

ta Sala, c. 100.279 del 15-11-91, c. 101.171 del 29-11-91 y antecedentes allí citados).

También se ha resuelto que la sanción por temeridad o malicia ha de aplicarse con suma cautela para no afectar el derecho de defensa de las partes. De no ser así, se habría abierto una brecha peligrosa en la garantía constitucional de la defensa en juicio que debe ser cuidadosamente preservada (conf. *ED*, 79-350, c. 115.927 del 3-9-92; c. 138.626 del 22-10-93; c. 145.378 del 21-3-94, c. 147.960 del 10-5-94).

Ahora bien, a criterio de esta Sala no hay elementos que permitan imponerle a los apelantes la multa solicitada a fs. 196/197 puntos II y VII, toda vez que, aun cuando se desestimaré la queja opuesta, ello solo no es suficiente para encuadrar la conducta asumida por los apelantes en los términos ya citados.

En este sentido, puede advertirse que tampoco se provocó una dilación que se ajuste a las normas aludidas y que haya obstaculizado el proceso. De allí que corresponde desestimar el pedido.

Por ello, se resuelve: I. Confirmar la resolución de fs. 126/128. II. Las costas de alzada se imponen a los vencidos. III. Desestimar el pedido de sanciones impetrado a fs. 196/197 puntos II y VII. Notifíquese y devuélvase. — *Marío P. Calatayud*. — *Juan C. G. Dupuis*. — *Osvaldo D. Mirás*.

NOTA A FALLO

Por **Vanina Paola Kartoffel**

En el citado fallo se resuelve que el adquirente del inmueble por boleto de compraventa de fecha posterior a la inscripción no es tercer poseedor en los términos de los artículos 3161 y 3163 del Código Civil, por consiguiente no tiene legitimación para intervenir en el proceso de ejecución hipotecaria, contrariamente a lo que ocurre en el caso de que el boleto sea de fecha anterior a la constitución de la hipoteca.

Coincidimos con la resolución tomada en el fallo citado tratándose del tercer adquirente por boleto de compraventa con posesión, pero consideramos que debe darse intervención al tercero poseedor luego de la sentencia de trance y remate, en virtud de lo establecido por el artículo 599 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que dice: “Si del informe o de la denuncia a que se refiere el artículo anterior, resultare que el deudor transfirió el inmueble hipotecado, dictada la sentencia de remate contra aquél, se intimará al tercer poseedor para que dentro del plazo de 5 días pague la deuda o haga abandono del inmueble, bajo apercibimiento de que la ejecución se seguirá también contra él. En este último supuesto, se observarán las reglas establecidas en los artículos 3165 y siguientes del Código Civil”.

Asimismo, Arazi y Finochietto en su Código Comentado explican que la característica propia de la hipoteca es el derecho acordado al acreedor de perseguir el bien hipotecado, cualquiera sea su titular, y hacerlo vender para cobrarse con preferencia a los demás acreedores del producto de la venta, de

conformidad con los artículos 3162 y concordantes del Código Civil. La norma aludida prevé la citación del tercero una vez dictada la sentencia de remate contra el deudor hipotecario y, en principio, no se encuentra legitimado para oponer excepciones. Su intervención se limita al pago de la deuda, quedando subrogado de conformidad con el artículo 768, inciso 4º del Código Civil.

Como explican Gatti y Alterini respecto del régimen jurídico del boleto de compraventa y su oponibilidad a acreedores hipotecarios, en el esquema de Vélez –dado que la hipoteca no es un derecho real que se ejerce por la posesión– no se exige como condición de fondo que el propietario constituyente sea poseedor, es decir, que puede haber sido desposeído o haberse desprendido de aquélla en virtud de un derecho real o personal. Al no ser la posesión una condición que requiera el propietario, es factible la colisión de un acreedor hipotecario y un poseedor por boleto de fecha cierta anterior a la constitución de hipoteca. Ante esta cuestión, el gravamen hipotecario tendría efectos minorados por la existencia de una posesión en sede de un tercero (poseedor por boleto) y, en esa medida, subordinado a las ulteriores del negocio jurídico respectivo. Antes de la ejecución del derecho real de hipoteca, su operatividad se traduciría en las medidas conservatorias o restitutorias de la garantía, ambas con efectos reipersecutorios de conformidad con los artículos 3157 y sigs. del Código Civil. Otra de las eventualidades que reestablecería los plenos efectos normales de la hipoteca se daría si, por el incumplimiento del promitente de compra, llegara a desaparecer el título de su posesión. En tanto la publicidad traditiva es el medio que Vélez contempla para manifestar los derechos reales que se ejercen por la posesión, es innegable, que cada vez que media posesión, a través de ella hay una exterioridad que da pie al conocimiento general, y el acreedor no puede alegar desconocimiento de que la posesión pertenece al adquirente por boleto. Con Vélez, el promitente de compra que no había sido puesto en posesión del inmueble era postergado por el acreedor hipotecario. La misma solución se aplicaba si la posesión era otorgada con posterioridad al nacimiento del crédito hipotecario.

Posteriormente, con la reforma de la ley 17711, se mantienen las soluciones del Código. Algunos autores entienden que, antes y después de la reforma, hacen prevalecer siempre al acreedor hipotecario, tenga o no posesión el titular del boleto.

En cambio, Spota y otros autores se pronuncian a favor del acreedor por boleto, tenga o no posesión, si el boleto es de fecha anterior a la hipoteca. El boleto de compraventa no es oponible a la hipoteca anterior, teniendo en cuenta que el artículo 3162 del Código Civil otorga al acreedor hipotecario pretensión reipersecutoria en contra del tercero poseedor del inmueble hipotecado. Una solución contraria implicaría lesionar el crédito hipotecario. Pero la hipoteca posterior no es oponible al adquirente por boleto de compraventa de buena fe y que ha abonado el 25 por ciento del precio, porque no se explicaría, en caso contrario, la oponibilidad del boleto a causa de falencia del vendedor.

En opinión de Morello, el acreedor adquirente no puede invocar el benefi-

cio de la oponibilidad contra otros acreedores aunque sus créditos sean posteriores al contrato de enajenación, si los créditos se hallan garantizados con hipoteca.

Debemos tener presente lo siguiente: si el deudor que ha hipotecado un inmueble de su propiedad a fin de garantizar una deuda, lo enajena, el tercero que lo adquiere tiene dos posibilidades: a) asumir la deuda convirtiéndose en deudor del crédito que tiene como accesorio la hipoteca, siendo tan deudor como el primitivo, de modo que responde con todo su patrimonio y no puede abandonar el inmueble para liberarse. Para que se convierta en deudor frente al acreedor hipotecario es necesario que éste lo acepte como tal, pues no se le puede imponer otro deudor. Si es aceptado como deudor, el tercero recibe el nombre de *tercer adquirente*. En cambio, si no es aceptado por el acreedor hipotecario, responderá frente a éste como si no hubiera asumido la deuda, es decir, sólo con el inmueble y como propietario del mismo, sin perjuicio de la validez de las convenciones entre él y el anterior propietario deudor (ver nota al artículo 3172 del Código Civil). La simple aceptación del acreedor hipotecario no implica la liberación del anterior deudor, si es que no lo hace expresamente conforme el artículo 814 del Código Civil o, como lo ha decidido la jurisprudencia, tácitamente mediante el solo hecho de demandar el acreedor el pago al tercero que asumió la deuda; b) si el adquirente no asume la deuda o si la asume pero el acreedor no lo acepta como deudor o es un tercero que garantizó con hipoteca una deuda ajena sin obligarse personalmente (artículo 3121 del Código Civil), reviste el carácter de deudor del crédito, pero como propietario del inmueble hipotecado sólo debe soportar que se ejerza sobre el inmueble su derecho real. Es llamado *tercer poseedor* ya que es responsable por su relación con la cosa y en la medida de ésta.

Así también debemos tener en cuenta que se ha decidido que no es tercer poseedor en los términos del artículo 599 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación quien sólo tiene a su favor boleto de compraventa, subsistiendo la titularidad de dominio en cabeza de la ejecutada. Por lo tanto, no puede intervenir aquél en el juicio hipotecario, sin perjuicio de las demás acciones a que se crea con derecho en el proceso correspondiente (conf. fallos CNCiv. Sala F, LL 152-513, sum. 30.610 – Sala F, ED 54, fallo 24.519 – Sala A, ED 33-607 - Sala B, ED 36-467 - Sala C, ED 43-973 – Sala D, ED 43-693). En contra existe un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Prov. de Bs. As., del 12/3/74, que hizo lugar a la tercería de dominio deducida en la ejecución hipotecaria por el adquirente por boleto de buena fe, que se encuentra en posesión del inmueble y ha pagado parte del precio, haciéndose aplicación de los arts. 2355 última parte, 1185 bis y 1071 del CC.

El acreedor no tiene ningún inconveniente en ejecutar su crédito ya que puede hacerlo contra el tercer poseedor, y este tercer poseedor puede optar entre: pagar subrogándose en los derechos del acreedor (también el tercer adquirente), abandonar la posesión del inmueble (no el tercer adquirente) siendo plenamente indemnizado por el deudor, u oponer excepciones dentro del tér-

mino para pagar o abandonar (no existencia del derecho hipotecario o su extinción, nulidad de la toma de razón o inexigibilidad de la deuda).

Creemos que el adquirente por boleto de compraventa de fecha posterior a la hipoteca no es tanto tercer poseedor como el de fecha anterior a la hipoteca. Otro punto a considerar en el presente fallo es que registralmente el adquirente por boleto de compraventa puede tomar conocimiento del negocio en gestación, en este caso la hipoteca, desde que se solicitan los certificados registrales para la realización de la operación, y no solamente desde la inscripción registral, como parece desprenderse del citado fallo.

En el fallo se puede querer castigar al adquirente por boleto por su obrar no diligente al celebrar el boleto de compraventa existiendo una hipoteca pendiente (por ejemplo, solicitar informes registrales), pero cuántos boletos de compraventa se celebran a diario habiendo una hipoteca pendiente de cancelación, que se hará simultáneamente con la venta y con el dinero que se obtiene de ella. De modo que es un caso muy normal en el tráfico jurídico diario y no puede dejarse desprotegido al adquirente por boleto de compraventa.