

Adquirente por boleto vs. hipoteca constituida con posterioridad, en el concurso o quiebra del vendedor

Tercería de mejor derecho

Especial análisis en torno a la exigencia del requisito de la posesión

Pablo Andrés Salerno

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Lo que en este trabajo pretendemos desarrollar es la problemática en torno a la tercería de mejor derecho suscitada entre el adquirente por boleto de compraventa en el concurso o quiebra del vendedor, frente al derecho real del acreedor hipotecario que ha constituido este gravamen con posterioridad en el tiempo a la celebración del boleto.

También analizaremos qué requisitos se exigen del adquirente del boleto para que este pueda oponer su derecho.

Adelantamos que la temática es mucho más extensa que lo que nos permitiría abarcar este limitado espacio, por lo que intentaré no explayarme demasiado en discusiones que han quedado superadas, haciendo una sucinta referencia a estas, e intentaré focalizar el trabajo principalmente en el estudio del requisito de la publicidad posesoria del boleto a los efectos de su oponibilidad.

II. Evolución legislativa, doctrinaria y jurisprudencial. Cronología [\[arriba\]](#)

A) Código Civil de Vélez

En los años previos a la sanción de la 17.711 la jurisprudencia se encontraba dividida en torno a si el acreedor con boleto podía exigir la escrituración del vendedor que se había concursado o quebrado.

La CNCom en pleno de 1967 en autos “Lozzi c/ Socha”¹ sostuvo que “No procede la escrituración si el vendedor ha caído en quiebra, aunque haya mediado tradición y pago del precio”. El fundamento de este fallo radicaba en las normas del C. Civ. que rigen la adquisición y transferencia de dominio de inmuebles. El boleto de compraventa no transmite el dominio, siendo necesario para ello la escritura pública y la tradición traslativa del dominio; ergo el comprador no puede reclamar nada a la quiebra en carácter de dueño. Para la Cámara el adquirente con boleto solo tenía un crédito que debía ser verificado como cualquier otro quirografario.²

Esta es la conclusión a la que arribó Isaac Halperin, en el voto del fallo mencionado, no sin antes reconocer que la solución es disvaliosa pero que es la que se ajustaba a las normas legales vigentes en aquel entonces.³

Por otro lado la jurisprudencia del fuero civil daba la solución contraria. A nuestro juicio, se flexibilizaba en extremo la interpretación de las normas del código velezano. Utilizaron la figura del dominio imperfecto para sostener que el adquirente del boleto -que tenía posesión y que había pagado la totalidad del precio (o su mayor parte)- detentaba una suerte de derecho real ejercido por la posesión.⁴

Esta disparidad de criterios y la necesidad de dar protección al adquirente con boleto ameritaban una reforma legislativa.

B) 1968 - Reforma de la ley 17.711

Art. 1.185 bis.: “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 de dominio.”

La reforma incorporó el agregado del art. 2355 legitimando la adquisición de la posesión por los adquirentes por boleto, e incorporó el art. 1185 bis regulando expresamente la oponibilidad del boleto frente al concurso del vendedor. La reforma, sin embargo, fue mucho más lejos de lo que la propia jurisprudencia venía diciendo. El art. 1185 bis incorporado no mencionó como requisito a la posesión, algo que, por el contrario, sí había sido constante en requerir la jurisprudencia precedente. Tampoco se exigió el pago total (o la mayoría de este) como se requería anteriormente, sino que se redujo la exigencia del cumplimiento de este recaudo al 25 % del precio. Cabe agregar que no exigió expresamente fecha cierta en el boleto, ni tampoco un destino específico del inmueble. Además de estas criticables omisiones, según Alterini también a este artículo podía criticársele su imprecisión terminológica porque se utilizó el vocablo “oponibles”. Este autor afirma que “si por ‘inoponibilidad’ se entendía ‘no producción de ningún efecto respecto de alguien’, al decir que el boleto es oponible simplemente se aseveraba que producía efectos con referencia a la quiebra o el concurso”.⁵ Y producir sus efectos en el concurso o quiebra significa verificar y participar del concurso o cobrar en moneda de quiebra.⁶

Entendemos que pese a esa acertada crítica de técnica legislativa, no es ese el verdadero sentido que le ha querido dar el legislador. Sostener esa interpretación gramatical llevaría al absurdo de que este artículo no agregara nada, igualando el tratamiento de los boletos que cumplieran los requisitos del 1185 bis con los que no los cumplen, resultado todos los boletos igualmente oponibles. Sabido es que en nuestro derecho si el boleto no cumple con estos recaudos no por eso quedan fuera del concurso o quiebra sino que deben verificar y participar del concurso o quiebra. Siendo esta reforma una exigencia reclamada por la doctrina y jurisprudencia precedente, no parece lógico interpretarlo en un sentido que lo vacearía de contenido.

Es en este sentido en el que la doctrina y jurisprudencia se han ido pronunciando como veremos seguidamente.

Respecto a la naturaleza jurídica del derecho del adquirente desde la perspectiva concursal, el Dr. Heredia recopilando distintas opiniones doctrinarias nos dice que: para Cámara y Morello estamos ante un privilegio. Para Erdozain constituye una causa legal de preferencia que no es un privilegio y que va mucho más allá, tratándose de una acreencia contra la masa y no contra el fallido. Gatito E. y Alterini J. también recogen la idea de que es un crédito contra la masa y no un privilegio. Kemelmajer de Carlucci entiende que es un derecho de separación calificable como prioridad excluyente.

Rouillon sostiene también que es un derecho de separación que es mucho más que un privilegio.⁷

Para Heredia no es un crédito contra la masa sino contra el fallido, por una obligación de hacer, y que debe cumplir con la carga verificatoria. Según este autor se trata de un quirografario a la que la ley le otorga características especiales pues se sustrae de la suerte común que corresponde a los demás quirografarios.⁸

La doctrinaria y jurisprudencia con posterioridad al dictado del art. 1185 bis del C. Civ. es constante respecto de que el adquirente por boleto que cumple con los requisitos del artículo prima a en el derecho respecto de los demás acreedores del concurso o quiebra del vendedor. Habrá discusiones en torno a terminar de definir cuáles son esos requisitos, pero no se discute más que prima el boleto si estos requisitos están cumplidos.

C) 1972 - Art. 150 de la LCQ 19.551

La LCQ 19.551 en su art. 150 agregó lo siguiente “El art. 1185 bis del Código Civil sólo se aplica a los casos de inmuebles destinados a vivienda”. Esta norma, hoy derogada por el actual 146 de la LCQ 24522, era a nuestro juicio acertada ya que receptaba la correcta fundamentación sociológica de la prioridad excluyente. El fundamento de la protección excepcional de la vivienda tiene reconocimiento constitucional, y parece acertado ya que siendo la regla de oro en materia concursal la “par conditio creditorum” solo deben admitirse con criterio restrictivo excepciones que se encuentren debidamente justificadas. No se puede ser generoso en la escasez.⁹

D) La doctrina y Jurisprudencia anterior a la Ley 24.522

Como adelantamos, la discusión doctrinaria y jurisprudencial en esta época se daba en el campo de los requisitos exigidos al adquirente para que éste pueda oponer su derecho.

Los principales temas de discusión, aunque no todos, eran estos tres aspectos: a) la exigencia o no del destino vivienda y con qué alcances, b) la exigencia o no de la fecha cierta, y c) la exigencia o no de publicidad.

Debido a los limitados alcances de este trabajo no voy a profundizar en la problemática a) y b) ya que tales discusiones se encuentran ya superadas por los subsiguientes cambios normativos.

Lo que sí me interesa desarrollar es el punto c) respecto a la exigencia de publicidad posesoria, ya que no ha habido una solución legislativa a esta problemática, que permanece vigente con las variables que puedan sumarle a la discusión la sanción del nuevo Código. En esta época (anterior a la ley 24.522), la Cámara Nacional en lo Comercial, la Suprema Corte de Mendoza, y la Suprema Corte de Bs As no exigían, como requisito de oponibilidad del boleto, que el adquirente tenga la posesión.

1981 - La CN Com. en pleno¹⁰. No exige posesión. “La lectura del fallo plenario muestra que tanto los votos que integraron la mayoría cuanto los que integraron la minoría coincidieron en que el adquirente que no había recibido la posesión previamente a la quiebra podía oponer el boleto.”¹¹

1991 - La SC Mendoza en fallo plenario¹² del voto de Kemelmajer de Carlucci no exigió posesión. En efecto, el fallo en su parte resolutive dice: “4. El ´adquirente´ de un inmueble con destino a vivienda mediando boleto, tenga o no posesión, haya o no inscripto ese instrumento, triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad si se cumplen los siguientes recaudos:”¹³ Cabe advertir que, si bien la Dra. se pronunciaba en contra de la exigencia de posesión, exigía que el requisito del destino vivienda se cumpliera con criterio subjetivo, lo que implicaba decir que era necesario que el adquirente habitara ahí. En conclusión, si bien no se exigía la posesión, lo cierto es que existía algún modo de publicidad manifestado a terceros por la ocupación del inmueble. De los considerandos del fallo se infiere que la suficiencia de esa escasa publicidad se justificaba solo en el caso de

los boletos con destino vivienda, por la necesidad sociológica y el reconocimiento constitucional que tiene la vivienda.

1993- La SCBA en autos “Club Personal Banco Río Negro y Neuquén en f Gaucci”¹⁴ tampoco exigió posesión. Comentaba Kemelmajer de Carlucci que “La posición más favorable al comprador es sostenida por la Sup. Corte Bs. As. que acoge la tercería de dominio con fundamento en el art. 1185 bis C.C. sin atender a las limitaciones que impuso la anterior legislación concursal”¹⁵

Respecto de la doctrina, “ante el silencio legal, la casi unanimidad de los autores sostiene que el boleto es oponible haya o no posesión”¹⁶. Heredia también afirma lo mismo citando autores que están en esta línea tales como Boqué, Cámara, Fassi, Gebhardt, Roitman, Di Tulio.¹⁷

E) 1995 - Art. 146 Seg. Parr. de la LCQ 24.522

El art. 146 seg. párr. parte pertinente dice: “Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera abonado el veinticinco por ciento (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.”

Con el cambio de legislación concursal en el año 1995, al pasar del art. 150 de la ley 19.551 al art. 146 segundo párrafo de la ley 24.522, había quedado zanjada la problemática en a) en el sentido de la no exigencia del requisito del destino vivienda.

F) Doctrina y Jurisprudencia posterior a la ley 24.522 y anterior a la sanción del CCC.

Quizás, motivado por el cambio legislativo en el sentido de la eliminación del requisito del destino vivienda, y por ende, la eliminación del fundamento sociológico que motivaba los anteriores pronunciamientos, es que cierta parte importante de la jurisprudencia empezó a robustecer los requisitos para la oponibilidad del boleto, agregando la exigencia de que el adquirente tenga la posesión.

Independientemente de la motivación que hayan tenido, lo cierto es que cierta jurisprudencia empezó a exigir el requisito de la posesión. Veamos:

1996 La SC Mendoza en autos “Coviram Ltada”,¹⁸ por adhesión al voto de Kemelmajer de

Carlucci, la Corte Mendocina resolvió que por el cambio legislativo ya no se podía seguir exigiendo el destino vivienda, y que era necesario otorgar algún tipo de publicidad frente a terceros. Endureció entonces su criterio exigiendo el requisito posesorio, revirtiendo así la postura sostenida en el anterior plenario de 1991 que no la exigía. Profundizaremos más en el apartado referido al tema de la posesión

2006 Fallo de la C.N. Com Sale E. en autos “Goamko SRL”.¹⁹ Se exige posesión en un caso en el que se pretendía oponer el boleto frente a un acreedor con derecho real de hipoteca. Profundizaremos más en el apartado referido al tema de la posesión.

G) 2015 - Código Civil y Comercial de la Nación

Con la sanción del nuevo código y la transcripción casi textual (salvo algunas precisiones) del antiguo art. 1185 bis del C. Civ. al nuevo art. 1171 del CCC, la comisión redactora ha

querido mantener el criterio que estaba imperando con anterioridad a su vigencia y que hemos venido desarrollando en la extensa evolución histórica del instituto.

Las innovaciones del código pretenden pues reeceptar los criterios doctrinales y jurisdiccionales. En este sentido se incorporó en el art. 1170 del CCC la llamada “aplicación extraconcursal del art. 1185 bis” en los procesos de ejecución individual. Este artículo, nos referimos al 1170 CCC (mucho mejor logrado que el 1171 CCC), refiere concretamente a que estamos ante un caso de prioridad del derecho y no de oponibilidad. También aclara la necesidad de fecha cierta, y, lo más importante, exige expresamente “publicidad suficiente”.

Hay una innovación por parte del CCC en materia de oponibilidad del boleto fuera de la situación falencial del vendedor. Innova porque la mayoría de la doctrina y parte de la jurisprudencia decía que no era necesaria posesión para la aplicación extraconcursal del art. 1185 bis C. Civ. Pero lo cierto es que el mayor argumento que tenía esa doctrina para sostener que no era necesaria la publicidad, era que el antiguo art. 1185 bis (aplicado analógicamente al caso) no lo exigía expresamente. Hoy en día con la expresa exigencia de publicidad que ordena el 1170 del CCC, no se puede seguir sosteniendo la exigencia de la posesión para los supuestos extra concursales. La discusión de si se sigue exigiendo la publicidad ha quedado, luego de la sanción del código, reducida a la cuestión de la oponibilidad en el concurso o quiebra del vendedor.

En la redacción del 1171 del CCC -que es el atinente a la cuestión falencial del vendedor-, a excepción del agregado de la fecha cierta, no se dio respuesta a los interrogantes que venía planteando la doctrina y jurisprudencia, en especial en la importantísima cuestión del tema de la posesión. Tampoco se cambió el vocablo “oponibles” por “prioridad en el derecho” como lo hace el 1170 o por “prioridad excluyente” por ejemplo.

III. Oponibilidad frente al acreedor hipotecario [\[arriba\]](#)

¿Es lo mismo que el adquirente del boleto pretenda oponer su derecho frente a un acreedor común quirografario del concurso o quiebra de su vendedor, que si pretendiera oponerlo frente a un acreedor hipotecario?

A) La cuestión de la Oponibilidad

Alguien podría quizás argumentar, en contra de lo que hemos venido sosteniendo, algo así: “Si bien el adquirente tiene derecho a llevarse el inmueble, a retirarlo de la quiebra de su deudor, y solicitar la escrituración; se lo lleva pero en el estado en que se encuentra. Si está hipotecado, se lo llevará hipotecado. El art. 1171 del CCC solo dice que será oponible al concurso o quiebra, pero nada más”

Nos pareció interesante plantearlo porque es un argumento tentador. Sin embargo no consideramos que pueda prosperar por los siguientes argumentos:

1. Si bien tanto el art. 1185 bis anterior, como el 1171 del CCC, como el 146 de la LCQ utilizan el vocablo “oponibles” eso no significa que deba ser entendido en su sentido gramatical de oponibilidad, sino en el sentido de dar una verdadera prioridad en el derecho o una “prioridad excluyente” al decir de Kemelmajer. Interpretar lo contrario es vaciar de contenido a dichas normas. Hemos tratado más in extenso este punto [supra.20](#)

2. No hay motivo para que esa prioridad que se tiene frente a los acreedores concursales o de la quiebra del vendedor se aplique para unos acreedores sí y para otros no, cuando la ley no distingue.

3. Otro fundamento es la naturaleza jurídica del derecho del adquirente. Kemelmajer de Carlucci sostiene, posición que compartimos, que estamos ante una “prioridad excluyente”. Al decir de Rouillon, no estamos ante un privilegio, desde que su resultado es mucho más que un privilegio (con los privilegios se concurre; en mejor posición, pero se concurre) una prioridad que permite escapar a la concurrencia falencial y a sus consabidos rigores, llevándose bienes que, de otro modo, se liquidarían para el reparto”²¹ Ver supra; hemos tratado más in extenso el tema de la naturaleza jurídica en la evolución del instituto.

4. En contra de la oponibilidad del boleto al acreedor hipotecario parece estar Rivera que sostiene que no se puede inferir la mala fe del acreedor hipotecario que ha constituido una hipoteca a sabiendas de que el dóninus no detentaba la posesión, porque ninguna norma exige que para constituir una hipoteca se necesite que el dueño esté en posesión del bien; ergo no sería oponible el boleto a un acreedor hipotecario aun teniendo posesión.²² Idéntica observación hace este autor respecto del acreedor embargante que no tiene ningún deber de constatar la posesión.

No estamos de acuerdo con Rivera porque es indistinto que el acreedor hipotecario, o el acreedor embargante, tengan o no mala fe; ya que el art. 1185 bis de C. Civ (hoy art. 1171 CCC). Y el art. 146 seg. párr. de la LCQ hacían igualmente oponibles el derecho del adquirente con boleto, sin distinción de si hay o no buena fe en el tercerista. Y además la publicidad posesoria y la registral tienen el mismo rango. “Ante un conflicto entre la publicidad registral y la posesoria primará la precedente en el tiempo”²³

5. La acción reipersecutoria que otorga el art. 2199 del CCC al acreedor hipotecario para perseguir del tercer poseedor del inmueble hipotecado, se detenta contra todo el que alegue un derecho de fecha posterior a su constitución e inscripción del gravamen; pero “la hipoteca posterior ya no es oponible al adquirente mediante boleto que sea de buena fe y ha pagado el veinticinco por ciento del precio, porque no se explicaría, en caso contrario, la oponibilidad de ese boleto a la falencia del vendedor”.²⁴

6. Alterini sostiene que “Antes y después de la reforma²⁵, el boleto, solo si es acompañado por la posesión, es oponible al acreedor hipotecario, y la hipoteca queda con efectos minorados y subordinado a las ulteriores de la promesa de compraventa”²⁶

7. Por último, lo fundo en toda la evolución doctrinaria y jurisprudencial que hemos señalado supra, en especial la posterior al dictado de la Ley 17.711 que si bien discute en cuanto a la exigencia de los requisitos, se ha mantenido constante en mantener la oponibilidad del boleto, aun contra los acreedores hipotecarios, en el correcto sentido de otorgar una prioridad en el derecho-

B. La problemática de la posesión

¿Es necesaria la publicidad posesoria para que el adquirente del boleto pueda oponer su derecho al concurso o quiebra del vendedor en los términos del art. 1171 del CCC?

Antes de entrar de lleno en el análisis de esta problemática nos gustaría sucintamente exponer el sinalagma lógico que luego desarrollaré en profundidad.

Primero: ¿El derecho del adquirente es un derecho real o personal?

Segundo: Si es personal: ¿Se le puede aplicar el art. 1893 del CCC que está previsto para los derechos reales?

Tercero: Si se le aplica el art. 1893 del CCC: ¿Qué consecuencias trae?

Cuarto: Si la consecuencia es la exigencia de publicidad. ¿Qué tipo de publicidad? ¿Es suficiente la posesoria o se requiere de la registral?

1) *¿El derecho del adquirente es un derecho real o personal?*

Antes de la sanción de la 17.711, cuando no existía el art. 1185 bis, hubo autores como Spota²⁷ que sostenían que el poseedor del boleto tenía un derecho real que no requiere publicidad registral. Con esto Spota, y los precedentes que se apoyaron en él, pretendieron darle una protección al boleto que el código civil no contemplaba. Luego de la sanción de la 17.711 esta teoría prácticamente se abandonó. Primero porque los derechos reales solo pueden ser creados por ley. Y segundo porque las normas del código son claras al referirse a los requisitos de título y modo que deben llevarse para la adquisición y transferencia del dominio de bienes inmuebles (escritura y tradición). Por ende, siendo el titular registral el *dóminus*, y no existiendo posibilidad de que existan dos *dóminos* sobre la totalidad de una misma cosa al mismo tiempo, se caía en una evidente contradicción. Algunos pretendieron sortearla con la implementación de la teoría del dominio imperfecto. No podemos explayarnos más por motivos de espacio, y además porque esta discusión hoy en día está superada.²⁸

Afirmamos entonces que el derecho del adquirente con boleto es un derecho personal que, cuando cumple con los requisitos del actual art. 1171 del CCC, tiene la especial característica de que puede oponerse al concurso o quiebra del vendedor.

2) *Si es personal: ¿Se le puede aplicar el art. 1893 del CCC que está previsto para los derechos reales?*

El 1893 del CCC actual, como su predecesor el art. 2505 del derogado C. Civ, eran normas que exigían la publicidad de la adquisición o transferencia de derechos reales para poder ser oponibles a terceros. El fundamento legal de tal exigencia publicitaria radica en que los derechos reales son oponibles *erga omnes*²⁹, por lo cual se vuelve lógico y razonable que esa adquisición o transferencia tenga virtualidad de ser conocida por los terceros que van a tener que respetar ese derecho.

El derecho del adquirente, como vimos, no es un derecho real, pero sin embargo caben los mismos fundamentos aplicables que señalamos recién para la oponibilidad de los derechos reales. Pese a ser un derecho personal, lo cierto es que por las especialísimas características de este derecho que puede ser opuesto a terceros no participantes del acto deviene necesario exigir igual publicidad que si se tratara de un derecho real.

“En cuanto a la oponibilidad absoluta de los derechos reales frente a la relativa de los derechos personales, cabe también citar el fallo plenario de la Suprema Corte de Mendoza³⁰, en el que se destacó que la mas jerarquizada doctrina sostiene que los derechos ya no deberían calificarse en personales y reales, sino en oponibles y no oponibles, concluyendo que la oponibilidad exige publicidad más o menos perfecta según los casos y admitiendo que ésta opere por la tradición de la posesión.”³¹

Afirmamos entonces que el art. 1893 del CCC, que exige publicidad suficiente de la adquisición o transferencia de derechos reales para que estos puedan ser opuestos a

terceros, también le es aplicable al supuesto del derecho personal que tiene el adquirente con boleto en los términos del 1171 del CCC

3) *Si se le aplica el art. 1893 del CCC: ¿Qué consecuencias trae?*

Entiendo que hay dos posiciones encontradas al respecto. Una que exige como requisito para la oposición del boleto la posesión, y otra que no la exige. Finalmente, diremos nuestra posición al respecto.

i. *Postura que exige la publicidad posesoria. Argumentos*

El art. 146 de la LCQ actual, así también como lo hacía el antiguo art. 150 de la LCQ, otorgan una preferencia excluyente que por ser una excepción a la par *conditio creditorum* debe ser de interpretación restrictiva.³²

El art. 146 de la LCQ no puede ser interpretado aisladamente sino en consonancia con todo el sistema normativo. Propicia una interpretación sistemática.³³

“La oponibilidad de los derechos (sean personales o reales) exige siempre algún grado de publicidad”³⁴

“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.”³⁵

La Dra., en el fallo que comentamos, luego de un detenido análisis sobre la temática en el derecho comparado italiano y español concluye que la oponibilidad irrestricta, es decir, aquella que no exige algún grado de publicidad, “contradice de manera palmaria las soluciones de las legislaciones a las que nos une una tradición común.”³⁶

Es jurisprudencia de la CSJN que a los efectos de interpretar las leyes hay que tomar en consideración las consecuencias que tal interpretación conlleva, a los efectos de evaluar si es una interpretación razonable y congruente con el resto del sistema.³⁷

En el fallo de la CN Com sala E de 2006 que hemos citado³⁸, la Cámara hace suyos todos estos argumentos precedentes, y menciona expresamente como fundamento normativo de la exigencia de la publicidad posesoria, al art. 2505 del C. Civ. que es el equivalente al 1983 del CCC.

En este sentido, el de exigir posesión al adquirente por boleto, también se pronuncia Lorenzetti. Sostiene este autor “La oponibilidad del boleto requiere publicidad, que puede ser registral o posesoria, en los términos del artículo 1893”³⁹

ii. *Postura que no exige posesión. Argumentos*

La misma Kemelmajer de Carlucci, si bien a partir del plenario de 1996 se postula por la exigencia de posesión, reconoce que “ante el silencio legal, la casi unanimidad de los autores sostiene que el boleto es oponible haya o no posesión”⁴⁰

También, la misma autora reconoce que “En nuestro derecho la oponibilidad de los créditos privilegiados no exige registración”.⁴¹

Mosset Iturraspe decía, durante la vigencia del art. 1185 bis del C.Civ. que “hay coincidencia en que no se requiere..., ni se exige la publicidad posesoria,..., ni que se haya efectuado la publicidad registral.”⁴²

El Dr. Heredia sostiene que “tanto el artículo 1185 bis del Código Civil, como el art. 146, parte 2ª, LCQ, establecen una solución concursal para la que carece de trascendencia la posesión del inmueble.” Continúa en la nota al pie citando a varios autores que se pronuncian en idéntico sentido verbigracia: Boqué, Cámara, Fassi, Gebhardt, Roitman, Di Tulio.⁴³

Heredia nos explica que la razón de que estas normas no contemplen ese requisito posesorio “está en la práctica, siendo el caso más común el de los adquirentes de unidades de los edificios en construcción, a los cuales no se les entrega la posesión sino hasta después de haber cubierto una porción muy significativa del precio.”⁴⁴

iii. Nuestra Posición. Argumentos.

Nosotros adoptamos una postura un tanto ecléctica, tratando de conciliar los criterios porque hay valiosos fundamentos para alegar a favor o en contra de ambas posturas. Así pues distinguimos:

Frente al titular de un derecho real de hipoteca es necesaria la “publicidad suficiente” del boleto, -inscripción registral o la posesión- en los términos del art. 1893 CCC, para que el derecho del adquirente del boleto del art. 1171 pueda ser oponible al acreedor hipotecario.

Frente a los demás acreedores de la masa concursal, que no detentan un derecho real, no es necesaria la “publicidad suficiente”, es decir no es necesaria ni la posesión ni la registración del boleto, para que este resulte oponible a la masa concursal.

No desconocemos los argumentos que pueden esgrimirse a favor o en contra de las posturas anteriores. Sin embargo, como decía el maestro Aristóteles “la virtud se encuentra en el justo medio de dos extremos contrapuestos”. En nuestro caso los extremos contrapuestos son los dos bienes jurídicos que se pretenden proteger (la tutela del adquirente por boleto, y la seguridad jurídica). Inevitablemente cuanto más nos acercamos a la tutela de uno de estos bienes jurídicos más desprotegemos el contrario, y la tarea del jurista es encontrar donde está este justo medio virtuoso. La respuesta que nosotros proponemos pretende alinearse con la doctrina predominante que argumenta a favor de la no exigencia del requisito posesorio, pero al mismo tiempo, comulga con la jurisprudencia más reciente que exige que en caso de conflicto con un derecho real se exija al menos la publicidad posesoria. De esta manera, la posición que proponemos exige correr el eje de ese justo medio más hacia el lado de la seguridad jurídica solo cuando se trate de oponer el boleto a titulares de derechos reales, lo que nos parece lógico debido a que se perturba mucho más la seguridad jurídica si se desplaza a un derecho real que a un derecho personal. No pretendemos afirmar que la postergación de un derecho personal no sea perturbadora, sino simplemente sostener que el desplazar un derecho real por el derecho del tenedor del boleto es aún más disvalioso para el bien jurídico “seguridad jurídica”, lo que amerita un tratamiento distintivo. Esta posición es la que más nos parece acorde con las normas vigentes tal como ha quedado redactado hoy el código.

4) Si la consecuencia es la exigencia de publicidad. ¿Qué tipo de publicidad? ¿Es suficiente la posesoria o se requiere de la registral?

Durante la vigencia del artículo 2505 del C. Civ., (antecesor del art. 1893 del CCC) se discutió si esta norma exige necesariamente la inscripción registral para la oponibilidad a

terceros. La doctrina y jurisprudencia consideraron que tratándose de bienes inmuebles la inscripción registral exigida por el art. 2505 era meramente declarativa y no constitutiva del derecho. Esta concepción permitió el desarrollo de la doctrina de la “publicidad suficiente”, que considera suficiente la publicidad posesoria. Los terceros, a través de esa posesión ejercida por el adquirente, conocieron, o pudieron razonablemente conocer, el derecho del adquirente. Esta postura es la que parece receptor el código al remplazar el vocablo “publicidad registral” del antiguo 2505 C. Civ. por “publicidad suficiente” en el actual 1893 del CCC.

IV. Conclusiones [\[arriba\]](#)

Del estudio de la doctrina y jurisprudencia que regía la materia anterior a la sanción del nuevo código se infiere que, el adquirente con boleto de fecha anterior a la constitución de la hipoteca, que cumplía con los requisitos exigidos por el art. 1185 bis del C. Civ. y el art. 146 segundo párrafo de la LCQ, tenía prioridad en su derecho frente al concurso o quiebra del vendedor incluso contra el acreedor hipotecario.

Que el nuevo código, al receptor normativamente la doctrina y jurisprudencia imperante en la materia, no innova en este tema, manteniendo el criterio de que el adquirente con boleto de fecha anterior a la constitución de la hipoteca, que cumple con los requisitos del actual art. 1171 del CCC, tiene prioridad en su derecho frente al concurso o quiebra del vendedor incluso contra el acreedor hipotecario.

El derecho del adquirente con boleto es un derecho personal que, cuando cumple con los requisitos del actual art 1171 del CCC, tiene la especial característica de que puede oponerse al concurso o quiebra del vendedor.

El art. 1893 del CCC, que exige publicidad suficiente de la adquisición o transferencia de derechos reales para que estos puedan ser opuestos a terceros, también le es aplicable al supuesto del derecho personal que tiene el adquirente con boleto en los términos del 1171 del CCC

Frente al titular de un derecho real de hipoteca es necesaria la “publicidad suficiente” del boleto, -inscripción registral o la posesión- en los términos del art. 1893 CCC, para que el derecho del adquirente del boleto del art. 1171 CCC pueda ser oponible al acreedor hipotecario.

Frente a los demás acreedores de la masa concursal que no detenten un derecho real no es necesaria la “publicidad suficiente”, es decir no es necesaria ni la posesión ni la registración del boleto, para que este resulte oponible a la masa concursal.

Bibliografía [\[arriba\]](#)

ALTERINI Jorge H. y Gatti Jorge H., “Régimen jurídico del boleto de compraventa”, La Ley, 143, pág. 1146

ALTERINI Jorge H., “La tutela del adquirente por boleto de compraventa fuera del ámbito específico del artículo 1185 bis del Código Civil.”, ED, T 153, pág. 635 a 638

ALTERINI Jorge H., Código Civil Comentado Tratado Exegético, editorial La Ley

HEREDIA Pablo D., Tratado exegético de Derecho Concursal, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída, voto en el plenario de SC Mendoza, 06/12/1991

en autos “Minni, Miguel A. y otro en Gómez, H. v. Grzona, Juan C.”, JA, T 1992 -I, pág. 462 a 474

KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída, voto en el plenario de SC Mendoza, en autos “Fernandez Ángel en J: Fernandez, Ángel en J: Coviram Ltda. s/inconstitucionalidad revisión-plenario”, JA, T 1997 - I, p. 83 a 97

LORENZETTI Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rubinzal - Culzoni Editores

MORELLO Augusto M. en “El boleto de compraventa inmobiliaria” 4ª edición, reelaborada y puesta al día, impresa en el 2011, editorial Librería Editora Platense

MOSSET ITURRASPE Jorge, Código Civil Comentado, Contratos Parte General Artículos 1137 a 1216, editorial Rubinzal - Culzoni Editores

RIVERA Julio César, “Conflicto entre acreedor embargante y poseedor con boleto de compraventa”, Revista del Notariado 838, 01/01/1994, pág. 538, cita Online en La Ley: AR/DOC/6339/2011

ROUILLON Adolfo A. N., Reflexiones sobre ciertos límites al reconocimiento, en la quiebra, del derecho a escriturar inmuebles adquiridos por boleto., JA, T 1997 - I, pág. 95 a 97. Jurisprudencia

SCBA, 14/06/1966 en autos “Dall’ Aglio, N c/Zubiri, B”, La Ley, Tomo 125, pág. 193

CN Com en pleno, 29/11/1967 en autos “Lozzi E. I. c. Socha S.A.I.C.I. s/quiebra s/inc. escrit. ”, La Ley, 128- 925.

CN Com. en pleno, 08/07/1981 en autos “Arturo de Zaguir, María”, ED, T.94, pág. 648

SC Mendoza en pleno, 06/12/1991 en autos “Minni, Miguel A. y otro en Gómez, H. v. Grzona, Juan C.” del voto de Kemelmajer de Carlucci, JA, T 1992 -I, pág. 462 a 474

SCBA, 09/02/1993 en autos “Club Personal Banco Río Negro y Neuquén en f Gaucci”, ED 153-635;

SC Mendosa en pleno, 30/05/96 en autos “Fernandez Ángel en J: Fernandez, Ángel en J: Coviram Ltda. s/inconstitucionalidad revisión-plenario” del voto de Kemelmajer de Carlucci con nota de Rouillon, JA, T 1997 - I, p. 83 a 97

CN Com -Sala E-, 31/10/2006 en autos “Goamko SRL s/ concurso preventivo s/ incidente de mejor derecho (por Méndez Adolfo G. y otro)”, DJ, 2007 - 2- 115

Notas [\[arriba\]](#)

1 CN Com en pleno, 29/11/1967 en autos “Lozzi E. I. c. Socha S.A.I.C.I. s/quiebra s/inc. escrit. ”, La Ley, 128-925. Citado por Heredia Pablo D., Tratado exegético de Derecho Concursal, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, tomo 5, pág. 187.

2 Heredia Pablo D., Tratado exegético de Derecho Concursal, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, tomo 5, pág. 187

3 Heredia Pablo D., Tratado exegético de Derecho Concursal, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, tomo 5, pág. 187

- 4 Explica Kemelmajer de Carlucci en el fallo de la SC Mendoza en pleno, 06/12/1991 en autos “Minni, Miguel A. y otro en Gómez, H. v. Grzona, Juan C.” JA, T 1992 -I, pág. 467. La Dra. Mendocina cita como autor de esta postura a Spota, y sugiere compulsar en ED 98-824.
- 5 Alterini Jorge H., Código Civil Comentado Tratado Exegético, La Ley, Tomo VI, pág. 160.
- 6 Alterini Jorge H., Código Civil Comentado Tratado Exegético, La Ley, Tomo VI, pág. 160.
- 7 Heredia Pablo D., Tratado exegético de Derecho Concursal, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, tomo 5, pág. 230 a 232.
- 8 Heredia Pablo D., Tratado exegético de Derecho Concursal, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, tomo 5, pág. 231 y 232.
- 9 En este sentido ver opinión de Kemelmajer de Carlucci en fallo del SC Mendosa en pleno, 30/05/96 en autos “Fernandez Ángel en J: Fernandez, Ángel en J: Coviram Ltda. s/inconstitucionalidad revisión- plenario” del voto de Kemelmajer de Carlucci con nota de Rouillon, JA, T 1997 - I, p. 83 a 97
- 10 CN Com. en pleno, 08/07/1981 en autos “Arturo de Zaguir, María”, ED, T.94, pág. 648; citado por Heredia Pablo D., Tratado exegético de Derecho Concursal, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, tomo 5, pág. 205.
- 11 Heredia Pablo D., Tratado exegético de Derecho Concursal, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, tomo 5, pág. 206
- 12 SC Mendoza en pleno, 06/12/1991 en autos “Minni, Miguel A. y otro en Gómez, H. v. Grzona, Juan C.” del voto de Kemelmajer de Carlucci, JA, T 1992 -I, pág. 462 a 474
- 13 SC Mendoza en pleno, 06/12/1991 en autos “Minni, Miguel A. y otro en Gómez, H. v. Grzona, Juan C.” del voto de Kemelmajer de Carlucci, JA, T 1992 -I, pág. 473
- 14 SCBA, 09/02/1993 en autos “Club Personal Banco Río Negro y Neuquén en f Gaucci”, ED 153-635; citado por Kemelmajer de Carlucci en el fallo de la SC Mendosa en pleno, 30/05/96 en autos “Fernandez Ángel en J: Fernandez, Ángel en J: Coviram Ltda. s/inconstitucionalidad revisión-plenario”, JA, T 1997 - I, p. 84
- 15 Kemelmajer de Carlucci en el fallo de la SC Mendosa en pleno, 30/05/96 en autos “Fernandez Ángel en J: Fernandez, Ángel en J: Coviram Ltda. s/inconstitucionalidad revisión-plenario”, JA, T 1997 - I, p. 84
- 16 Kemelmajer de Carlucci en el fallo de la SC Mendosa en pleno, 30/05/96 en autos “Fernandez Ángel en J: Fernandez, Ángel en J: Coviram Ltda. s/inconstitucionalidad revisión-plenario”, JA, T 1997 - I, p. 92
- 17 Heredia Pablo D., Tratado exegético de Derecho Concursal, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, tomo 5, pág. 209 en nota numero 202
- 18 SC Mendosa en pleno, 30/05/96 en autos “Fernandez Ángel en J: Fernandez, Ángel en J: Coviram Ltda. s/inconstitucionalidad revisión-plenario” del voto de Kemelmajer de Carlucci con nota de Rouillon, JA, T 1997 - I, p. 83 a 97
- 19 CN Com -Sala E-, 31/10/2006 en autos “Goamko SRL s/ concurso preventivo s/ incidente de mejor derecho (por Méndez Adolfo G. y otro)”, DJ, 2007 - 2- 115; fallo citado por Morello Augusto M. en “El boleto de compraventa inmobiliaria” 4ª edición, reelaborada y puesta al día, impresa en el 2011, editorial Librería Editora Platense, pág. 138.
- 20 Ver comentario que hicimos de la crítica de Alterini al vocablo “oponibles” del art. 1185 C.Civ. que hicimos en la pág. 5 de este trabajo.
- 21 Rouillon Adolfo A. N., Reflexiones sobre ciertos límites al reconocimiento, en la quiebra, del derecho a escriturar inmuebles adquiridos por boleto., JA, T 1997 - I, pág. 95 a 97.
- 22 Rivera Julio César, “Conflicto entre acreedor embargante y poseedor con boleto de compraventa”, Revista del Notariado 838, 01/01/1994, pág. 538, cita Online en La Ley: AR/DOC/6339/2011
- 23 Hihton, “Juicio Hipotecario”, T. III, p 236; citado por la CN Com -Sala E-, 31/10/2006 en autos “Goamko SRL s/ concurso preventivo s/ incidente de mejor derecho (por Méndez

Adolfo G. y otro)", DJ, 2007 - 2- 115; citado por Morello Augusto M. en "El boleto de compraventa inmobiliaria" 4ª edición, reelaborada y puesta al día, impresa en el 2011, editorial Librería Editora Platense, pág. 138.

24 Spota Alberto con referencia a los art. 3162 y 1185 bis del Cod. Civ. en "Sobre las Reformas al Código Civil", Buenos Aires, 1969, pág. 67; citado por Alterini Jorge H. y Gatti Jorge H., "Régimen jurídico del boleto de compraventa", La Ley, 143, pág. 1167 en nota (57).

25 El autor se refiere a la Ley 17.711

26 Alterini Jorge H. y Gatti Jorge H., "Régimen jurídico del boleto de compraventa", La Ley, 143, pág. 1171. Sin embargo el mismo autor advierte que la mayoría de la doctrina antes y después de la reforma de la 17.711 hacen primar siempre al acreedor hipotecario, tenga o no posesión el titular del boleto. Cita en contra de su postura a Borda, Adrogué y Mariani de Vidal en la nota (56) de la pág. 1167

27 Lo cita Kemelmajer de Carlucci en el fallo de la SC Mendoza en pleno, 06/12/1991 en autos "Minni, Miguel A. y otro en Gómez, H. v. Grzona, Juan C.", JA, T 1992 -I, pág. 468

28 Kemelmajer de Carlucci dice "Todo lo expuesto trae como conclusión ineludible la improcedencia de la tercería de dominio, fundada, como su propio nombre lo indica, en el derecho real de propiedad, inexistente en el caso." En su voto en el fallo SC Mendoza en pleno, 06/12/1991 en autos "Minni, Miguel A. y otro en Gómez, H. v. Grzona, Juan C." del voto de Kemelmajer de Carlucci, JA, T 1992 -I, pág. 469

29 "Los derechos reales son oponibles erga omnes. Por lo tanto requieren la publicidad para ser conocidos y oponibles a ciertos terceros "Lorenzetti Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo IX, Rubinzal - Culzoni Editores, pág. 41

30 Se refiere al fallo de la SC Mendosa en pleno, 30/05/96 en autos "Fernandez Ángel en J: Fernandez, Ángel en J: Coviram Ltda. s/inconstitucionalidad revisión-plenario" JA, T 1997 - I, p. 83 a 97.

31 CN Com -Sala E-, 31/10/2006 en autos "Goamko SRL s/ concurso preventivo s/ incidente de mejor derecho (por Méndez Adolfo G. y otro)", DJ, 2007 - 2- 115; fallo citado por Morello Augusto M. en "El boleto de compraventa inmobiliaria" 4ª edición, reelaborada y puesta al día, impresa en el 2011, editorial Librería Editora Platense, pág. 138.

32 Del voto de Kemelmajer de Carlucci, fallo citado de la SC Mendoza en pleno de 1996 en autos "Coviram Ltada". JA, T 1997 - I, p. 92.

33 Del voto de Kemelmajer de Carlucci, fallo citado de la SC Mendoza en pleno de 1996 en autos "Coviram Ltada". JA, T 1997 - I, p. 92.

34 Del voto de Kemelmajer de Carlucci, fallo citado de la SC Mendoza en pleno de 1996 en autos "Coviram Ltada". JA, T 1997 - I, p. 92.

35 Del voto de Kemelmajer de Carlucci, fallo citado de la SC Mendoza en pleno de 1996 en autos "Coviram Ltada". JA, T 1997 - I, p. 92.

36 Del voto de Kemelmajer de Carlucci, fallo citado de la SC Mendoza en pleno de 1996 en autos "Coviram Ltada". JA, T 1997 - I, p. 93

37 Del voto de Kemelmajer de Carlucci, fallo citado de la SC Mendoza en pleno de 1996 en autos "Coviram Ltada". JA, T 1997 - I, p. 93

38 CN Com -Sala E-, 31/10/2006 en autos "Goamko SRL s/ concurso preventivo s/ incidente de mejor derecho (por Méndez Adolfo G. y otro)", DJ, 2007 - 2- 115; fallo citado por Morello Augusto M. en "El boleto de compraventa inmobiliaria" 4ª edición, reelaborada y puesta al día, impresa en el 2011, editorial Librería Editora Platense, pág. 138.

39 Lorenzetti Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo VI, Rubinzal - Culzoni Editores, pág. 461.

40 Del voto de Kemelmajer de Carlucci, fallo citado de la SC Mendoza en pleno de 1996 en autos "Coviram Ltada". JA, T 1997 - I, p. 92.

41 Del voto de Kemelmajer de Carlucci, fallo citado de la SC Mendoza en pleno de 1996 en autos "Coviram Ltada". JA, T 1997 - I, p. 92.

42 Mosset Iturraspe Jorge, Código Civil Comentado, Contratos Parte General Artículos 1137 a 1216, editorial Robinzal - Culzoni Editores, pág. 312.

43 Heredia Pablo D., Tratado exegético de Derecho Concursal, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, tomo 5, pág. 209 en nota 202

44 Heredia Pablo D., Tratado exegético de Derecho Concursal, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, tomo 5, pág. 210