

COMPRAVENTA INMOBILIARIA. ADQUIRENTE CON BOLETO DE COMPRAVENTA. SITUACIÓN JURÍDICA*

Por **Álvaro Gutiérrez Zaldívar**

SUMARIO

Situación actual: Introducción. El tema. Entrando en el problema. Los comienzos. **Los antecedentes:** I. Promesa de venta de cosas existentes. II. Cuando lo prometido en venta todavía no existe: El decreto 2977. El decreto-ley 9032. Antecedentes jurisprudenciales. El artículo 1185 bis. La fecha cierta y buena fe. Oponibilidad frente al acreedor hipotecario. La responsabilidad penal. Críticas al 1185 bis. Las soluciones propuestas (en particular). **Los sistemas utilizados para la propiedad horizontal.** a) El sistema del condominio. b) La “sociedad inmobiliaria” de promoción horizontal. c) El legajo notarial. d) El seguro de cumplimiento de contratos y los avales bancarios. **Las declaraciones y recomendaciones del Congreso Argentino de la Prehorizontalidad (1970).** Recomendación N° 1. Recomendación N° 2. Recomendación N° 3. Recomendación N° 6. Recomendación N° 14. **El pago del terreno con unidades a construir.** La Ley de Concursos y Quiebras (1972). Ley de Concursos y Quiebras (1995). Las leyes 19724 (1972) y 20276 (1973). Prehorizontalidad. La situación actual. Las Compañías de Ahorro y Préstamo para Vivienda.

*Este trabajo sirvió como guía en uno de los temas del Seminario “Aspectos jurídicos de la inversión, desarrollo y explotación comercial de negocios inmobiliarios” (*Real Estate Transactions*), Universidad Austral, octubre 2003.

Nuevos sistemas propuestos. Con respecto al fideicomiso. Soluciones vía derecho de superficie. Abarcando no sólo a las cosas sino también a los derechos. Derecho de superficie.

Situación actual

Introducción

El tema que vamos a tratar no es fácil, la mayoría de los profesionales lo conocen pero cuando se presentan situaciones anormales se verifica que la protección que se tiene es limitada.

Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia tienen en algunos aspectos posiciones encontradas, como ejemplo puede citarse el caso de la hipoteca constituida con posterioridad a un boleto de compraventa en el que el comprador recibió la posesión.

En la mayoría de los contratos las personas cumplen lo pactado, por eso, pese a la cantidad de boletos que se firman, no es grande el número de los que se resuelven en los Tribunales; en la mayoría de los casos el litigio se presenta por quiebra o concurso del vendedor o por la acción de acreedores con privilegios.

En este trabajo analizaremos los problemas que se han presentado a lo largo del tiempo y veremos las soluciones que se han propuesto.

Vamos a ver también los casos en que las soluciones no funcionaron, como un intento de no volver a cometer el mismo error.

El tema

Posiblemente el acto económico más importante que realiza una persona en su vida es la compra del lugar donde va a vivir; se trata de un acto con contenido económico para el adquirente y contenido social para el país.

Que el contrato esté bien y que el adquirente se sienta seguro de sus derechos mejora su vida, la de su familia y vuelca esa tranquilidad a la comunidad.

Los problemas, en la mayoría de los casos, se presentan en la etapa que corre desde la firma del boleto hasta la realización de la escritura.

En los últimos años la legislación argentina ha receptado dos institutos como el Fideicomiso y el Derecho de superficie; esta situación permite vislumbrar nuevas posibilidades. No ignoramos que el Derecho de superficie se ha establecido para un caso específico, pero pensamos que éste es sólo un primer paso y pueden agregarse otras posibilidades.

Entrando en el problema

En principio, pensamos que las soluciones y los problemas son distintos según la cosa prometida en venta exista, o no.

Es más fácil hallar un medio de protección si la cosa existe, sea un lote, un departamento o una casa.

El caso más complicado es el segundo, que en el ejemplo más común está dado por la promesa de venta de una unidad a construir bajo el régimen de la Propiedad Horizontal, en la que al momento de la firma del boleto lo único que hay es un terreno a nombre del vendedor o de un tercero.

Un caso bastante similar, aunque no igual, se da con la venta de unidades en una urbanización que no está dividida, o sea que hay una sola parcela y un proyecto de división en lotes.

A veces los asesores jurídicos intervienen desde el inicio de la relación entre las partes; esto permite obtener una mejor estructura jurídica, pero en muchos casos reciben la documentación cuando la operación ya está firmada o hay firmadas señas o reservas que habría que controlar. Esto puede complicar porque el cambio de cláusulas sobre algo ya firmado es generalmente resistido.

En el año 1971 hicimos una serie de trabajos que se publicaron en la revista jurídica *La Ley* y en la *Revista del Notariado*, donde analizamos estos problemas; creemos que es bueno recordarlos en un texto único en forma cronológica.

Los comienzos

Si se efectúa una breve visión retrospectiva de la evolución del boleto de compraventa, se nota que en un principio las partes realizaban ante un escribano todo lo referente a la transacción inmobiliaria y éste redactaba de inmediato la escritura de compraventa, sin necesidad de recurrir a la confección de un boleto previo.

El escribano concurría con las partes al inmueble en cuestión, redactaba la escritura, el comprador realizaba en el lugar actos que permitieran constatar su toma de posesión y la tradición (abría tranqueras, arrancaba hojas de los árboles) llevando a cabo actos de propietario, firmaban la escritura y la transferencia estaba hecha.

Posteriormente, las provincias, las municipalidades, los organismos de recaudación y los departamentos de catastro empezaron a exigir diversos certificados antes de que la escritura se realizara; esto obligó a la prolongación del tiempo. Entonces, las partes, para que hubiera un instrumento que fijara su acuerdo, recurrieron al boleto.

En esos momentos los Registros de la Propiedad Inmueble no tenían las funciones actuales, existía en el Código Civil sólo con relación a las hipotecas; luego, algunas provincias los crearon para anotar las transferencias de dominio. Durante mucho tiempo estuvieron cuestionados en cuanto a su constitucionalidad porque había un conflicto entre las disposiciones provinciales sobre los Registros y lo que exigía la Ley Nacional¹ (desarrolla este tema).

(1) Los Registros de la Propiedad Inmueble.

La publicidad inmobiliaria se realiza para asegurar los intereses de los terceros y de las partes; sin embargo, nuestro Codificador Vélez Sársfield no era partidario de los Registros Inmobiliarios, los creó sólo para las hipotecas y porque no tenía otra solución.

En Grecia, ciertas regiones gravaban las operaciones sobre inmuebles en grandes placas de mármol. Cuando se constituía una hipoteca se asentaba ese hecho en una piedra que se dejaba en un lugar visible en el fundo. Constaban en ella el nombre del acreedor, el del deudor y la fecha. Algunos autores afirman que el tamaño de la piedra variaba de acuerdo con el monto de la deuda. Este tipo de publicidad, aparentemente, no era obligatoria, era más bien una noticia.

No era una condición de validez ni daba oponibilidad frente a terceros.

En el año 1968 se reformó el Código Civil: se agregó el artículo 1185 bis y un nuevo párrafo al artículo 2355. Algunos autores, a raíz de esta reforma, intentaron considerar al boleto como un título propiamente dicho, no sólo en el sentido de causa, sino como instrumento, cubriéndolo de requisitos y protecciones. Algunos hasta hablaron de darle otra estructura con pedidos de certificados, inscripciones y demás, con lo que perdería su dinámica y nos llevaría a otro instrumento, que podría llamarse el pre-boleto, y así hasta el infinito.

Vélez, como hemos dicho, crea el Registro sólo para hipotecas porque en ellas no había *traditio*. No tenía otra solución, al mirar una casa no se puede deducir si está o no hipotecada. Entonces, para que la hipoteca pudiera ser opuesta a terceros debía tener inscripción registral.

En el Código Civil, Vélez considera la hipoteca constituida por escritura pública como definitiva con respecto a las partes contratantes, sus herederos y al escribano interviniente, quienes no pueden prevalerse del defecto de inscripción. Con los terceros la situación era distinta, no les era oponible hasta que estuviera inscrita.

Las disposiciones del Código fueron en nuestro país la etapa anterior a la existencia de los Registros Generales, no obligaba a la inscripción del dominio, usufructo, servidumbres ni demás derechos reales, sólo registraba hipotecas.

Luego comienza la etapa de los Registros locales aunque, como ya dijimos, había Registros anteriores al Código. Estos Registros locales regulaban la publicidad en general, eran una necesidad y fueron cuestionados en cuanto a su constitucionalidad.

En la Capital teníamos un Registro no contemplado ni exigido por el Código. Con la reforma del año 1968 y el dictado de la ley 17801 se hicieron compatibles la legislación local y la nacional.

Como consecuencia de la reforma, el título inscripto en el Registro se “perfecciona” y desde entonces la titularidad del derecho real adquiere eficacia respecto de terceros. Algunos fallos consideraron a las leyes anteriores a la 17801 como inconstitucionales. Si eran inconstitucionales, la adquisición era oponible a terceros con la presentación de los títulos (en general, escrituras públicas). Si el inmueble estaba hipotecado, el gravamen estaría registrado. Además, el título debería tener una nota que ponía el escribano al margen del testimonio del título de propiedad. Por otra parte, muchas de las hipotecas estaban en el mismo título que la adquisición.

En caso de constitución de otros derechos reales, como servidumbres o usufructos, la nota marginal constituía la publicidad.

La integridad del hecho estaba dada por esa nota puesta por el escribano y la realidad jurídica resultaba de esa circunstancia.

El legislador, en una de sus notas, afirmaba: “El cuidado de la legalidad de los títulos que se transmitan queda al interés individual siempre vigilante, auxiliado como lo es en los casos necesarios, por los hombres de la profesión”.

EL PROBLEMA DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El primero de los artículos transcritos originó el problema de la constitucionalidad, porque obligaba a inscribir los títulos para que produjeran efecto contra terceros.

Dos fallos de la Corte Suprema se expidieron sobre la situación: “Jorba, Juan y otros c/ Bambicha, Francisco B. y otro” y “Papa, José, administrador definitivo de la testamentaria Susso c/ Sociedad Campagno Hnos.”.

El razonamiento de los jueces fue que, de acuerdo con el Código Civil, la transmisión del dominio se consumaba cuando se cumplían dos condiciones: título y modo. En consecuencia, la obligación de inscribir en los Registros era inconstitucional porque las provincias no podían someter el derecho de propiedad a sus decisiones. Que en lo que se refería a este tema, la Constitución había delegado las normas al Congreso Nacional.

Consideraban, además, que si se tomaba una distinta posición, el derecho común no sería uniforme para todo el país porque dependería de las disposiciones reglamentarias o legislativas de cada provincia.

Es increíble ver la cantidad de años durante los cuales esta situación se mantuvo sin resolución, más increíble es notar los pocos casos en que hubo conflicto con tanta incertidumbre. Estuvimos casi ochenta años sin resolverlo. Asombrosamente pasó sin grandes dramas.

Los antecedentes

I. Promesa de venta de cosas existentes

La Ley 14005

El 30 de setiembre de 1950 se sanciona la ley 14005, sobre venta de inmuebles fraccionados en lotes cuyo precio era satisfecho mediante el pago de cuotas periódicas. Estas operaciones quedaban sometidas como forma esencial para su validez a las condiciones y requisitos establecidos en esta ley cuando la escritura traslativa de dominio no se otorgara de inmediato.

La ley exige el cumplimiento de determinados requisitos:

1) Obliga a hacer una declaración de voluntad al propietario del inmueble, que se debe anotar en el Registro Público Inmobiliario. Establece la inscripción de los boletos y las posteriores cesiones.

2) En caso de conflicto entre el adquirente que tiene inscrita su promesa y otros acreedores quirografarios del vendedor, confiere un derecho de preferencia a favor del primero.

3) Los embargos e inhibiciones contra el vendedor harán efecto sólo sobre las cuotas pendientes.

4) Establece el derecho de demandar la escrituración habiéndose abonado el veinticinco por ciento del precio.

Esta ley es considerada de orden público.

Fue reformada en 1985 por la ley 23266, que modificó algunos artículos.

II. Cuando lo prometido en venta todavía no existe

Acá tendríamos que determinar dos situaciones: A) la cosa no existe al momento en que se promete en venta y, además, se produce el incumplimiento sin que se termine. B) La cosa no existe al momento de la promesa pero sí existe al momento en que se exige el cumplimiento.

A partir de las soluciones propuestas que vamos a reseñar puede ir ubicándose el problema en cada una de estas variantes.

La ley 13512 no contiene una norma orientada a proteger a los compradores de unidades que en un futuro se someterán al régimen de la propiedad horizontal. Es, entonces, en el Código Civil donde se configura la protección del comprador de una futura unidad; es importante tener en cuenta que el derecho que otorga el boleto es un derecho personal.

El artículo 1185 dice: "Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes, o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública".

Lo que demuestra que tenemos más suerte que lo que nosotros creemos (o más de la que nos merecemos).

Si interesa este punto ver *Revista del Notariado* N° 868, pág. 269: "El notariado al servicio del país II".

El artículo 1185 bis del Código Civil establece: “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”.

O sea que lo que confiere este artículo es el derecho de solicitar al juez en caso de concurso o quiebra el otorgamiento de la escritura.

Este artículo buscaba resolver la falta de protección de los adquirentes frente a las quiebras o concursos de las compañías constructoras (vendedoras).

La reforma fue un avance, dio solución a muchos casos pero, en otros, el sistema no ha servido; muchas situaciones se plantearon sobre edificios no comenzados o no terminados.

Este sistema no da protección al que compró una unidad en el décimo piso en un edificio que fue abandonado en su esqueleto o en el segundo piso. Ni tampoco al adquirente con su unidad hipotecada por el constructor, que tendrá que volver a pagar las hipotecas constituidas sobre el edificio o sobre su unidad.

Si buscamos los antecedentes nacionales encontramos que, con ligeras variantes, se propugnaron como posibilidades de protección las siguientes: a) inscribir preventivamente las promesas de venta; b) otorgar carácter de real al derecho del adquirente con anterioridad a la terminación del edificio; c) obligar a la contratación de seguros; d) publicitar y trabar la posibilidad de una nueva venta, mediante la existencia de un legajo notarial y otras soluciones pacificadas.

El decreto 2977

El Poder Ejecutivo Nacional lo dicta en 1959; en éste se establecía que “todo contrato que tenga por objeto dentro del régimen de la ley 13512 la promesa de venta de unidades [...] de un inmueble construido o a construirse [...] **con destino a la formación de consorcios** [...] queda sometido a la ley 12830 y sus modificaciones posteriores [...] hasta tanto no se otorgue a favor del adquirente la correspondiente escritura traslativa de dominio de la unidad respectiva [...]”.

Son sus notas esenciales:

1) Implanta la formación de un legajo con la manifestación de voluntad del propietario, en el que se inscriben las promesas y que desaparece al escriturarse todas las unidades.

2) Para inscribirse gravámenes posteriores debe notificarse a los compradores con promesa de venta inscrita y si los gravámenes existen al momento de la declaración de voluntad del propietario, los acreedores deben prestar conformidad.

3) Cada vez que se formaliza una promesa de venta deben indagarse en el Registro las condiciones de dominio y su disponibilidad.

4) La validez de las promesas queda supeditada a la inscripción en el Registro, que debe verificarse en seis días hábiles desde su firma. Este decreto pre-

tendió introducir una protección en favor de los adquirentes contra ventas sucesivas de la misma unidad, falta de dominio en el enajenante o gravámenes sobre el inmueble sin conocimiento de los compradores.

No alcanzó a tener aplicación ya que el Congreso no renovó el régimen de la ley 12830, que reprimía el agio y la especulación. **Al estar el decreto basado en esta ley, quedó sin efecto.**

El decreto-ley 9032

En 1963 el Poder Ejecutivo lo promulgó a fin de asegurar los derechos de los compradores de unidades en propiedad horizontal antes de su escrituración definitiva.

Disponía:

1) Inscripción en el Registro de la voluntad de incorporar al régimen de la ley 13512 un inmueble en construcción o ya terminado, para impedir de esta manera que el propietario pudiera disponer del mismo en forma distinta de la establecida.

2) El interesado debía acompañar un certificado expedido por el escribano sobre la legitimidad del título, condiciones y gravámenes que tuviera, un plano de subdivisión firmado por un profesional y un proyecto del reglamento.

3) La inscripción de las promesas de venta era obligatoria.

4) El propietario no podía afectar el inmueble a ningún nuevo derecho real, salvo con la conformidad por escrito de adquirentes que representaran el setenta y cinco por ciento de las unidades vendidas.

Los embargos posteriores a la inscripción de voluntad, y habiendo por lo menos un boleto inscripto, sólo podían hacerse efectivos sobre las cuotas adeudadas por los compradores.

Este decreto establecía, en su artículo 10: “En caso de quiebra o concurso del propietario vendedor de unidades de edificios prometidos en venta, bajo el sistema de la ley de propiedad horizontal, el síndico o el juez otorgarán las escrituras pendientes en cumplimiento de dicha obligación del fallido, salvo que se acredite fraude o complicidad del adquirente”.

Al no estar reglamentado nunca entró en vigencia.

Antecedentes jurisprudenciales

La jurisprudencia nacional quedó dividida a partir del fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital, Sala A, de 8/3/63, que estableció que todos los bienes que no hayan dejado de ser propiedad del fallido entran en la liquidación, haya contraído o no el deudor compromiso de venderlos. Argumentando que **la promesa de venta no hace salir del patrimonio del vendedor los bienes** y que los acreedores de una **obligación de hacer no pueden ser colocados en una situación más ventajosa que los acreedores de una obligación de dar.**

Los tribunales en lo Civil sostenían el criterio opuesto, sentando en algún fallo el principio de que, firmado el contrato de compraventa de un inmueble,

abonado íntegramente el precio por el comprador y dada a su favor la posesión por el vendedor, el posterior concurso no impide la escrituración para transmitir el dominio al adquirente².

Sostenían, y con razón, que el concurso no puede ponerse en una situación legal mejor que la que estaba el concursado en su relación con el accionante.

La interdicción del concursado no puede conferir un derecho del que carecía y se debe escriturar a favor del comprador.

De lo expuesto surge la diferencia existente entre las Cámaras civiles, que consideraban que había que darle la escritura, y las comerciales, que lo consideraban un acreedor quirografario más.

El fallo que pasamos a comentar tuvo una gran importancia y, a nuestro juicio, valorizó la idea equivocada.

Creemos que en el plenario se enfrentaron dos ideas opuestas de interpretación jurídica, a pesar de las salvedades que se formularon al respecto.

De cualquier manera, coincidamos o no con lo establecido, vale la pena leerlo para valorar los excelentes jueces que hemos tenido, con un nivel de capacidad, estudio y responsabilidad que hoy no es fácil encontrar.

El fallo mencionado es de noviembre de 1967, un poco antes de la reforma del Código, y para algunos fue el antecedente que provocó el 1185 bis.

La Cámara Comercial en pleno, en los autos “Lozzi, Eleodoro I. c/ Socha S. A., s/quiebra” (*La Ley*, t. 128, pág. 925, con una excelente nota de Mario Bendersky), decidió que no procede la demanda por escrituración de un inmueble, deducida por el titular del boleto de compraventa, cuando el vendedor, con posterioridad a su otorgamiento, ha caído en quiebra, aun mediando tradición y pago del precio.

Esta decisión exhibió al tribunal profundamente dividido: cinco jueces propiciaron este criterio; la solución opuesta fue sustentada por los cuatro restantes.

El juez doctor Rossi, por la minoría, estimó que la quiebra se ve jurídicamente obligada a consumar la ejecución del boleto celebrado por el fallido, otorgando la escritura traslativa de dominio.

Sostuvo que, no habiendo imposibilidad de hecho ni de derecho, es la única manera de dar cumplimiento a la obligación pendiente por parte del vendedor, por **configurar la obligación de escriturar una obligación de hacer**. Estimó que la Ley de Quiebras no introduce ninguna variante al respecto, pues sólo se refiere a créditos que provienen de obligaciones de dar y no a obligaciones de hacer.

Estimó que el comprador de un inmueble con boleto, a quien se ha entregado la posesión y reclama la escrituración, no puede ser asimilado al acreedor común del que trata la ley de falencia, por ende, no puede considerárselo bajo idéntico tratamiento jurídico.

Señala también que, pese a que se dice que hacer lugar a la escrituración

(2) Hay varios con esta conclusión. Ver Cámara J de Salta en fallo de 9/11/67 (*La Ley*, t. 131, pág. 50). Cámara Nacional en lo Civil, Sala F, el 23/11/67.

importa otorgar preferencia a los acreedores de obligaciones de hacer frente a los de obligaciones de dar, no es así, ya que el concepto de igualdad ante la ley no se quebranta cuando el trato desigual responde a situaciones jurídicas distintas.

Supone, incluso, el caso de una quiebra en la que el monto de la liquidación superaría el pasivo, de modo que todos los acreedores **cobrarían íntegramente sus créditos sin necesidad de vender el inmueble**. Tales acreedores, dice, verían satisfechos sus derechos, en tanto que el comprador recibiría una prestación (devolución del precio) muy distinta de la que le correspondía (escrituración del inmueble). Como hemos expresado, la decisión del tribunal fue contraria, lo tomaron como una obligación de dar y no de hacer.

Nosotros adherimos a la posición de la minoría; además, en casos de alta inflación como los que hemos vivido, se le devolvía al adquirente por la desvalorización una parte ínfima de la suma por él pagada, un monto que aunque coincidiera nominalmente con el entregado, no le alcanzaba para comprar otro departamento; en algunos casos, ni siquiera le alcanzaba para comprar una carpa.

El artículo 1185 bis

De acuerdo con lo establecido en este artículo, para que los boletos sean oponibles al concurso, se requieren dos requisitos:

Que el adquirente sea de buena fe.

Que se haya abonado el 25 por ciento del precio.

Como veremos más adelante, la Ley de Concursos le agregó otro requisito: “que tuvieran como destino vivienda”. Este requisito hoy no está vigente.

Consideremos, en primer lugar, la buena fe.

Los contratos deben no sólo cumplirse de buena fe, sino que también deben celebrarse e interpretarse con buena fe. La buena fe se presume mientras no se pruebe lo contrario.

El adquirente que ignora la cesación de pagos del enajenante comerciante o la insolvencia del enajenante no comerciante, obra de buena fe; quien sostenga lo contrario debe cargar con el peso de la prueba. Asimismo, el adquirente debe ignorar que la misma unidad ha sido prometida en venta a terceros con boletos anteriores.

La fecha cierta y buena fe

Consideramos importante, aunque el artículo no lo exija, que el boleto tenga fecha cierta.

Tenemos en nuestro país desgraciadas experiencias con vendedores de unidades que prometían por boleto más de una vez la misma unidad, encontrándose algunas veces el comprador con que debía confrontar con otros que tenían boletos sobre la misma unidad.

Además, el vendedor de mala fe tenía y tiene la posibilidad de antedatar un último boleto a favor de algún amigo, de forma que éste tendría una fecha anterior a la de los reales compradores.

Por eso le damos importancia a la fecha cierta.

El artículo 1034 del Código Civil establece: “Los instrumentos privados aun después de reconocidos no prueban contra terceros o contra los sucesores por título singular la verdad de las fechas expresadas en ellos”. El 1035 enumera situaciones en las cuales los documentos tienen fecha cierta. Hay autores que consideran que esta enumeración no es taxativa.

Cuando existen dos adquirentes mediante un boleto de compraventa que pretendan un mejor derecho a la cosa prometida en la enajenación, deberá tenerse en cuenta lo que disponen los arts, 592, 593 (precedencia muebles), 594, 596 (precedencia inmuebles) y 3269 (con respecto a la posesión) del Código Civil.

Las soluciones son las siguientes:

a) Si a ninguno de ellos se le hizo tradición de la cosa (art. 577), tendrá mejor derecho el que ostente un instrumento público de fecha anterior (art. 596).

El artículo 593 se refiere a cosas muebles y establece: “[...] será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior”. Juega el principio de *prior in tempore; potior in iure*.

Algunos autores consideran que la ley se inclina por la prioridad temporal, más que por la jerarquía o forma del instrumento, pero que es importante que el documento tenga “fecha cierta”.

b) Si alguno de los adquirentes recibe la cosa por tradición que se le hubiere hecho, es quien tiene mejor derecho.

Algunos autores también consideran que si uno de los que concurre tiene un instrumento público, prevalece sobre aquellos que tengan fecha cierta en un instrumento privado.

También se ha considerado que el conflicto entre el comprador por boleto y el acreedor hipotecario debe estarse a la posesión: si ésta fue dada con anterioridad a la hipoteca triunfa el comprador; en cambio, si la hipoteca fue anterior a la posesión prevalece el acreedor.

En algún fallo se ha establecido que los poseedores adquirentes de buena fe por boleto de compraventa y posesión otorgada por la misma pieza, prevalecen a la constitución de hipoteca otorgada por el propietario registral (Cám. Nac. Civ., Sala C, *ED*, t. 83, pág. 299). Pero esta posibilidad en la puja de dos derechos se halla condicionada a que el instrumento sin publicidad registral cuente con fecha cierta, o exista certidumbre fáctica de su existencia anterior a la constitución de gravamen, siendo la posesión pública un elemento trascendente para acreditar este extremo.

Sobre este punto tenemos otro fallo, que estableció:

“1) Es improcedente la solicitud de escrituración respecto de un inmueble del causante fallido, si el boleto de compraventa en el que sustenta el derecho el incidentista carece de fecha cierta, pues ello obsta a su oponibilidad a terceros (conf. arts. 1034 y 1035, Cód. Civil) y por tanto a la quiebra. 2) Es improcedente la solicitud de escrituración respecto de un inmueble del causante fallido si no se ha acreditado con certeza el pago del precio abonado por el inci-

dentista y no se ha demostrado que las firmas obrantes en el boleto de compraventa y en el recibo invocado pertenecían a aquél”³.

En el caso, el accionante puso de relieve la existencia de un juicio de consignación en el que había depositado parte del precio; destacó que el efecto del contrato debía extenderse a los herederos; que, en el caso, no interesaba la fecha cierta del boleto toda vez que no estaba en juego su oponibilidad a terceros, sino a los herederos que habían sucedido a la causante fallecida. Que el valor probatorio de dicho instrumento debía apreciarse en conjunción con el poder especial que aquélla le había otorgado; que no reclamaba derechos como apoderado sino como comprador por boleto. Que el art. 146 de la ley concursal torna procedente su pretensión (por ser comprador por boleto, de buena fe, que abonó mucho más del 25% del precio que exige la norma); que el hecho de no haber recibido la posesión no incide en su derecho, puesto que esto no es requisito de ley. Solicitó que se revocara el fallo recurrido, que se hiciera lugar a su pretensión de escriturar y que, en tal sentido, se le fijara fecha para depositar el saldo de precio.

En contra de esto se opinó que la falta de fecha cierta del boleto en el que sustentó su derecho obsta a su oponibilidad a terceros (cfr. 1034, 1035, Cód. Civil), en este caso, a la quiebra.

En segunda instancia se desestimó el recurso con costas. (Firman: *Rodolfo A. Ramírez, Martín Arecha y Helios A. Guerrero*).

Algunos autores han considerado que el art. 1185 bis puede cimentar maniobras, pues es más ventajosa la situación del enajenante y un supuesto adquirente que obraron en forma acordada que la de los terceros acreedores del concursado que deben acreditar el fraude.

En efecto, le basta al vendedor de un edificio en propiedad horizontal celebrar boletos de compraventa de las unidades, percibir tan sólo el veinticinco por ciento del precio y hacer que los supuestos adquirentes se presenten a su concurso a demandar la escrituración a su favor.

Habría que destruir cada acto jurídico de enajenación por falta de buena fe del adquirente.

Tampoco el artículo salvaguarda al adquirente contra hipotecas constituidas sobre el inmueble, aun por las constituidas con posterioridad al boleto.

Oponibilidad frente al acreedor hipotecario

El acreedor hipotecario vence al adquirente con boleto de compraventa, siguiendo la tesis de que el boleto crea únicamente una obligación de hacer, los actos de constitución de hipotecas que efectúe el promitente son inatacables, porque él continúa siendo propietario hasta que se realice la escritura traslativa de dominio.

Ahora veremos las implicancias penales que pudiera tener el que promete

(3) Cámara Nacional Comercial, Sala E, septiembre 6 de 2000. Autos: “Sucesión de Ortiz Imaz de Bergaglio, Rosa, s/ inc. de revisión”.

en venta varias veces la misma cosa, o el que realiza actos para evitar el cumplimiento de lo que ha acordado.

La responsabilidad penal

La hipoteca constituida después de la firma del boleto es válida, y es tan válida que el decreto ley 4778/63 de reformas al Código Penal creó un nuevo tipo delictivo incriminatorio de este supuesto.

No se trata de un supuesto del que promete en venta una cosa que tiene hipotecada, sino del que maliciosamente la hipoteca para no cumplir con su obligación.

El decreto establecía: “Agrégase al artículo 173 del mismo Código como inciso 11 el siguiente: «El que, habiendo firmado boleto de venta de una cosa, mueble o inmueble y recibido total o parcialmente su precio, durante la vigencia de aquél y por acto voluntario, imposibilitare la transferencia del dominio en las condiciones establecidas en el mismo»”.

La ley 16648 derogó esta reforma.

En el año 1967 la figura fue otra vez incluida y el inciso 11 del artículo 173 quedó redactado de la siguiente manera: “Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece [...] 11) El que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía”.

Sobre este aspecto hay varios fallos, en uno de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, se estableció⁴: “Si bien la sola constitución de hipotecas no significaría un perjuicio concreto para el titular del derecho, el proceso de desbaratamiento se inicia desde el momento en que el imputado no paga y se deja ejecutar, se continúa con la secuela del juicio y se consuma con la pérdida del bien en remate judicial”.

Tenemos también otro fallo interesante sobre “Defraudación. Desbaratamiento de derechos acordados. Configuración del delito. Alcances. Compra-venta inmobiliaria. Procedimiento penal”⁵. En él se estableció que incurre en el delito de desbaratamiento de derechos acordados el imputado que transfiere el dominio a un tercero o constituye un gravamen, tras haber suscripto boleto de compraventa respecto del mismo bien.

El boleto de compraventa inmobiliaria puede constituir válidamente la base contractual exigida por el tipo de delito de desbaratamiento de derechos acordados.

(4) Sala I, fallo de 6 de febrero de 1970 (*La Ley*, t. 139, pág. 730).

(5) Publicado en *La Ley* del 27/9/2000, fallo 100.969.

Críticas al 1185 bis

Algunos autores han criticado el 1185 bis considerando que éste puede causar distorsiones en el tráfico de inmuebles. Alegan que el titular del boleto se halla en mejores condiciones cuando el enajenante está en quiebra, que *in bonis*, lo que constituye una anomalía no fácil de explicar.

Si el vendedor no está en quiebra, el comprador no puede obtener la escrituración mientras haya embargos, si el vendedor ha quebrado o está en concurso sí puede obtenerla.

Cuando se realizó la reforma del Código en el año 1968, se organizaron congresos y jornadas para analizarla.

Una de ellas fue la XIII Jornada Notarial Argentina.

Los representantes del Colegio de Escribanos de la Capital Federal hicieron una propuesta que, en resumidas cuentas, era la siguiente: “Vistas las reformas que la ley 17711 introduce al Código Civil, relacionadas con los artículos 1185 bis y 2355; y considerando:

Que las normas legales citadas tienen por fin brindar protección y se ha arbitrado un recurso para asignar al crédito del adquirente la posibilidad que en determinadas circunstancias tenga una preferencia.

Que esta preferencia debe interpretarse y aplicarse con prudencia, pues se da una seguridad a un acreedor en detrimento de otro.

Que no se puede aceptar que un acreedor puede oponer su boleto de compraventa celebrado sin ningún tipo de publicidad a un acreedor hipotecario cuyo crédito es posterior al de aquél y tampoco que se pueda oponer a quien haya adquirido el dominio del bien, también con posterioridad”.

Consideraron que hubiera sido conveniente que el artículo exigiera la fecha cierta.

En estas Jornadas se propuso una declaración de la cual tomamos uno de los puntos, que concluía:

“Que el acreedor adquirente no puede invocar el beneficio de la oponibilidad: a) contra otros acreedores, aunque sus créditos sean posteriores al contrato de enajenación, si no se ha decretado el concurso o quiebra del deudor enajenante; b) contra otros acreedores aunque sus créditos sean posteriores al contrato de enajenación y aunque se haya decretado el concurso o la quiebra del deudor enajenante, si los créditos de aquéllos se hallan garantizados con hipotecas u otros derechos reales; c) contra un tercero que haya adquirido el dominio del bien, aunque el negocio causal traslativo del dominio sea posterior al contrato de enajenación que generó el derecho del acreedor accionante”.

Agregaban que “estos principios no rigen en el supuesto de que se demuestre que los citados acreedores o el adquirente del dominio tenían conocimiento de la existencia del boleto o contrato anterior”.

Veamos ahora:

Las soluciones propuestas (en particular)

La anotación de promesas de compraventa

Como antecedentes tenemos la ley 14005, que sólo contempla la venta de inmuebles fraccionados a plazos; hubo algún intento de extenderla al régimen de la propiedad horizontal.

Después tenemos los dos decretos reseñados que no se pusieron en práctica, por lo menos en la Capital Federal; uno porque la ley madre quedó sin efecto, el otro porque nunca se reglamentó. No tenemos tampoco noticias de que alguna provincia lo haya puesto en práctica. Las principales críticas que se han hecho al sistema de la inscripción de boletos es que forzaría el armado, dentro de los registros, de una compleja organización, alegando que dicha organización no justificaría, en manera alguna, la eficacia relativa del sistema.

Borda puso de manifiesto la discusión habida en el seno de la comisión que redactó la ley 17711 de Reformas al Código Civil sobre la posibilidad de exigir la inscripción de los boletos de compraventa, y nos dice que esta posición no prosperó para que pudiera funcionar sin inconvenientes el pacto comisorio tácito⁶.

Los sistemas utilizados para la venta en propiedad horizontal

a) El sistema del condominio

Posiblemente el primer sistema usado antes de que empezaran a venderse los departamentos con boletos sobre el terreno fue reunir a un grupo de personas que compraban el terreno en condominio, daban un poder al constructor y hacían aportes para la obra.

Este sistema tenía la ventaja de que el terreno no podía ser hipotecado sin el consentimiento de los propietarios, cada uno de ellos tenía una proporción en el dominio del terreno y no se podía constituir hipotecas sobre su parte sin su autorización.

Además, los propietarios hacían un acuerdo de reparto de unidades, o sea, pactaban la división del condominio y su adjudicación. Este sistema tenía varios inconvenientes ya que cuando llegaba el momento de cesar el condominio, después de una serie de años, siempre aparecía algún copropietario, embargado, inhibido o fallecido. Hay soluciones distintas para cada uno de estos casos.

Cualquier adquirente que quisiera unirse al consorcio lo hacía por el sistema de venta de parte indivisa, con lo cual el adquirente pasaba a ser propietario de una parte del terreno, y se le hacía firmar una adhesión al contrato de construcción y a lo pactado con respecto a la adjudicación de unidades.

Otro problema no extraño era que a veces parte de los condóminos no hacían el aporte cuando correspondía, con el consiguiente atraso de la obra o la necesidad de financiar al moroso.

No hemos detectado casos de que algún acreedor se hubiera opuesto al

(6) “La reforma al Código Civil. Los contratos en particular”, ED, t. 21.

convenio de partición o división de condominio; ese convenio da un derecho personal. Parece una cuestión mínima pero no lo es, porque generalmente no coinciden los porcentajes en el dominio sobre el terreno con los porcentajes que corresponden a la superficie de la unidad una vez terminada. Por lo general, los que tienen departamentos altos con mayor luz y vista compensan esas ventajas o con un mayor pago o con la adjudicación de una unidad con un tamaño menor.

Puede darse el caso, y se daba en la práctica, de que se abonaba sobre el cinco por ciento del terreno y la construcción, y luego se recibía el 3,56 % del total.

b) La “sociedad inmobiliaria” de promoción horizontal

Este sistema se halla contemplado en un anteproyecto de reformas a la ley 13512, sometido a la consideración de varias entidades. El artículo 21 establecía: “Podrán constituirse sociedades bajo cualquiera de las formas que admiten las leyes aun cuando no tengan fines de lucro, cuyo objeto sea adquirir inmuebles o construir edificios para dividirlos al disolver la sociedad, adjudicando a los socios las distintas unidades bajo el régimen de la ley 13512. Serán válidas las cláusulas del contrato social que impongan como condición para mantenerse en el goce de las distintas unidades el cumplimiento de las obligaciones asumidas para edificar o reconstruir los edificios”.

Hubo un proyecto concreto sobre esto que fue elevado por una de las entidades consultadas a la Secretaría de Estado de Justicia.

Incluía también un artículo que establecía: Artículo 30: “Las personas que acuerden construir un edificio para someterlo al sistema de esta ley y adjudicarse las unidades que la componen, deberán hacerlo, necesariamente, bajo el régimen de sociedad inmobiliaria. Esta sociedad se registrará por las disposiciones contenidas en el libro 2º, sección III, título VII del Código Civil con las siguientes modificaciones [...]”. Y a continuación enumeraban disposiciones que debería contener el estatuto social.

En legislación comparada encontramos reglada esta forma societaria para la propiedad horizontal en distintas legislaciones.

c) El legajo notarial

Ésta fue una de las propuestas presentadas al Congreso Argentino de la Prehorizontalidad.

Se proponía iniciar el período de la prehorizontalidad con el plano de división hecho sobre la base de la mensura del terreno y del plano del proyecto del edificio, donde están fijados el tamaño de las unidades, su ubicación y distribución, así como sus porcentuales.

Este plano, junto con el reglamento de copropiedad y el nombre del escribano interviniente, debía ser inscripto en una sección especial denominada de la prehorizontalidad.

La finalidad del nombre del escribano era que todas las operaciones relacionadas con el dominio y realizadas en el período de “prehorizontalidad”,

desde la presentación de los planos hasta la escrituración, deberían ser visadas por este escribano. La firma de los boletos debería también ser visada por él, siendo el responsable del control.

Se establecía que: “Los boletos contendrán o adjuntarán el estado del dominio y las restricciones que pesan sobre la propiedad, el reglamento de copropiedad y administración, el porcentual del dominio y de expensas comunes, el seguro de incendio y el nombre del administrador”.

Con respecto a las hipotecas, éstas en principio no podían ser superiores a una determinada tasación oficial a establecerse, deberían contar con la aceptación unánime de los adquirentes que había al momento de constituirse. En cuanto a la publicidad, se establecía que en ella debería constar el nombre del escribano ante el cual debían hacerse todas las operaciones.

Al estar el edificio en condiciones de escriturar concluye la tarea del escribano inscripto y está permitido nombrar a otro para la escrituración.

d) El seguro de cumplimiento de contratos y los avales bancarios

Ésta también fue una de las propuestas al Congreso Argentino de la Prehorizontalidad.

En lo fundamental propugnaba la contratación por el promotor de una garantía en favor del adquirente de unidades singulares futuras de un seguro contratado con una compañía que permitiera al comprador, en caso de fracaso de la operación:

a) Reembolsar las cuotas abonadas, a partir de la formalización del contrato hasta el momento de la posesión, con más un interés bancario.

b) Cancelar los gravámenes e hipotecas que el comprador no debiera tomar a su cargo según el respectivo contrato de compraventa, al tiempo de celebrarse la pertinente escritura traslativa de dominio.

Este seguro podía reemplazarse por un aval o fianza bancaria que garantizara la devolución de las sumas, los intereses y la cancelación de gravámenes mencionados.

Sobre este sistema se hicieron varias críticas, una de ellas consistía en que el costo iba a ser trasladado al comprador y otra, que solamente las constructoras grandes podrían hacer uso del sistema.

De manera indirecta, el adquirente se beneficiaría con otro control que seguramente harían las aseguradoras sobre el progreso de la obra en resguardo de sus intereses.

La contratación de seguros o avales bancarios que garanticen a los adquirentes el eventual incumplimiento de la parte promotora es, por otra parte, una propuesta que presenta el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial elaborado por la Comisión designada por decreto 685/95.

Las declaraciones y recomendaciones del Congreso Argentino de la Prehorizontalidad (1970)

En un nuevo intento por proteger al adquirente con boleto de compraventa, especialmente a raíz del número de perjudicados en la compra de departa-

mentos, en 1970 se reunió en el Colegio de Escribanos de la Capital Federal un Congreso, organizado por la Cámara Argentina y el Comité Coordinador Permanente de la Propiedad Horizontal, preocupados por la situación. Algunos de los sistemas propuestos ya fueron mencionados.

En esos años el Ministerio de Bienestar Social tuvo que suspender las ejecuciones hipotecarias. Se dictó un decreto con el propósito de tener tiempo para solucionar los problemas de los que tenían un departamento comprado con boleto y no podían obtener la escritura.

La comisión sometió a consideración del plenario una declaración de carácter general y catorce recomendaciones; la recomendación N° 14 tuvo el voto en contra de varios delegados.

Transcribimos algunas de las recomendaciones:

Recomendación N° 1

Una forma máxima de proteger al comprador y al vendedor en propiedad horizontal es asegurar el inmediato otorgamiento de un título de propiedad mediante la escritura traslativa de dominio que vincule al comprador con la cosa. Con ello se evitará la constitución de gravámenes o actos de disposición en desconocimiento del comprador, así como los perjuicios ocasionados por la falencia del vendedor-constructor. Se rechaza, por tanto, la inscripción de boletos o contratos de compraventa, porque se pretende que la garantía no quede en el campo obligacional.

La inscripción no agrega garantía efectiva alguna.

Por lo tanto, propician que:

- a) firmado el boleto de promesa de venta, dentro de un plazo limitado e irrenunciable, se deberá otorgar escritura de compraventa y constitución de condominio sobre partes indivisas del terreno con sus acciones (cimientos, estructura, etc.), con derecho exclusivo a unidades privativas determinadas, cuando éstas estén edificadas en virtud del contrato, y
- b) terminada la construcción y requisitos de habitabilidad, se otorgará escritura pública por la cual, de pleno derecho, queden definitivos tales títulos, ahora de dominio sobre unidades y condominio indiviso sobre los bienes comunes, conforme a la ley 13512.

Recomendación N° 2

Para garantizar adecuadamente los derechos del comprador de unidades futuras, en cuanto a la seguridad de las sumas que vaya abonando en concepto de precio y demás prestaciones dinerarias a su cargo y el debido cumplimiento del contrato, el vendedor –a su elección– deberá optar por una de las siguientes soluciones:

- 1) Otorgar al comprador, de inmediato, un derecho de condominio sobre partes indivisas del terreno, en la proporción que corresponda asignar a la unidad vendida, dentro del valor de conjunto del inmueble.

O como otra posibilidad:

- 2) Garantizar el contrato con un seguro.
- 3) Proporcionar un aval otorgado por institución bancaria que garantice la devolución de las sumas e intereses y las cancelaciones si hubiera hipotecas.

En ese momento nos opusimos al sistema del seguro tal como estaba dado, porque entendíamos que lo que interesaba era que el comprador recibiera la cosa, es decir, la propiedad y no el dinero que había invertido porque la inflación convertiría en ridículas las sumas a percibir⁷.

(7) “*La Deblacle Monetaria*”

Como en muchas partes de nuestro trabajo nos hemos referido a la influencia y los efectos de la debacle monetaria vía inflación que tuvo nuestro país, hacemos una breve reseña de lo sucedido, para que los que vivieron una época de mayor estabilidad tengan una somera idea de lo que pasó.

Hasta llegamos a tener billetes de un millón de pesos que apenas alcanzaban para pagar un taxi. Llegamos a verlos ofrecidos en Estados Unidos dentro de un pisapapeles de plástico transparente, con una leyenda que decía: “sea un millonario por tres dólares”.

Trataremos de explicar cómo llegamos a esa situación desde el punto de vista de la moneda.

En el año 1881 se estableció como patrón monetario para nuestro país el PESO MONEDA NACIONAL (m\$.n.).

En 1899 se fijó una nueva paridad de cuarenta y cuatro centavos por cada peso oro. Hasta ese momento el billete y el peso oro cotizaban a la par.

La Caja de Conversión, de la que luego hablaremos, mantuvo el canje de billetes por oro hasta 1914 (Primera Guerra Mundial), más tarde lo suspendió, para restablecer la conversión en el año 1927. Esta posibilidad cesó definitivamente en 1929.

Es increíble pero desde 1881 hasta 1970, esto no se modificó. Puede deberse a dos posibilidades: o que éramos otro país, otra gente, otra formación, otra educación, o a que los gobernantes que hemos tenido los últimos años son los campeones del desastre.

Haremos primero un resumen de los cambios sobre la base de un libro editado por nuestro Banco Central.

Las modificaciones:

1) En enero de 1970 se produjo la primera modificación. Se cambió la unidad monetaria, que a partir de ese momento pasaría a llamarse PESOS LEY 18.188. Se quitaron dos ceros a los Pesos Moneda Nacional. La paridad establecida era de UN (1) Peso (Ley 18.188) igual a CIEN (100) Pesos Moneda Nacional.

2) A partir de junio de 1983, se cambió al PESO ARGENTINO (\$) y se le quitó cuatro ceros a la unidad anterior PESOS (Ley 18.188). La paridad determinada era de UN (1) Peso Argentino igual a DIEZ MIL (10.000) Pesos (Ley 18.188).

3) A partir de junio de 1985, la unidad monetaria pasa a denominarse AUSTRAL (A), se le quitan tres ceros a la línea anterior Peso Argentino. La paridad correspondiente era de UN (1) Austral igual a MIL (1.000) Pesos Argentinos.

4) Por último, a partir de enero de 1992, la unidad monetaria vuelve a llamarse PESO (CONVERTIBLE) y se le quitan cuatro ceros a la anterior Australes. La paridad fijada era de UN (1) Peso equivalente a DIEZ MIL (10.000) Australes.

En algunos casos, los valores de la línea anterior mantuvieron su curso legal por un período determinado, con su equivalente en la nueva moneda, mientras que en otros, los billetes se resellaron.

En conclusión, desde el 10 de enero de 1970 hasta el 1° de enero de 1992, se le quitaron trece (13) ceros a nuestra moneda, con relación a los Pesos Moneda Nacional originarios.

De esta manera, tenemos el siguiente cuadro de equivalencias:

\$ 1.- (Un Peso Convertible) al 1° de noviembre del 2002, es igual a:

Arg.	10.000
\$ a	10.000.000
\$	100.000.000.000
M\$.n	10.000.000.000.000

A partir de 1973, por la gran inflación, empezaron a emitirse billetes con valores cada vez más altos. En 1980 se emitió el de quinientos mil pesos, y en 1981 el mayor de nuestra historia, por un millón.

Por último, hoy tenemos los PESOS CONVERTIBLES, que ya no son convertibles.

Para los más jóvenes esto da una idea de lo que se vivió entre 1970 y hoy, que no es tan lejos (más sobre el tema, *Revista del Notariado* N° 871: “El notariado al servicio del país V”).

El ideal sería que la compañía de seguros garantizara la terminación de la obra.

Muchos decían, con respecto al aval bancario, que los únicos que lo conseguirían serían las cinco compañías constructoras que trabajaban en combinación con bancos. Que esto hubiera provocado el monopolio de la construcción y que, en la mayoría de los casos, varios bancos eran promotores y acreedores.

Cuando se plantearon los problemas, los bancos se presentaron (no en todos los casos) como un acreedor más y con privilegio por la garantía hipotecaria.

La publicidad se realizaba en muchos casos a través de carteles que decían “Banco...” construye, vende y financia pero, en realidad, tenían una garantía hipotecaria por sus préstamos y, en ocasiones, alegaron que ellos eran sólo un acreedor con privilegio.

Esa publicidad, que fue considerada en algún caso como engañosa, hizo que varios bancos aceptaran su responsabilidad y se hicieran cargo de solucionarlos.

Recomendación N° 3

En la ley especial a sancionarse, debe imponerse a las entidades o personas que se propongan vender unidades correspondientes a un inmueble que se ha de incorporar al régimen de la propiedad horizontal, la obligación de formular una manifestación de voluntad, la cual deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda, tendrá forma de acta notarial y carácter de afectación del inmueble, y contendrá determinados requisitos:

Las consecuencias de dicha declaración serán: impedir la disponibilidad del inmueble en forma distinta de la indicada, con la salvedad de que podrá posteriormente hipotecarlo siempre que, en tal sentido, se haya formulado reserva expresa en el acto de la declaración y fijado el monto máximo de dicho gravamen.

El interesado podrá desistir voluntariamente de la afectación siempre que sea con anterioridad a la suscripción de precontratos o boletos de compraventa de las unidades.

Si los boletos ya se han firmado se requerirá la conformidad de los respectivos adquirentes.

Recomendación N° 4

Es necesario que las partes compradora y vendedora de unidades correspondientes a un inmueble que ha de incorporarse al régimen de la propiedad horizontal incluyan obligatoriamente en los precontratos, boletos de compraventa y demás convenciones formuladas, las siguientes previsiones. Se mencionan:

- a) características del edificio y sus especificaciones técnicas;
- b) plano de plantas, planilla de locales, empresa constructora y director de obra, en su caso;
- c) demás especificaciones necesarias para conocer y determinar las parti-

cularidades del inmueble total y de la unidad, así como las concernientes a precio.

Recomendación N° 6

Para la configuración de cualquier documento auténtico en las distintas etapas de la comercialización de la prehorizontalidad, resulta imprescindible la escritura pública o la intervención notarial extraprotocolar, en su caso.

Recomendación N° 14

El adquirente excluido de sus derechos, por incumplimiento de sus obligaciones, debe ser considerado como “usurpador”, en el caso de que no restituya la unidad privativa cuya posesión se le dio con anterioridad.

En esos años había gran cantidad de edificios vendidos con boleto y en los que se había entregado a los adquirentes la posesión. En casi todos los casos estaban habitados pero no se escrituraban porque los constructores se financiaban manteniendo vigentes las hipotecas constituidas. Garantizaban los nuevos que construían con los ya vendidos.

En ese año ya estaba vigente el 1185 bis, pero había casos en que las unidades estaban hipotecadas por una suma muy cercana a su valor. O sea que los compradores tenían que volver a pagar para desinteresar a los acreedores hipotecarios. La mayoría de las hipotecas eran anteriores a los boletos y al otorgamiento de la posesión. Empezaron a constituirse con el terreno e iban aumentando su monto a medida que se edificaba.

También encontramos en esa época muchos casos en los que, cuando se le otorgaba la posesión, se hacía firmar al adquirente con boleto pagarés con vencimientos mensuales, que representaban la suma que él debía pagar a plazos. En ocasiones, esos pagarés fueron descontados por el vendedor y, como no estaban ligados a la operación de compra, hubo adquirentes que se encontraron con todo el edificio hipotecado, la obra detenida y sus pagarés en manos de terceros.

Quizás el caso más pavoroso haya sido el de un edificio que fue totalmente vendido y estaba hipotecado, a los compradores les habían hecho firmar pagarés por la totalidad del precio debido y, además, el edificio tuvo que ser demolido por una cuadrilla porque estaba mal construido.

Los adquirentes con boleto nunca llegaron a tener su unidad y algunos tuvieron que defenderse de demandas derivadas de los pagarés.

El pago del terreno con unidades a construir

Este tipo de situación también se planteaba frecuentemente. En muchos casos el constructor quería tirar abajo una casa existente y construir sobre la misma o adquirir el dominio del terreno pagando su adquisición con la entrega de unidades que iban a construirse.

El problema era que el constructor quería el dominio de inmediato, se oponía a construir sobre terreno de otro y el dueño del terreno se negaba a entregar el dominio a cambio de boletos de compraventa.

Lo primero que las partes planteaban era una permuta, pero una cosa existía y la otra, no.

Los constructores se mantenían firmes en que querían el dominio inmediato y hacer boletos, por lo que el propietario, en definitiva, los hacía pero se garantizaba la entrega de las unidades constituyendo hipotecas.

La historia no terminaba aquí, ya que uno puede garantizar casi cualquier obligación con hipotecas pero en caso de incumplimiento se resuelve por la entrega de una suma de dinero.

Repetimos, como había una gran inflación no se sabía qué montos poner, las cosas que hoy eran caras, en dos meses eran un regalo. Tampoco querían las partes pagar impuestos de sellos sobre sumas siderales donde esas hipotecas estaban gravadas. Por la inflación y no por la protección jurídica, muchas de esas operaciones terminaron mal.

La Ley de Concursos y Quiebras (1972)

La primera noticia acerca de la situación que pasamos a relatar la tuvimos en el Ministerio de Justicia en el año 1972, cuando estábamos trabajando por delegación del Colegio de Escribanos de la Capital Federal sobre la manera de implementar el Registro Nacional de Sociedades, en lo que luego fue la Ley de Sociedades.

En ese momento, en el Ministerio nos comentaron que estaban por promulgar la Ley de Quiebras y manifestaron su preocupación porque estaba utilizándose el artículo 1185 bis para fines no queridos.

Esto dio nacimiento al artículo 150 de la Ley de Quiebras que, en su segunda parte, establecía que el artículo 1185 bis sólo podía aplicarse cuando un inmueble estuviere destinado a vivienda.

Esto se hizo porque no faltó alguno que, antes de entrar en cesación de pagos y teniendo como único activo la fábrica, firmaba un boleto con el veinticinco por ciento del precio a favor de un amigo y trataba de extraerla del concurso.

De esta situación ahora reformada nos quedaron algunos fallos interesantes. El primero fue de la Cámara Nacional en lo Comercial⁸; se trataba en el caso de una sociedad anónima que se presentó a pedir la escritura a la quiebra basándose en el 1185 bis, acreditando que había pagado el veinticinco por ciento del precio y obrado de buena fe.

Alegaba que la **norma requería que la unidad estuviera destinada a vivienda pero no exigía que fuera para vivienda del adquirente** (sociedad anónima).

El síndico de la quiebra se negó a darle la escritura opinando que el artículo 150 de la Ley de Quiebras establecía que tenía que estar especificado que el destino era para vivienda, y si la que compraba era una sociedad anónima era de suponer que no podía vivir ahí.

En Cámara se resolvió que la escritura debía otorgarse a la sociedad ya que no se había realizado ninguna especificación acerca del fin a que iba a destinarse la unidad, o sea que podría alquilarse a un tercero para vivienda aunque no lo fuera para vivienda del comprador.

(8) Sala C, del 12 de julio de 1974.

El segundo fallo interesante fue el de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C; fue el caso “Corsario Sociedad Anónima s/quiebra”⁹. Un adquirente con boleto de compraventa se encontró con que su unidad estaba hipotecada; como debía un saldo del precio, le pagó al acreedor hipotecario y se subrogó en sus derechos; se presentó a la quiebra y dijo que pedía como compensación que se anulara la suma que debía y la que le era debida. Al mismo tiempo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1185 bis, pidió que se le otorgara la escritura a su favor. En primera instancia le denegaron esto, estableciendo que ese adquirente era, por un lado, acreedor, y por el otro, deudor de la masa; que al tener la hipoteca por haberse subrogado en los derechos del primitivo acreedor, le daba un privilegio que debía utilizar y si no quería usarlo se convertiría en un acreedor quirografario más.

O sea, le decían: “Si usted tiene un crédito con garantía hipotecaria sobre la unidad y quiere cobrarlo, ejecute la unidad y cóbrese de ahí”. La Cámara revocó este fallo sosteniendo que la quiebra estaba obligada a cumplir en las mismas condiciones en que había pactado el vendedor.

Nosotros nos inclinamos por la solución de primera instancia, porque los demás acreedores del vendedor son eso: acreedores. No tienen por qué pagar las hipotecas que pesan sobre cada una de las unidades para entregarlas libres; sólo están obligados a escriturarlas.

Supongamos que la construcción del edificio se abandona en el piso séptimo y hay unidades vendidas del noveno piso; de acuerdo con esta interpretación, la quiebra debería terminar la construcción del edificio para cumplir en las mismas condiciones que el vendedor. Es lo mismo que obligarla a pagar hipotecas para poder escriturar.

Lamentablemente, lo único que puede hacer el adquirente en esos casos es levantar la hipoteca y pedir la escritura, no se puede pretender que la masa la otorgue y pague las hipotecas.

En los muchos años de alta inflación que tuvo nuestro país, se daba una situación curiosa porque, en la mayoría de los casos, cuando la masa de acreedores se encontraba con unidades de vivienda hipotecadas, les convenía pagar las hipotecas, desinteresar a los acreedores hipotecarios y después vender las unidades ingresando a la masa las diferencias.

Ese derecho, por el artículo 1185 bis, lo han perdido y ha pasado al adquirente. Éste, incluso, podría pagar la hipoteca, vender la unidad y quedarse con la diferencia, si la hubiera.

Ley de Concursos y Quiebras (1995)

La nueva ley trajo un nuevo artículo, el 146, y quedó derogado el art. 150 de la ley anterior.

El nuevo artículo 146, en su segunda parte, dispone: “Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponi-

(9) Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C; fue el caso “Corsario Sociedad Anónima s/quiebra”.

bles 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. El comprador podrá cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador fuere a plazo deberá constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio”.

Esta reforma fue motivada por varios casos presentados a Tribunales; el más notorio fue el caso Lechiguanas¹⁰, en el que se estableció que, tratándose de una operación concluida antes del estado de falencia, en la cual se abonó la totalidad del precio, se entregó la posesión y se promovió el juicio de escrituración antes de que se decretara la quiebra, la misma no se encuentra alcanzada por la norma del 1185 bis y 150 de la ley 19551 (el fallo es anterior a la reforma que suprimió el 150 y trajo el nuevo artículo 146).

En realidad, la situación marcaba un cambio en el caso en particular, bastaba para eso con volver en los casos absolutamente notorios a que el acreedor con boleto era un acreedor de una obligación de hacer.

Hay un sector de la doctrina que considera inconveniente el nuevo texto y que sigue sosteniendo que debería exigirse la fecha cierta y la posesión.

Las Leyes 19724 (1972) y 20276 (1973)

Prehorizontalidad

La segunda de estas leyes fue reglamentaria de la otra; se volvió con ellas a implementar el sistema de anotación de boletos, la manifestación de voluntad y una serie de medidas de protección que, en la mayoría de los casos, no se cumplieron.

Era fácil de comprobar que no se cumplían porque el artículo 8° de la ley establece que en toda publicidad que realice la empresa vendedora debe figurar el número en el cual se afectó el inmueble en el Registro de la Propiedad y el registro notarial ante el cual pasó esta afectación.

En esos momentos se podía abrir cualquier diario en la sección de avisos clasificados y observar que en la mayoría de las publicidades de ventas no aparecía ni figuraba la afectación. Lo mismo sucedía con los carteles de las obras que promocionaban las ventas. Lo mismo sucede hoy.

La ley otorgaba una protección legal penal; el vendedor que vendía sin ajustarse a las disposiciones de la misma se hacía pasible de una sanción consistente en la pena de un mes a dos años de prisión.

Luego el gobierno dictó la 20509, por la que se estableció que todas las leyes por las cuales se hubieran creado delitos especiales quedaban derogadas cuando no hubiesen emanado del Congreso de la Nación.

La ley 19724 se encontraba entre las enunciadas por la ley 20509.

(10) Lechiguanas S. A., *La Ley* 1988, pág. 483.

La situación actual

Hemos tenido varios fallos con la nueva Ley de Concursos y Quiebras; pasaremos a comentar algunos de ellos, que marcan una interpretación sobre distintas situaciones¹¹.

En uno de los casos se trataba de un comprador de varias unidades funcionales que promovió un incidente de escrituración en la quiebra del vendedor. En primera instancia se rechazó su pretensión. La Cámara revocó el pronunciamiento.

La compraventa se encontraba instrumentada en un boleto con fecha cierta anterior al período de sospecha. En el caso habían pasado nueve años, y se establecía el pago total del precio y, además, el adquirente tenía facturas de servicios, impuestos y constancias de expensas emitidas a su nombre. Lo que permitió inferir que contaba con la posesión de los inmuebles.

Desde hacía muchos años las expensas fueron liquidadas a su nombre, lo mismo pasaba con las facturas de pago de ABL (Alumbrado - barrido y limpieza) y Aguas Argentinas.

Las unidades eran cocheras, los boletos tenían fecha cierta de mayo de 1985, muy anterior al período de sospecha, la quiebra fue decretada en diciembre de 1994 y estaba pagado el precio total.

En otro fallo¹² se promovió tercería a fin de que se reconociera el mejor derecho de un adquirente por boleto de compraventa de un inmueble con relación a un acreedor privilegiado –constructor– que había verificado su crédito en el concurso del codemandado.

El juez hizo lugar a la demanda. La Cámara confirmó el pronunciamiento.

La doctrina de este fallo estableció que: es procedente la tercería de mejor derecho deducida por el adquirente de un inmueble con boleto de compraventa que abonó la totalidad del precio, respecto de un acreedor privilegiado que había verificado su crédito en el concurso del codemandado, pues habiendo abonado el precio íntegro del inmueble posee un privilegio especial en los términos del art. 1185 bis del Cód. Civil, que no resulta excluido por la normativa concursal.

Este fallo tuvo un voto en disidencia del doctor Moreno Hueyo, en el que establecía que “el comprador de un inmueble por medio de boleto de compraventa no puede deducir tercería de mejor derecho a fin de ser privilegiado frente al constructor del inmueble si previamente no verificó su crédito en el concurso preventivo del deudor, pues ello es obligatorio para todos los acreedores, cualquiera sea la naturaleza de sus créditos o los títulos que los justifiquen”.

Esta Sala tiene varios fallos en el mismo sentido.

La disidencia cuenta también con varias opiniones coincidentes^{13; 14}.

(11) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, 06/03/2003, “Conaut S. A. s/ quiebra”. Publicado en *La Ley* del 30/06/2003.

(12) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, 08/11/2002. Publicado en *La Ley* del 10/02/2003.

(13) Ver *La Ley* del 10/02/2003, fallo 105.037. Nota a fallo: “Oponibilidad de la tercería de mejor derecho al concurso preventivo” por Eduardo Ángel Teplitzchi. (El Tribunal, en el mismo

De cualquier manera, está controvertida la necesidad y obligación de presentarse a la verificación que ordena la Ley de Concursos.

Otro caso interesante es el resuelto en los autos “Banco de Galicia y Bs. As. S. A. c/ Villata, Hércole Bruno s/ cobro hipotecario”¹⁵, que trataba sobre una ejecución en la que se presenta un tercero alegando ser “[...] adquirente poseedor por boleto de compraventa del inmueble [...]” objeto de la ejecución y que, en virtud de ello, posee importantes derechos que se enfrentan con los del acreedor ejecutante. En ese orden de ideas señala que carece de todo tipo de derecho real sobre la cosa, pero ostenta sobre ella “un derecho personal” que debe ser atendido. Y, que si bien la hipoteca es oponible al poseedor con boleto, ello no ocurre en este caso, en el que el gravamen fue constituido después de que el recurrente recibiera la posesión del inmueble. Aseguraba también haber pagado más del 50% del precio de venta y que el banco ejecutante se había constituido en acreedor hipotecario, con pleno conocimiento de su “calidad de tercer adquirente por boleto de compraventa”. El banco niega, desconoce y rechaza la autenticidad del contrato de cesión de boleto de compraventa acompañado por el incidentista, así como también los hechos, derechos y jurisprudencia invocados por éste. Sostiene que el referido contrato le es inoponible, por cuanto no se han cumplido a su respecto ninguno de los requisitos exigidos por la normativa vigente. Destaca que la adquisición del derecho real de dominio sobre el bien hipotecado no se instrumentó mediante escritura pública y “[...] tampoco ha sido inscripta registralmente”. Puntualiza que el boleto de marras carece de fecha cierta y que “[...] aun en el supuesto de que [...] fuere de fecha anterior [...]”, resulta inoponible con relación a su presentado por las razones antes señaladas.

Precisaron que en “[...] el conflicto entre el comprador por boleto y el acreedor hipotecario debe estarse a la posesión: si ésta fue dada con anterioridad a la hipoteca triunfa el comprador; en cambio, si la hipoteca fue anterior a la posesión prevalece el acreedor, quedándole al comprador las acciones contractuales contra el vendedor y las penas”¹⁶. Pero esta posibilidad en la puja de dos derechos se halla condicionada a que el instrumento sin publicidad registral cuente con fecha cierta, o exista certidumbre fáctica de su existencia anterior a la constitución de gravamen, siendo la posesión pública y pacífica elemento trascendente para acreditar este último extremo.

sentido, “Testino c. Moral s/ tercería de mejor derecho”, expte. 20.108/97; “Gómez de Baña c. Moral y Cotax s/ tercería de mejor derecho”, expte. 10.011/97; “Diez c. Moral y Cotax s/ tercería de mejor derecho”, expte. 20.075/97; “Cavalcanti c. Moral s/ tercería de mejor derecho”, expte. 13670/97; y “Gil c. Moral s/ tercería de mejor derecho”, expte. 20.593/97).

(14) Ver también sobre el tema el trabajo publicado en la *Revista Notarial* 941 del año 2002, realizado por Rubén H. Compagnucci de Caso, que analiza muy bien distintas situaciones.

(15) Fallo publicado en la *Revista Notarial* 941, pág. 274.

(16) Fallo citado en la *Revista Notarial* 941, pág. 275 (SCJBA, ED 55-203, con nota de Borda, Guillermo A., “Acerca de la posesión legítima y el abuso del derecho”; Lorenzetti, *Tratado de los Contratos*, t. I, págs. 346/47, cit. por *Revista de Derecho Privado y Comercial* 2000-3, pág. 255).

Concluyen que los elementos aportados por el tercerista no abastecen el concepto de “certeza concluyente” que es demandable a su respecto.

En efecto, aun cuando en la cláusula tercera del contrato que corre a fs. 65/66 el incidentista aparece recibiendo del Sr... la “[...] tenencia precaria a fin del acondicionamiento de la propiedad [...]”, ha afirmado aquí que lo que en realidad adquirió en aquel momento fue la posesión del bien.

Pero como el boleto en cuestión no ha adquirido fecha cierta por ninguno de los medios enumerados por el art. 1035 del C.C., se impone por ello una valoración muy rigurosa de la prueba. Tampoco se ha probado la existencia de la posesión alegada, con las características de quieta, pública, pacífica e inequívoca, exigibles para prevalecer sobre la situación registral.

Tampoco que los terceros estaban en conocimiento de la existencia del boleto o que pudieron haberlo estado obrando con el suficiente cuidado y previsión. Se desestima la demanda.

Tenemos también un fallo interesante¹⁷, que resolvió que:

1) El titular de un boleto de compraventa no adquiere derecho de dominio sobre un inmueble sino hasta la suscripción de la pertinente escritura pública, por lo tanto, la inscripción registral constituye el requisito necesario para que la adquisición pueda ser oponible a terceros.

2) El boleto de compraventa no otorga a su titular ningún derecho real sobre el inmueble, sino un derecho personal a exigir del vendedor la escrituración del bien.

3) A los fines de hacer efectivo el derecho a escriturar un bien inmueble perteneciente al fallido, el poder especial irrevocable no constituye el instrumento idóneo, pues no está en la naturaleza jurídica y en el objeto de dicho instrumento probar la transferencia de dominio ni promesas de escrituración.

4) Resulta inválido, a fin de hacer efectivo el derecho a escriturar un bien inmueble perteneciente al fallido, un poder irrevocable en el cual se estatuye la posibilidad de otorgar la escritura traslativa de dominio a favor del apoderado, pues el art. 1892 del Cód. Civil veda la posibilidad de que el mandato tenga un objeto en exclusivo interés del mandatario. En primera instancia el juez rechazó la pretensión esgrimida en este incidente; se procuraba el reconocimiento del derecho a escriturar cierto porcentaje indiviso de un inmueble de la fallida. El incidentista apeló alegando que la ausencia de boleto de compraventa no era óbice para la prueba de su derecho; que en el poder cuya copia obra a fs. 4/5, otorgado por el vendedor a su favor, se dejaba en claro que el precio había sido totalmente abonado antes de ese acto; que el citado instrumento había sido otorgado fuera del período de sospecha; que hubo buena fe; que el síndico había prestado conformidad con la solicitud de escrituración a su favor; y que su solicitud no había sido extemporánea.

El fiscal entendió que se pedía la escrituración de la parte indivisa sin siquiera haber demostrado el pago del precio. La mera afirmación genérica del

(17) Fallo publicado en la *Revista del Notariado* N° 862, pág. 137 (Cámara Nacional Comercial, Sala A, julio 7 de 2000. Autos: “Etchebehere, Hugo J. s. inc. de escrit. Por: Panno, Marcelo J.”).

fallido obrante en el poder no era suficiente para probar el cumplimiento de tal extremo.

Que tampoco se cumplieron los requisitos de los arts. 146 y 1185 bis del Cód. Civil; no hubo presentación de boleto alguno. Que el poder especial que se acompañó no es instrumento idóneo, que no está en la naturaleza jurídica ni en el objeto de dicho instrumento probar transferencias de dominio ni promesas de escrituración.

Esto del poder irrevocable fue una especie de moda, no sabemos inventada por quién, que por suerte se terminó. La gente, desesperada por cobrar e invertir rápidamente lo obtenido por la venta en épocas de alta inflación, trataba de presionar al comprador para que hiciera un boleto, les pagara la totalidad del precio y recibiera la posesión. Le ofrecían certificar las firmas y otorgar un poder irrevocable a favor de algún amigo para que, una vez obtenidos los certificados, escriturara a su favor.

Lo autorizaban también a retener los impuestos y gastos que debía pagar el vendedor.

Esto dio lugar a discusiones interminables y es inaceptable; el poder irrevocable sirve para firmar por el vendedor, pero no impide que registralmente se anoten embargos, hipotecas o gravámenes sobre la cosa prometida en venta.

Para escriturar con el poder hay que levantar esos gravámenes o tomarlos a su cargo, pagando quizás nuevamente el precio ya abonado.

Otro fallo interesante¹⁸ trae la siguiente doctrina:

1) El adquirente del inmueble por boleto de compraventa de fecha posterior a la inscripción de la hipoteca no es tercer poseedor en los términos de los arts. 3162 y 3163 del Cód. Civil; por consiguiente, no tiene legitimación para intervenir en el proceso de ejecución hipotecaria, contrariamente a lo que ocurre en el caso en que el boleto sea de fecha anterior a la constitución de la hipoteca.

Hemos encontrado una muy buena nota a uno de los fallos que resume la doctrina sobre el punto¹⁹.

Podría decirse, de una manera general, que el boleto posterior a la hipoteca cede ante ésta, tenga o no fecha cierta.

La doctrina está menos unida en las opiniones con respecto al boleto anterior a la hipoteca con fecha cierta y en el cual se ha otorgado la posesión.

La decisión sobre este punto no es fácil; en principio, siempre consideramos que se debe dar la prelación al acreedor hipotecario, a menos que éste hubiera sabido que se había prometido con boleto y se había entregado la posesión. O que con una mínima diligencia hubiera podido averiguar la existencia de la posesión.

(18) Fallo publicado en la *Revista del Notariado* N° 863, pág. 199 (Cámara Nacional Civil, Sala E, agosto 24 de 1999. Publicado en *La Ley* del 22/02/01, fallo 101.559).

(19) La nota es de la escribana Vanina Paola Kartofel, *Revista del Notariado* N° 863, pág. 199.

Tendría sólo un mejor derecho el adquirente con boleto, con fecha cierta y posesión en casos tremendamente comprobables, que permitieran constatar que no hubo ninguna diligencia, ni siquiera la mínima, por parte del acreedor hipotecario. Una falta de diligencia tan grande que haría dudar de su buena fe.

Hay normas de nuestro Código Civil que todavía permanecen pero que fueron dictadas para otro país, otra población y otra facilidad de conocimiento con respecto a la entrega de la posesión.

Es muy fácil defraudar al acreedor hipotecario, negando en el momento de constituir la hipoteca la venta con posesión y hacerla luego aparecer para hacer caer la garantía.

La hipoteca no es un derecho real que se ejercite por la posesión, entonces es factible la colisión de un acreedor hipotecario y un poseedor por boleto de fecha cierta anterior a la constitución de hipoteca.

La publicidad de Vélez en el Código era traditiva (ver art. 577), es el medio que se utiliza para manifestar los derechos reales que se ejercen por la posesión; entonces, cada vez que haya boleto con fecha cierta y posesión anterior a la hipoteca tenemos un conflicto. Esa posesión puede tener una exterioridad que genere un conocimiento general, y el acreedor no podría alegar su desconocimiento, pero esto no es frecuente, puede ser que eso fuera fácil de detectar cuando se dictó el Código, hoy no lo es.

Algunos autores hacen prevalecer siempre al acreedor hipotecario, tenga o no posesión el titular del boleto.

Las Compañías de Ahorro y Préstamo para Vivienda

A raíz de la brutal inflación que hubo en nuestro país, tuvimos problemas con estas compañías que se dedicaban a financiar la compra de inmuebles y garantizaban sus préstamos con hipotecas. Estas operaciones tuvieron graves problemas, no porque las hipotecas estuvieran mal constituidas, sino por la inflación que había en el país.

Las Sociedades de Ahorro y Préstamo para Vivienda recibían fondos del público y los prestaban para la construcción o compra de inmuebles.

En esa época (año 1976) se autorizaba un sistema de indexación sobre los préstamos; con el tiempo, la tasa de indexación por la inflación que se vivía se hizo impagable. La deuda empezó a crecer mucho más rápido que el valor de la propiedad y hubo gran cantidad de adquirentes que se encontraron con que, aun vendiendo su casa, no podían pagar ni la mitad de lo adeudado.

Las compañías estaban también en problemas, pagaban a su vez intereses que iban ajustándose sobre las sumas recibidas y las garantías que tenían pasaron a ser insuficientes.

Por otro lado, no podían sacar a remate todas las propiedades al mismo tiempo, había muchas unidades en las mismas condiciones en oferta, cada inmueble que entraba en el mercado hacía bajar el precio de los demás.

En mayo de 1976 se sancionó la ley 21309, que trataba sobre hipotecas y prendas con registro constituidas para garantizar obligaciones en dinero so-

metidas a cláusulas de estabilización o reajuste. Establecía condiciones para considerar cumplido el “requisito de la especialidad”.

Los Registros debían inscribirlas dejando constancia de que los importes cubiertos por la garantía se encontraban sujetos a cláusulas de reajuste pactadas, esos recaudos debían reflejarse en las certificaciones que expedían.

Tenían que consignar la cantidad cierta de la deuda originaria y la cláusula de reajuste, con mención de los índices de actualización adoptados, los períodos por los cuales se efectuaría el reajuste y el tipo de interés pactado.

Años después se dictó la ley 23928, cuyo artículo 7 prohibió las cláusulas de estabilización con efecto posterior al 1° de abril de 1991.

En muchos casos, los que habían constituido las hipotecas y no podían pagar iniciaron acciones para conseguir la nulidad de aquéllas. Alegaban que no contenían las cláusulas que habían acordado, que no se las habían leído, que habían sido modificadas o que las habían firmado con espacios en blanco que luego se llenaron.

A fines de los años ochenta el problema estalló, se dejó sin efecto la indexación y las Compañías de Ahorro y Préstamo para Vivienda desaparecieron^{18 bis}.

Para los interesados en el estudio del problema, hay un fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala A, que hace un análisis exhaustivo de la indexación con respecto a un caso en particular^{19 bis}.

Nuevos sistemas propuestos

En los últimos tiempos ha surgido la propuesta de utilizar el fideicomiso para proteger al comprador, hay otros que sostienen que el medio más conveniente sería la sanción de una ley más abarcadora sobre Derecho de Superficie y la utilización de este derecho como medio de protección²⁰.

Con respecto al fideicomiso

Con respecto a este punto el sistema estaría dado de la siguiente manera: un fiduciante entrega un terreno a favor de una entidad: “fiduciario”, para construir en él un inmueble a ser sometido al régimen de propiedad horizontal. Esas unidades serán vendidas a los futuros “fideicomisarios”. Las unidades serán ofrecidas a la venta por el fiduciario²¹.

En general, los autores de trabajos sobre este tema coinciden en que el fi-

(18 bis) Ver *La Ley* Repertorio XLI, pág. 1527, “Cosmos S. A. Ahorro y Préstamo para Vivienda y Buenos Aires Building Sociedad de Ahorro y Préstamo para Vivienda”, *La Ley* 1981 D, pág. 334, Giménez Zapiola.

(19 bis) Fallo publicado en *La Ley* 1980, tomo B, pág. 1 (CNCiv., Sala A, octubre 4-979, “Agos S. A. c/ Oteiza, Justo O.”).

(20) *Revista del Notariado* N° 863, pág. 199 (Cámara Nacional Civil, Sala E, agosto 24 de 1999. Publicado en *La Ley* del 22/02/01, fallo 101.559).

Ver trabajo publicado en *La Ley* del 25/07/03, “Unidades a construir. La protección de los adquirentes”, realizado por Luciana C. Botte y Eloísa A. Baca Martínez.

(21) Sobre este punto ver XXXI Seminario “Laureano Arturo Moreira”, de octubre de 1995. Esc. Marcelo Armando de Hoz, “Contrato de fideicomiso inmobiliario aplicable a unidades funcionales en construcción” y ver *Revista del Notariado* N° 760, pág. 1231.

deicomiso no sirve para dotar de una estructura organizada, estable y permanente al emprendimiento finalizado, pero puede actuar de soporte jurídico para que se concluya con la obra proyectada.

Esta figura, que nace con la sanción de la ley 24441 en el año 1995, impulsó la implementación del fideicomiso en el ámbito inmobiliario.

Antes de ella algunos autores ya propugnaban su creación y su aplicación de distintas maneras.

La tutela “a los futuros adquirentes de unidades en propiedad horizontal podría obtenerse mediante la transmisión por el propietario-vendedor (fiduciante) de la propiedad fiduciaria a favor de entidades que por su régimen, solvencia y responsabilidad, ofrecen la seguridad de que oportunamente las unidades construidas serán escrituradas a los compradores (ver trabajos citados en la nota 20).

Creemos que conviene que la figura sea complementada con un contrato de construcción.

El artículo 1 de la ley 24441 dice: “Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

Las ventajas prácticas del fideicomiso parecen indudables. Los inversionistas en los proyectos de construcción, en otras palabras, los particulares que compran “sobre terreno”, podrán confiar más fácilmente en que el proyecto se lleve a cabo. Por otra parte, quien gestionará el proyecto y dispondrá de su dinero será una persona distinta de la que hubiera de aprovecharse con el resultado final del proyecto.

Durante el tiempo que dure la construcción, el dinero que hubieran entregado y el terreno, así como todos los demás bienes que se hubieran afectado, integrarán una masa patrimonial independiente de la de los sujetos intervinientes.

Este patrimonio sólo respondería por las deudas contraídas con motivo del proyecto, quedando a salvo de la eventual insolvencia del fiduciante o del fiduciario.

Soluciones vía Derecho de superficie. Abarcando no sólo a las cosas sino también a los derechos

Otros autores han propugnado la introducción del derecho real de superficie, con la variante denominada superficie prehorizontal, buscando una protección a los adquirentes en la etapa previa a la afectación al régimen de propiedad horizontal.

Derecho de superficie

Proponen la creación de un derecho real al que conciben como una variante del derecho de superficie, a través del cual, quien tiene la propiedad sobre el suelo constituye derecho de superficie prehorizontal a favor del “adquirente

por boleto” y éste adquiere, además de los derechos propios que surjan del boleto, un derecho real de superficie respecto de la futura edificación, con un privilegio real.

De manera más específica, afirman que éste tendría características de:

Temporalidad, culmina con la afectación al régimen de la propiedad horizontal.

Transmisibilidad mortis causa y por actos entre vivos.

Hipotecabilidad, como consecuencia de la ampliación del objeto de los derechos reales, facilitando la obtención de los fondos para la adquisición de la unidad funcional a construir.

Embargable, por ser un derecho patrimonial, supeditando la eficacia de la medida cautelar a la realización de la construcción.

Sería transferible, al igual que el derecho de edificar.

En España, donde el derecho no fue definido, el superficiario sólo puede construir, no plantar. Allí se distingue entre un derecho real sobre el suelo, que conserva el propietario, y una concesión *ad edificandum*. Recientemente, se ha establecido una normativa aplicable a obras de nueva construcción u obras en edificios existentes (ver nota 20).