

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Artículo 2355 en la Ley 17711

CARLOS ALBERTO NOVELLINO

SUMARIO

I El artículo 2355 del Código Civil antes de la ley 17711. - II. Tesis que sostiene que el poseedor por boleto de compraventa tiene título suficiente para adquirir la posesión legítima. - III. Tesis contraria. - IV. Tesis intermedia. - V. El artículo 2355 y la ley 17711. - VI. Buena fe. - VII. Coposesión. - VIII. Corporaciones o sociedades. - IX. Representación. - X. Análisis de la reforma. - XI. El artículo 2355 y los artículos 2505, 1184, 1185, 515, 1187, 1193 y 1810.

I. EL ARTÍCULO 2355 DEL CÓDIGO CIVIL ANTES DE LA LEY 17711

Hasta la presente reforma, la posesión legítima era simplemente el ejercicio de un derecho real, teniendo en cuenta siempre que ese derecho real debía haber sido adquirido de acuerdo con los requisitos legales en cuanto a causa, capacidad, objeto, forma, etc. Si falta alguno de estos requisitos la posesión será ilegítima (Julio Dassen y Julio Vera Villalobos, Manual de derechos reales, N° 55, ed. 1962). Es decir que, tomando en cuenta los requisitos mencionados, los mismos consistirían específicamente en la exigencia de la tradición de la cosa (art. 577 del Código Civil) y en la escritura pública (art. 1184, inc. 1°, Cód. Civil).

II. TESIS QUE SOSTIENE QUE EL POSEEDOR POR BOLETO DE COMPRAVENTA TIENE TÍTULO SUFICIENTE PARA ADQUIRIR LA POSESIÓN LEGÍTIMA

Frente a estos dispositivos legales se alzaba una numerosa corriente jurisprudencial de las Cámaras Civiles de la Capital Federal que consideraba que el poseedor por boleto de compraventa tenía título suficiente para adquirir la posesión legítima. Así podemos ver en el tomo segundo del Código Civil anotado de Salas, en la página 1195, N° 3, art. 2351, que: "Priva la opinión de que el beneficiario de una promesa de venta de un inmueble a quien se ha hecho tradición del mismo antes de otorgarse la escritura traslativa de dominio reviste la calidad de poseedor animas domini" (Cám. Fed., 20/11/50, la Ley, 61 - 580; Cáms Civs. en pleno, 24/12/40, J. A., 73 - 31; Cám. Civ. 1, 9/8/33, J. A., 43 - 142; Cám. 1ª, La Plata, 23/12/49, J. A., 1950, I - 411; Cám. Mar del Plata, 23/6/55, J. A., 1955, IV - 451). En el comentario al artículo 2355, página 1197, dice que: "Se ha resuelto que el beneficiario de una promesa de venta de un inmueble a quien se ha hecho tradición del mismo antes de otorgarse la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escritura traslativa de dominio reviste la calidad de poseedor legítimo". (Cámaras Civiles en pleno, 24/12/40, J. A., 73 - 31). "El instrumento privado constituye un título suficiente para adquirir la posesión, aunque falte la escritura pública que la ley exige para las transmisiones de dominio".

Augusto M. Morello, en su libro El boleto de compraventa inmobiliario, página 32, parágrafo 23, dice: "Es de particular interés la lectura del voto del doctor Barraquero; en su opinión el título a que se refiere el artículo 2355 es la fuente o causa eficiente que da origen a la posesión, con prescindencia del instrumento en que consta el acto jurídico. La palabra modo utilizada en ese precepto está empleada en su acepción técnica, distinta de los medios de adquirir derechos reales que se, contempla en los artículos 2505, 2524, 3947, etc. De ahí que quien tenga la posesión del inmueble en virtud de un título suficiente - y si lo es el boleto de compraventa- , no puede ser molestado por acciones posesorias porque éstas están dirigidas contra quien está poseyendo, por consiguiente, para sí, legítimamente, a título de dueño. Conf. también voto del doctor Tobal".

III. TESIS CONTRARIA

Alguna jurisprudencia sostiene decisiones en contrario, considerando - respecto de beneficiario de una promesa de venta de un inmueble a quien se ha hecho tradición del mismo - que es un representante de la posesión del promitente, aunque la ocupación del inmueble repose en un derecho. (S. C. Bs. As., 13/8/47, J.A., 1947, III - 455; Cám. Apel. Santiago del Estero, 13/4/51, La Ley, 66 - 504).

La mayor parte de la doctrina sostiene un criterio completamente opuesto a la tesis enunciada anteriormente. Así podemos leer en Salvat, entre otros, en el tomo primero, página 59, edición 1961, Bs. As., que: "Suponiendo la existencia y validez del título, puede ocurrir que la posesión haya sido adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, por ejemplo: si la tradición no ha sido hecha en la forma y con las condiciones que la ley exige (arts. 2378 a 2391); si la tradición o entrega de un campo ha tenido lugar en virtud de una venta hecha por instrumento privado. La posesión sería también ilegítima, no por falta o invalidez del título, sino por defecto en el modo de adquirirlo". Cita a Freitas, art. 3714, inc. 3º. Más abajo, el mismo autor en nota N° 69, agrega: "La ley exige la escritura pública, y, en consecuencia, faltando ésta el comprador no podía tener la persuasión de legitimidad de la posesión".

Según Lafaille (Derechos reales, t. I, N° 112) ese título confiere el ius possidendi y la diferencia con el ius possessionis es la misma que la señalada entre la posesión legítima y la ilegítima.

IV. TESIS INTERMEDIA

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Frente a las tesis expuestas hay una ecléctica que considera que la posesión sería legítima en tanto y en cuanto no entren en colisión los derechos del comprador con terceros, porque en este caso no podría sostenerse la validez y eficacia de esa posesión. (Cám. Nac. Com. Sala B, 25/12/58, La Ley, V - 94, pág. 400, voto del Dr. Halperín).

V. EL ARTÍCULO 2355 Y LA LEY 17711

La reforma recoge el criterio predominante en la jurisprudencia y, teniendo en cuenta que la mayoría de las transacciones inmobiliarias se realiza mediante boleto de compraventa, agrega al artículo 2355 del Código Civil el siguiente párrafo: "Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa", queriendo de ese modo traer seguridad y tranquilidad a las mismas.

VI. BUENA FE

Es requisito inexcusable la buena fe, o sea, de acuerdo con el artículo 4006, la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser el exclusivo señor de la cosa y, por supuesto, que la ignorancia del poseedor no sea fundada en un error de derecho (art. 4007). De acuerdo con Salvat (obra cit., pág. 61) la posesión legítima no podría jamás ser de mala fe. Es evidente que cuando ha existido mala fe en la adquisición de la posesión de un inmueble nunca podría hablarse de legitimidad.

Las disposiciones sobre la buena fe tienen en principio carácter de reglas generales, según surge del artículo 4006 del Código Civil, pero es evidente que existen diferencias fundamentales entre la buena fe a los efectos de los derechos y obligaciones del poseedor en el caso de reivindicación, y la buena fe a los efectos de la prescripción.

Buena fe y apariencia corren paralelas junto a las normas morales y a la excusabilidad con que se realiza el acto. El juez con todos los elementos necesarios investigará, en última instancia, si la buena fe existe o no. Es necesario observar un criterio objetivo, pues resulta casi imposible sondear con exactitud matemática en la conciencia de los que realizan el acto. La regla a aplicar debe tener en cuenta el conocimiento que del hecho se tenga, valorarse de acuerdo a sujetos normales y comunes, en base al medio donde actúan, y de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso concreto.

VII. COPOSESIÓN

Cuando sea más de una la persona que adquiera un inmueble mediando boleto de compraventa podría suceder que una de ellas no tenga la buena fe a que se refiere el artículo 2355. El artículo 2359 resuelve la situación diciendo que cuando dos o más personas poseyeran en común una cosa, cada una de ellas responderá de la buena o mala fe de su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posesión. Es lógico que así sea, ya que sería en extremo injusto que los demás poseedores de buena fe se vieran perjudicados en sus derechos por él, o los de mala fe.

VIII. CORPORACIONES O SOCIEDADES

¿Qué sucede cuando la posesión haya sido adquirida por una corporación o sociedad? El artículo 2360 da una solución parcial, y decimos parcial porque entendemos que dicho artículo se refiere solamente a corporaciones o sociedades sin personería jurídica, y en este caso sí se puede hablar de "la mayoría de sus miembros", o de igualdad entre los miembros de mala fe y los de buena fe para juzgar la buena o mala fe de la posesión. Una corporación o sociedad con personería jurídica, siendo una persona distinta de sus miembros (art. 39, Cód. Civil) exterioriza sus actos por medio de los directores o administradores, que son los que operan en nombre y representación de la sociedad. Aplicando por analogía los principios establecidos en el artículo 2360, entendemos que la posesión adquirida por la sociedad en este caso sería de buena fe, si la mayoría de los directores o administradores lo eran, y de mala fe en caso contrario o en caso de empate. Esta opinión es avalada por el art. 2393, que dispone que no pueden adquirir la posesión de las cosas las personas jurídicas, sino por medio de sus síndicos o administradores.

IX. REPRESENTACIÓN

Puede adquirirse la posesión por medio de un representante; en este caso debe existir la buena fe por parte del representante y del representado. Basta que exista mala fe en uno solo de ellos, para que la posesión se considere de mala fe (art. 2397).

X. ANÁLISIS DE LA REFORMA

Hemos dicho anteriormente que se pretendió dar con el agregado al artículo 2355 mayor seguridad a las transacciones inmobiliarias. No obstante ello, y en lo que respecta a la compraventa, de poco valdría el carácter de poseedor legítimo, teniendo en cuenta que de esta manera sólo se legitima la posesión pero no se declara el dominio, necesiéndose en última instancia inexcusablemente la escritura pública exigida por el art. 1184 del Código Civil para estar a cubierto de cualquier eventualidad. El artículo 2609, ubicado dentro del libro tercero, título V, capítulo V del Código Civil, expresa que se pierde igualmente el dominio por enajenación de la cosa... en los inmuebles después de firmado el instrumento público de enajenación, seguido de la tradición. Por consiguiente, la escritura pública es el único instrumento valedero para dar seguridad a las transacciones inmobiliarias.

Basamos nuestra opinión, pues consideramos que el boleto de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

compraventa como antecontrato, precontrato, o contrato es válido, pero como venta es nula, ya que la mayor parte de las disposiciones del Código Civil no se han modificado, y no es posible hacer abstracción de ellas.

La escritura pública por sus características particulares es el resultado de una serie de requisitos y formalidades que confieren al instrumento notarial plena autenticidad, y la firma del notario deja fija en el lugar y el tiempo la situación jurídica, cosa que no sucede con los llamados boletos.

XI. EL ARTÍCULO 2355 Y LOS ARTÍCULOS 2505, 1184, 1185, 515, 1187, 1193 y 1810

A simple vista, y muy simple por cierto, daría la sensación de que el artículo 2355 deja de lado la escritura pública; y es más, hasta por su rapidez y menor costo - cosa que es relativa - parecería preferible, puesto que aparte de los gastos que ocasiona, hasta debe ser inscripta para que valga frente a terceros. Pero ello no es cierto. Dicho artículo hay que juzgarlo a la luz de los demás preceptos legales del Código Civil. El artículo 2505, que ha sido totalmente reformado, dice: "La adquisición o transmisión de 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 terceros mientras no estén registradas". Este artículo tiene relación con el 2355. De manera que, la diferencia con el régimen anterior está en lo siguiente.

Anteriormente a la reforma si el titular de un bien inmueble vendía a dos personas el mismo bien, quien primero obtenía la escritura a su favor era el preferido y el otro comprador por boleto no podía escudarse en el mismo, ya que siendo título insuficiente, hacía presumir su mala fe. Después de la reforma, el que obtuvo a su favor una escritura pública también es preferido, pero con la diferencia de que, siendo el otro comprador por boleto de buena fe, la eventual obligación de restituir que surja se va a regir en este caso para él dentro de las normas que rigen para el poseedor de buena fe. Lo que nos confirma, una vez más, lo esencial de la escritura pública.

Al artículo 1184 se le suprimió la frase "bajo pena de nulidad".

Parecería que de este modo se dejara a criterio de los contratantes la forma de cómo realizar una compraventa, ya que no existe ninguna pena de nulidad. Pero el art. 1185 siguiente dice que estos contratos no quedaran concluidos como tales mientras la escritura pública no se halle firmada. Cabe destacar que este artículo no ha sido reformado.

Las obligaciones que surgen del boleto serían, según el artículo 515 del Código Civil, obligaciones naturales, pues en su inciso tercero considera tales a "las que proceden de actos jurídicos, a los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles..., etcétera. Por otra parte, el artículo 1185 mencionado dice respecto de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contratos que, debiendo ser hechos en escrituras públicas, fuesen hechos por instrumentos particulares "...quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública". El artículo 1187 expresa que la obligación que surge del artículo 1185 es de "hacer" y, de acuerdo con el artículo 1193, "los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos".

Lo expuesto, visto a través del artículo 1810 reformado, que expresa: "Deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad: 1º) Las donaciones de bienes inmuebles; 2º) Las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias. Respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el artículo 1185. . . ", deja traslucir que si la forma ad solemnitatem surgiera de una referencia posterior del Código Civil, al tratar en particular del acto respectivo - ello en lo que respecta a la división del artículo 1184 en actos formales ad probationem y ad solemnitatem, antes de la reforma - estaría de más la expresión referida a la no aplicación del artículo 1185, sobre todo si tenemos en cuenta que el mismo artículo 1810 transcrito consagra la escritura pública bajo pena de nulidad (López de Zavalía, 4/10/68, Curso para graduados en la Facultad de Derecho).

No obstante el loable propósito de la reforma en lo que al artículo 2355 respecta, se aprecia que lo que en realidad cambia es la distinción que la ley hace respecto de quien es poseedor según boleto de compraventa, que va a ser considerado en consecuencia frente a quien ha recibido el otorgamiento de una escritura pública de compraventa con respecto al bien que ocupa, como poseedor de buena fe adquirida legítimamente, con facultad de hacer suyos los frutos percibidos, etc.

BIBLIOGRAFÍA

- Dassen - Vera Villalobos: Manual de derechos reales N° 55, ed. 1962.
Héctor Lafaille: Derechos reales, t. I, Bs. As., 1943.
López Zavalía: Curso para graduados. Facultad de Derecho, 4/10/68.
Augusto M. Morello: El boleto de compraventa inmobiliario. La Plata, 1965.
Acdeel, Ernesto Salas: Código Civil y leyes complementarias anotados. Bs. As., 1957
Raymundo M. Salvat: Tratado de derecho civil argentino, t. 1, Bs. As., 1961.