

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Reunión del Ateneo Notarial

LA POSESIÓN LEGÍTIMA DEL ART. 2355 "IN FINE" DEL CÓDIGO CIVIL

Versión taquigráfica de la exposición efectuada sobre el tema del epígrafe por el Dr. Julio César Bedenetti, en la reunión de Ateneo Notarial realizada el 10 de julio de 1972 en la sede del Colegio de Escribanos de la Capital, y del ulterior debate.

DR. PELOSI.- Vamos a iniciar otra sesión del Ateneo Notarial. En esta ocasión el tema será la posesión legítima del artículo 2355, in fine, del Código Civil.

De acuerdo a la mecánica de estas reuniones, previamente hará una exposición nuestro invitado de hoy, el doctor Julio César Benedetti, para entrar después al debate.

El doctor Benedetti se graduó de abogado el año 1958 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y en el año 1967 en la misma casa de estudios obtuvo el grado de doctor en derecho y ciencias sociales. Su tesis doctoral versó sobre el tema "la protección posesoria en el derecho argentino, en especial acciones para recuperar la posesión de inmuebles", obtuvo la calificación de sobresaliente y fue recomendada para el "Premio Facultad" por el tribunal examinador, constituido por los doctores José F. Bidau, Guillermo L. Allende y Edmundo Gatti. Tiene en prensa una obra con prólogo del nombrado profesor Allende, titulada La posesión; teoría y práctica de su amparo. Ha escrito varias monografías y publicado estudios de profundidad en la Revista del Notariado, algunos en forma de notas a fallo, tocando entre otros el tema que vamos a tratar hoy. Hace años ingresó a la justicia nacional, y actualmente es titular de la Secretaría N° 45 del Juzgado N° 23 en lo Civil y Comercial, a cargo del doctor Mariano J. Grandoli. De sus conocimientos nada voy a decir, porque podrán apreciarlos a través de su exposición y ulterior intervención en el debate.

DR. BENEDETTI.- Agradezco las palabras de presentación del doctor Pelosi, que ha acrecentado en parte la responsabilidad que me cabe. Creo que los elogios son un poco inmerecidos.

La exposición va a ser más que nada una especie de introducción a lo que pienso, es más constructivo en una reunión de profesionales como es el debate, el cambio de ideas y no el monólogo, que a veces es inexpresivo y deja ciertas lagunas, porque todos nos quedamos con alguna pregunta que hubiéramos querido formular.

Este tema es candente. Es la reforma de la ley 17711 al artículo 2355 del Código Civil, una reforma que no se puede estudiar sin ver las proyecciones colaterales de la norma, y una muy importante es el 1185 bis también introducido por esta reforma.

El artículo 2355 estaba ya hace tiempo en doctrina, si no descalificado, al menos considerado como una disposición de contenido netamente didáctico sin una aplicación concreta que no estuviese ya cumplida a través de otras normas del Código Civil. El anteproyecto Bibiloni lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

suprime; el proyecto de 1936 también, al igual que el anteproyecto de 1954 en cierta medida con razón. Veremos después hacia dónde apunta este artículo 2355.

Anticipemos que la posesión tomada con relación al boleto de compraventa aparece en una imagen que no es la tradicional del instituto. El instituto se ha movido en tres esferas: en una propia, como hecho generador de derechos, según Savigny; en una esfera también de hecho, pero conducente a través de un lapso temporal a la elaboración de un derecho, en el caso de la posesión pro usucapio, y en un tercer aspecto, ya en el ámbito del derecho, como medio de adquisición, modificación, extinción, ejercicio de los derechos reales. Acoplarla a un derecho personal es, ya de por sí, no conducente a un fin práctico, más cuando las soluciones están en otras normas.

En un principio, probablemente, cuando todavía no existía un ordenamiento jurídico organizado, posesión y propiedad deben haber sido confundidas. En el hombre primitivo, el tener una cosa y defenderla con la fuerza, era propiedad. Quien tenía la posesión y podía defenderla, era el propietario. En el derecho romano aparece como hecho autónomo en la posesión del ager publicus. Esas posesiones eran tierras fuera de la urbe romana, tierras de las provincias que eran concedidas a algunos de los habitantes, pero que pertenecían en propiedad al pueblo romano. Vale decir que no podía existir un derecho de propiedad ex jure quiritum directo. La obra del pretor debe haberles asignado una protección. Debió concedérsela porque no disfrutaba del jure quiritum, no contaba la acción acoplada al derecho del dominio, la reivindicatio, en los casos de ser objeto de violaciones de hecho.

Hay quienes encuentran -Russomanno lo explica en un trabajo publicado en Anales del Salvador (1963, 1, 1964)- un origen más remoto, a través de una obra de Plauto, Espico, donde se habla del pretor peregrino y se menciona incidentalmente un caso en que se habría asignado esa defensa posesoria a la propiedad peregrina.

Vale decir que ya desde los albores del derecho romano, el que nos sirve de pauta, porque no viene al caso ir a otros ordenamientos jurídicos que no han tenido una incidencia en el nuestro como el derecho romano -prácticamente inmutable en las instituciones de más raigambre en el derecho civil- teníamos esta cuestión. En lo que hace a nuestros antecedentes, el derecho romano y el francés son los que debemos tener en cuenta.

Posteriormente aparece una teoría -digo posteriormente, refiriéndome al siglo pasado, porque toda la teoría "general del derecho" fue exhumada motivadamente por Savigny en su obra El espíritu del derecho romano actual y respecto a nuestra materia en su tratado La posesión-, la del objetivismo, que es en parte responsable -no la ataco- de muchas de las interpolaciones de conceptos en la legislación actual, inclusive la nuestra. En realidad, en este momento hay una reacción del subjetivismo. Como dijimos aparece una teoría que pretende refutar a Savigny, la de Ihering, que halla origen al amparo posesorio, en una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

etapa del proceso de la reivindicatio, o sea en la adjudicación de la posesión, durante el trámite de la acción reivindicatoria.

El instituto posesorio apareció, pues, algo relegado en la importancia empírica que tuvo desde un primer momento, en aras a la teoría según la cual no cabe distinguir, en orden a su amparo, entre la posesión y la tenencia.

Tenemos que enfocar la posesión bajo este aspecto, porque el artículo 2355, en su agregado, considera legítima la adquisición de la posesión de buena fe mediante boleto de compraventa.

Para buscar el objetivo de esta norma, hay que tratar de considerar, por un lado la posesión como hecho, y también los otros medios donde actúa esta disposición.

En nuestro derecho se adopta un sistema intermedio, en cuanto al amparo posesorio, entre el derecho romano y el francés. Se requiere un plazo de prescripción, de anualidad, que no exigía el derecho romano, pero sí el francés. Al mismo tiempo, la posesión actual está protegida, siempre que quien atente contra la posesión actual no sea, a su vez, un poseedor anual, ni tampoco tenga un derecho de posesión, o sea que no tenga una primigenia posesión perdida respecto de la cual haya tenido un vicio la del que actualmente posee. En una palabra, que la adquisición que está en posesión de la cosa no haya sido obtenida por violencia, medios clandestinos o abuso de confianza en perjuicio del turbador.

El amparo de la posesión no necesitaba de este artículo, porque desde el comienzo se le brindaba a toda posesión, sin atender a la causa possessionis. De manera que inclusive podía ser una posesión no anual, y haber sido protegida. Aun una posesión viciosa ab adversario era protegida frente al despojo por el artículo 2490.

Se discutió en un tiempo, y aún hoy se discute, si el poseedor por boleto de compraventa es poseedor o tenedor. Tampoco en este orden de ideas se habría necesitado de este agregado, porque ya el artículo 581 del viejo Código Procesal le estaba acordando a la tenencia el interdicto de recobrar, mientras que la interpretación predominante de la doctrina y la jurisprudencia, le otorgaba también el de retener. Quiere decir que el titular del boleto de compraventa no necesitaba de esta reforma, porque contaba ya con aquel amparo útil.

Veamos si lo necesitaba en orden a su relación contractual. Aquí juegan otras disposiciones: la posesión como medio de ejercicio del derecho real de dominio de servidumbre o de usufructo, según el caso, cumple una decisiva función jurídico-empírica mientras el derecho real existe o está en vías de trámite de adquisición, pero no lo hace en la misma medida en los conflictos que se plantean cuando media una relación comercial en su nacimiento. Los conflictos que se plantean no se manejan aquí en orden a la calificación de esa posesión dada por el artículo 2355; aquí se está calificando a la posesión del titular del boleto de compraventa simplemente por el juego de otras normas, que actúan como de ética y pautas de temporalidad, generalmente para determinar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una prioridad cuando se enfrentan dos derechos aparentemente iguales. Tenemos, por ejemplo, la situación de dos titulares de boletos de compraventa superpuestos sobre un mismo inmueble. Funcionan aquí los artículos 594 y 3269, que establecen que cuando se ha prometido la entrega de la propiedad de una cosa inmueble, aquel que ha sido puesto primero en posesión de la misma, si lo ha sido de buena fe es preferido aunque otro tenga un instrumento de fecha anterior. Vale decir que no es necesario calificar esa posesión, salvo en cuanto a la buena fe, no a la legitimidad. Pero no era necesario que lo dijera el artículo, porque se trataba de una cuestión de hecho, de buena creencia. La norma ya estaba en los artículos 594 y 3269.

También, frente a alguien que hubiese obtenido la escritura pública, podía haberse planteado la cuestión de si el titular del boleto de compraventa tenía un derecho que oponer a quien ya tenía escritura, a quien ya podía tener dominio.

Sin llegar a considerar que había contrato de compraventa, juegan esas mismas normas y las de los artículos 953 y 3270. La primera dispone que no es lícito, y pena con nulidad todo acto que sea celebrado en perjuicio de terceros; y la segunda, que no se puede transmitir a un tercero un derecho mayor ni más extenso que el que tenemos sobre las cosas. ¿Por qué? Porque no hace falta que exista el contrato de compraventa con efecto traslativo de dominio si media posesión para que el consentimiento esté dado en firme. Basta el compromiso o que haya una oferta aceptada. Se forma así el consentimiento tanto en el contrato como en el precontrato y la facultad de arrepentimiento que tiene el precontrato, lo tiene también el contrato, aunque se contemplan dos distintas etapas del negocio.

El artículo 1202, cuando habla de la señal o del arras, está diciendo que ellas son dadas en garantía no sólo del cumplimiento del precontrato, o sea de la formalización o confirmación del contrato, sino también del cumplimiento del propio contrato. Vale decir que, por ejemplo, un contrato de venta sobre un bien mueble que no esté sujeto a registro, que no tenga otra formalidad que la de un simple instrumento privado, quedaría firme con la sola expresión de voluntad en instrumento privado, y en la señal. Ya hay contrato. Aquí no lo vamos a discutir.

Sin embargo, siempre que no se haya operado la transmisión del dominio por la tradición, por el 1202 podría haber retracto, perdiendo la señal el que la dio o entregando esa misma señal con otro tanto el que la recibió.

Vale decir que tampoco bajo este aspecto el 2355 tiene mayor incidencia, todo se decide a base de la entrega o no de la posesión y a la buena o mala fe de las partes interesadas.

Había una preocupación, que data ya de los años 1921/22, en una famosa polémica entre Repetto y Colmo, sobre la índole del boleto de compraventa.

La teoría de Repetto, que era la que prevalecía en ese momento, sostenía que no había consentimiento, porque también se vincula con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

todo este problema la circunstancia de si hay o no consentimiento con la promesa. Yo entiendo que el consentimiento puede existir también en la promesa, y según las circunstancias, aun en las promesas retractables. Ya vamos a aclararlo.

La tesis de Repetto, que es la que se impuso, era la de que no existía consentimiento, de modo tal que en caso de incumplimiento el comprador sólo podía exigir la escrituración y el único apercibimiento era resolver la obligación en daños y perjuicios si el vendedor no cumplía. Porque no había consentimiento y el juez no podía suplirlo otorgando la escritura en nombre de él.

Colmo sostenía lo contrario. Sin embargo, los tribunales fueron poco a poco inclinándose hacia la postura que sostuvo Colmo. Tanto es así que con nuevo ropaje aparece en el plenario de 1951. Según ese plenario no es inconveniente la resistencia, la renuencia del obligado a escriturar si existe condena a escriturar, el juez puede firmar la escritura en su nombre.

Hay ciertas confusiones en la jurisprudencia. Se llega a este plenario de 1951 sobre la base de que prácticamente hay un contrato en firme, sólo pendiente de una formalidad, con consentimiento expresado, con prestaciones determinadas, porque como es bilateral, sinalagmático, conmutativo, las prestaciones debidas, según ese plenario, no comprenden sólo la obligación de escriturar sino todas las accesorias que hayan sido señaladas en el boleto, porque es un contrato.

En la misma década, en otro plenario, prácticamente con la misma integración, sobre la base de que no hay contrato sino promesa -uno de los argumentos que se usó- se apartan de una disposición del Código, lo que en cierta forma traía un pequeño disloque jurídico -distintas soluciones de fondo según el lugar de su cumplimiento-. Según nuestro Código Civil, en su redacción primigenia, la rescisión de la venta solo correspondía al comprador cuando no se le entregaba la cosa; no al vendedor, cuando no se le pagaba el precio, a quien sólo se le daba un derecho a percibir intereses sobre el saldo de precio y exigir el cumplimiento; ese es el único derecho que le acordaba el Código. Ese plenario posterior al del año 1951 dice que en realidad ese artículo se refiere -es uno de los argumentos- al caso del contrato de compraventa, no al boleto de compraventa, que es una promesa de venta. Vean ustedes qué contradicción. Se dirá que se buscó en ese momento la justicia, en una solución que para el tribunal era la solución arreglada a derecho, al decir de Kelsen, era la que satisfacía la inquietud natural de justicia, pero con toda esa inestabilidad propia que Kelsen le atribuye a esas inquietudes de justicia volcadas en la interpretación de la ley si se llega a exceder su marco.

En el año 1941 hay un plenario con otro motivo, pero que también hace a la naturaleza no ya del boleto de compraventa sino del derecho que acuerda el boleto de compraventa a su titular, con una proyección hacia un pseudo derecho in re. Aparece aquí por primera vez una interpolación que considero seria, y que hace jugar un argumento inspirado en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

objetivismo alemán. En el objetivismo alemán, en el acto abstracto de enajenación, se ha escindido lo que nosotros llamamos "causa" o título, de la enajenación en si misma. Tiene por un lado su proceso jurídico real, que es la enajenación, y por el otro la relación básica o causal, que es la compraventa, y se llega por esa vía a la irrevisibilidad del acuerdo de enajenación cayendo el acto causal; es claro, en beneficio del tráfico inmobiliario, de la certidumbre, de la seguridad de los derechos..., debemos rendir un cierto tributo a veces con perjuicio del propio derecho subjetivo, en este caso el derecho del anterior propietario. Tenemos que reconocer, en ese sentido, que el sistema objetivista tiene sus grandes ventajas -agilidad y certidumbre del mercado inmobiliario.

Ahora bien; en el propio derecho alemán, la jurisprudencia en la década del 30 y tantos, en épocas de los tribunales del Tercer Reich, llega -y este caso lo trata Hedemann- a consagrar en un fallo una norma de excepción. Hedemann dice que es peligroso, porque si ya admitimos este precedente -no importa el caso; se trataba de una nulidad absoluta- estamos poniendo en duda toda la propia autonomía de ese proceso jurídico real. Ahí se trataba del caso de una mujer, que había accedido al divorcio que le pedía el marido, a través de una contraprestación -así lo interpretó el tribunal- de un acuerdo de enajenación sobre un bien que le pertenecía a él. La cuestión se planteó con los herederos del marido. Fallece éste, y la mujer ya ha enajenado el bien. La doctrina del tribunal fue que si bien el acuerdo de enajenación es autónomo, la gravedad de los intereses, del orden público, de la moral del pueblo alemán, que están en juego en la anulación de la relación básica, de la relación causal, justifica, en este caso, la caída del acuerdo de enajenación. Claro; hay una ventaja, porque existe un seguro; el estado responde, no a través de un juicio ordinario, con los avatares propios de éste. Inclusive como ese régimen es voluntario, hay quienes no lo siguen; no es obligatorio para todos los actos.

Hoy se está en receso. En el plenario a que me refiero, el voto del doctor Barraquero habló de un contrato de tradición. Se separa en todo momento la posesión de la propiedad: no se la confunde. Pero se dice que hay una posesión legítima en el titular del boleto de compraventa, porque se debe interpretar que él tiene un título para estar en posesión, no tomada en el sentido de instrumento, sino de causa. Esto se entronca un poco con la teoría del contrato de compraventa a través del boleto, o sea el contrato de compraventa por instrumento privado.

El caso que se había planteado era una ejecución seguida por la Municipalidad contra el comprador de un inmueble al que se le dio posesión y facilidades de pago. Se trataba de un plan de viviendas municipales que eran entregadas con el pequeño pago de una seña y luego se daba posesión, quedaba el saldo a largo plazo y se escrituraba cuando se llegaba a pagar aproximadamente el 75 por ciento del precio. La Municipalidad demandó a ese señor por incumplimiento de pago, y pidió que se ejecutara el bien. En primera instancia se denegó lo solicitado. ¿Por qué? Porque en el Registro de la Propiedad el bien

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estaba a nombre de la Municipalidad, y se daba el incordio de que la Municipalidad ejecutaba su propio bien. En primera instancia se denegó el pedido atento a que el ejecutante no puede ejecutar un bien de su propiedad. En segunda instancia, el voto de Barraquero justifica la venta del inmueble en esa ejecución sobre la base de este esquema: si hay posesión legítima, es porque hay algo más que un simple boleto. No llega a decir que haya dominio, porque en todo momento separa a la posesión del dominio. La inquietud de los defensores de esta tesis es muy respetable, y no lo digo en sentido peyorativo. Ya sabemos qué pasa a diario con la venta de los departamentos. Por televisión vemos gente con carteles y departamentos que se rematan.

Es muy loable tratar de proteger al titular de un boleto de compraventa, sobre todo si obra de buena fe.

Un antecedente que reafirmó esta pretensión de sobreprotección, tal vez un poco sistemática, está dado por la repercusión que tuvo el plenario comercial de 1967. Entonces, contrariamente a la teoría civilista imperante y a la de una buena parte del tribunal, se decidió que, en el caso del titular de un boleto de compraventa frente a la quiebra del vendedor, se trata de un acreedor quirografario más que debe ir a la masa por repetición del precio ya pagado.

No es del caso extendernos en los argumentos de la minoría; argumentos recogidos en parte y con más por el artículo 1185 bis. Y digo con más, porque esa minoría hablaba de precio pagado, de posesión, y el artículo 1185 bis no habla de posesión ni de precio pagado; habla de buena fe, pero no de fecha cierta.

El caso es que llegado el momento de la reforma se busca la solución. La reforma es acertada, con pequeñas modificaciones de "forma", no de "fondo" sería aún más precisa. La buena fe del titular del boleto de compraventa oponible al concurso o quiebra del vendedor, debe tener fecha cierta, porque si ese acto cae en el período de sospecha -si se fija ese período- puede ser atacado.

Antes, según ese plenario, no se distinguía el caso de dolo o fraude "de aquél en que se había obrado de buena fe". Un argumento, la masa de la quiebra no es sucesora, continuadora de la persona del fallido, sino un tercero interesado. Otro, era el de la conservación del patrimonio del fallido, el último, era La igualdad de los crédito quirografarios. El plenario del 67 pasó por alto que la quiebra no tiene efectos retroactivos, que se trata de una obligación de hacer, no de dar -la cual puede caer en esa tónica de rescisión- porque prácticamente era rescisionaria la postura del tribunal en lo que respecta al boleto de compraventa.

Tenemos ya planteado el panorama que conduce a la nueva norma. La posesión legítima del artículo 2355 es posesión antes y después de esta norma. Si bien un fallo dictado en una oportunidad estableció que el titular del boleto de compraventa es un simple tenedor, nada impide que la posesión pueda ser transmitida separadamente de la propiedad, como condición del cumplimiento de un contrato. Tal el caso de la posesión del titular del boleto de compraventa. En todo caso se trata de una cuestión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de hecho, que debe surgir de las cláusulas del boleto.

El doctor Allende es partidario de esta postura, y en su libro Panorama de derechos reales dice que se puede ceder la posesión, que se puede hacer un contrato cediendo la posesión. En nuestro caso es una posesión condicional.

Lógicamente, el problema se presenta entre comprador y vendedor, si habría o no defensa posesoria entre el comprador y el vendedor.

De acuerdo con la reforma, esta discriminación no es muy necesaria. Anteriormente en el Código Civil no existía un amparo de la tenencia, pero sí en el procesal. Pero hoy la tiene incluso en el derecho de fondo. De manera que no hay que discriminar si es poseedor o tenedor, a los fines de la protección posesoria, no cuando el amparo lo tiene igual.

En cuanto al orden contractual, pasa exactamente lo mismo: no va a ser esta norma la que decida el conflicto. La norma primigenia, la de Vélez, trata de establecer el concepto de la posesión legítima como pauta para determinar la buena fe en orden a la posesión apta pro usucapio, es decir, para la prescripción adquisitiva del dominio y para la percepción de frutos.

El artículo 2356 dice que la posesión puede ser de buena o mala fe; que es de buena fe cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, está persuadido de su legitimidad. He aquí la razón de ser del artículo 2355 primigenio; para calificar esa legitimidad, en la posesión de buena fe se usaba el concepto de legitimidad. Pero referida al justo título y buena fe requeridos para la prescripción adquisitiva de dominio Prueba de ello es que a continuación se habla del título putativo, que equivale a un título realmente existente cuando el poseedor tiene razón suficiente para creer en la existencia de un título a su favor, o para extender a su título la cosa poseída.

Adviértase que esta descripción que se da acá -en el artículo 2357- no tiene vinculación con la possessio pro usucapio, porque el título putativo no es suficiente, no sirve como justo título (art. 4011 del Cód. Civil). Y si fuera como calificación de la buena fe, como la sola buena fe no conduce a la prescripción corta sin el justo título (art. 3999), sino a la larga, quedaría sin ninguna aplicación.

Simplemente es aplicable para el otro caso, el de los frutos, que se trata a continuación (art 2358). La buena fe del poseedor debe existir en el origen de la posesión y en cada hecho de la percepción de los frutos, cuando se trata de frutos percibidos.

Respecto a terceros, desde ya que esa posesión no hace dominio. Eso no ha estado bajo discusión nunca. Siempre lo que se discutió sobre el boleto de compraventa era si había contrato de compraventa o no. Estamos todos de acuerdo en que no se hablaba de transmisión del dominio, que solamente se puede obtener a través del 2601 al 2603, y después, las disposiciones pertinentes del título sobre el dominio (arts. 2505 y correlativo). No a través de esta "posesión legítima" cambia ese problema, que sigue igual.

En orden al amparo posesorio, el locatario, por ejemplo, tiene derecho a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pedir al locador protección en el uso y goce de la cosa, cuando se viera molestado, y el locador está obligado a darle sus acciones posesorias, a defenderlo.

Sostengo yo en una posición personal, que no es original porque también la tenía el doctor Dassen, y entre los franceses Bélime, que en lo que hace al amparo posesorio frente a terceros, el tenedor podía obtenerlo por subrogación en los derechos del poseedor si éste no acudía en su defensa. El artículo 1196 no discrimina, y respecto a ese derecho emergente de la posesión, el amparo posesorio, no había inconveniente en aceptar la subrogación. Respecto al poseedor, el tenedor interesado tenía las acciones de su título. Nos importa nada más que el tenedor interesado; el que no lo es, el que tiene la cosa en interés ajeno, como el mandatario, también está excluido por la reforma y por el objetivismo, que ha tenido que transar con eso, a pesar de que descarta la distinción entre posesión y tenencia.

Otra consecuencia que no se debe ver acá es la de que haya un dominio imperfecto. En nuestro Código el dominio imperfecto tiene tres formas, que señalan defecto material o temporal. El dominio desmembrado, que señala un defecto material en cuanto a la extensión, cuando se enajena el dominio útil; el fiduciario, donde hay un defecto temporal porque es constituido sujeto a condición resolutoria o plazo resolutorio para su restitución a un tercero y hay un interregno en que dura el fiduciario, y el revocable, que tiene un defecto también temporal y no solamente material en cuanto es revocable según las circunstancias, inclusive a voluntad del enajenante, o por otra causa proveniente del título.

Son las tres formas de dominio imperfecto, pero son tres formas de dominio donde debe haber acto-causa, con escritura pública, si es un inmueble, modo, tradición, y para oponibilidad a terceros, inscripción registral.

Dominio imperfecto aquí no hay, porque no hay dominio. En mi opinión, tampoco contrato de compraventa, y menos aun dominio. Tampoco es una posesión mediata. He leído que hay quienes tomando la terminología alemana hablan de mittelbarer besitz y de unmittelbarer besitz. En este caso el unmittelbarer besitz sería el titular del boleto de compraventa, o sea el poseedor inmediato, y el mittelbarer besitz, el mediato, sería el vendedor. No hay tal. Ya hemos dicho que el vendedor no tiene la posesión. En ese momento la del comprador es una posesión condicional; no es definitiva, porque si hay incumplimiento negocial debería en principio devolverse simultáneamente con el distracto, con la rescisión, porque otro principio jurídico establece que las partes deben restituirse mutuamente lo que han recibido con motivo de la convención que ha quedado resuelta. De modo tal que si se sigue en esa posesión, hay interversión de título, que es una causa nueva de posesión; entonces sí hay posesión, y hay la posesión típica, que es ejercicio del derecho real o ejercicio de "hecho", enfrentado con el derecho real del verdadero propietario, es decir, disociación fáctica del derecho real. Según la extensión en que consista, puede ser también usufructo o servidumbre.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Nos queda la prescripción. El 4009 al 4012 ya dicen que no hay justo título. Evidentemente, no es hábil para la prescripción breve, que tenemos que descartar, porque no hay justo título. El justo título para la prescripción es todo título que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, sin consideración a la persona de quien emana.

Evidentemente, un boleto de compraventa todavía no sirve para enajenar el dominio. Por lo tanto si no sirve para enajenar el dominio, tampoco sirve para dar esa "apariencia" que es el justo título pero que no es más que una apariencia.

Nos queda la otra prescripción. Casi todos están de acuerdo en que es apta para ella esta posesión. Yo diría que es casi innecesario hablar de ello. Sin embargo, fíjense ustedes que hay una transmisión voluntaria en la tradición. La prescripción siempre supone enfrente de sí, oculta, latente, como una espada de Damocles, una acción reivindicatoria. Prueba de ello es que en el derecho romano para proteger a esa posesión existía la actio publiciana o publiciana actio. Primigeniamente el mismo instituto de la prescripción no era más que una defensa, no daba el dominio. Es obra de una etapa posterior, después de Justiniano, que la prescripción se hace al mismo tiempo adquisitiva del dominio. Antes era una forma de prescripción liberatoria de la acción real que podía enfrentar a esa posesión, pero en este caso ¿hay una acción de reivindicación pendiente? No. Porque si el vendedor en la etapa de cumplimiento -todavía no hay anomalía, se va cumpliendo-pretende entablar una acción reivindicatoria contra el comprador, él le va a oponer una excepción que es vieja, que también viene del derecho romano, que solamente no se admitía en el amparo posesorio, pero en este supuesto sí: la exceptio pacti. Le diría, no, hay contrato, usted no perdió la posesión; la entregó y además prometió el dominio. Yo digo ¿puede correr la prescripción cuando hay una voluntad negocial expresada de conceder la posesión, por parte del propietario? ¿Puede correr esa prescripción cuando no hay todavía una reivindicatio expedita? Es el viejo principio de la actio data. La actio data es un recaudo para que corra la prescripción.

Yo también les doy el otro argumento. Les tiro la inquietud. Veamos. En la prescripción pro usucapio -diferente de la que conduce a la anualidad del amparo posesorio- no se tiene en cuenta solamente la inactividad del acreedor, sino también el ejercicio posesorio. Para evaluar ese ejercicio posesorio a veces en cierta medida se prescinde de la actitud del acreedor o titular del dominio, porque lo que juega, no es tanto la inacción del verdadero propietario como el ejercicio positivo, continuo, ininterrumpido, a título de dueño, público y pacífico del poseedor.

Pero volvamos a nuestra propia inquietud. Creo que podemos hablar con propiedad de una prescripción larga, no corta, cuando producida una solución de continuidad en esa etapa de cumplimiento negocial y llegada la de situación de resolución por incumplimiento de una de las partes, se manifiesta lo que habíamos dicho antes: la necesidad de restituir a cada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

uno lo suyo.

Desde el momento mismo o en que existe el derecho a pedir la rescisión y el vendedor puede exigir la devolución, si sigue permaneciendo en posesión el titular del boleto de compraventa, allí mismo podrá hablarse de que empieza a correr la prescripción. Por el contrario, la prescripción liberatoria no tiene utilidad para el vendedor, en lo que hace al contrato ya íntegramente cumplido por el comprador. La doctrina y jurisprudencia admiten casi pacíficamente que no prescribe la acción de escriturar cuando todas las obligaciones a cargo del comprador han sido cumplidas. Porque la aceptación de ese cumplimiento por el vendedor -al recibir las prestaciones pertinentes- es el reconocimiento tácito del derecho del acreedor -el comprador lo es por escritura- y como tal es una de las formas de interrupción de la prescripción.

DR. PELOSI.- Pasamos a la etapa de aclaraciones y preguntas.

DR. SOLARI.- Yendo a lo que podría ser el final de esta reunión, pregunto si el agregado al artículo 2355 ha sido inspirado decisivamente en el afán de proteger a los adquirentes en propiedad horizontal, ¿no hubiera cabido que en la ley de prehorizontalidad, que hoy hemos conocido por los diarios, se lo derogara expresamente?

Segunda pregunta: ¿No podríamos considerar implícitamente derogada esa modificación al artículo 2355 con la sanción de esta ley? Tal vez esta última pregunta sea un poco prematura porque me estoy refiriendo a una ley que no conocemos.

DR. BENEDETTI.- En mi opinión, una norma es derogada cuando se adopta otra forma objetivada de conducta humana, al decir de Recaséns Siches. En este caso es una norma didáctica, creo, sin mayor incidencia sobre el resto del articulado. La ley que aparece en los diarios de hoy, respecto de este artículo no quita ni pone rey. La calificación de posesión legítima del título de un boleto de compraventa de buena fe tenemos que admitirla porque está en la ley. En realidad, lo que tendría que haberse dicho es "posesión arreglada a derecho". Esa definición del artículo 2355, de posesión legítima y posesión ilegítima, es común en la generalidad de los casos de derecho real y posesión en la medida que corresponde al derecho real porque la posesión en este sentido tiene diferentes alcances y diferentes situaciones de hecho, que generalmente van superpuestas. Quien posee es el propietario, quien ejerce la servidumbre es el titular. Pero acontece que a veces no es así, que hay usurpación, la cual ha existido desde que existe el hombre. Hay que buscar, pues, la calificación para diferenciar una de la otra. Insisto en que el primigenio 2355 buscaba dar pautas para calificar la buena o mala fe de quien posee, porque se estaba legislando en orden a la posesión pro usucapio y a la percepción de los frutos. Pero como la ley que ha salido en los diarios de la fecha también habla de buena fe, entiendo que no deroga aquella modificación, sino que sigue siendo una legislación vigente, pero sobreabundante, inocua, la del artículo 2355. Debió decir, no posesión legítima, sino ajustada a derecho. No legítima en el sentido de hacer pensar en el justo título.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La reforma no tuvo en cuenta que en ese artículo hay especificidad. No se puede tomar principios generales para este Libro III del Código Civil, que es el más intrincado. Hay que tener mucho cuidado al poner o sacar algo, porque es como introducir algo dentro del mecanismo de un reloj. Y no se tuvo en cuenta esa "especificidad" de la expresión legítima o ilegítima si se la refiere a la posesión. Todo ejercicio de un derecho es "legal", es "arreglado a derecho" en ciertas condiciones y dentro de sus justos límites... Pero emplear esa calificación específica para una figura que es en sí algo amorfa, que es una posesión condicional, en fin... Con todo entiendo que, bajo este aspecto, la nueva ley no dice nada, pero advierto que la leí someramente.

DR. SOLARI.- Usted hizo una puntualización muy precisa respecto a que el agregado del artículo 2355 no entra en el Libro III.

DR. BENEDETTI.- Es completamente vacuo.

DR. SOLARI.- Dentro de la armonía del Código, en una materia tan delicada como es la de derechos reales, esta calificación de legítima que usted puntualizó como una expresión equívoca, responde al propósito de protección a estos compradores. Si lo vemos así, en aquel momento, en vez de hacer el agregado, debió sancionarse una ley como ésta.

DR. BENEDETTI.- Claro.

DR. PELOSI.- La sistemática de la reforma nunca podría haber hecho una ley de ese tipo.

ESC. ZINNY.- Entiendo que el punto que aborda el doctor Solari en alguna medida está vinculado a una cuestión muy interesante desde el punto de vista notarial. ¿Por qué el legislador modifica el artículo e incluye la modificación en esa parte?

El doctor Solari ha dicho que es porque se entiende necesario proteger al comprador. El viejo decreto de propiedad horizontal y los primeros fallos sostuvieron que no era un precontrato sino una compraventa.

A mi juicio, el problema es éste: ¿ha tomado conciencia el notariado argentino del lugar al que lo está conduciendo o adónde puede conducirlo la cada vez mayor jerarquización del boleto de compraventa, que no sólo es la compraventa, sino que da posesión legítima, que se opone a la quiebra, que se inscribe, etcétera?

También hay otra cuestión interesante. ¿Van a ser suficientes esas medidas de protección? La experiencia está demostrando que el legislador no tiene conciencia, y nosotros tampoco, de las cantidades millonarias que se entregan como seña a cuenta de precio, sin más garantía que la buena fe. Los legisladores quieren proteger al comprador y reforman la ley; los jueces, también y dejan de lado lo que dice el 1084 y el 1085, y los escribanos hemos ido permitiendo que el boleto tenga cada vez más importancia, que vaya sustituyendo a la escritura y se nos va escapando el negocio jurídico causal de las manos.

DR. BENEDETTI.- No creo que se llegue a eso.

ESC. ZINNY.- Los escribanos nos preguntamos por qué, como se ha dicho, es más interesante redactar un boleto que pasar una escritura al protocolo. ¿Por qué copiamos? No, porque las escrituras son todas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

iguales. Porque tiene dentro una compraventa muerta, liquidada y terminada. En Europa se han dado cuenta de lo que significa eso para un notariado de tipo latino.

La protección al comprador viene a través de la escritura pública, con la complementación registral. Mientras demoremos dos meses para registrar, y la gente no pueda constituir hipotecas por saldo de precio, y entonces el boleto crezca cada vez más, seguirán todos estos problemas.

¿Tenemos conciencia los notarios de lo que significa no dar el paso adelante, y poder aplicar de una vez por todas el peso político y gremial que tenemos para escriturar en 48 horas? Si antes se escrituraba en 24 horas. En Rosario se demora seis meses para conseguir el certificado de Obras Sanitarias. Los títulos no se estudian más en Rosario, no porque no los querramos estudiar, sino porque no hay tiempo. ¿Tenemos conciencia de adónde vamos?

DR. BENEDETTI.- No puedo estar en la temática porque soy ajeno al quehacer notarial. Pero en el derecho como en toda actividad humana hay momentos de crisis; todo lo humano es cíclico. En el derecho alemán, donde tal vez más auge ha tenido la protección del derecho de terceros y donde todas estas inquietudes son viejas, sin embargo el *ausflussung*, la investidura, se cumple respecto a actos notariales o judiciales.

No creo que estas leyes, salvo que se las tuerza, vayan a quitarle su vigor a las disposiciones del Código sobre la constitución del dominio que requiere, en el caso del inmueble, la escritura pública. Pero ya eso es tener la "bola de cristal".

ESC. ZINNY.- Usted me interpretó bien. No es que me preocupe el hecho que perdamos la competencia. Se trata de advertir que todos los intentos de protección sustantiva, mediante reformas de la ley, de protección judicial, mediante interpretaciones de la ley, con teorías nuevas, y de protección registral, han inexorablemente fracasado en la Argentina, como fracasó la 14005, como inclusive ocurrió con el decreto-ley de la propiedad horizontal. Hasta se ha propuesto que se certificara la firma al pie del boleto, lo que en mi modesta manera de ver es el mejor modelo de harakiri notarial que se pueda tener.

ESC. ARATA.- Según la clara exposición del doctor Benedetti, la posesión en el boleto de compraventa está sometida a condiciones. Vale decir que si se rescinde, automáticamente la posesión reviene al transmitente.

DR. BENEDETTI.- Cuando se declara resuelto un boleto de compraventa, generalmente juega la cláusula que da por perdida al comprador -si es por culpa de éste- la seña, en beneficio del vendedor.

ESC. ARATA.- Porque en las ejecuciones municipales, la posesión con motivo del incumplimiento...

DR. BENEDETTI.- Es distinto. Lo que ocurría es que la Municipalidad, de manu militari, en ciertas oportunidades, tomaba posesión y a veces esos inmuebles estaban dados en locación, había transferencias o existían

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

terceros, y se querían pasar por alto el Libro III del Código, en el amparo posesorio. Lo pasaban directamente por alto, como han hecho con las topadoras. Pero no se daban cuenta que hay un artículo, el 2468, que es vital en todo esto. Un título válido, el de la propiedad en este caso, no da sino un derecho a la posesión de la cosa y no la posesión misma. El que no tiene sino un derecho a la posesión, no puede en caso de oposición tomar la posesión de la cosa. Debe demandarla por las vías legales. El camino que debió seguir la Municipalidad era primero el distracto; luego, si había un tercero, promover la reivindicatoria o el posesorio, si estaba en término, porque si no había transcurrido un año desde que estaba este señor y se había producido el distracto, ya mediaba la intervención del título, y como en esta materia el abuso de confianza es una de las causas que avala el progreso de la acción de despojo, podía ir la acción de despojo contra él. Lo que pasaba era que la Municipalidad quería ejecutar directamente, sin reconocer esa ocupación. Generalmente era una locación.

Pero desde ya toda sentencia que declara la resolución de un boleto de compraventa obliga a devolver lo recibido. Es típico esto en los loteos de empresas como Kanmar, donde hay compradores que pagan tres, cuatro cuotas y después se desentienden. Las sentencias tienen acoplado un principio jurídico, que es el que, producido el distracto, las partes se deben devolver mutuamente lo que hubieren recibido, salvo daños y perjuicios. La seña y sumas percibidas por el comprador son una forma de resarcimiento. No es que se quede la vendedora con lo recibido, en violación de ese principio jurídico. Lo que pasa es que hay un perjuicio, claro que es relativo, teórico, porque en épocas de inflación lo que se vendió en 1967 a cien hoy vale mil.

Se habla del perjuicio en la rescisión, pero el vendedor hoy, con la inflación y con el alza del precio de la propiedad inmobiliaria, en el fondo es un beneficiario. Lo que pasa es que en toda motivación jurídica subyace una motivación moral. Evidentemente, el que no cumple, moralmente es quien debe ser castigado, y el derecho no puede hacer una excepción a ese principio sino bajo circunstancias muy especiales.

ESC. ARATA.- Salvo cuando las ventas son a plazo, y se ha pagado una gran parte.

DR. BENEDETTI.- Está la protección de la 14005, que exige primero demandar el cumplimiento, y en caso de que no se cumpla recién ir a la resolución.

Todas estas leyes no eliminan esos problemas. Comprendo la inquietud del escribano, pero estas leyes, en buena lógica jurídica, no pueden nunca ser interpretadas como factores de menoscabo de la entidad jurídica de la escritura pública como elemento necesario para la transmisión del dominio, si de inmuebles se trata.

Ya he dicho que esta mañana estuve leyendo la ley en el diario, y dice que esa voluntad de afectación debe exteriorizarse por escritura pública. El artículo 1° dice que todo propietario de edificio construido o en construcción o de terreno destinado a construir en él un edificio, que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

proponga adjudicarlo o enajenarlo a título oneroso por el régimen de propiedad horizontal, debe hacer constar en escritura pública, no ya el boleto o el contrato de compraventa sino la simple manifestación de voluntad de someter al régimen de propiedad horizontal esas operaciones. Quiere decir que la ley es bien respetuosa. Si los que hacemos el "derecho vivo" no la respetamos, la culpa no es de la ley.

ESC. ZINNY.- Yo no digo que la ley 14005 no sea respetuosa.

DR. BENEDETTI.- Usted va a los precedentes del fortalecimiento del boleto de compraventa. Comprendo su inquietud, porque a veces quienes hablan del "contrato de compraventa" no reparan en que no es necesario hablar estrictamente de contrato de compraventa para que en ciertos casos el vendedor no pueda sustraerse a su cumplimiento. Quien hace una oferta, una vez aceptada, no puede retractarse, y creo haber dicho que el artículo 1202 juega para asegurar no solamente el contrato sino también su cumplimiento. Inclusive un contrato "formal" puede ser materia de arrepentimiento.

Sin perjuicio de ello, no habiendo una razón de orden público, todo derecho es renunciable y el derecho de arrepentimiento es también renunciable.

En cuanto a la obligatoriedad de las demás prestaciones, si hay un contrato de fin -la compraventa- y un contrato de medio -la obligación de la escritura- y están íntimamente enlazados el uno con el otro, lo que se ha convenido con miras al contrato-fin es más obligatorio inclusive que el contrato-medio.

Vale decir que no hace falta que haya un contrato de compraventa, basta con que medie un principio de ejecución del boleto para que se considere renunciada la facultad de arrepentimiento. La formalización sí es necesaria porque sino no se transmite el dominio. Esto lo acepta aún el derecho alemán. Hablo del derecho alemán, no porque no tenga simpatía por él, sino porque como soy subjetivista en materia de posesión, siguiendo a mi maestro Allende, tengo siempre el argumento "preventivo" frente al objetivismo, no sólo en el campo de la posesión como "hecho", sino también en el campo de la posesión como instrumento de "derecho".

El principio de causalidad en esta materia hace que se siga respetando la escritura pública. Inclusive la tradición, porque el acuerdo es precisamente sobre la tradición. Los únicos que hacen excepciones son los franceses.

El Código Napoleón dice que la consensualidad basta para la transmisión del dominio, pero actualmente con un retaceo. El Código francés derogó una ley de 1798, dictada en época del Directorio, que reglaba el problema de la tradición. Pero el Código Napoleón la arrasó con el régimen de la consensualidad. La ley de mediados del siglo pasado, que establece el régimen de la inscripción registral para la "oponibilidad" del dominio y demás derechos reales, políticamente abre paso a una de dos corrientes, la cual hablaba del "honor nacional". Entre los franceses algunos tienen el orgullo nacional de ser descendientes de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los bárbaros del norte, los galos. Entonces, desde todo punto de vista buscaba la originalidad de las instituciones francesas en lo político, en lo social, en lo económico y en lo jurídico. El derecho francés era completamente autónomo del romano; Henrion de Pansey participaba de esta postura. Por otro lado, estaba la opinión de Troplong, de los comentaristas del Código, de Demolombe, entre otros, que sostenían que el derecho romano y el francés eran lo mismo en esencia.

Yo defiendo la tradición porque el régimen de publicidad que acuerda el Registro inmobiliario, "en teoría" es magnífico, pero la realidad empírica de todos los días nos demuestra que no es suficiente. Puede haber una posesión ignorada, inclusive un dominio adquirido por prescripción.

La tradición es un recaudo de apuntalamiento, y defender la tradición es defender las formas, la seguridad y certidumbre, porque son lo mismo... Lo que pasa es que hay que agilizar todo el proceso. No es cuestión de innovar modificando estructuras, aunque esté muy de moda el cambio de estructuras.

ESC. ZINNY.- Antes hemos coincidido en el boleto. Creo que lo he comprendido bien. Vamos a ver si coincidimos en lo que paso a relatar. En diciembre último una firma defraudó a una gran cantidad de gente de condición humilde, a la que le vendía lotes ya enajenados o para construir en lugares donde no correspondía. Hipotecaron, etc. Toda esa gente se levantó y el Estado estuvo a punto de expropiar para no continuar todo eso.

Con esto quiero poner de manifiesto que eso no se arregla ni con la ley 14005, ni con el sistema alemán, ni con un decreto-ley; eso se soluciona con el seguro de los americanos y con la escritura pública de los argentinos. Porque hay quien hace un estudio de títulos, que asesora, que hace que tenga fuerza de fe pública el pago y el contrato. Además de estudiar los títulos hay certificados previos. Toda esta protección es la que hace falta.

DR. BENEDETTI.- Recuerden la nota al 4012, que dice que un instrumento privado no sirve como justo título. Lo que pasa es que antes no había tantos certificados como existen ahora, y la escritura era casi simultánea. Ustedes, como institución, deberían buscar la forma de remediar ese problema.

Esc. FERRARI CERETTI.- El Estado se ha preocupado de la protección fiscal, y eso es lo que está perturbando la actuación notarial.

DR. PELOSI.- Agradecemos la presencia de ustedes a esta reunión del Ateneo Notarial, y con esto damos por finalizada la sesión.

-Es la hora 21.