

SITUACION DEL POSEEDOR DE UN INMUEBLE CON BOLETO PRIVADO DE COMPRAVENTA EN EL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL ARGENTINO

Por

ELDA ALEJANDRINA LIZARRALDE DE FABÁ

SUMARIO: 1. — Situación del poseedor de un inmueble con boleto privado de compraventa. 2. — Intentos de solución. 3. — Necesidad de determinar su naturaleza jurídica: a) la posesión es un derecho b) la posesión es un derecho real. 4. — El obstáculo que presenta el art. 2503 Cód. Civ. 5. — Solución legal.

1. *Situación del poseedor de un inmueble con boleto privado de compraventa.* El agregado que la ley de reformas al Código Civil ha introducido en el art. 2355: "Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa" pone punto final a la controversia sobre calificación de la relación real¹ en que se encontraba el comprador de un inmueble con boleto privado de compraventa a quien se le había hecho tradición del mismo.

El comprador en tal situación no ha adquirido la propiedad del inmueble ya que no ha formalizado la escritura traslativa de dominio que exige el art. 1184 inc. 1º del Cód. Civil² prolongándose esta situación a veces por un lapso de va-

¹ Sobre concepto de este término ver ALBERTO D. MOLINARO, "De las Relaciones Reales", (Bs. As., 1965).

² Con la actual reforma se requiere también la inscripción en el Registro Inmobiliario respectivo para que la adquisición quede perfeccionada (art. 2505).

rios años. Hasta tanto adquiriera el dominio y en el supuesto de una acción de reivindicación, por ejemplo, en qué situación se encuentra?, es un tenedor o un poseedor?, si es poseedor es legítimo o ilegítimo?, de buena o de mala fe? Tales eran los interrogantes que habían preocupado a doctrina y jurisprudencia y a los que la reforma actual ha puesto punto final.

El problema que se planteaba en la calificación del poseedor en esta situación no carecía de importancia ya que según se le ubicare en una u otra situación distinta era la protección en orden a la restitución de frutos, indemnización por destrucción o deterioro del inmueble, etc.

El caso no estaba expresamente previsto en el articulado de nuestro Código lo que es lógico ya que a la época de sanción del mismo no menudeaban, por cierto, dicho tipo de operaciones a largo plazo en las que se presenta frecuentemente la situación que analizamos.

Ante la carencia de una norma expresa la ubicación exacta de esta figura se presentaba confusa advirtiéndose discrepancia en doctrina y jurisprudencia lo que impedía unidad de criterio que permitiera precisarla con certeza.

Esa falta de precisión ha llevado a que se le negara en algún fallo carácter poseedor al comprador en tal condición calificándosele como simple tenedor³.

La doctrina, a su vez, no ha vacilado en considerarlo como poseedor⁴ lo que es lógico ya que en esta situación no se advierten, evidentemente, los caracteres de una tenencia.

El poseedor, en ningún momento recibe la cosa con intención de tenerla a nombre de otro (art. 2461 y conc. Cód. Civ.) sino que por el contrario es evidente, surge del contrato, la intención del vendedor de traspasar el dominio al compra-

³ En "La Ley", T. 66 pág. 504.

⁴ SALVAT, Raimundo, "Tratado de Derecho Civil Argentino", Derechos Reales, 4ª edic. actualizada por CORVALAN S. N., (Bs. As., 1952), I, pág. 74. LAFAILLE, Héctor "Derecho Civil Argentino", Tratado de los Derechos Reales" (Bs. As., 1943), T. III, Vol. I, pág. 89.

⁵ En J. A., pág. 627, J. A., T. 73, pág. 31.

dor que recibe el inmueble con la intención de comportarse como dueño (aunque todavía no lo sea).

Por tanto es insostenible el criterio sustentado en el fallo anteriormente citado y que afortunadamente no prosperó ya que en la actualidad la jurisprudencia no vacila en reconocer el carácter de poseedor al comprador en esta situación⁵.

Pero dado el juego de los arts. 2355, 1184 inc. 1º y 2356 esta posesión revestía el carácter de ilegítima y de mala fe y así lo señalaban los autores.

El razonamiento es el siguiente: dado que el art. 2355 del Cód. Civ. establece que "La posesión será legítima cuando sea el ejercicio de un derecho real constituido en conformidad a las disposiciones de este Código..." al faltar la escritura pública traslativa de dominio que exige el art. 1184, inc. 1º Cód. Civ., no puede haber ejercido legítimo de un derecho real (el de propiedad) que aún no ha nacido y en ese sentido el art. 2355 sigue diciendo "...Ilegítima, cuando se tenga sin título, o por un título nulo o fuere adquirida de un modo insuficiente para adquirir derechos reales...". Y tampoco esa posesión podía ser considerada de buena fe ya que conforme al art. 2356 Cód. Civ. "...La posesión es de buena fe, cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, se persuadiere de su legitimidad". No puede entonces alegar el poseedor que está persuadido de la legitimidad de su posesión ya que de alegar ignorancia de la necesidad de escritura pública su error será de derecho, no de hecho y este error (el de derecho) no es excusable según el conocido principio de que la ley se presume conocida por todos (arts. 20; 923 y conc. Cód. Civ.)⁶.

De aceptarse esta interpretación grave era (antes de la reforma), la situación de estos poseedores ya que en caso de

⁵ Ver sobre este punto DASSEN J. y VERA VILLALOBOS E. "Manual de Derechos Reales", Bs. As., Tea, 1962), págs. 98 y ss., SALVAT, R., *op. cit.*, T. I pág. 73. En igual sentido SPOTA, A., "La Ley", T. 21 págs. 250-51 (comentando un fallo) LAPAILLE, H. *op. cit.*, Vol. I, pág. 89. Considerando esta posesión como de buena fe CORVALAN, S. N. en SALVAT, *Op. cit.*, T. I pág. 78.

reivindicación, por ej., la ley los condena a devolver los frutos que hubiere percibido y los que por su culpa hubiere dejado de percibir (art. 2438 Cód. Civ.), responde por la ruina y deterioro del inmueble en los términos del 2435 Cód. Civ., etc. Y en esta situación se encontraban la mayoría de los compradores de inmuebles a plazos, generalmente la clase trabajadora humilde a quienes era injusto calificarlos de esta manera.

Recoigiendo este sentimiento de justicia la corriente jurisprudencial se había inclinado a considerar esta posesión como legítima⁷ orientación ésta inspirada más en un humano sentimiento de equidad que por un riguroso razonamiento jurídico ya que a nuestro entender y tal como trataremos de demostrar, si no se independiza totalmente la posesión de la propiedad y esto no se ha hecho en la mayoría de los casos que hemos tenido oportunidad de examinar era imposible calificarla como legítima y de buena fe en una sistemática interpretación de nuestro texto positivo.

2. *Tentativas de solución.* En un fallo plenario muy comentado⁸ el camarista Dr. Barraquero al fundar su voto sustentó la opinión de que se puede transmitir la posesión independientemente del dominio con lo que abrió un nuevo camino de interpretación.

Pero si bien es innegable el valor de este fallo que con acertado criterio y en forma precisa se reconoce al poseedor la legitimidad de su posesión⁹ es de lamentar que se tuviera en cuenta la posesión en función del derecho de propiedad independizándolo del mismo en forma parcial y no total resultando así convencional, como apunta la doctrina, su distinción entre "modos" y "medios"¹⁰.

⁷ J. A. T. V, pág. 627, Idem T. 73 pág. 31 y ss.

⁸ La Ley T. 21 pág. 250 y ss.

⁹ Ver nota de SPOTA, A., al fallo en La Ley T. 21 pág. 250 y ss.

¹⁰ Ver acertada crítica en DASSEN y VERAVILLALOBOS, *op. cit.*

En el Anteproyecto y Proyecto de Reforma al Código Civil del año 1936 se solucionaba el problema al considerarse excusable el error de derecho (art. 5 núm. 2 y art. 1409 respectivamente). Conforme a esta modificación proyectada el comprador-poseedor del inmueble podía ser considerado de buena fe ya que él puede alegar ignorancia acerca de la disposición que le obliga a escriturar.

La posesión adquiriría entonces la calificación de buena fe y por ende se hacía acreedora a un benigno tratamiento legal.

Pero para llegar a tal conclusión se desconocía la saludable ficción legal, nacida a impulsos de una imperiosa necesidad de orden, de que la ley se presume conocida por todos, poniéndose en peligro de esta manera el orden y seguridad jurídica en una materia en que tanto está interesado el orden público.

Escudándose en el desconocimiento del derecho ¿qué de torpes reclamaciones no florecían bajo el amparo legal?

Y tampoco responde este criterio a la realidad social ya que este requisito no es ignorado por el hombre común quien si compra un inmueble suscribiendo primeramente sólo un boleto privado no es por desconocimiento del derecho sino por simples e imperiosas razones de índole económica que lo obligan a escriturar transcurrido un largo lapso de tiempo.

En otro esforzado intento por resolver esta difícil cuestión se ha sostenido que la posesión en este supuesto es de buena fe argumentándose que dado que la buena fe se presume (art. 2362 Cód. Civ.) no podrá probarse lo contrario exhibiéndose un título insuficiente máxime si se tiene en cuenta que el mismo no es un título definitivo sino provisorio recibiendo el comprador el inmueble con la persuasión de que va a ser suyo¹¹.

El argumento es, como se advierte, hábil, pero entendemos que este razonamiento no es válido dado que si la posesión es

¹¹ CORVALAN, S. N., comentando a SALVAT, R., *op. cit.*, pág. 78.

ilegítima (como lo reconoce el mismo autor que comentamos) y no puede alegarse error o ignorancia de hecho excusable no puede existir buena fe ya que para que ella exista es necesario que el poseedor esté persuadido de la legitimidad de su posesión (art. 2356 Cód. Civ.). Y esta persuasión no puede depender del libre arbitrio individual por obvias razones de seguridad jurídica sino del texto expreso de la ley.

También se ha considerado que esta posesión es legítima al conceptuarse al poseedor en esta situación como propietario imperfecto posición ésta que analizaremos infra en el apartado Número 5.

3. *Necesidad de determinar su naturaleza jurídica.* Por nuestra parte entendemos que el problema quedaría definitivamente resuelto si consideráramos a la posesión como un derecho real. Calificándose a la posesión como tal por un simple razonamiento de lógica jurídica podremos ubicar al poseedor como un poseedor legítimo funcionando así el agregado introducido por la reforma y al que hacíamos supra referencia¹² sin contradicción en nuestro sistema legal vigente¹³.

Pero para llegar a tal conclusión es necesario primero comenzar por el tan debatido tema: ¿la posesión es un hecho o un derecho?

En doctrina las opiniones están divididas. Según una corriente doctrinal con Savigny a la cabeza la posesión es un hecho por sí misma y un derecho por sus consecuencias aunque el mismo autor reconoce que en ciertas situaciones la posesión aparece en sí misma en la categoría de derecho¹⁴.

Sustentando la opinión contraria encontramos a Molitor para quien la posesión es un derecho por el elemento de poder que le es inherente¹⁵ y considerando también a la posesión co-

¹² Supra Núm. 1.

¹³ SOLER, Sebastián, *"Interpretación de la ley"*, (Barcelona, 1962). Nos dice este autor que la ley al ser sancionada queda incorporada a un sistema en el que deberá funcionar sin contradicción, pág. 111.

¹⁴ En SALVAT, R., *op. cit.*, T. I pág. 66.

¹⁵ Idem pág. 67.

mo un derecho encontramos a Ihering que considera a la posesión como un interés que reclama protección y dado que para él el derecho es un interés jurídicamente protegido esta figura encuadra perfectamente en la categoría de derecho¹⁶.

Si recurrimos al Código Civil en procura de la opinión de Vélez vemos que en ningún artículo se ha ocupado de calificar a la posesión como un hecho o un derecho aunque en ciertas disposiciones se refiere al "hecho de la posesión" (art. 2470) en tanto que en el art. 2363 Cód. Civ.) no dice que el poseedor posee porque es su derecho sino "posee porque posee" lo que ha servido como argumento, entre otros, para sostener que en nuestro derecho la posesión es un hecho y no un derecho¹⁷.

Rebatiendo tal postura Salvat ha puntualizado, muy acertadamente, que es lógico que en los arts. mencionados la posesión sea considerada como un hecho ya que exteriormente la posesión aparece como un poder material sobre una cosa y es esa circunstancia, precisamente lo que el poseedor debe probar que existe, pero de ello no puede inferirse que nuestro Codificador ha considerado la posesión como un simple hecho¹⁸.

Tampoco podemos inferir de las notas la opinión de Vélez ya que si bien en la nota al art. 2470 nos dice que para él la posesión es un derecho en la nota al Título II del libro Tercero cita a Savigny para quien, como vimos, la posesión es un hecho por sí misma y un derecho por sus consecuencias.

Y por si el panorama no fuera ya bastante confuso en la nota general del Libro III nos dice que siguiendo la opinión y el método de Mackeldy considera a la posesión como un elemento de los derechos reales.

En definitiva vemos entonces que ni en el articulado ni

¹⁶ Idem pág. 67.

¹⁷ PIZARRO, Angel S., "*La posesión y las acciones posesorias en el Código Civil Argentino*". pág. 28 y ss.

¹⁸ SALVAT, R., *op. cit.*, T. I pág. 69. ver también LAFAILLE H., *op. cit.* T. I pág. 84 y ss.

en las notas (aunque no hay que olvidar el valor relativo de las mismas) podemos encontrar pautas precisas que nos permitan dilucidar el problema.

Se hace necesario, entonces, recurrir a la construcción jurídica que, ceñida al texto positivo, nos permita encontrar la solución adecuada.

Lógico es que si queremos saber si la posesión es o no un derecho debemos primeramente conceptuar qué es derecho subjetivo.

Nos vemos obligados así a recurrir a la filosofía jurídica que es la que se ocupa, precisamente, de los primeros principios y de los conceptos que por su generalidad no son objeto de las materias codificadas¹⁹.

Este derecho subjetivo ha sido definido como un "poder o señorío de la voluntad conferido por el orden jurídico" (Windscheid)²⁰ o bien como un interés jurídicamente protegido" (Ihering)²¹. Del Vecchio, por su parte, entiende por tal "la facultad de querer y pretender atribuida a un sujeto al cual le corresponde una obligación por parte de otros"²².

Otro autor, Alf Ross, si bien niega la existencia del derecho subjetivo reconoce que el mismo es una herramienta de presentación de una situación jurídica en que se asegura a un individuo una situación de preferencia con respecto a otros conforme a lo establecido en el orden jurídico²³.

Tales son, en síntesis, las principales posturas doctrinarias con respecto al derecho subjetivo. Y es evidente que optemos por una u otra posición no podemos dejar de reconocer que la posesión se nos presenta en la categoría de derecho.

¹⁹ Ross, Alf. "Sobre el Derecho y la Justicia (Bs. As., Eudeba, 1963), pág. 25-26.

²⁰ En DEL VECCHIO, Giorgio, "Filosofía del Derecho", 2ª ed. con adiciones de Luis Recasens Siches, (Barcelona, "bosch", 1936) T. II, pág. 15.

²¹ Idem pág. 13 y ss.

²² Ibidem pág. 7.

²³ Es de advertir que se discute si la acción de despojo es o no una acción posesoria.

Ese "poder o señorío de la voluntad conferido por el orden jurídico", ese "interés jurídicamente protegido" se manifiesta, conforme nuestro régimen legal, percibiendo frutos, ejercitando acciones para la defensa de la relación real, etc. Existe, como se puede apreciar una "situación de privilegio conferido con respecto a otros conforme lo establecido en el orden jurídico.

Condice también la situación del poseedor con la definición que de derecho subjetivo nos da Del Vecchio ya que el poseedor tiene la facultad de querer y de pretender, por ejemplo, que se le respete en tal situación acordándole la ley acciones posesorias y de despojo²⁴ estando los demás obligados a respetar tal situación.

Se podrá objetar a esto que el verdadero propietario puede atacar, por las vías legales pertinentes, la posesión del que no es propietario pero ello no obsta a que se le considere como un derecho, transitorio si se quiere, pero derecho al fin. En la misma situación se encuentra, por ejemplo, el titular de un dominio revocable que puede verse privado de su derecho en virtud de la revocación operada, pero no por ser revocable su dominio deja de ser un derecho²⁵.

He aquí que con ayuda *jus filosófica* hemos resuelto la cuestión en nuestro ordenamiento positivo.

La firme protección legal que recibe el poseedor, independientemente de la existencia de otro derecho real, justifica plenamente que la posesión sea considerada por sí mismo como un derecho.

Tal es, por otra parte, la opinión sustentada por la mayoría de los autores que consideran que en nuestro Código la posesión es un derecho²⁶.

En cuanto a la jurisprudencia también parece inclinarse

²⁴ ver LAFAILLE, H., *op. cit.*, Vol. I, pág. 81.

²⁵ SALVAT, R., *op. cit.*, T. I, pág. 68, LAFAILLE, H., *op. cit.* Vol. I, págs. 84-85.

²⁷ Idem pág. 85.

se en el sentido de considerar a la posesión como derecho real aunque los fallos sobre el punto son limitados, como apunta la doctrina, dado el carácter doctrinario que reviste el tema ²⁷.

Determinado entonces que la posesión reviste en nuestro ordenamiento positivo los caracteres de un derecho es menester precisar ahora si es un derecho real o personal conforme a la clásica clasificación de los derechos patrimoniales.

Oigamos nuevamente a la doctrina.

Savigny, inspirador de Vélez en este tema de la posesión, considera este punto en lo que respecta a los efectos de la posesión acorde con la idea por él sustentada de que la posesión es un hecho por sí misma y un derecho por sus consecuencias) y examinando la naturaleza de los interdictos posesorios (que nacen al atacarse la posesión) los cataloga como acciones personales ²⁸.

Para Molitor, citado también por nuestro codificador, la posesión es un derecho real-personal, no es netamente real ya que considera que aún cuando la cosa está sometida directa e inmediatamente al poseedor (inmediatez persona-cosa, rasgo característico del derecho real) este no puede oponer su derecho a cualquiera sino solamente a aquél que lo ha atacado en su posesión con lo que presenta esta figura características de derecho personal ²⁹.

Una vez más advertimos que las fuentes utilizadas por Vélez no nos resuelven la cuestión.

Si nos atenemos a la nota característica del derecho real encontramos como tal la inmediatez persona-cosa.

Atento a ello Vélez citando a Demolombe nos dice que "derecho real es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata" ³⁰.

Si bien esta definición es blanco de críticas al señalarse que toda relación jurídica se establece entre personas no en-

²⁵ ver nota al título II del Libro III.

²⁶ Ídem.

³⁰ ver nota al Título IV del Libro III.

tre persona y cosa³¹ esa característica de derecho real que permite al sujeto disponer directamente de la cosa sin intermediario alguno es señalada en forma unánime por la doctrina como esencial en todo derecho real.

Precisamente advirtiendo esta característica en la posesión Ihering señala que la misma es un derecho real³².

Y evidentemente es esta la conclusión que se impone ya que es innegable que el poseedor ejerce sus facultades directamente sobre la cosa sin la colaboración de ningún intermediario. Y si bien es cierto que tal como lo advirtiera Molitor³³ que este derecho no es oponible erga omnes entendemos que este solo rasgo diferencial no obsta para desvirtuar su principal elemento distintivo: inmediatez persona-cosa que lo ubica en la categoría de derecho real.

Por otra parte, con la actual reforma, de ejercitarse la acción de despojo como defensa posesoria puede la misma ejercerse no sólo contra el despojante sus herederos y cómplices sino también contra terceros poseedores de mala fe (art. 2491) a quienes antes la defensa no alcanzaba con lo que ha perdido la posesión en punto a su defensa por la acción antedicha el matiz personal que antes revestía acentuándose así su carácter real.

4. *El problema en nuestro derecho positivo. El obstáculo que presenta el art. 2503.* En orden a nuestra legislación el mayor obstáculo que se presenta para encastrar a la posesión como un derecho real es el art. 2503 que no lo enumera como derecho real y dado que la existencia de los mismos está limitada por ley (art. 2502) se sostiene que no puede considerarse a la posesión como derecho real³⁴.

Sustentando la opinión contraria una fuerte corriente doc-

³¹ ver sobre este punto DASSEN..., *op. cit.*, pág. 13.

³² En SALVAT, *op. cit.*, pág. 69.

³³ ver nota al Título II del Libro III antes citada.

³⁴ PIZARRO, A., *op. cit.*, pág. 31.

trinaría entiende, en una amplia interpretación de la ley, que en nuestro Código la posesión es un derecho real.

En este sentido son muy interesantes los argumentos aducidos por Salvat en el sentido de que son las propias disposiciones del Código las que evidenciarían que la posesión es un derecho real. Así nos dice que el derecho real existe por obra de la ley y si bien no está incluida la posesión en la enumeración del art. 2503 ello es en virtud de que se le ha legislado antes del derecho de propiedad³⁵.

En la misma postura encontramos a Segovia quien considera que la no inclusión de la posesión en el art. 2503 se debió a una inadvertencia u omisión del legislador³⁶.

Por otra parte si nos atenemos a la ley N° 14005 sobre venta de inmuebles fraccionados y a plazos encontramos que el comprador puede oponer su boleto de compraventa a los acreedores posteriores a la inscripción del mismo en el Registro respectivo en el sentido del art. 6° rigiendo entonces el principio característico de los derechos reales "prior tempore potior jure".

Consagrando esta oponibilidad del boleto de compraventa la actual ley N° 17711 establece en el art. 1185 bis "Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe y a título oneroso, serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio".

Y si bien es cierto que para que funcione dicha oponibilidad no es necesario, como lo señala Bustamante Alsina³⁷, que esté el comprador en posesión de la cosa lo cierto es que si ella se ha efectuado la relación real adquiere el perfil característico de los derechos reales.

³⁵ SALVAT, R., *op. cit.*, T. I, pág. 71.

³⁶ en LAFAILLE, H., Vol. I pág. 86.

³⁷ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., "El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad en el concurso o quiebra del vendedor" en "La Ley", 18-7-1968.

Entendemos, por otra parte, que el hecho de que la posesión no esté incluida en el art. 2503 Cód. Civ. no es obstáculo decisivo para considerarla como derecho real ya que, como lo señala la doctrina, existen otros derechos reales aparte de los enumerados en dicho art. Tal, por ejemplo, los censos y rentas permitidos en nuestro régimen legal por un lapso de cinco años³⁸. Asimismo vemos que de considerarse al derecho que nace en virtud de la ley de propiedad horizontal un derecho autónomo, independiente del dominio como lo hacen varios autores³⁹, se hace evidente que si bien es cierto que el derecho real debe existir en virtud de la ley existen otros derechos reales aparte de los enumerados en el art. 2503 Cód. Civ.

Los peligros que Vélez trató de conjurar al limitar la existencia de los derechos reales, inquietud ésta que expone en la nota al art. 2502 no se perciben si se reconoce a la posesión como un derecho real sino que por el contrario el poseedor en tal situación amparado en su categoría de titular de derecho real mejorará el bien explotándolo económicamente y perfectamente deslindado su derecho de posesión frente al titular de dominio y frente a terceros desaparecen controversias sobre derecho a frutos, etc. que tanto quehacer han dado a los tribunales.

5. *Solución legal.* La reforma introducida por la actual ley N° 17711 encaja entonces perfectamente en la sistemática de nuestro derecho positivo. Es la expresa confirmación de una situación legítima por sí misma tal como surge del juego de principios y conceptos legales lamentablemente no siempre bien manejados.

³⁸ Según la interpretación más generalizada que es la de Segovia ya que hay controversia al respecto. Ver DASSEN y VERAVILLALOBOS, *op. cit.*, pág. 24.

³⁹ En este sentido se expiden CHÁVARRI, Angel B., "Sobre figuras jurídicas novedosas (A propósito de la Propiedad Horizontal)" en "Estudios de Derecho Civil en homenaje a Héctor Lafaille", (Bs. As., "Depalma", 1968) pág. 229, RACCIATI, Hernán, "Propiedad por pisos o departamentos", 2° ed. (Bs. As., 1958), BENDERSKY, Mario, en "Propiedad Horizontal", (Bs. As., 1967), etc.

Evidentemente existe en esta situación el ejercicio de un derecho real (el de posesión) constituido de conformidad a las disposiciones de nuestro Código y por ende legítima es la posesión. El boleto de compraventa es el "título" que conjuntamente con la tradición (el "modo")⁴⁰ hace nacer el derecho real de posesión que el comprador de buena fe adquiere persuadido de la legitimidad de su posición, legitimidad esta que nace del simple juego de los arts. de nuestro texto positivo.

Se ha considerado también, analizándose la cuestión específicamente en el supuesto de concurso o quiebra del vendedor, que esta posesión es legítima por entenderse que el poseedor es titular de un derecho de dominio imperfecto o menos pleno ya que necesita para integrar dicho derecho la escritura pública pertinente así como la inscripción registral⁴¹.

Señala asimismo este autor que este dominio aunque parece una figura híbrida, extraña y quizá inoperante es en definitiva una categoría de dominio que aún debe integrarse y que no es inoperante porque produce importantes efectos señalando asimismo⁴² que esta figura es muy singular pues solamente se crea por la ley (art. 1185 bis) cuando el acto traslativo de propiedad es un boleto de compraventa y por consiguiente no comprendería otras hipótesis como donación, permuta, aporte en sociedad, etc. que no estén en escritura pública tratándose de inmuebles.

Por nuestra parte entendemos que de admitirse que estamos en presencia de un derecho imperfecto o menos pleno de dominio del que el poseedor es titular lógicamente debemos dar por sentado que el vendedor ha perdido el dominio del inmueble ya que dado el carácter de exclusivo que reviste el dominio y que se establece expresamente en el art. 2503 C. Civ. 1ra. parte⁴³ no pueden coexistir dos o más propietarios so-

⁴⁰ Sobre título y modo ver LAFAILLE, H., *Op. cit.*, Vol. I pág. 449.

⁴¹ BUSTAMANTE ALSINA, J., *op. cit.*, pág. 3.

⁴² Ídem nota N° 12.

⁴³ Sobre el carácter de exclusivo del dominio ver SALVAT, R., *op. cit.*, T. I pág. 43 y ss. LAFAILLE, H., *op. cit.*, Vol. I pág. 375 y ss.

bre la cosa salvo el caso de condominio en que los copropietarios lo son por una parte indivisa (art. 2673) Cód. Civ.).

Pero si nos atenemos a lo que se establece en el art. 260 Cód. Civ. vemos que para que el vendedor pierda su dominio sobre el inmueble es necesario que formalice la respectiva escritura pública traslativa de dominio lo que concuerda perfectamente con el art. 1884 inc. A. Conforme a ello no podemos entonces admitir que el vendedor que aún no ha formalizado la escritura pública traslativa de dominio pierde su propiedad para adquirirla el comprador ni tampoco que coexistan dos propietarios sobre la totalidad de la cosa dado el carácter de exclusivo que es de la esencia del derecho de dominio y que se manifiesta inclusive en la figura del dominio imperfecto en que sólo existe un titular de dominio sobre la cosa en que recae su dominio imperfecto o menos pleno.

El dominio del vendedor subsiste, no obstante el boleto privado de compraventa tanto frente al comprador como frente a terceros. A tal conclusión nos lleva, indefectiblemente, la interpretación sistemática de nuestro Código.

El hecho de que el boleto privado de compraventa del inmueble sea oponible a terceros (acreedores) no significa necesariamente que el bien ha salido del patrimonio del vendedor como lo señala el autor que comentamos⁴⁴ sino que simplemente tal oponibilidad es la evidencia de que el derecho real de posesión que ha nacido al cumplirse la tradición está funcionando como tal.

Y en el supuesto de que no se haya efectuado la tradición y por ende aún no ha nacido el derecho real de posesión estamos en presencia, como señala acertadamente Bustamante Alsina, de una acción de inoponibilidad de los efectos del acto jurídico procesal declarativo de la quiebra o concurso⁴⁵.

⁴⁴ Idem pág. 3. Como ya advertimos este autor analiza la cuestión en relación al art. 1185 bis del Cód. Civ.

⁴⁵ Idem pág. 4.

Pero ni aún cuando mediere tradición puede el comprador del inmueble que sólo ha suscripto un boleto privado adquirir el dominio aunque sea menos pleno o imperfecto ya que subsiste, como vimos, el dominio del vendedor. En el dominio menos pleno o imperfecto existe adquisición real y efectiva del derecho de propiedad ⁴⁶ aun cuando esté subordinado a durar sólo hasta el cumplimiento del plazo o condición resolutoria (dominio fiduciario y dominio revocable) o existe desmembración del mismo por estar gravada la cosa con derechos reales a favor de terceros (dominio desmembrado).

Conceptuando este dominio imperfecto el art. 2507 Cód. Civ. nos dice que: "...Se llama menos pleno o imperfecto cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble gravado respecto de terceros con un derecho real como servidumbre, usufructo, etc. "en tanto que en el art. 2661 Cód. Civ. se precisa que "El dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil".

Surgen entonces del texto legal tres casos de dominio imperfecto: 1) el dominio fiduciario, 2) el revocable y 3) el gravado con derechos reales a favor de terceros.

Veamos ahora si podemos catalogar al poseedor que nos ocupa como propietario fiduciario o como propietario revocable siendo obvio que no podemos considerarlo como el titular de un dominio pleno que enajena el dominio útil ya que en este supuesto existe adquisición plena y perfecta del dominio que luego se desmembra.

En lo que respecta a la propiedad fiduciaria vemos que Vélez la define en el art. 2662 Cód. Civ. que nos dice: "Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singu-

⁴⁶ SALVAT, R., *op. cit.*, T. I pág. 481 con respecto al dominio revocable.

lar, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero".

Propietario fiduciario es el que recibe la cosa para transmitirla a un tercero y fideicomisario es aquél a quien en definitiva se transmite la cosa.

Nace esta figura en el Derecho Romano y en materia sucesoria denominándose fideicomiso la institución de una herencia o un legado que se hacía a favor de una persona rogándole la transmitiera a otro ⁴⁷.

Vélez repudió esta institución en materia sucesoria ⁴⁸ por lo que la misma no puede funcionar en nuestro ordenamiento positivo en materia de actos de última voluntad.

Atento a ello Salvat entiende que esa figura no tiene ninguna vigencia en nuestro derecho positivo ⁴⁹ en tanto que otro autor, Lafaille, considera que esta institución fideicomisaria puede funcionar en actos entre vivos aunque advierte que en la práctica muy poco se aplica este procedimiento ⁵⁰.

Como fácilmente se advierte no podemos considerar al comprador en esta situación como un propietario fiduciario ya que evidentemente no es con la intención de que se entregue la cosa a un tercero que se celebra el contrato de compraventa.

Veamos ahora si podemos considerar que existe aquí un dominio revocable.

Este tipo de dominio, al igual que el anterior, está destinado a durar solamente un tiempo: hasta el cumplimiento de un plazo ⁵¹ o condición resolutoria, pero difiere del mismo

⁴⁷ SALVAT, R., *op. cit.*, T. II, pág. 474. LAFAILLE, H., *op. cit.*, Vol. II pág. 141.

⁴⁸ Ver nota al art. 3724 Cód. Civ., art. 3731 y Cód. Civ.

⁴⁹ SALVAT, R., *op. cit.*, T. II pág. 476-477.

⁵⁰ LAFAILLE, H., *op. cit.*, Vol. II, pág. 142. Según este autor también funciona en materia de bienes reservables.

⁵¹ LAFAILLE, entiende que este plazo en lo sustancial es una condición, *op. cit.*, pág. 134-135.

en que al vencer el plazo o cumplirse la condición la cosa debe volver a su anterior propietario.

Con respecto a este dominio nos dice el art. 2663 Cód. Civ. que la revocación puede operarse por voluntad del que ha transmitido la cosa o cuando el actual propietario puede verse privado de su propiedad por una causa inherente a su título.

Hay aquí, como apunta la doctrina, transmisión real y efectiva del derecho de propiedad⁵². El que recibe el inmueble en esta condición es propietario hasta tanto se cumpla el plazo o condición resolutoria que una vez cumplida hace volver el inmueble a su antiguo dueño que recobra, tradición mediante, la propiedad del mismo.

Bien claro está entonces que en el lapso que media desde la entrega del inmueble hasta el cumplimiento del plazo o condición resolutoria existe un solo propietario: aquél a quien el inmueble le ha sido transmitido bajo plazo o condición resolutoria.

Si consideramos al poseedor con boleto privado de compraventa como titular de un dominio revocable debemos admitir entonces que el vendedor ha dejado de ser propietario pero conforme a lo que dispone el art. 2609 Cód. Civ. vemos que aún subsiste su dominio sobre el inmueble enajenado.

Por tanto no puede ser el poseedor en esta situación propietario (aunque sea imperfecto o menos pleno) ya que el vendedor, como vimos, aun no ha perdido la propiedad de la cosa.

Queda aún la posibilidad de admitir que con este art. 1185 bis (también con la ley N° 14005) se ha creado una nueva figura de dominio imperfecto⁵³.

⁵² Ver supra pág. 17.

⁵³ En este sentido entiende Bustamante Alsina que con la actual reforma nace una nueva especie de dominio imperfecto que aparece en el supuesto de que el derecho no se perfeccione por la inscripción del título en el Registro Inmobiliario pertinente (art. 2505 Cód. Civ.), el dominio así constituido no reviste el carácter de absoluto sino de relativo (en el trabajo ya citado pág. 3 nota N° 13).

Pero dentro de la sistemática de nuestro Código Civil tal posibilidad no cuadra ya que, como vimos, del juego de los arts. 2609 y 1184 inc. 1 ni aún frente al vendedor adquiere el comprador el dominio del inmueble que sigue perteneciendo al que lo enajenó.

Cierto es que con la actual reforma al art. 2505 Cód. Civ. se puede presentar una nueva categoría de dominio⁵⁴ pero este nuevo tipo de dominio recién aparece cuando habiéndose formalizado la respectiva escritura pública traslativa de dominio no se inscribe el título en el Registro Inmobiliario correspondiente. Entonces si tenemos un derecho de dominio oponible al vendedor pero no contra terceros apareciendo así una nueva categoría de dominio que puede funcionar en el sistema de nuestro Código, aunque como figura anómala, sin que se resienta ni el principio de exclusividad ya que frente al vendedor existe un solo propietario (el comprador) y con respecto a terceros también existe un solo propietario (el vendedor) y sin que dejen de funcionar las claras disposiciones de los arts. 2609 y 1184 inc. 1 Cód. Civ. ya que el vendedor pierde su derecho de propiedad una vez formalizada la respectiva escritura pública traslativa de dominio (art. 2609) (la pierde aunque sea con respecto al comprador y no contra terceros si no ha cumplido con el requisito de la inscripción en el Registro Inmobiliario correspondiente) adquiriendo paralelamente el dominio el comprador que ha suscripto dicha escritura (art. 1184 inc. 1) (aunque sea frente al vendedor y no con respecto a terceros en el supuesto de que falte la inscripción en el Registro Inmobiliario).

Si las nuevas normas deben funcionar coherentemente en el sistema la que se incorporan⁵⁵ lógico es, entonces, que la construcción jurídica se oriente hacia esa meta procurando que las nuevas disposiciones se ubiquen en el cuadro sistemático preexistente sin forzar conceptos ni introducir, en la medida de lo posible, nuevas figuras.

⁵⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., *op. cit.*, pág. 3 nota N° 13.

⁵⁵ Ver nota 13 de este trabajo.

