

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***LA HIPOTECA Y OTROS DERECHOS REALES FRENTE AL ADQUIRENTE CON
BOLETO DE COMPRAVENTA(*) (680)***

LA DESPROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE CON BOLETO DE COMPRAVENTA

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ÁLVARO GUTIÉRREZ ZALDÍVAR

SUMARIO

I. Introducción. - II. Los antecedentes. La ley 14005. - III. El decreto 2977. - IV. El decreto - ley 9032. - V. Antecedentes jurisprudenciales. - VI. El artículo 1185 bis. - VII. La fecha cierta. - VIII. La opinión de un tratadista. - IX. La responsabilidad penal. - X. La obligación de hacer. - XI. El análisis frente a otros casos. - XII. Las soluciones propuestas. - XIII. El sistema del condominio (mal llamado consorcio). - XIV. La sociedad inmobiliaria de promoción horizontal. - XV. El legajo notarial. - XVI. El seguro de cumplimiento de contratos y los avales bancarios. - XVII. Las declaraciones y recomendaciones del Congreso Argentino de la Prehorizontalidad (setiembre de 1970). - XVIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Un problema de inquietante actualidad es el planteado a adquirentes de unidades en edificios construidos o a construirse que, habiendo suscripto boletos de compraventa, se encuentran totalmente desprotegidos frente a la quiebra de las sociedades constructoras.

Desgraciadamente el caso se ha presentado generalmente en firmas que buscan interesados por medio de avisos, en los cuales los planes de financiación ofrecidos, así como las promesas de entrega inmediata, hacen que el inversor no se detenga a reflexionar sobre la seriedad del ofrecimiento. Es cierto que es ampliamente superior el número de compañías constructoras y propietarios que cumplen sus contratos correctamente, pero la persistencia del problema obliga a una prudente reflexión.

El presente trabajo, en mérito a la brevedad, sólo tiene por objeto el planteamiento de la situación y las defensas a la luz de la legislación actual, siendo motivo de un futuro estudio la búsqueda de soluciones al mismo, pues el problema no sólo es de contenido jurídico, sino también económico - social.

Si se efectúa una breve visión retrospectiva de la evolución del boleto de compraventa, se nota que en un principio las partes efectuaban ante un escribano todo lo referente a la transacción inmobiliaria y éste redactaba de inmediato la escritura de compraventa, sin necesidad de recurrir previamente a la confección del boleto. Posteriormente, dadas las trabas de orden administrativo y fiscal, que conspiraban contra la celeridad de la escritura, se recurrió a nuestro boleto de compraventa, para ijar en un escrito las obligaciones de cada una de las partes. Cubría éste un vacío legal, pero precisamente por carecer de toda reglamentación, el criterio sobre su naturaleza jurídica, fines y efectos, fue cambiante, reflejándose esto en las interpretaciones jurisprudenciales. En el nuevo artículo 1186 bis, y en el nuevo párrafo del artículo 2355, se reconoce entidad jurídica e

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

individualidad al boleto de compraventa.

Algún autor ha ido más lejos, creyendo ver en el boleto de compraventa un título propiamente dicho, no sólo en el sentido de causa, sino aun como instrumento. Así, hablan de perfeccionarlo, cubriéndolo de protecciones, certificados, inscripciones, sin advertir que faltamente perdería su dinámica y quizá nos haría caer en otro instrumento que podría llamarse preboleto.

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 que está provisto de un simple boleto de compraventa, al otorgársele un derecho personal.

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".

En este artículo se confiere el derecho de solicitar al juez el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio. Pero pese a que el conjunto configura un sistema integral de protección, la realidad económica ha demostrado que en algunos casos es un tanto lírica, ya que muchos de los problemas se han planteado en edificios no terminados o no comenzados.

Si buscamos los antecedentes nacionales, encontramos que con ligeras variantes se propugnan los siguientes criterios de solución: a) Inscribir preventivamente las promesas de venta. b) Otorgar carácter de derecho real al derecho del adquirente con anterioridad a la terminación del edificio con las implicancias derivadas del dominio, especialmente la posibilidad de obtener un crédito al gravar con hipoteca la unidad adquirida y afectarlo al pago de la misma. c) Sistema del seguro.

II. LOS ANTECEDENTES. LA LEY 14005

El 30 de setiembre de 1950 se sanciona la ley 14005, sobre venta de inmuebles fraccionados en lotes cuyo precio ha de ser satisfecho por cuotas periódicas, quedando sometidos, como forma esencial para su validez, a las condiciones y requisitos establecidos en la ley, cuando la escritura traslativa de dominio no se otorgue de inmediato. 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 en el registro inmobiliario correspondiente, debiendo inscribirse una manifestación de voluntad de vender el inmueble y las posteriores cesiones que se hagan de los boletos. 2) La manifestación del propietario inhibe al mismo para enajenar el inmueble en otras condiciones que las previstas por la ley. 3) En caso de conflicto entre el adquirente que tiene inscrita su promesa y otros acreedores quirografarios del vendedor, se confiere un derecho de preferencia a favor del primero. 4) Los embargos e inhibiciones contra el vendedor harán efecto sólo sobre las cuotas pendientes. 5)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Establece el derecho de demandar la escrituración habiéndose abonado el veinticinco por ciento del precio. Este último porcentaje también lo vemos establecido en el artículo 1185 bis que comentamos.

Uno de los efectos de esta ley lo observamos en la sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala E (La Ley, t. 131, pág. 1184), que estableció que "La inscripción en el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, conforme a sus disposiciones legales vigentes de los boletos de compraventa por mensualidades, aun cuando no implica convertirlos en instrumentos públicos stricto sensu, tiene valor suficiente para acordarles autenticidad".

Esta ley es considerada de orden público.

Así, tenemos una sentencia de la Cámara Primera, Sala II, de La Plata, que estableció que "de acuerdo con el régimen de la ley 14005, el comprador podrá reclamar la escrituración después de satisfacer el veinticinco por ciento del precio, siendo esa facultad irrenunciable, y nula toda cláusula en contrario; por tanto, mal podría enervarse el derecho a lograr la escrituración invocando incumplimiento respecto de obligaciones ulteriores, ya que con ello vendría a desconocerse un derecho de orden público". Habiendo decidido en ese caso la Cámara que "el hecho de promover la acción por incumplimiento de contrato (escrituración), importa la manifestación tácita de quien la inicia de su voluntad de ejecutar las prestaciones debidas, lo que torna improcedente la exceptio non adimpleti contractus que puede deducir el demandado".

III. EL DECRETO 2977

El Poder Ejecutivo dicta en 1959 el decreto que lleva el número 2977, cuya letra estableció 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 especial que se inicia con la manifestación de voluntad del propietario, en el que se inscriben las promesas y desaparece al escriturarse todas las unidades, salvo manifestación del propietario con la expresa conformidad de los compradores en caso de haberse anotado ya alguna promesa de venta.

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.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3) Cada vez que se formaliza una promesa de venta debe indagarse en el Registro sobre las condiciones de dominio y su libre disponibilidad, siendo obligación del vendedor exhibir a los compradores el certificado de dominio y sus condiciones en período de vigencia.

4) La validez de las promesas queda supeditada a la inscripción en el Registro que debe verificarse en el plazo perentorio de seis días hábiles de su firma. Este decreto, siguiendo los lineamientos de la ley 14005, pretendió introducir una protección en favor de los adquirentes contra posibles maniobras del vendedor (ventas sucesivas de la misma unidad, falta de dominio en el enajenante y eventuales gravámenes sobre el inmueble sin conocimiento de los compradores). Por tratarse de una medida del Poder Ejecutivo, no se contempló el orden de privilegios en caso de conflicto entre el adquirente y eventuales acreedores del promitente vendedor.

Este decreto no alcanzó a tener aplicación ya que el Congreso no renovó el régimen de la ley 12830 y sus complementarias, que reprimían el agio y la especulación. Estando el decreto basado en estas leyes, quedó sin efecto al producirse la caducidad de las mismas.

IV. EL DECRETO - LEY 9032

En 1963 el Poder Ejecutivo promulgó el decreto - ley 9032 fundamentándolo en la necesidad de "complementar las normas de la ley 13512 sobre propiedad horizontal", a fin de asegurar los derechos de los compradores de unidades en propiedad horizontal antes de su escrituración definitiva y proteger a los mismos contra eventuales maniobras de vendedores inescrupulosos.

Dicho decreto tiene las siguientes características:

1) Inscripción en el Registro de la voluntad de incorporar al régimen de la ley 13512 un inmueble en construcción o ya terminado, impidiendo ello que el propietario pueda disponer del inmueble en forma distinta a la establecida.

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

3) La inscripción de las promesas de venta es obligatoria debiendo ellas contener determinados requisitos.

4) Los efectos que produce la inscripción son los siguientes: a) el propietario no puede afectar el inmueble a ningún derecho real, salvo conformidad por escrito de los adquirentes que representen por lo menos el setenta y cinco por ciento de unidades vendidas; b) como la inscripción de la voluntad de someter el bien al régimen de la propiedad horizontal importa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una desafectación patrimonial, no puede proceder una inhibición voluntaria posterior.

Los embargos posteriores a la inscripción de voluntad consolidada por lo menos con un boleto inscripto, no pueden ser trabados e inscriptos por expresa prohibición del artículo 5º, inciso c), y solamente se podrán hacer efectivos sobre cuotas adeudadas por compradores adjudicatarios. Estos derechos solamente ceden ante embargos e inhibiciones por deudas de impuestos, tasas y contribuciones fiscales y los créditos del constructor que conserve el derecho de retención.

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". Pero por falta de reglamentación nunca entró en vigencia a pesar de que este dispositivo era directamente operativo.

Sobre el mismo hay un interesante fallo de 30 de agosto de 1968 (La Ley, t. 132, pág. 285) de la Corte Suprema. Dicho fallo llegó al tribunal por recurso extraordinario; la Corte resolvió que: "no sustenta la tacha de arbitrariedad la discrepancia del recurrente con la interpretación que la sentencia apelada acuerda al artículo 10 del decreto - ley 9032/63, en cuanto decide que sólo se aplica a los casos previstos en el artículo 5º, inciso b), de dicho decreto - ley y no tiene alcance general".

El actor inició demanda a fin de que se condenara al liquidador de la quiebra del demandado a otorgar la escritura traslativa de dominio de una unidad. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción, pero la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial la desestimó sobre la base de la doctrina establecida en el fallo plenario "Lozzi, Eleodoro I. c/Socha S.A., s/quiebra" (La Ley, t. 128), que más adelante comentamos. Resolvió, además, que la "cita del artículo 10 del decreto - ley 9032/63 no modifica la conclusión". Esa disposición, dijo, integra el régimen ahí estatuido, y sólo se aplica, por ello, el caso especial de ese decreto - ley contemplado; además regula la previsión contenida en el artículo 5º, inciso b), careciendo del alcance general pretendido por el demandante.

La sentencia de la Corte contó con la disidencia del doctor Risolía, quien manifestó que "debe dejarse sin efecto, por no ser derivación razonada del derecho vigente y apartarse de la verdad jurídica objetiva con inexcusable exigencia del adecuado servicio de justicia, la sentencia que no aplica las disposiciones del decreto - ley 9032/63 en el caso en que el adquirente de un departamento en propiedad horizontal demandara la quiebra del vendedor por escrituración, sobre la base de lo que el artículo 10 de dicho decreto - ley dispone".

V. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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 de éste no impide la escrituración pendiente para transmitir el dominio al adquirente, dejando sentado que el concurso no puede ponerse en una situación legal mejor que la que estaba el concursado con respecto al accionante. La interdicción del concursado no puede conferir un derecho del que carecía.

De lo expuesto surge la diferencia existente entre las cámaras civiles, que protegían al comprador y las cámaras comerciales, que lo consideraban un acreedor quirografario más.

En noviembre del año 1967, 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 de precio.

Esta decisión exhibió al tribunal profundamente dividido, ya que cinco jueces propiciaron el criterio que prevaleció frente a la solución opuesta, sustentada por los restantes cuatro jueces. El juez doctor Rossi, de la minoría, en su voto, estimó que la quiebra se ve jurídicamente necesitada de consumir la ejecución del boleto de compraventa celebrado por el fallido, otorgando la escritura traslativa de dominio. En primer lugar porque no habiendo imposibilidad de hecho ni de derecho, es la única forma de dar cumplimiento a la obligación pendiente por parte del vendedor, emergente del boleto de compraventa, y por configurar la obligación de escriturar una obligación de hacer, y se rige por las pertinentes disposiciones del Código Civil (arts. 625 a 631) según lo dispone el artículo 1187 de ese cuerpo legal. Estima que la ley de quiebras no introduce ninguna variante al respecto, pues solo se refiere a créditos que provienen de obligaciones de dar y no a obligaciones de hacer. Sostiene que el comprador de un inmueble por instrumento privado, a quien se le entregado la posesión y reclama la escrituración, no puede ser asimilado lisa y llanamente al acreedor común, que ha previsto y de que trata la ley de falencia, y, por ende, no puede considerárselo bajo idéntico tratamiento jurídico. Señala también - que pese a que se dice que hacer lugar a la escrituración importa otorgar preferencia a los acreedores de obligaciones de hacer frente a los de obligaciones de dar, no es así, ya que del concepto de igualdad ante la ley de nuestro más alto tribunal resulta que no se quebranta ese principio cuando el trato

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

desigual responde a situaciones jurídicas distintas, que es lo que ocurre en el caso, toda vez que ambos tipos de obligaciones juegan en el problema de muy distinta manera. Trato distinto no importa, de por sí, prelación o preferencia.

Supone incluso el caso de una quiebra, en la que el monto de la liquidación superará el pasivo, de modo que todos los acreedores cobrarán íntegramente sus créditos y sin necesidad de haber realizado el inmueble. Tales acreedores, dice, verían satisfechos plenamente sus derechos, en tanto que el comprador recibiría una prestación (devolución del precio), muy distinta de la que corresponde a su derecho (escrituración del inmueble). Este caso marcaría una desigualdad para el adquirente con boleto de compraventa.

No comparte el doctor Rossi en su voto el criterio expuesto por el doctor Halperín en el sentido de que "la mera posesión recibida por un boleto no justifica la conservación del bien por el comprador", ya que lo que se trata de determinar es si el acto por el cual recibió la posesión es resoluble por la quiebra del vendedor, y, por consecuencia, su obligación de restituir el bien por la desaparición de la causa por la que se recibió esa posesión real y válida, entregada y recibida con todo derecho, y destinada legalmente a integrar el derecho de propiedad. No se trata, ni siquiera, de una posesión de buena fe, porque esa claridad importa ilegitimidad del título en virtud del cual se detiene, cosa que no ocurre en el caso en que la otorgó y recibió legalmente. Que no se adquiriera la propiedad hasta la escrituración es una cosa, pero que esa posesión no sea legal es otra muy distinta.

Como hemos expresado, la decisión del tribunal fue contraria a la tesis sostenida por el doctor Rossi en su voto.

Nosotros, en el caso planteado, adherimos a la tesis sustentada por la minoría del tribunal. Coincidimos con Bendersky en que lo que se enfrentó en este plenario son dos métodos o sistemas opuestos de interpretación jurídica, a pesar de las salvedades que formuló al respecto la mayoría del tribunal.

Hay también otros fallos que interpretaron esta obligación como de hacer. Así, la Cámara J. de Salta en fallo de 9/11/67 (La Ley, t. 131 pág. 50) estableció que: "Los boletos de compraventa entrañan para sus firmantes una promesa recíproca de perfeccionar el acto a que ellos aluden y en que los mismos contratantes se ponen de acuerdo sobre las bases y condiciones a que supeditarán la operación definitiva, que en materia de inmuebles no se formaliza mientras la escritura pública no sea firmada. Hasta que esa escritura no se suscriba, la compraventa no quedará concluida como tal, y sólo existirá para las partes una simple obligación de hacer". Y la Cámara Nacional en lo Civil, Sala F, el 23/11/67 (La Ley, t. 131, pág. 50) decidió que: "La promesa de venta instrumentada en un boleto no es título traslativo de dominio ni crea una obligación de dar la cosa, sino de hacer, de otorgar el contrato de venta, ya que tal boleto sólo origina un derecho personal o de crédito y no un derecho a la cosa".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VI. EL ARTÍCULO 1185 BIS

Para la aplicación del artículo se debe tener en cuenta el momento en que se decretó la quiebra del que prometió vender. Si ella es anterior a la vigencia de la nueva ley, ésta no puede aplicarse sin retroactividad. La misma establece una relación jurídica con los acreedores del fallido. Si la quiebra se decretó antes de la reforma al Código Civil conforme a la interpretación del fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital que hemos mencionado, produce los siguientes efectos: a) Transforma el derecho del comprador en un crédito en dinero, con lo cual queda colocado en un pie de igualdad con los restantes acreedores quirografarios. b) El inmueble ingresa a la masa.

Por el contrario, dándose los extremos del artículo 1185 bis y siendo la quiebra posterior a la reforma, la ley nueva es de aplicación inmediata y la escritura debe otorgarse si están dadas las condiciones, aunque ello perjudique a los restantes acreedores.

Entonces surgiría del artículo que, para que los boletos de compraventa de inmuebles sean oponibles al concurso, se requieren dos requisitos: 1) Que el adquirente sea de buena fe. 2) Que se hubiera abonado el 25 por ciento del precio. A estos dos requisitos agregaríamos un tercero: Que el boleto tenga fecha cierta.

Consideremos en primer lugar la buena fe, ya que ésta es el punto de apoyo de toda la doctrina contractual. Los contratos deben no sólo cumplirse de buena fe, sino que también deben celebrarse e interpretarse con buena fe. La buena fe impuesta al adquirente está referida al acto jurídico de adquisición instrumentado en el boleto de compraventa. En ese acto jurídico es donde se requiere la buena fe y refiriéndose la ley a la eficacia del acto en relación a terceros acreedores del enajenante vendedor concursado o en quiebra, ésta sería la falta de intención fraudulenta del mismo con la concurrencia o complicidad del adquirente.

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. Este concepto se refiere al adquirente a título oneroso que no ha sido fraudulento; Bustamante Alsina nos dice al respecto: "Es notorio que no puede referirse la buena fe sino a la intención de las partes en la celebración del acto jurídico y no a la ignorancia o error del adquirente en relación a la posesión misma, porque no se concibe la posesión legítima que pueda ser de mala fe. Precisamente la buena fe consiste en el convencimiento del poseedor fundado en error o ignorancia de hecho de que su posesión es legítima (art. 2356, Cód. Civil) sólo cuando no lo es"(1)(681).

Ernesto E. Borga nos dice que "la buena fe se concreta en un estado espiritual del agente, que parte del supuesto que una determinada situación es real y conforme con el ordenamiento jurídico. Es, pues, honestidad, honradez y lealtad en el comercio jurídico en cuanto lleva implícita la plena

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conciencia de no engañar, ni perjudicar, ni dañar". "Por eso, agrega, se muestra como la convicción o conciencia de no perjudicar a otro, de no defraudar la ley, en la honesta y leal concertación y cumplimiento de los negocios jurídicos". Aunque aclara acertadamente: "no basta con la simple creencia librada a la subjetividad del agente para la existencia de la buena fe, sino que es preciso que el agente ponga la diligencia necesaria para alcanzar, aun cuando no lo consiga, un exacto conocimiento de las cosas que patentice en el resultado negativo para conocer lo verdadero un esfuerzo inoperante dentro de lo normal"(2)(682).

VII. LA FECHA CIERTA

Este requisito lo consideramos imprescindible; tenemos en nuestro país desgraciadas experiencias con vendedores de unidades que prometían por boleto más de una vez la venta de la misma unidad, encontrándose a veces dos o tres adquirentes con boletos de compraventa de la misma unidad y con la posibilidad de parte del vendedor de antedatar un último boleto a favor de algún amigo, perjudicando a los restantes compradores que no tuvieron la precaución de dar fecha cierta a sus instrumentos.

El principio consagrado en el artículo 1185 bis debe encuadrarse en lo dispuesto por el artículo 1034 del Código Civil que expresamente establece: "Los instrumentos privados aún después de reconocidos no prueban contra terceros o contra los sucesores por título singular la verdad de las fechas expresadas en ellos", o sea, que su valor probatorio se extiende a terceros a partir del momento en que adquieren fecha cierta, pues con anterioridad son inoponibles a ellos.

La ley prescinde sin embargo en este caso (art. 1185 bis) de la exigencia de tener un boleto con fecha cierta, no obstante haber quedado indemnes los mencionados preceptos, y hace oponibles a los acreedores en la masa el instrumento privado que, no ceemos olvidar, muchas veces ha sido suscripto en el período de sospecha o, en pleno estado de cesación de pagos y con fines inconfesados de defraudar a la masa, haciendo aparecer supuestos adquirentes, hecho éste de muy difícil comprobación.

Si existieren otros compradores del mismo inmueble con boletos suscriptos por el concursado o fallido en diferentes épocas, el o los que resulten burlados no serán sino unos acreedores más del concurso por los daños y perjuicios que derivan del incumplimiento.

Por otra parte, las disposiciones del artículo 1185 bis son insuficientes para dar una adecuada protección al adquirente. ¿Qué protección le da este artículo al propietario de una unidad en el piso doce, si el propietario abandona la construcción vendida íntegramente con boletos e hipotecada en el tercer piso? ¿O no es suficiente ver por la ciudad los esqueletos de obras abandonadas e íntegramente vendidas e hipotecadas?

La ley, al decir de un autor, en el afán de proteger al adquirente con boleto tantas veces esquilmado, se ha pasado al otro bando, rompiendo El equilibrio debido. Y ello obedece a que, aparte de la criticada y observada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

insuficiencia, no se ha previsto nada sobre la fecha cierta del boleto, ni sobre la posesión del adquirente; y es precisamente en la posesión, silenciada inexplicablemente en la norma, donde la mayoría de la doctrina funda la defensa del adquirente con boleto, en caso de quiebra o concurso del vendedor, haciendo hincapié o poniendo especial énfasis en esa tradición posesoria como baluarte jurídico para obtener la escrituración.

Bustamante Alsina parece considerar necesaria la fecha cierta, pues nos dice: "El comprador, en las condiciones que contempla el art. 1185 bis, al invocar contra el concurso o la quiebra el derecho que esa norma le confiere, estaría ejerciendo una acción de inoponibilidad de los efectos del acto jurídico procesal declarativo de la quiebra o concurso. La acción de inoponibilidad tendrá por resultado que el juez disponga la entrega del inmueble vendido y el otorgamiento de la escritura como si la ejecución colectiva no existiese. Sólo podrá impedirse el progreso de esa acción alegándose por el representante del concurso, ya sea la falta de fecha cierta o, si la tuviere, alegando y probando la mala fe o fraude del adquirente"(3)(683).

"El precepto del art. 1185 bis puede cimentar otras maniobras, pues en realidad es más ventajosa la situación del enajenante y adquirente que obraron en oculta colisión, que la de los terceros acreedores del concursado o fallido que deben acreditar fehacientemente esa connivencia fraudulenta. 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 presentarse luego en concurso o quiebra; aquí deberán concurrir todos los acreedores, y en especial entre ellos los proveedores de los materiales y contratistas, quienes sólo cobrarán en moneda de quiebra, salvo el remoto supuesto de que se destruya cada acto jurídico de enajenación por falta de buena fe del adquirente"(4)(684).

Con respecto a la exigencia del veinticinco por ciento del precio abonado, encontramos como antecedente la ley 14005 que exige el mismo porcentaje. Mientras que el decreto - ley 9032/63 no establece ningún porcentaje para tener derecho a requerir la escritura, pudiendo solicitarse, siempre que fuese posible, individualizar las respectivas unidades y en condiciones de ser utilizados los servicios y partes comunes.

La primera pregunta a contestar es el significado de la oposición al concurso o quiebra del vendedor, y si el artículo se limita a estas situaciones, o como quiere ver algún tratadista, un boleto en estas condiciones tendría privilegio sobre una hipoteca posterior a un boleto, constituida sobre el inmueble vendido por el propietario.

Si se considera al boleto como un contrato suficiente para que el comprador tenga derecho a la cosa vendida, a la prestación de dar para transmitir a su favor el dominio de lo enajenado y a la prestación de hacer que consiste en la escritura pública, se debe entender que el boleto en las condiciones del artículo 1185 bis da derecho al comprador de exigir al concurso o quiebra del vendedor, la escrituración, reconociéndose toda eficacia jurídica con relación a la masa, ya que el último párrafo del artículo dispone: "el juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

traslativa de dominio".

No obstante algunos fallos de la Cámara Civil (La Ley, t. 100, pág. 443, fallo 45.405), la jurisprudencia era contraria a la tesis que ahora se consagra legislativamente. (Ver la síntesis jurisprudencial en La Ley, t. 130, pág. 1181).

Siguiendo la tesis que el boleto crea únicamente una obligación de hacer, los actos de disposición que efectúe el promitente son inatacables, porque en verdad continúa siendo propietario hasta que se perfeccione el contrato bilateral con la referida escritura.

En oposición a estos principios, Morello, citado por Bustamante Alsina, dice que el boleto de compraventa privado no constituye entre nosotros un contrato preliminar en el sentido o alcance con que es definido por la doctrina. Agrega que las normas de los artículos 1185, 1186 y 1187 del Código Civil no son óbice para considerarlo como un verdadero contrato de compraventa en firme, serio y definitivo, perfecto en sí mismo, esto es, como contrato de compraventa y que la exigencia de escritura pública es un requisito formal que hace al modo de adquisición del dominio y con independencia de la compraventa en sí.

Bustamante Alsina nos dice(5)(685): "Si consideramos que el boleto privado de compraventa es un contrato perfecto para producir los efectos propios del acto jurídico de compraventa, no vemos inconveniente alguno en admitir que el adquirente a quien se hace tradición de la cosa vendida tiene el derecho real de dominio sobre la misma, aun antes de la escritura pública. Nos apresuramos a aclarar que este dominio así adquirido no es el dominio pleno a que se refiere el art. 2507 del Código Civil, sino que es una forma del dominio imperfecto o menos pleno; aún necesita, para integrarse o perfeccionarse, la escritura pública y la inscripción registral". Más adelante considera que si el dominio carece de alguno de sus atributos o adolece de la falta de algunos de los caracteres que lo configuran, estaremos en presencia de un dominio menos pleno o imperfecto, tal como si, por estar sujeto a plazo o condición resolutoria, estuviera destinado a resolverse, o por hallarse gravado respecto de terceros con un derecho real no tuviese el dueño la plenitud de sus facultades. Pone de manifiesto que esta figura es muy singular, pues solamente se crea por la ley (art. 1185 bis) cuando el acto traslativo de propiedad es un boleto de compraventa y por consiguiente no comprende otras hipótesis, como donación, permuta, dación en pago, aporte a sociedad, etc., que no constan en escritura pública tratándose de inmuebles.

Manifiesta que esta conclusión resulta coherente con la posesión legítima que tiene el adquirente, en virtud del agregado que la reforma ha puesto al artículo 2355 del Código Civil, según el cual se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa.

Si el juez puede disponer, en los casos establecidos en el artículo, que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio, no es sino porque falta perfeccionar la adquisición mediante la forma instrumental. El bien inmueble vendido ha salido con anterioridad del patrimonio del vendedor

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fallido o concursado y no le alcanzan los efectos de la ejecución colectiva que se va a seguir contra este último.

Debemos agregar que este dominio imperfecto del adquirente en virtud del boleto de compraventa tiene como atributos propios el jus possidendi, el jus utendi, el jus fruendi y el jus abutendi, con la limitación que comporta la falta de escritura y de inscripción registral que tornará inoponibles a terceros los actos de disposición que realice el adquirente, pero este efecto no será distinto del que produce la transmisión no inscripta de un derecho real por quien tiene sobre el inmueble un dominio adquirido por escritura pública. En cambio, con relación al concurso o quiebra del autor de la transmisión, el dominio que ha adquirido tiene el carácter de perfecto, pues los acreedores que forman la masa concursal y aun aquellos a quienes les fuera prometida en venta la cosa misma, no pueden invocar la falta de escritura ni por consiguiente de inscripción registral, dado que ministerio legis el boleto les es oponible (art. 1185 bis)(6)(686).

VIII. LA OPINIÓN DE UN TRATADISTA

Spota(7)(687)considera al respecto que la norma del artículo 1185 observa armonía con el texto del artículo 2355 reformado: el adquirente de buena fe, mediando boleto de compraventa a quien se le ha otorgado la posesión del inmueble, goza de los beneficios inherentes a la posesión legítima.

Sobre ello, dice que ya no cabe admitir la absurda conclusión a que una parte de la doctrina debía llegar antes de la ley 14005 al considerar la posesión del adquirente de lotes mediante "libreta" o "boleto" como posesión ilegítima y todavía de mala fe, porque el artículo 2356 no admite el error de derecho para calificar de buena fe a la posesión. Hace notar que Bibiloni puso de relieve esa solución inconcebible que surgía de los artículos 2356 y 2356; el adquirente de lotes, cuyo precio se pagaba en cuotas periódicas, era un poseedor ilegítimo porque la posesión la había adquirido "por un modo insuficiente para adquirir derechos reales inmobiliarios", o sea, sin mediar la escritura pública ordenada por el artículo 1184, inciso 1º, y de mala fe, porque sólo la ignorancia o el error de hecho puede invocarse como causa que persuadió al poseedor de la legitimidad de su posesión.

Haciendo mención al alcance del artículo 1185 bis, Spota tomó una posición con la que disentimos, especialmente cuando se refiere a las hipotecas.

Entiende que el amparo que da al adquirente el artículo 1185 bis es tan amplio que puede ser opuesto a todo pretendido derecho real posterior al derecho del poseedor mediando boleto; el derecho de éste es tutelado por la ley y le atañen no sólo las acciones posesorias, sino también las reales o petitorias, que descansan y se desprenden del "título" que significa dicho contrato preliminar instrumentado mediante tal boleto de compraventa.

Considera que ante lo que se deduce de los textos legales citados, el poseedor mediante "boleto" (tenga o no fecha cierta), ni tiene "título" nulo en cuanto a su forma, ni su posesión es ilegítima, ni por ello sólo se lo puede aprehender como poseedor de mala fe.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por el contrario, según el mismo autor, ese adquirente de buena fe tiene posesión legítima con título suficiente para ser amparado, aun frente a la falencia del enajenante y ante cualquier titular de derecho real posterior al acto de adquisición mediante el contrato preliminar, no pudiéndose hacer valer privilegio o derecho de retención, también de fecha posterior.

Sostiene que el boleto de compraventa no es oponible a la hipoteca anterior; se basa en la razón que inspira la norma del artículo 3162, que otorga al acreedor hipotecario pretensión reipersecutoria en contra del tercer poseedor del inmueble hipotecado. Pero considera que la hipoteca posterior no es oponible al adquirente mediante boleto que sea de buena fe y ha pagado el veinticinco por ciento del precio, porque no se explicaría en caso contrario la oponibilidad de ese boleto a la falencia del vendedor. En todos estos casos entiende que el boleto no requiere fecha cierta, pues dice que no se alcanzaría en caso contrario a comprender la oponibilidad frente a la falencia, medie o no fecha cierta.

Todo ello impone suma cautela en los casos de negocios jurídicos constitutivos del derecho real de garantía que es la hipoteca. La manifestación del titular del dominio sobre el bien hipotecado de que sobre él no pende derecho de retención o que tampoco ha prometido en venta mediante boleto ese inmueble o "unidades" sometidas al régimen de la denominada propiedad horizontal, o que se somete a la previa conformidad del hipotecario para celebrar esos contratos preliminares, debe ser una cautela a adoptar para que, en alguna medida, el privilegio del hipotecario no sufra en su alcance económico.

Hace resaltar que el rigor de la ley represiva puede tener aquí campo de aplicación si se da el supuesto de defraudación previsto en el artículo 173, incisos 9° y 11, del Código Penal.

Resumiendo la opinión de Spota, él nos dice:

¿El boleto de compraventa es oponible a la hipoteca anterior? Entiende que NO porque el artículo 3162 otorga al acreedor hipotecario pretensión reipersecutoria en contra del tercer poseedor del inmueble hipotecado. Agrega que "una solución adversa implicaría lesionar gravemente el crédito hipotecario".

Pero ¿la hipoteca posterior es oponible al adquirente mediante boleto que sea de buena fe y que ha pagado el veinticinco por ciento del precio?

Sostiene también que NO; que la hipoteca posterior aquí no es oponible al boleto, porque si lo fuera no se explicaría la oponibilidad de ese boleto a la falencia del vendedor.

Además afirma que:

a) El boleto no requiere fecha cierta, porque si se exigiera la fecha cierta no se alcanzaría a comprender la oponibilidad frente a la falencia.

b) En cuanto al caso del acreedor del vendedor que ejerce derecho de retención sobre la cosa enajenada, ese poder jurídico que ejerce es oponible:

1 - Al acreedor hipotecario de fecha posterior al crédito del retentor;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2 - A todo acreedor con privilegio especial que nació luego del derecho del retentor;

3 - A la quiebra o concurso civil del deudor (art. 3946, mod. ley 17711);

4 - Al adquirente con boleto mencionado en el artículo 1185 bis.

Cabe aquí hacer una distinción entre:

El boleto con fecha anterior y posterior al nacimiento de ese derecho de retención, ya que éste es oponible (como la hipoteca en su caso) al boleto de fecha posterior a aquel día en que comenzó a ejercerse el derecho de retención.

La doctora Mariani de Vidal analiza en un trabajo(8)(688), y con el cual coincidimos, la situación del titular de un boleto de compraventa a quien se le hizo tradición frente a un acreedor hipotecario del vendedor; conforme con la mayoría de la doctrina, acepta la prevalencia del acreedor hipotecario en el supuesto de que la hipoteca sea anterior y afirma que podría haber lugar a una acción penal por defraudación (art. 173, inc. 9º, Cód. Penal) contra el vendedor, en caso de que la hipoteca no hubiera sido declarada, y también por los daños y perjuicios, pero el derecho del acreedor hipotecario permanecerá intocado.

Analiza luego el supuesto de que, ya firmado el boleto y hecha la tradición, el vendedor hipoteca el inmueble; también en este caso llega a la misma solución, es decir, da prevalencia a la hipoteca.

En efecto, el vendedor, a pesar de la firma del boleto y la entrega del inmueble, lo conserva en su patrimonio hasta la firma de la escritura y su inscripción en el Registro de la Propiedad; porque no ha perdido el dominio, del cual es todavía único titular, según lo pusimos de manifiesto anteriormente por aplicación de los artículos 2609, 2505 y concordantes del Código Civil y 22 y 27 de la ley 17801.

Como la hipoteca sólo puede ser constituida por el propietario del inmueble (art. 3119 del Cód. Civil), el vendedor es el único que puede hipotecar el inmueble, y si lo hace, tal hipoteca es válida.

Y si es válida, será oponible erga omnes, pues tal es la consecuencia de ser un derecho real.

Quiere decir, por lo que vemos, que otra vez el agregado al artículo 2355 del Código Civil queda sin consecuencias, ya que él solo no puede romper toda la sistemática del código en materia hipotecaria y de los derechos reales, sistemática que, entre paréntesis, ha contribuido a hacer más severas aún las leyes 17711 y 17801.

Por ello nos resulta incomprensible la posición de quienes piensan que el derecho del acreedor hipotecario cede frente al titular del boleto de compraventa con posesión, por aplicación precisamente de esa adición al artículo 2355.

Esta solución se desprende no sólo del régimen normativo del Código Civil, sino también está impuesta por la lógica y las necesidades de la vida real.

¿Cómo es posible que un acto realizado en la mayor oscuridad, huérfano de toda publicidad, pueda oponerse a quien, en relación al estado jurídico del inmueble, confió en lo que las leyes le autorizaban e incluso ordenaban ?

La Cámara Nacional Civil, Sala B, en fallo de 25 de julio de 1970, resolvió

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que "las relaciones del tercerista con el ejecutado no pueden oponerse al ejecutante, por cuanto para éste, tratándose del inmueble, la integridad del patrimonio del deudor se rige por las constancias registrales".

Por otro lado, no podemos dejar de hacer notar que cuando la ley quiso hacer oponible el boleto de compraventa a los acreedores del vendedor, introdujo una norma expresa en tal sentido: el artículo 1185 bis; bien que por tal artículo no se requiere la posesión.

Es que si tal posesión con boleto fuera oponible a todos los terceros, hubiera bastado con que el artículo 1185 bis se refiriera a los casos en que no hubiera habido tradición de la cosa, ya que el otro supuesto aparecería cubierto por la omnicomprensiva norma del artículo 2355.

IX. LA RESPONSABILIDAD PENAL

Sostiene, como hemos visto, que la hipoteca constituida después de la firma del boleto es válida, y tan válida, que fue menester que el decreto - ley 4778/63 de reformas al Código Penal creara un nuevo tipo delictivo incriminatorio de este supuesto.

El artículo 11 de dicha disposición establece: "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 las reformas del decreto - ley 4778/63, pero la figura fue otra vez consagrada en el año 1967; el inciso 11 del artículo 173 ha quedado así redactado: "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 ha dicho la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, en el fallo de 6 de febrero de 1970 (La Ley, t. 139, pág. 730): "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".

Referente a este punto tenemos un interesante fallo de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de 22 de setiembre de 1964, "Cusel, Elías", que estableció:

1) "No habiéndose operado la transmisión del inmueble en la forma que bajo sanción de nulidad establece el art. 1184, inc. 1º, del Código Civil, el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vendedor es aún titular del dominio. Si, además, existen algunos boletos en los que los adquirentes acultaban al vendedor a gravar la finca, y no se hallaba en vigencia el art. 11 del decreto - ley 4778/63, cabe concluir en que la ulterior constitución de hipotecas por el vendedor no aparece como delito penal".

2) "Si los adquirentes de diversos departamentos de un inmueble, que firmaron boleto y tomaron posesión animus domini, no autorizaron expresa ni tácitamente, con la sola excepción de tres de ellos, la contratación ulterior de gravámenes, la constitución de hipotecas en dicho inmueble, con terceros acreedores, prima facie de buena fe, aprovechando el vendedor la falta de escrituración, configura un abuso de confianza respecto de los compradores, encuadrable en el art. 172 del Código Penal (disidencia del doctor Cabral).

El doctor Cabral dijo en su voto: "en suma . . . y los posibles partícipes en la maniobra que se le imputa, aparecen en principio aprovechando la circunstancia de que la finca aún no estuviere escriturada para procurarse un beneficio, que cabe reputar ilícito porque se lo habría obtenido con detrimento de derechos incorporados al patrimonio, como son los que derivan de la posesión animus domini, ejercida con título legítimo y abusando de la situación en que se encontraban los compradores como consecuencia de no haberse escriturado".

X. LA OBLIGACIÓN DE HACER

Para la doctora Mariani de Vidal, según se desprende de la literalidad de los artículos 1184, 1185 y 1187, el contrato de compraventa de inmuebles debe ser hecho en escritura pública para ser tal, pues la escritura hace a la formación del vínculo y no solamente a su prueba. Si se hubiera hecho en instrumento privado, no valdrá como contrato de compraventa, sino como simple promesa de venta o antecontrato, es decir, como acto donde las partes se obligan a otorgar la pertinente escritura pública, conforme a las bases y condiciones que se establezcan en el boleto.

En consecuencia, el boleto, por lo mismo que instrumenta solamente la "obligación de hacer u otorgar la escritura pública" no daría derecho a exigir el cumplimiento de ninguna de las obligaciones que allí se consignan, sino sólo de escriturar, puesto que mientras no se firme la escritura, tales obligaciones carecerían de existencia o eficacia legal.

Dice que aunque el fuego de la polémica desatada por los artículos 1184, inc. 1º, 1185, 1187 y concordantes, está lejos de haberse apagado, y hay un punto en el cual existe una coincidencia de opiniones casi absoluta: si bien la compraventa podrá o no quedar perfeccionada con la mera suscripción del boleto, esta perfección se refiere a la "compraventa como tal y queda circunscripta al ámbito contractual de los derechos personales"; en el campo de los derechos reales, en cambio, la escritura pública es requisito indiscutido, amén de la tradición.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El artículo 2505 del Código Civil establece: "La adquisición o transmisión de los derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a tercero mientras no estén registradas".

La Suprema Corte de Buenos Aires ha dicho en un fallo de 14 de abril de 1970 (La Ley, 22/10/70): "La ley 17711, al reformar el artículo 2506 del Cód. Civil, no modifica las otras normas que constituyen el basamento de los requisitos para la adquisición del derecho real de dominio y sólo agrega al justo título la escritura y la tradición, la formalidad de la inscripción en el Registro pertinente como medio necesario para posibilitar la publicidad de los derechos reales y dar seguridad al comercio sobre inmuebles".

Si bien es cierto que en un primer momento esta reforma pudo parecer oscura, en el sentido de saber si la inscripción se exigía para que el derecho real naciera aun entre las partes, no hay duda que la inscripción se exige al solo efecto de poder oponer el derecho a terceros, es decir, que tiene efecto declarativo y no constitutivo luego de la sanción de la ley 17801. En resumen: no hay derecho real oponible a tercero sin inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 2505 del Cód. Civil), pero a su vez no pueden inscribirse en el Registro actos que no estén constituidos por "escritura notarial"; tampoco en los demás supuestos está comprendido el boleto de compraventa conforme al artículo 3° de la ley 17801, de donde resulta que la compraventa, para transmitir el dominio, es necesario instrumentarla en escritura pública.

XI. EL ANÁLISIS FRENTE A OTROS CASOS

Analiza seguidamente el caso del titular de un boleto de compraventa a quien se le hizo tradición, frente:

- a) A otro titular de boleto de compraventa;
- b) Al titular de un contrato de compraventa, instrumentado en escritura pública.

En la hipótesis a) se opina que el agregado al artículo 2355 (y para algún otro tratadista también otras normas del Código Civil), permitiría al poseedor con boleto de compraventa celebrado de buena fe oponer su derecho al titular de otro boleto, aunque fuera de fecha anterior, en razón de que la legitimidad de su posesión lo convierte en dueño "imperfecto" del inmueble.

En la hipótesis b) cabe distinguir dos supuestos:

- 1) Si el boleto es posterior a la escritura y ésta no estuviese inscripta en el Registro de la Propiedad, habría existido negligencia por parte del que firmó el boleto, puesto que debería haberse informado en el Registro mencionado sobre las condiciones de dominio del inmueble.

Como a su vez el autorizante de la escritura debió pedir el correspondiente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

certificado antes de formalizarla, el titular del boleto no podrá alegar ignorancia, es decir buena fe, por lo que prevalecerá, sin duda alguna, a efectos de integrar su derecho de dominio, el titular de la escritura.

Con mayor razón, no podrá alegar buena fe si la escritura hubiera sido inscripta, puesto que el derecho no aparecería ya anotado a nombre del vendedor.

Suponiendo que hubiera caducado la inscripción preventiva de acuerdo con lo determinado por los artículos 25 y 5° de la ley 17801, de manera tal que no podría existir ignorancia culpable por parte del titular del boleto, la solución sería la misma que para el supuesto que trataremos a continuación.

2) Respecto al caso del boleto con fecha cierta anterior a la escritura, la doctora Mariani de Vidal dice que en este caso la solución dependería de la opinión que se tenga acerca de la naturaleza jurídica del boleto de compraventa. La doctora, sin fundar su opinión, estima que conforme a la tesis de nuestro Código Civil, el boleto de compraventa instrumenta sólo una promesa de venta, que sólo otorga el derecho y crea la obligación de escriturar. Aunque haya sido entregada la cosa, su titular no podrá solicitar la integración de los requisitos para desplazar el derecho real hacia él, es decir, la escrituración, puesto que estando escriturado el bien a favor de otra persona, dicha prestación resultaría de incumplimiento imposible.

A menos que con anterioridad a la escrituración hubiera iniciado, a su vez, juicio por escrituración, trabado embargo preventivo sobre el inmueble, y obtenido sentencia favorable. Por lo demás, en este caso, quien escritura a su nombre no podría alegar desconocimiento si se inscribió en el Registro de la Propiedad el embargo sobre el inmueble (conforme Llambías y Busso).

Más, fuera de la hipótesis anterior, prevalecería el titular de la escritura, puesto que, mientras que al que suscribió el boleto el propietario "le prometió vender", al que escrituró "le ha vendido realmente".

Héctor Cámara, en un trabajo publicado recientemente, analiza el artículo 1185 bis. Afirma que la nueva solución legal que trae el artículo 1185 bis provocó la crítica general, tanto que, al tratarse el tema en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil realizado el año 1969 en Córdoba, la comisión respectiva unánimemente se pronunció por su derogación con alguna variante (exigiendo fecha cierta y posesión), además de los requisitos del artículo. Propuso también la comisión la derogación lisa y llana del artículo 2355 en su último apartado. Analiza el autor en varias consideraciones por qué el nuevo dispositivo legal resulta reprochable, señalando con acierto que esta norma abarca cualquier boleto de compraventa inmobiliaria, cuando el problema se ha planteado en el régimen de propiedad horizontal. Ello ha generado graves distorsiones en el tráfico de inmuebles, resultando que el titular del boleto se halla en mejores condiciones cuando el enajenante está en quiebra que in bonis, anomalía no fácil de explicar. En el último supuesto no puede obtenerse la escrituración mientras haya embargos sobre el bien, lo cual se soslaya en el otro, aun cuando fueren anteriores a la fecha del boleto, solución notoriamente inequitativa.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Concluye Cámara, en su excelente trabajo, que la solución más ajustada para la eficacia del boleto privado de compraventa frente a terceros es su inscripción en el Registro Inmobiliario, solución que más adelante comentamos, semejante a la del decreto - ley 9032/63 y ley 14005.

Manifiesta que con esa forma de publicidad el titular del boleto logrará fecha cierta disponiendo de amplia protección, no sólo cuando el promitente cayere en estado de concurso, sino también estando in bonis, frente a cualquier embargo o gravamen real constituido después de la anotación. Manifiesta que esta posición ha sido objeto de varias impugnaciones, citando entre ellas la más adelante mencionada de que los registros inmobiliarios del país no están en condiciones de organizar el sistema de anotar boletos de compraventa. Dice que el argumento no es jurídico ni afecta la conclusión, ya que las dificultades no importan imposibilidad para estructurar el nuevo régimen, dotándolo de los elementos necesarios(9)(689).

La propuesta del Colegio de escribanos de la Capital Federal, en una comisión integrada por los escribanos Alfredo Arce Castro (coordinador), Ariel W. Sosa Moliné, Horacio E. Fontenla, Jorge A. Bollini) Luis Correa Larguía a la XIII Jornada Notarial Argentina, fue:

"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, en determinados supuestos, al derecho personal de quienes, con el objeto de adquirir la propiedad de un inmueble, celebran un negocio causal suficiente, de carácter oneroso, y por imposibilidad o por otras razones omiten hacer la escritura pública respectiva;

"Que para ello se ha arbitrado un recurso que, al decir de un calificado autor, consiste en asignar al crédito del adquirente la sustantividad de ser privilegiado o, mejor dicho, preferente;

"Que el objetivo legal no se cumple si se considera que el beneficio de la oponibilidad sólo se acuerda al acreedor comprador y no a otros acreedores de dominio que sean tales en virtud de otros contratos de carácter oneroso, como podrían ser: la permuta, el aporte, la dación en pago, etc.;

"Que ésta parece haber sido la intención del legislador que, en el artículo 1185 bis (antes de ser reformado por la ley 17940), estableció que la oponibilidad se estipulaba a favor de «adquirentes» de buena fe <<a título oneroso»;

"Que esa conclusión se impone sin mayor esfuerzo si se tiene presente la discusión doctrinaria y jurisprudencial que existe respecto del <<ser» de un contrato de carácter oneroso por el que se enajena una unidad en construcción que, para algunos, es un boleto de compraventa de cosa futura; mientras que, para otros, es un contrato de locación de obra;

"Que las nuevas leyes en examen deben interpretarse y aplicarse con suma prudencia, pues no se concibe que se acuerde seguridad a un acreedor en detrimento de la que corresponde a otro cuyo derecho, por haber sido publicitado, merece mayor protección;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"Que ello ocurriría, si, tal como lo afirma un prestigioso jurista, se acepta que un acreedor puede oponer su boleto de compraventa u otro contrato celebrado sin ningún tipo de publicidad a un acreedor hipotecario cuyo crédito es posterior al de aquél y aun a quien haya adquirido el dominio del bien, también con posterioridad; y en ambos casos no se prueba que ellos, o sea el acreedor hipotecario o el adquirente del dominio, tenían conocimiento de la existencia del boleto o del contrato anterior;

"Que en virtud de lo que establece el artículo 1034 del Código Civil, que no ha sido derogado, si el boleto de compraventa o el contrato de enajenación de que se trate han sido formalizados por instrumento privado, para que puedan ser opuestos al concurso o quiebra del enajenante, es menester que aquéllos tengan fecha cierta;

"Que la oponibilidad instituida, una vez acreditados los extremos legales, esto es, que el adquirente ha pagado no menos del 25 % del precio y que ha obrado sin fraude, carece de virtualidad si no se interpreta la norma en el sentido de que el juez «debe» disponer que se otorgue al adquirente la escritura traslativa de dominio y, en su caso, que se lo ponga en posesión del inmueble;

"Que la última parte del artículo 2355 del Código Civil que establece que se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe mediando boleto de compraventa, se ha convertido en un factor de perturbación, pues ha generado distintas interpretaciones, algunas de las cuales atentan contra la estructura lógica y la sistemática del código;

"Que para demostrar lo anterior basta con recordar algunos juicios antagónicos emitidos: a) Se dice que si la ley considera poseedor legítimo al que adquiere de buena fe la posesión mediando boleto de compraventa; y si la misma ley estipula que la posesión es legítima cuando es el ejercicio de un derecho de propiedad, entonces debe concluirse que el poseedor por boleto que inscribe a éste se transforma en propietario que, como tal, puede efectuar cualquier acto de disposición, inclusive el de hipotecar el inmueble; b) Se dice que, siendo el boleto de compraventa un contrato perfecto para producir los efectos propios del acto jurídico de la compraventa, el adquirente, al adquirir la posesión de la cosa, tiene sobre ella el derecho real de dominio, pero que este dominio, así adquirido, no es el dominio pleno al que se refiere el artículo 2507 del Código Civil, sino que es una mera forma del dominio imperfecto o menos pleno, pues aún necesita para integrarse o perfeccionarse la escritura pública; c) Se dice, finalmente, aplicando la terminología y la orientación del derecho alemán, que cuando se adquiere la posesión mediando boleto de compraventa, el comprador debe ser considerado un poseedor inmediato y el vendedor un poseedor mediato;

"Que la antinomia observada se debe a que la reforma afectó a una forma que no era estrictamente la que debía ser alterada. Para probarlo anterior basta con recordar que el código clasifica a la posesión, atendiendo a la causa u origen de ella en legítima e ilegítima. Si es el ejercicio de un derecho legalmente constituido es legítima; si por el contrario se constituye ilegalmente, es ilegítima. La posesión ilegítima, a su vez, puede ser de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

buena o de mala fe, según sean las condiciones personales del poseedor. Y la posesión ilegítima, finalmente, según la forma o modo en que ha sido adquirida, puede ser viciosa, clandestina o violenta. La doctrina, en forma unánime, reconoce que la primera de las clasificaciones, o sea la que distingue entre posesión legítima e ilegítima, sólo tiene valor como mero antecedente de las subespecies de la ilegítima o, dicho de otra manera, que es una clasificación sin valor práctico, lo que demuestra, sin lugar a dudas, el error de técnica legislativa en que se ha incurrido. Para amparar a quien posee por un título nulo por defecto de forma, hubiera bastado con reconocerle, mediante el consiguiente agregado al artículo 2356, la calidad de poseedor ilegítimo de BUENA FE, con lo cual gozaría de la misma protección que el poseedor legítimo, sin necesidad de atribuirle esta calidad.

"Proponiendo la siguiente declaración:

"Por todo lo expuesto, la XIII Jornada Notarial Argentina "Declara:

Primero:

Respecto del artículo 1185 bis:

"1) Que no obstante que la norma sólo alude al boleto de compraventa, deben considerarse comprendidos en ella: a) Todos los contratos de enajenación de inmuebles, de carácter oneroso, que debiendo ser hechos por escritura pública se formalicen por instrumento privado; b) Todos los contratos de enajenación de inmuebles, de carácter oneroso, que habiendo sido hechos por escritura pública no se hubieren inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble dentro del plazo que establece el art. 5º de la ley 17801; c) Todos los contratos de enajenación de inmuebles, de carácter oneroso, que habiendo sido hechos por instrumento público otorgado en país extranjero, no se hubieren presentado a juez competente a los efectos previstos en el artículo 1211 del Código Civil;

"2) 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 adquirente. 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;

"3) Que para que el contrato de enajenación pueda ser opuesto al concurso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

o quiebra del deudor enajenante, es imprescindible que, si se ha formalizado por instrumento privado, éste tenga fecha cierta;

"4) Que a pesar de que la ley establece que el juez "Podrá disponer que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio" ha de interpretarse como si dijera que el juez DEBERÁ disponer que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio;

"5) Que no obstante que la ley nada dice al respecto debe interpretarse que el juez también debe poner al acreedor adquirente en posesión del inmueble cuando no se haya hecho su tradición.

"Segundo: Respecto del artículo 2355:

"1) Que debe propiciarse que en una próxima reforma se restituya a la norma su redacción primitiva y se modifique el artículo 2356 en los siguientes términos:<<La posesión puede ser de buena o de mala fe. La posesión es de buena fe cuando el poseedor por ignorancia o error de hecho se persuadiere de su legitimidad. También será de buena fe cuando se adquiriera en cumplimiento de la obligación emergente de un contrato de enajenación de inmuebles de carácter oneroso que debiendo ser hecho por escritura pública se haya formalizado por instrumento privado, o que habiendo sido hecho por instrumento público no se hubiesen cumplido otros requisitos legales a los efectos de la mutación del dominio».

"2) Que hasta tanto no se haga realidad la expresión anterior debe interpretarse que la posesión es legítima: a) Cuando es el ejercicio de un derecho real constituido de conformidad a las disposiciones del código; b) Cuando, sin ser lo anterior, se adquiere mediando boleto de compraventa u otro contrato de enajenación de inmuebles de carácter oneroso".

XII. LAS SOLUCIONES PROPUESTAS

La anotación de promesas de compraventa

La primera solución que tratamos es la inscripción de boletos de compraventa en los registros públicos inmobiliarios, solución de la cual tenemos como antecedente la ley 14005 comentada y el decreto - ley 9032/63 también tratado. Como se recordará, la primera sólo contemplaba la venta de inmuebles en fracciones o a plazos, y registró dicha ley un débil intento de hacerla extensiva al régimen de la propiedad horizontal.

Después tenemos el decreto 2977 reseñado y el decreto - ley 9032/63, que no obstante el tiempo de vigencia de sus disposiciones no se lo puso en práctica en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, no teniendo los autores noticia de que en alguna provincia se haya dictado la reglamentación a que el mismo se refiere en varios de sus artículos.

Las principales críticas que se hacen al sistema es que forzaría el armado,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dentro de los registros, de una compleja organización, alegando que dicha organización no justificaría, en manera alguna, la eficacia relativa del sistema. Sostienen, por otra parte, que es de pública notoriedad que estos organismos del Estado ofrecen alternativa y periódicamente atrasos y entorpecimientos que mueven a una profunda reflexión.

Hacen resaltar algunos de los tratadistas contrarios a este sistema que si el Registro se equivoca a veces al informar sobre embargos o hipotecas, qué sucederá cuando deban hacerse cargo de inscripciones de boletos de compraventa que se ceden hasta cinco o seis veces.

Es también interesante preguntarse si están los veinte y tantos registros inmobiliarios del país en condiciones "técnicas" de implantar el sistema de anotaciones, cuando ni un 10 % de los mismos aún no han convertido su régimen inscriptorio a la "técnica del folio real" impuesta por la ley 17801, incorporada a la reforma del Código Civil.

También pregunta uno de los adversarios del sistema(10)(690)¿Qué eficacia le da a un boleto la anotación en un registro de la propiedad inmobiliaria? ¿Refuerza, acaso, la potestad ejecutiva del instrumento? ¿Le da mayor vigor a los derechos y obligaciones convenidas? ¿Le adiciona mayor oponibilidad a los terceros y a la anotación previa de declaración de voluntad? ¿Lo hace más inembargable o más inejecutable al inmueble?, siempre refiriéndose a la mera inscripción sin creación de vínculo. Nosotros creemos que la inscripción en el Registro confiere ventajas al adquirente con boleto. No consideramos que el sistema sea tan malo, pero que se podría llegar a una solución más viable. Borda puso de manifiesto la discusión habida en el seno de la comisión que redactó la ley 17711 sobre la posibilidad de exigir la inscripción de los boletos de compraventa, y cómo terminó por prevalecer la opinión de no consagrar tal exigencia, para que pudiera funcionar sin inconvenientes el pacto comisorio tácito que la reforma introdujo a su vez a través del artículo 1204 del Código Civil ("La reforma al Código Civil. Los contratos en particular". E.D., t. 21).

La inscripción de boletos soluciona algunos problemas, pero si no genera un vínculo por sí sola, no termina con las defraudaciones a desprevenidos adquirentes, ni impide que se sigan dilapidando los aportes de los compradores promisorios o que se graven con hipotecas los inmuebles cuyos montos no son cancelados por los dueños.

XIII. EL SISTEMA DEL CONDOMINIO (MAL LLAMADO CONSORCIO)

La ley de propiedad horizontal ha sido un medio eficaz para el crecimiento urbanístico y una solución práctica para el problema habitacional argentino, y su articulado permitió el acopio de una práctica valiosa en la comercialización de inmuebles.

Posiblemente el primer sistema usado fue el reunir a un grupo de personas en un consorcio que compraban el terreno en condominio, daban un poder al constructor y hacían aportes cada vez que se requerían para las necesidades de la obra.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Dicho sistema tenía la ventaja de que el terreno no era hipotecado sin su consentimiento o por lo menos no era hipotecado sobre su parte alícuota, daba protección a los propietarios, pero no era ágil, ya que cuando llegaba el momento de hacer cesar el condominio, después de una serie de años, siempre aparecía algún copropietario, embargado, inhibido o fallecido.

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.

Otro problema, que no era extraño y bastante frecuente, es que parte de los condóminos no hacían el aporte cuando correspondía, con el consiguiente atraso de la obra; de lo contrario se acababa financiando al moroso.

XIV. LA SOCIEDAD INMOBILIARIA DE PROMOCIÓN HORIZONTAL

Este sistema lo hallamos contemplado en el 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".

El Consejo Federal del Notariado Argentino, como entidad consultada, elevó a la Secretaría de Estado de Justicia un anteproyecto de ley de propiedad horizontal, incluyendo entre sus artículos lo siguiente: 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 regirá por las disposiciones contenidas en el libro 2º, sección III, título VII del Código Civil con las siguientes modificaciones..." Y a continuación enumeran disposiciones que deberá contener el estatuto social.

En legislación comparada encontramos reglada la forma societaria, en la ley belga de 8 de julio de 1924, en la ley uruguaya de propiedad horizontal y en la ley francesa de 28 de junio de 1938 (citadas por Fontbona).

XV. EL LEGAJO NOTARIAL

Esta fue una de las propuestas presentadas al Congreso Argentino de la Prehorizontalidad reunido en setiembre de 1970.

Se iniciaría el período de la prehorizontalidad con el plano de división en propiedad horizontal hecho en base a la mensura del terreno y al plano del proyecto del edificio, donde son fijados los porcentuales del mismo.

Este plano, junto con el reglamento de copropiedad y el nombre del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escribano interviniente, debe ser inscripto en una sección especial denominada de la prehorizontalidad.

La finalidad de la inscripción del escribano es la siguiente: todas las operaciones relacionadas con el dominio y que se realicen en el período de "prehorizontalidad", desde la presentación de los planos hasta la escrituración, deben ser visadas por este escribano.

La firma de los boletos deberá ser visada por el escribano interviniente, siendo por lo tanto el responsable del control respectivo. 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 podrán ser superiores a una determinada tasación oficial a establecerse, la que deberá contar con la aceptación unánime de los adquirentes hasta ese momento. (Quiere decir que si uno solo se niega a darla, no se puede hipotecar.)

En cuanto a la publicidad, en la misma deberá constar el nombre del escribano ante el cual se deben hacer todas las operaciones.

Al estar el edificio en condiciones de escriturar concluye la tarea del escribano inscripto, pudiendo nombrarse otro para la escrituración.

<p>XVI. EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS Y LOS AVALES BANCARIOS</p>
--

Esta también fue una de las propuestas al Congreso Argentino de la Prehorizontalidad mencionado, seguramente inspirada en el régimen español.

Esta ponencia, en lo fundamental, propugnaba la contratación por el promotor de una garantía en favor del adquirente de unidades singulares futuras (a construir o en construcción), de un seguro contratado con una compañía del ramo, que permita al comprador en caso de fracaso de la operación, por cualquier causa:

a) Reembolsarle 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 deba tomar a su cargo según el respectivo contrato de compraventa, al tiempo de celebrarse la pertinente escritura traslativa de dominio.

Este seguro puede reemplazarse por un aval o fianza bancaria que garantice la devolución de las sumas, los intereses y la cancelación de gravámenes mencionados. Desgraciadamente, este gravamen será trasladado al comprador, y se corre el riesgo de que solamente las compañías constructoras muy grandes puedan hacer uso del sistema, pues las nuevas o muy chicas, o no conseguirán el aval o seguro, o les saldrá tan caro, que será prácticamente prohibitivo.

Si esto llegara a suceder, quedarán muy pocas compañías constructoras en el mercado, con lo que se perderán los beneficios para el adquirente de un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

menor costo, que teóricamente debe generar la libre competencia. Pero, en forma indirecta, el sistema brindará también al adquirente una forma de contralor que, activa y positivamente, ejercerán sobre el progreso de la obra en resguardo de sus intereses las compañías avalistas o aseguradoras.

XVII. LAS DECLARACIONES Y RECOMENDACIONES DEL CONGRESO ARGENTINO DE LA PREHORIZONTALIDAD (SETIEMBRE DE 1970)

En un nuevo intento por proteger al adquirente con boleto de compraventa, especialmente a raíz del número de perjudicados en la compra de departamentos, en setiembre de 1970 se reunió en los salones del Colegio de escribanos de la Capital Federal el Congreso mencionado, organizado por la Cámara Argentina y el comité coordinador permanente de la Propiedad horizontal. La comisión N° 1 sometió a consideración del plenario una declaración de carácter general y catorce recomendaciones, teniendo la recomendación N° 14 el voto en contra de varios delegados, voto en contra al cual adherimos. Las recomendaciones fueron las siguientes, algunas de las cuales transcribimos por considerarlas de suma importancia:

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 o sea mediante escritura traslativa de dominio que vincule al comprador con la cosa. Con ello se evitará a 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 le agrega garantía efectiva alguna. En el boleto de compraventa no se da tampoco el necesario asesoramiento jurídico.

Por lo tanto, se propicia el correspondiente proceso, que se concreta así:

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 accesiones (cimientos, estructura, etc.), con derecho exclusivo a unidades privativas determinadas, cuando éstas estén edificadas en virtud del contrato de locación de obra, 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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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, acorde con la Recomendación N° 1; o

2) Aplicar a la compraventa un seguro contratado con compañía autorizada del ramo, que permita al comprador, en caso de fracaso de la operación, por cualquier causa:

a) Reembolsarle 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 deba tomar a su cargo según el respectivo contrato de compraventa, al tiempo de celebrarse la pertinente escritura traslativa de dominio, o

3) Proporcionar un aval otorgado por institución bancaria que garantice la devolución de las sumas e intereses que se mencionan en el inciso a) y la cancelación a que se refiere el inciso b) del punto 2.

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 - sea que el edificio esté en proyecto, en construcción o concluido, y en este último caso mientras no estén cumplidos los requisitos constitutivos que establece la ley 13512 - , la obligación de formular una manifestación de voluntad, la cual debe ser inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda, que tendrá forma de acta notarial y carácter de afectación del inmueble, conteniendo los siguientes requisitos:

a) Mención de los datos relativos al estado de dominio inscripto a nombre del recurrente, con indicación de los gravámenes, embargos, las inhibiciones del titular y demás particularidades;

b) Planos requeridos por la reglamentación vigente, y

c) Un proyecto del reglamento de copropiedad y administración que regirá al inmueble.

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 singulares programadas. En caso de que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

última situación se hubiera producido, 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 y menciones, sin perjuicio de las demás que estipulen para contemplar las circunstancias de cada caso:

- 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 particularidades del inmueble total y de la unidad, así como las concernientes a precio: si es fijo o reajutable, con las bases para practicar los reajustes, en su caso; plazos de entrega de la posesión y de la escrituración y la garantía en favor del comprador, por las que opte el vendedor, entre las que se mencionan en la recomendación N° 2, a saber: seguro o aval bancario o conferimiento inmediato de derecho real de condominio al comprador, sobre parte indivisa del inmueble.

Recomendación N° 5

La parte vendedora podrá imponer en los boletos o contratos de compraventa el pacto comisorio expreso, el cual tendrá todas las consecuencias previstas por las leyes vigentes y que, si el adquirente incumplidor, cuyos derechos hayan quedado resueltos, en disconformidad con ello plantea la cuestión por vía judicial, se debe estructurar, por la ley que se sancione, un procedimiento especial que abrevie los trámites en tal forma que el dictado de la sentencia se realice en el plazo más breve que sea posible.

Esa misma ley debe prever que el domicilio constituido por el adquirente en el boleto de compraventa produce todos los efectos del domicilio constituido en juicio, si las firmas de las partes en ese documento están certificadas, en cuanto a su autenticidad, por el escribano público. El adquirente sólo podrá excusar la producción de esos efectos si hubiere notificado, por medio fehaciente, la constitución de un nuevo domicilio.

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, dado el carácter de depositario de la fe pública del escribano.

Recomendación N° 9

Es imprescindible la regulación del pagaré hipotecario previsto por el artículo 3202 del Código Civil, dada la importancia que ha cobrado y puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

adquirir en el futuro en el tráfico inmobiliario, por las seguridades que ofrece este título de crédito y la vigorización del poder circulatorio del documento.

Recomendación N° 12

Respecto del promotor, se propicia que debe ser considerado como un intermediario en las operaciones de venta de unidades futuras y corresponde que sus actividades sean reglamentadas sobre la base de la creación de un registro y de otras normas adecuadas a su cometido, acorde con el contenido de la ponencia respectiva de la comisión N° 2 que ha considerado especialmente este punto del temario.

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.

XVIII. CONCLUSIONES

De lo expuesto surge que el adquirente con boleto de compraventa no tiene reales medios de defensa contra maniobras producidas por los propietarios vía hipotecas. El artículo 1185 bis soluciona solamente de una manera parcial el problema, con respecto al concurso o quiebra del vendedor, pero ¿qué pasa si el inmueble ya está hipotecado por una suma superior o ligeramente inferior a la que se obtiene en el remate del edificio? Se recibe la escritura de un departamento, quizá varias veces hipotecado.

Con respecto a las hipotecas posteriores al boleto, el resultado es el mismo, la hipoteca es válida; tendremos así una acción penal contra el propietario, propietario a veces prófugo.

Existen incluso muchos casos en que el adquirente firmó, en el momento de la compra o en el de la entrega de la posesión, pagarés que cubren toda la suma por él a abonar, en plazos de cinco, ocho o diez años; esos pagarés el vendedor los puede descontar o los descuenta directamente y no los liga a la operación de compra. Así, hay adquirentes que se encuentran con todo el edificio hipotecado, la obra detenida y sin posibilidad de ser continuada y sus pagarés en manos de terceros, pagarés que deberán seguir levantando durante cinco, ocho o diez años y nunca recibir su unidad.

Lo expuesto obliga a una solución integral, de alcance superior a la reforma del Código Civil hecha por la ley 17711.