini, Jorge, *La tutela del adquirente por boleto de compraventa fuera del ámbito específico del artículo 1185 bis del Código Civil*, ED, t. 153, p. 637.

acreedor embargante, pero el juez cuando la única publicidad existente es la posesoria, debe ser particularmente estricto en oportunidad de merituar su configuración, es decir los actos posesorios del adquirente por boleto deben ser concreta y específicamente alegados y probados por el tercerista para poder así hacer prevalecer su derecho sobre el embargante.

El doctor Padilla, en el fallo en autos Rubio c Filippi, con fecha 23 de abril de 1992, de la Sala Civil y Penal de la Corte Suprema de Tucumán²⁵, manifestó que el tercerista calificó su acción como tercería de dominio, la pretensión fue deducida para obtener el levantamiento del embargo, fundándose en un derecho preferente que el actor invocaba a su favor, tal formulación de la pretensión permitió a la contraparte esgrimir las defensas que tenía a su alcance. Por aplicación del aforismo *iura novit curia* debemos tratar a la tercería deducida en autos como una tercería de mejor derecho pues con ello no se está supliendo un error de hecho cometido por el actor, ni modificando los términos en que se ha trabado la litis, ni colocando a alguna de las partes en situación de indefensión, sino que se corrige la calificación jurídica de la acción, lo que es justamente facultad de aplicar el derecho que corresponde al juez. El adquirente por boleto si bien no es dueño, incursiona tanto en los derechos reales como personales, con connotaciones de derecho registral inmobiliario, nos encontramos con una verdadera *rara avis*. No se trata de un simple derecho personal pues la dimensión de su pretensión no se extingue solamente con obtener la escrituración. Este sería el objeto inmediato en tanto que el mediato está en la cosa misma: es el inmueble lo que quiere el comprador por boleto. La escritura parece ser sólo un medio para exhibir titularidad dominial de donde el fin del boleto es el dominio. Está aceptado entonces que no es simplemente un derecho personal el que exhibe el comprador poseedor con boleto. Tampoco parece un derecho real, al menos que imaginemos otro derecho real que no sea el dominio, pues para éste le obsta el defecto del título. No es entonces un derecho real. Más se muestra con vocación desplazatoria del dominus - vendedor pues respecto de él su titularidad inmobiliaria es indiscutible. Tiene un derecho a la cosa que no es real ni tampoco personal: es un *ius ad rem*.²⁶ Si encontramos una titularidad registral,

²⁵ LL. 1994- B, p. 55

²⁶ El doctor Padilla cita a Edmundo Gatti, *Teoría general de los derechos reales*, p. 96 y ss., Abeledo Perrot, Bs. As., 1980. Gatti explica que el concepto aparece claramente formulado en el derecho canónico, el cual al Derecho Civil con la teoría del título y modo, como una manera de procurar protección a quién sólo podía invocar un título suficiente (contrato de compraventa) pero a cuyo respecto no se había cumplido todavía el modo suficiente. Luego en el campo del derecho civil esta figura fue dejada de lado, en algunos países porque se abandona la teoría del título y el modo, adoptando la adquisición del derecho real *solo consensus*, en otros porque se le dió tanta importancia a aquella teoría que se consideró inadmisibles que un derecho personal, pudiese tener eficacia real si no se cumplió con el requisito del modo suficiente. Cierta doctrina, primero en Alemania y luego en España ha pretendido la existencia de un renacimiento a un *ius ad rem* sobre la base de la eficacia real que alcanzarían ciertos derechos personales al tener acceso al registro. En el tránsito del derecho personal al derecho real, cuando aún no se cuenta más que con el título, y se demanda judicialmente para obtener el modo, la anotación de una medida precautoria en el registro inmobiliario, hace que se pueda contar con seguridad casi absoluta que al derecho real se llegará, se ha pretendido así que queda configurada una figura intermedia entre el simple crédito y el derecho real. El gran jurista manifiesta que no se justifica, bajo ningún punto de vista, la admisión de una tercera

la del embargante y la posesión del comprador por boleto, y hallamos previsiones legales que resuelven supuestos aún más graves que el aquí planteado, debemos concluir que el acreedor a quién se le verificó la tradición será preferido respecto al acreedor ulterior que embargara la cosa (art. 594 CC.) El régimen del mencionado texto legal consagra un principio de imperio de la regla moral: el acreedor a quién se le hizo tradición del inmueble sabiendo la preexistencia de una obligación anterior no será protegido en este conflicto por carecer de buena fe. Y para que esta preferencia opere no ha menester que el comprador con tradición tenga escritura pública: su posesión vence a la pretensión del acreedor embargante. Y si esto ocurre con un acreedor a la cosa, tanto más habrá de serlo frente a un acreedor a una suma de dinero mediante el remate de la cosa. En el supuesto de conflicto entre un poseedor con boleto y un acreedor embargante del vendedor, será preferido el primero si la tradición es anterior al embargo por la función publicitaria de aquella y siempre que tenga buena fe, lo que se presume. Ello así pues el titular del boleto exhibe un derecho a la cosa *in natura* en tanto que el embargante ostenta una titularidad creditoria dineraria que no ha sido potenciada ni modificada por la anotación registral desde que el embargo no es un derecho real, no concede poderes sobre la cosa sino que se limita a constituir una simple afectación al pago de un crédito en dinero, salvo que exista un titular con derecho preferente, como le es el poseedor con boleto. La demandada embargante entiende que el boleto ha perdido oponibilidad frente al embargo trabado desde que habría transcurrido el término de un año desde que se registró tal como lo establece el art. 37 de la ley provincial 3690. La oponibilidad lograda por el boleto, es decir por la tradición posesoria, no necesita ni escritura pública ni tampoco, ni tampoco publicidad registral, como lo hemos demostrado más arriba. La inscripción no caducó por imperativo local, ya que las normas provinciales no pueden reformar preceptos nacionales contenidas en una ley complementaria del Código Civil. La caducidad alegada por la demandada se estrella contra la preceptiva nacional del art. 37 ni ese efecto ni tampoco ese término fatal. Obviamente que la referencia a lo que establezcan las leyes especiales debe entenderse enderezada a las leyes de esa condición dictadas pro el Congreso Nacional, pues resultaría impensable que una ley nacional facultara a una provincia a derogar un dispositivo nacional reservado a la nación (art. 67, inc. 11 CN.). Tampoco debe atribuirse ese efecto al art. 43 de la ley 17.801 pues no se trata de reducir plazos, sino de fijar plazos de caducidad, por cierto bastante reducidos.²⁷

categoría de derechos que rompería la clara dicotomía : derechos personales - derechos reales, pero considera que la expresión terminológica *ius ad rem* , es la más técnica para designar al derecho personal cuyo correlato consiste en la obligación de entregar cosas ciertas para transferir el dominio o constituir sobre ellas derechos reales y que esa expresión está virtualmente contenida en el art. 2468CC cuando habla del “derecho a la posesión”.

²⁷ Disentimos con el doctor sobre su aserción de que una ley provincial no podría crear un plazo de caducidad a la inscripción del boleto de compraventa, el art. 2 de la ley 17.801 establece que se inscribirán los documentos que establezcan otras leyes nacionales y provinciales, es decir ha delegado la facultad inscriptoria. Si otorga la ley nacional facultades a las provincias para establecer la inscripción de los boletos, les otorga la atribución de regular los efectos y modalidades de la inscripción. Mal puede regular la caducidad de una inscripción que no ha contemplado.

VII) Crítica a las soluciones expuestas.

En las diferentes opiniones que hemos desarrollado se observa que difieren en la selección de los enunciados de derecho que constituyen la base. El problema consiste en la dificultad para establecer cuales son los artículos que establecen consecuencias para la materia. Porque es diferente la base, en las sistematizaciones consideradas, las consecuencias son distintas²⁸.

A) Las sistematizaciones que consagran la prevalencia de la publicidad registral construyen el sistema con los artículos 2505, 2609, 1185 del CC. y los artículos 2,3, 19 de la ley 17.801. De ellos se desprenden consecuencias basadas en la publicidad registral. Los boletos de compraventa no son oponibles al acreedor embargante porque carecen de publicidad registral. Se justifica esta sistematización en la seguridad jurídica, toma como valores básicos la certeza, la predictibilidad del derecho, sólo puede oponerse al acreedor embargante lo que conste en los asientos registrales, se advierte una ideología estática, el legislador mediante la ley 17.711 y 17.801 tuvo la voluntad que las transmisiones de derechos reales sobre inmuebles para ser oponibles a terceros deben estar inscriptas en los registros inmobiliarios.

Nosotros creemos que no es una sistematización del derecho conveniente. El derecho real de dominio, como afirman los autores y jurisprudencia que se ha reseñado, no se ha transmitido al adquirente por boleto de compraventa, porque para que se transmita este derecho el título debe estar instrumentado en escritura pública (art. 1184, 2609, 2602 CC). El titular del boleto de compraventa tiene un derecho personal a que se le otorgue escritura traslativa de dominio (art. 1185 y 1187 CC.) y la tradición de la cosa que se le ha efectuado será la consecuencia de una obligación natural o una obligación civil que nace del mencionado boleto, según la postura que adopte con respecto a la naturaleza jurídica del boleto de compraventa.²⁹ Si el adquirente por boleto es titular de un derecho

La mezquindad referida por el doctor Padilla con respecto a lo exiguo del término de un año establecido por el art. 37 de la ley 3690, no es tal, desde que la caducidad automática se compadece con la naturaleza de este instrumento - documento del cual surge una obligación de hacer -. Al no haber escritura pública, el boleto de compraventa debe tener un carácter temporario o transitorio, por ende su asiento registral debe seguir también esta suerte. El argumento de la renovación de la inscripción no aparece como un obstáculo, puesto que la propia ley nacional prevé hipótesis de renovaciones de inscripciones a los fines de evitar caducidades, verbigracia hipoteca y medidas cautelares y ello de ninguna manea afectó el andamiaje del ordenamiento jurídico. (Barilare, Boqué, Sánchez Torres, *Terceña de dominio o de mejor derecho*, El Foro de Córdoba, N°XII, p.103.)

²⁸ Alchourron, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Bs.As. 1993, p. 121 y 122.

²⁹ Lopez de Zavalia, Fernando, *Teoría de los contratos*, tomo 2, pag. 285 ss., Gatti y Alterini, *Régimen jurídico del boleto de compraventa*, LL t.143 sec. Doct., Morello Augusto, *El boleto de compraventa inmobiliaria*, Abeledo Perrot, Bs. As.,1881

personal, y no posee título suficiente para producir la transmisión del dominio, no está alcanzado por el art. 2505 CC., ya que el mismo exige la inscripción de los título que produzcan la transmisión de los derechos reales para hacerlos oponibles a terceros. El art. 2 de la ley 17.801 dice que se inscribirán los documentos que "constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles", es decir que el boleto de compraventa no está comprendido entre los instrumentos registrables. No puede estar comprendido en las disposiciones que otorgan prioridad registral un documento que no es inscribible.

En conclusión decimos que no se puede pretender aplicar las normas de la prioridad registral a un documento que está desprotegido por la publicidad registral, que no tiene posibilidades de ser inscripto, siempre triunfaría quien tiene posibilidades de toma de razón de su derecho. Si así se hiciera se consagraría una notoria injusticia. Si bien el valor seguridad jurídica es un valor de gran importancia en un sistema jurídico, no puede consagrarse con desmedro del valor justicia. Debe buscarse una solución que establezcan la vigencia de ambos valores.

Las demás posiciones otorgan prioridad al adquirente por boleto de compraventa cuanto existen ciertos presupuestos. Estas sistematizaciones acogen una corriente que se basa en consideraciones sociales y económicas, en las necesidades que surgen de la vida real, ante la frecuencia de las transmisiones de inmuebles por instrumento privado, tienen como premisa que el derecho debe satisfacer las necesidades de la vida social. Esta tendencia ha sido introducida al Código Civil por la ley 17.711 que incorpora aunque insuficientemente cierta protección al adquirente por boleto de compraventa en los art. 1185 bis y 2355 (segundo párrafo).

B) La sistematización que aplica el art. 1185 bis hace uso del argumento de la analogía. El argumento de la analogía se emplea en la ciencia jurídica cuando una disposición jurídica establecida para determinados casos debe ser aplicada a casos no comprendidos en ella, pero que se diferencian de los regulados por la ley no esencialmente, es decir a casos jurídicamente semejantes o esencialmente iguales.³⁰

El caso estudiado no es el caso del art. 1185 bis porque le falta una propiedad, el concurso o quiebra del vendedor, la jurisprudencia analizada sostiene que no existe una diferencia esencial, la Suprema Corte de Buenos Aires sostuvo que "las mismas razones tuitivas y éticas que llevaron a la incorporación de este precepto deben observarse y atenderse para su aplicación al presente caso", las Cámaras de San Francisco y Mercedes manifestaron que si se pide la quiebra se llega a la aplicación del art. 1185 bis, y se llega al mismo resultado.

³⁰ Klug, Ulrich, *Lógica jurídica*, Publicaciones de la Universidad Central de Venezuela Vol XXV, 1961 p. 149.

Se ha aplicado el argumento por analogía porque se ha considerado que el caso en estudio reúne las propiedades o condiciones suficientes para la aplicación de la solución o secuelas jurídicas.³¹

En el Fallo plenario Ongaro de Mini la doctora Kemelmajer de Carlucci emplea el argumento *a fortiori*, dice que el art. 1185 bis y el art. 150 de la ley de Concursos derogada tiene apoyo constitucional en el art. 14 bis CN (el derecho a una vivienda) y que si el art. se emplea en el caso de concurso o quiebra del vendedor, a fortiori, debe aplicárselo en la ejecución individual. Los términos *a fortiori* significan a mayor razón, se trata de una argumentación de base teleológica, quiere decir esta argumentación que en el caso en estudio los axiomas teleológicos (protección de la vivienda digna) se producen en mayor medida que en el caso del art. 1185 bis.³²

Privilegio es el derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro acreedor (art. 3875 CC.). Las preferencias son el género y los privilegios solamente la especie. Los derechos reales de garantía confieren al acreedor una preferencia, que no es técnicamente un privilegio, ni depende de la naturaleza del crédito afianzado, sino de la voluntad de las partes y del tiempo de su constitución. Las preferencias de tipo personal no se agotan en los derechos reales de garantía ,hay acreedores munidos de un derecho personal, como los mencionados en los art. 593 y 596 CC., en materia de entregar cosas para transmitir y constituir derechos reales, que gozan de prioridad sin haber transmitido el dominio de una cosa. Los créditos privilegiados gozan de una protección legal que es independiente del momento en que el crédito nace, y atiende a otras causa que el legislador ha contemplado para favorecerlos permitiéndoles cobrar aún antes que otros créditos que ya existían cuando se originó la obligación privilegiada (vgr. créditos de alimentos, gastos funerarios)³³ . El art. 1185 bis CC. dispone que el acreedor de las obligaciones que surgen de un boleto de compraventa, debe pagársele (art. 725 CC.) con el otorgamiento de la escritura traslativa del dominio en el concurso o quiebra del vendedor. El otorgamiento de la escritura pública traslativa del dominio significa que el acreedor obtendrá su pago con un bien inmueble, y que sobre ese bien quedan desplazados lo demás acreedores que concurren a la quiebra, es decir se le paga sobre dicho bien al titular del boleto con preferencia a los demás acreedores sin tenerse en cuenta las fechas de sus créditos, por lo tanto el art. 1185 bis CC. otorga un privilegio al adquirente por boleto de compraventa. El art. 3876 CC. establece que un privilegio no puede resultar sino de una disposición de la ley. La expresión empleada en el artículo de una disposición de la ley significan que un privilegio debe surgir expresamente, claramente de una norma positiva. El principio es la igualdad de acreedores (art. 16 CN., todos los habitantes son iguales ante la ley), los acreedores tienen igual derecho a cobrar. El Código Civil, en la disposición que

³¹ Klug, Ulrich,, *Lógica jurídica*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Caracas, Vol. 25. 196,1 p. 185.

³² Klug, Ullrich, *Lógica jurídica*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Caracas, Vol. 25. 1961, p. 206.

³³ Moiset de Espanés Luis, *Reflexiones sobre las tercerías de mejor derecho*, JA., 1986-II, p. 161.

comentamos, ha establecido que este principio sólo puede ser alterado por una norma legal como medio de garantizar la vigencia del principio, la que establecerá una excepción al mismo, y contemplará determinadas situaciones especiales en las que existirán razones que el legislador considera dignas de protección. Del art. 3876 se infiere, por lo tanto, la prohibición de aplicar analógicamente o extensivamente una norma que establece un privilegio. Prohíbe aplicar la solución de esa norma a un caso no contemplado por ella. La doctrina en general se adhiere a esta afirmación.³⁴

La oponibilidad del boleto de compraventa en la ejecución individual constituye un caso distinto al regulado en el art. 1185 bis. CC., entre las propiedades del caso regulado en el artículo mencionado se encuentra la de ser oponible al concurso o quiebra del vendedor. Por lo tanto aplicar esta norma cuando se trata de una ejecución individual significa aplicar la misma analógicamente, lo reconoce la Suprema Corte de Buenos Aires al citar el art. 16 CC. o extensiva como lo admite la Doctora Kemelmajer de Carlucci en el plenario Coviram Ltada.³⁵ Es decir que en estos fallos se ha violado el art. 3876 CC. Sólo se expide expresamente sobre el mencionado artículo el fallo de la Cámara de Apelaciones de Mercedes, pero en este fallo como en los demás se justifica el apartamiento del artículo alegando la similitud de situaciones y de razones para dar al caso contemplado y al no contemplado una solución idéntica, es decir se argumenta de la forma habitual que cuando se resuelve por analogía, sin ninguna razón adicional para justificar el apartamiento de lo dispuesto en el art. 3876 CC.

La jurisprudencia de la Corte de Buenos Aires para el caso de ejecución individual a los requisitos del art. 1185 bis les agrega que el crédito del comprador debe ser anterior al del embargante, y en el plenario Ongaro de Minni se exige que la enajenación mediante boleto de compraventa debe ser posterior al embargante, ¿porqué se agrega un requisito temporal al art. 1185 bis si establece un privilegio y no prioridad ?

La posición de la Suprema Corte de Buenos Aires es aún más criticable, porque aplica por analogía el art. 1185 bis y deja de hacer lo mismo con el art. 150 de la anterior ley de concursos, siendo que ambos artículos conforman una sola norma, el art. 150 sólo agrega una propiedad al caso, el destino a vivienda del inmueble.

En el plenario Ongaro de Minni, se sostuvo que debe darse prioridad al embargante de buena fe sobre el poseedor por boleto de un inmueble no destinado a vivienda, argumentando que debe prevalecer en nuestro sistema jurídico la publicidad registral, que tiende a proteger al seguridad dinámica, se desestima todo el valor de la publicidad posesoria pero luego en el plenario Coviran se reconoce la importancia de la exteriorización posesoria, diciéndose que constituye un requisito del art.

³⁴ Altereni, Atilio " Obligaciones...", p. 373, Garrone, José, Diccionario Jurídico, t. 3, p. 158, Abeledo Perrot. En cuanto a la terminología empleada de norma, caso y solución ver Alchourron y Buligyn, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 37, Astrea, Buenos Aires, 1993.

³⁵ JA,1997- I, p-88.

146 de la nueva ley de Concursos, porque el artículo es parte de todo un sistema normativo y es necesario evitar el fraude y la colusión. Esta última posición constituye un avance con respecto a la anterior porque reconoce que en nuestro sistema legal la publicidad posesoria desempeña un papel importante.

En conclusión sostenemos 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, que se viola por lo tanto el art. 3876 CC. y que esta solución dada el problema, no constituye una buena sistematización de nuestro derecho, ya que contradice una de sus disposiciones.

C) La construcción del sistema con los art. 2383, 2355 y 2758 CC de los que surge como consecuencia de la celebración de un contrato de compraventa por instrumento privado y de la entrega de la posesión, la transmisión del contenido útil del derecho de dominio, quedando sólo al titular dominial una mera forma constituida por el título registrado, producen un desmembramiento ajeno al sistema del Código e incompatible con el art. 2513 CC. el cual regula que es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa. Las conclusiones enunciadas, aunque sólidamente fundadas conducen a un resultado desconcertante, rematado el bien de que se trata, se produciría un divorcio definitivo entre el dominio del cual sería titular el adjudicatario en la subasta, y el derecho a la posesión, consolidado en cabeza del anterior poseedor, se sostiene que al nuevo propietario le sería exigible la obligación de transmitir el dominio al poseedor actual, tal como lo había acordado el anterior propietario, lo cual es una conclusión excesiva, implicaría transformar la obligación de escriturar en una obligación real, en contra de la norma del art. 497 CC., y llevaría los efectos del contrato más allá de los límites subjetivos que les impone el art. 1195. Es decir que así como el adjudicatario no puede pedir en esta teoría la restitución de la posesión, tampoco el adquirente por boleto podría pedir que se escribiera su título.³⁶

D) La elección como base del último párrafo del art. 2355 CC. que concluye afirmando que el adquirente por boleto adquiere un derecho real de posesión, no parece adecuada, porque un derecho real no podría ser oponible a terceros sin el cumplimiento de las formas esenciales dispuestas por la ley, es decir escritura pública e inscripción registral. Este punto de vista ha recibido más críticas que apoyo.

VIII) Nuestra sistematización.

En el caso planteado el conflicto se produce entre dos derechos personales, se enfrentan el derecho del comprador cuyo título se encuentra pendiente de escrituración y el derecho del embargante, ambos son acreedores de un mismo deudor con pretensiones sobre la misma cosa.

³⁶ Ferrer, Adan, *Embargante versus adquirente por boleto: un conflicto cotidiano*, LLC, 1989, p.486 y ss.

El acreedor embargante es titular de una obligación que pesa sobre la cosa de su deudor, mediante la cautelar se ha afectado la misma al pago de su crédito, y al subastarse se producirá una venta forzosa (1324 inc. 4 CC.) de la que nacerá una obligación de dar.

Si consideramos que el boleto de compraventa es un contrato preliminar, por efecto de la conversión que produce el art. 1185 CC, se generará la obligación de entregar la cosa cuando se celebre la escritura pública y el contrato de compraventa quede concluido como tal, o se generará una obligación natural de dar por ser el boleto un contrato nulo por defecto de forma (515 inc. 3 CC), o esa obligación surgirá porque las partes se han obligado a adelantarlas a la escrituración, o porque el boleto es una compraventa forzosa (1324 inc. 2 CC). Es decir cualquiera sea la posición que adoptemos con respecto a la naturaleza jurídica del boleto de compraventa la obligación de dar se generará. Por lo tanto los derechos personales del acreedor embargante como del adquirente son reducibles a obligaciones de dar la misma cosa para constituir derechos reales.

En la situación analizada el embargante exterioriza su derecho mediante la publicidad registral, el titular del boleto no tiene posibilidades de acceder a la publicidad registral (cuando las leyes nacionales o provinciales no establecen su registración), el art. 2505 CC no lo comprende porque su título no es hábil para producir la transmisión de un derecho real, por lo tanto con respecto a él subsiste el sistema del Código Civil de publicidad posesoria.

Tanto los derechos reales como personales requieren para ser oponibles a terceros la posibilidad de ser conocidos, es decir publicidad. El primero de los derechos descriptos que obtenga publicidad, será el que obtenga preferencia, *prior in tempore potior in iure*. Si el titular del boleto mediante la tradición obtiene primero publicidad posesoria, tendrá un derecho personal preferente al acreedor embargante, en virtud del art. 594 CC que dispone: "Si la cosa fuere inmueble y el deudor hiciere tradición de ella a otro con el fin de transferirle el dominio, el acreedor no tendrá derecho contra tercero que hubiese ignorado la obligación precedente del deudor; pero sí contra los que sabiéndola hubiesen tomado posesión de la cosa.", y del art. 3269 CC que dice que " Cuando una persona ha contratado en diversas épocas con varias personas la obligación de transmitirle sus derechos sobre la misma cosa, la persona que primero ha sido puesta en posesión de la cosa, es preferida en la ejecución del contrato a las otras, aunque su título sea más reciente, con tal que haya tenido buena fe, cuando la cosa le fue entregada". El último artículo regula el caso de contratos celebrados con distintas personas por el titular del dominio que se ha obligado a transmitirle sus derechos sobre la misma cosa, no es el caso del acreedor embargante, pero podrá aplicarse esta norma por analogía debido a que después de la subasta se producirá una compraventa forzosa. El requisito exigido por el art. 594 CC, que la tradición se efectúe para transmitir el dominio, se acreditará con el boleto de compraventa, el cual deberá tener fecha cierta anterior a la fecha en que trabó la cautelar para ser oponible al embargante. La enumeración del art. 1035 CC es enunciativa y no taxativa, el juez podrá considerar otros supuestos.

Si el embargante ha logrado primero la inscripción de la cautelar en el registro inmobiliario obtendrá prioridad sobre el adquirente por instrumento privado y será aplicable el art. 19 de la ley 17.801 que establece prioridad por la fecha y el número de orden de los documentos que ingresan al registro.

Sistematizamos los textos conforme al rol que la publicidad desempeña para lograr la oponibilidad de los derechos. Ambas publicidades, posesoria y registral hacen que el derecho sea oponible a terceros porque lo hacen conocible, que la última tiene superioridad técnica no lo dudamos, pero existe uno de los titulares de un derecho personal que no tiene posibilidades de alcanzarla, por lo tanto para resolver justamente el caso sin descuidar el valor seguridad jurídica y acorde con el sistema del Código Civil, conserva eficacia la publicidad posesoria, deben sistematizarse esos artículos de manera que se aplique de la siguiente forma: *Si la cosa es inmueble y se enfrentan dos titulares con un derecho personal con pretensiones sobre la misma cosa, tendrá preferencia el derecho que primero ha obtenido publicidad, ya sea posesoria o registral.*

Justificaremos internamente nuestra propuesta.³⁷

- ◆ Art. 19 ley 17801: La inscripción otorga oponibilidad.

La fecha más antigua otorga prioridad

- ◆ Art. 594 CC: La tradición de la cosa con el fin de transmitir el dominio, si existe buena fe y fecha cierta (art. 1035CC) otorga oponibilidad

La fecha más antigua otorga prioridad.

- ◆ Art. 2505 CC: Es necesaria la inscripción de los títulos de los derechos reales para que el derecho real sea oponible.

El boleto de compraventa no es un título que produce la adquisición de un derecho real.

La norma no exige la inscripción del Boleto de compraventa para otorgar oponibilidad a sus efectos.

- ◆ La tradición efectuada porque existe un boleto de compraventa tiene por fin transmitir el dominio.

- ◆ La tradición realizada al titular de un boleto de compraventa que es de buena fe y tiene fecha cierta otorga oponibilidad

- ◆ La inscripción del embargo otorga oponibilidad.

- ◆ El boleto de compraventa y el embargo gozan de oponibilidad.

- ◆ La fecha más antigua confiere prioridad.

- ◆ Conclusión: Tendrá prioridad el embargo si la medida cautelar ha sido inscripta antes de la realización de la tradición al titular del Boleto de compraventa. El titular del boleto de

³⁷ Alexy, Robert, *Una teoría de la argumentación jurídica*, p. 214 y ss.

compraventa de buena fe, y cuyo instrumento tiene, fecha cierta tendrá prioridad si se ha efectuado la tradición primero.

El art. 1185 CC produce la conversión del boleto de compraventa, un contrato nulo (art. 1183CC) se transforma en un contrato que produce efectos jurídicos, este artículo establece que este instrumento privado produce efectos jurídicos (de él nace la obligación de escriturar), es necesario para que se produzcan los mismos que tengan oponibilidad frente a terceros, de lo contrario la obligación de escriturar tendría escasas posibilidades de hacerse efectiva.

El boleto de compraventa se ha convertido en la forma habitual de celebración del contrato de compraventa de inmuebles, como etapa previa a la escrituración. La ley 17.711 ha introducido normas tendientes a lograr su tutela, el art. 1185 bis y 2355 CC último párrafo. Esta tendencia legislativa se ha incorporado por las necesidades que surgen de la realidad social, las cuales constituyen el contexto funcional que exige que el derecho se adapte a las mismas y no se deje desprotegido al adquirente de un inmueble por boleto de compraventa.³⁸

La protección del adquirente por boleto de compraventa es justa en la medida que el sistema lo ampare por un tiempo, por el tiempo necesario para que supere los inconvenientes que le impiden escriturar. El ordenamiento jurídico no debe tutelarlos cuando es negligente en su actuación y no cumple los requisitos establecidos por el Código Civil para la adquisición del dominio. Advertimos en el sistema una laguna axiológica, el sistema debe modificarse, se debe introducir una norma que permita la registración de estos instrumentos privados por el periodo de tiempo necesario para subsanar los inconvenientes que pudieren impedir la escrituración.

Lo dicho es aplicable si existe buena fe en los titulares de los derechos que se enfrentan, por el contrario si existe mala fe, si se ha obtenido la publicidad sabiendo de la existencia del otro derecho, es decir si el embargante conoce la existencia del contrato de venta celebrado por instrumento privado, la preferencia será de este último, ello por lo regulado en el art. 594 CC y los principios incorporados a nuestro Derecho. El adquirente por boleto sólo será de mala fe, cuando se inscribió la medida cautelar, pues aunque conozca el crédito existente, sólo esta traba su pretensión sobre la cosa al inscribirse el embargo.

Si el boleto de compraventa es registrable, se resolverá el caso por aplicación del art. 19 de la ley 17.801, es decir tendrá prioridad el embargo o el boleto que primero ingresen al registro para inscribirse. Legislan la registración de los boletos de compraventa las leyes 14.005 (venta de lotes a plazo) y la ley 19.724 (Prehorizontalidad), los artículos 23 y 24 de esta última ley sólo podrán aplicarse en la medida o proporción que el precio del inmueble no haya sido pagado, porque el contexto funcional en el que opera la ley lo exige, sostenemos la necesidad de su derogación.

³⁸ Jerzy Wróblewski, *Constitución y Teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, p. 39.

La vía procesal idónea para que el titular del boleto haga valer sus derechos en el juicio ejecutivo iniciado por el embargante, es la tercería de mejor derecho, mediante la cual se perseguirá el reconocimiento de su mejor derecho a obtener la escrituración. Si se articula la tercería de dominio, no prosperará porque el derecho real de dominio no ha sido adquirido por el titular del boleto de compraventa, pero el juez puede en virtud del principio *iura novit curia*, tratar la tercería deducida como de mejor derecho, la pretensión no variará, ni se afectará el derecho de defensa, porque los accionantes deben basar su defensa en la falta de título suficiente y no en la posesión. El ejecutante, anoticiado de que el bien a subastar está poseído por un tercero, podrá promover la vía incidental para lograr que el bien sea puesto a disposición del tribunal a los fines de la subasta, en atención a la falta de derecho de ese tercero para retener el bien de que se trate.