

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL BOLETO DE COMPRAVENTA. EFECTOS DE LA ENTREGA DE LA POSESIÓN ENTRE LAS PARTES(*) (484)

JORGE HORACIO ALTERINI

No me extraña encontrarme en este salón del Colegio de Escribanos, pero hoy no lo hago convocado de manera directa por esta trascendente institución, sino por la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal. Al esfuerzo intelectual que realiza la Cámara se ha querido sumar el Colegio auspiciando este simposio.

Desde hace muchos años, en razón de las actividades propias que desarrollamos, hemos entrado en contacto de tipo científico con estas instituciones intermedias, las que nos han arrimado el convencimiento de cuánto significan para un país en la prospectiva de su plena realización que todos añoramos.

Las instituciones intermedias implican una presencia necesaria, aun dentro de una concepción estrictamente republicana. Y como ejemplo de instituciones intermedias de actuar positivo, quizá pocas puedan exhibir legajos tan fecundos como la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal y el Colegio de Escribanos de la Capital Federal.

Por supuesto, no voy a referirme a las palabras del doctor Castilla, sino con este juicio: afortunadamente ya sabíamos lo que iba a decir, porque él tuvo la sinceridad de expresar la larga vinculación que nos une, y consiguientemente sus palabras están inspiradas por ese afecto, que es recíproco, como es recíproco, paradójicamente, con relación a todos los integrantes de esta mesa y con muchos de quienes hoy nos acompañan.

Este actuar con objetivos comunes, desprendidos de motivaciones que no sean las científicas, ha determinado que nos entendamos por encima de inquietudes personales o de discusiones y que hayamos llegado a un lenguaje común en el cual nos podemos mover con toda naturalidad.

Precisamente, recuerdo los simposios que citó el doctor Castilla, convocados por la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal; incluso el último, ese tan importante de 1970, donde se sentaron las bases que los especialistas de las disciplinas más diversas querían para la ley de prehorizontalidad, pero lamentablemente la legislación frustró los mejores anhelos de quienes ahí se habían reunido animados por sus inspiraciones intelectuales.

Hoy habré de desarrollar los aspectos fundamentales de una temática del boleto de compra y venta, vinculada con los efectos de la entrega de la posesión. En este tema se ha trabajado bastante en lo que atañe a esos efectos con respecto a terceros. Yo lo he hecho desde el libro y en jornadas, incluso en la última de Derecho Civil que se realizó en Mendoza tuve oportunidad de coordinar la comisión que trató la situación jurídica del adquirente por boleto cuando entraba en colisión con otros acreedores del enajenante.

Sin embargo, esta noche voy a poner énfasis en un aspecto que con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estudios sistemáticos silencia la doctrina: los efectos de la entrega de la posesión con respecto a las partes.

Con respecto a terceros, nace esa temática del sentido del viejo y del nuevo artículo 2355 del Cód. Civil frente a las colisiones con los otros acreedores que puede tener un enajenante. Pero aquí no, veremos los efectos de la entrega de la posesión entre las partes, entre el llamado comprador y el llamado vendedor, o, como decimos nosotros, el promitente de compra y el promitente de venta.

Pero ustedes dirán que una vez más entramos en esta polémica repetida de si el boleto es el contrato de compra y venta o no lo es. Una vez más, aunque incidentalmente, debemos entrar en esta polémica, porque acaso en el aspecto que hoy afrontaremos la polémica sea fecunda en consecuencias prácticas. Y quizá alguno de ustedes pueda retirarse con la persuasión que yo arrastro desde hace muchos años de que el boleto de compraventa, más allá de su importancia para la comunidad, no es el contrato de compra y venta en el sentir del derecho vigente.

Va de suyo que si hablamos de efectos de la entrega de la posesión, es porque estamos pensando que una de las consecuencias elementales del contrato de compra y venta es la de generar la obligación del vendedor de hacer tradición traslativa de la propiedad. No es simplemente la obligación de entregar la posesión, sino mucho más: es la obligación de entregar la posesión para transferir la propiedad. Es importante tenerlo en cuenta, porque muchas veces se lo olvida, desde que no hay entrega de posesión traslativa de propiedad en la medida de que falte la forma de la escritura pública. Porque no puede haber transmisión del derecho real sin escritura pública.

Vale decir, que la misma definición del contrato de compra y venta nos llevaría hacia la idea de que no puede haber contrato de compra y venta generador de uno de los efectos propios de la compra y venta, cual es hacer nacer la obligación de entregar la posesión con la vocación traslativa de la propiedad, si falta un elemento para que exista esa transmisión de la propiedad, como es la forma inexorablemente exigida en nuestra legislación en materia de mutaciones jurídicas reales sobre inmuebles: la escritura pública.

Normalmente en los boletos de compra y venta - al menos en muchos de ellos - se contempla la entrega de la posesión antes de la escritura. Se va desembolsando el precio, hay entregas sucesivas del comprador más o menos significativas, y en determinado momento el "vendedor", el promitente de venta, entrega la posesión. O sea que lo que yo les voy a plantear muchas veces es soslayado por una praxis, praxis que importa pactar la entrega anticipada de la posesión.

Pero yo me he preguntado muchas veces que si en un boleto de compra y venta no se pactara la entrega de la posesión antes de la escritura, ¿el boleto ausente de esa cláusula por sí mismo podría generar la obligación de entregar la posesión antes de la escritura?

Adviertan que yo no estoy hablando de la tradición traslativa de la propiedad sino simplemente de la tradición posesoria; no de la tradición de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posesión para transmitir la propiedad, sino simplemente de la transmisión de la posesión para darle la investidura de hecho al comprador con relación a la cosa.

Yo tengo la convicción más absoluta de que si en el boleto de compra y venta no se pacta la posibilidad de acceder a la posesión antes de la escritura, ningún tribunal de la República, y me atrevería a decir que ningún doctrinario, más allá de cualquier concepción que tuviese sobre la naturaleza jurídica del boleto, podría afirmar que existe esa obligación de entregar la posesión antes de la escritura. Y esto nos destaca con toda elocuencia que el boleto de compra y venta, que es muy importante, no es, sin embargo, el contrato de compra y venta. No puede ser el boleto el contrato de compra y venta, porque es indóneo por sí hasta para generar la mera obligación de entregar la posesión, que ni siquiera implica la obligación de entregar la posesión para transmitir la propiedad, pues se trata del mero desplazamiento posesorio. Y a ese mero desplazamiento posesorio no obliga un boleto desnudo de una cláusula específica a esos efectos. Ergo, no puede tratarse de un contrato de compra y venta.

Y esta apreciación me ha convencido de que este tema que nos divide, que nos separa en disputas a veces agobiantes, en disputas que muchas veces no tienen implicancias prácticas, aquí sí las tiene. Porque si el boleto de compra y venta fuese el contrato de compra y venta, aunque no se pactase la entrega de la posesión antes de la escritura, ella sería exigible. Y no es así.

Y claro está que cuando el boleto de compra y venta tiene una cláusula específica que contempla la entrega de la posesión anticipada, no hay duda de que es posible que el comprador la reclame antes de la escritura. Pero no por la fuerza del boleto, sino por la que deriva de la cláusula que se adosa al boleto.

Un boleto desnudo es inepto para generar ese efecto central tan unido a la vida del contrato de compra y venta.

No piensen que me ubico entre aquellos que le restan trascendencia al boleto de compra y venta. Queremos vivir inmersos en la realidad. El boleto de compra y venta no es algo inexistente jurídicamente, ni algo escaso en efectos. Todo lo contrario: el boleto de compra y venta es un contrato, importante contrato. No es el contrato de compra y venta, pero es un contrato. Y tengo dicho que el boleto de compra y venta es tan importante que a pesar de no ser la compra y venta, ata a las partes de tal manera que ellas tienen que llegar forzosamente a celebrar luego el contrato de compra y venta.

En mi opinión, el boleto es una promesa de venta que genera una venta forzosa. A esta idea sostenida en la doctrina nacional, un poco en tránsito, nosotros, en una obra elaborada con el profesor Gatti hace muchos años, la rescatamos y desarrollamos con mayor cuidado: el boleto de compra y venta no es el contrato de compra y venta, pero sí es un contrato que hace nacer la obligación de llegar forzosamente a la venta.

¿De dónde extraemos esta concepción? De la lectura desapasionada del Cód. Civil. El inciso 2º del artículo 1324 enuncia como caso de venta forzosa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aquel en que alguien por convención se obliga a vender una cosa a una persona determinada. Este es exactamente el caso del boleto de compra y venta: alguien por convención, se obliga a vender una cosa a determinada persona. Entonces forzosamente está obligada a llegar a la venta, pero recién habrá venta con la escritura pública.

Esta tesitura derivada del derecho positivo halla perfecto sustento en la propia fuente del codificador, ya que el artículo 1324, inciso 2º, tiene su antecedente directo, textual, en el artículo 1972, inciso 2º también, de la fuente principal de nuestro Código Civil que, como ustedes saben, fue el Esboço del genial brasileño Augusto Teixeira de Freitas.

De todas maneras no es solitaria la apoyatura legal de esa concepción. Hay otros textos clarísimos, como el del artículo 438, inciso 6º, del Cód. Civil, que tiene como fuente al inciso 7º del artículo 1730 del Esboço, que parece pensado precisamente para el supuesto del boleto de compra y venta. Este artículo, que sirve como ejemplo de venta forzosa, indicado por el propio Freitas, nos da la tónica de cómo en el esquema de nuestro Vélez, sólidamente asentado en su fuente, podemos sostener, sin temor a equivocarnos, que nos encontramos con una promesa de venta que da lugar a una venta forzosa. Es un contrato, que no es el de compra y venta, pero muy relevante.

Sólo si en el boleto se pacta la entrega anticipada de la posesión tiene derecho el "comprador" a que se le haga tradición posesoria de la cosa antes de la escritura.

¿En qué condiciones debe hacerse la tradición posesoria de la cosa? El Cód. Civil en materia de boleto guarda silencio. Tenemos que aplicar mutatis mutandi las normas que da para el contrato de compra y venta, que lo es recién con la escritura pública, y en la medida en que sean asimilables a este supuesto similar, pero no idéntico.

En materia de contrato de compra y venta - con escritura pública -, el codificador dice en el artículo 1409 que la cosa, debe entregarse libre de toda otra posesión, es decir, debe entregarse la cosa y recibírsela para satisfacer la obligación, libre de toda otra posesión.

¿Qué significa recibir la cosa, de un lado, y entregarla, del otro, libre de toda otra posesión? La doctrina se pregunta: ¿si se entrega una unidad alquilada, cumple su obligación el vendedor?

Para simplificar, al llamado promitente de venta y al llamado promitente de compra los voy a denominar "vendedor" y "comprador", aunque en su sentido técnico no lo sean, por lo menos desde mi enfoque.

El "vendedor" que entrega la cosa, pero con un inquilino, ¿cumple con la obligación de entregar la cosa libre de toda posesión? Depende de lo que entendamos por la locución "libre de toda otra posesión": ¿posesión en sentido ceñido o posesión en sentido amplio?

Posesión en sentido ceñido no abraza el supuesto tan común del inquilino, que es tenedor, o del comodatario o del depositario, que también son tenedores.

Si interpretamos literalmente la norma, parecería que entregando un inmueble con un inquilino, se lo entrega libre de toda otra posesión, porque

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el inquilino no es poseedor, es un tenedor.

Algunos dirán que esa interpretación es muy cerrada, y que por ejemplo, no es la del doctor López de Zavallía. Pero esta interpretación tiene fuerte sustento en otra norma del Cód. Civil, la del artículo 2383, que usa la misma locución, que dice que para adquirir la posesión de la cosa, el inmueble tiene que estar libre de toda otra posesión. Y la doctrina no duda en este marco que se adquiere la posesión aunque haya un inquilino.

Si aplicamos el mismo sentido que adjudica la doctrina a esta locución del artículo 2383, cuando puntualiza que a pesar de que haya un inquilino se adquiere la posesión, parecería que entregar la cosa libre de toda otra posesión no implicaría entregarla sin inquilinos. Fíjense qué gravedad tiene este concepto.

Cierta doctrina que parte de ese razonamiento, que nos parece ilevantable en una primera aproximación, como un Argañarás, o Borda, reflexiona de este modo: sí, es cierto, el vendedor cumple entregando la cosa, aunque esté alquilada. Pero si el comprador no sabía que la cosa estaba alquilada cuando suscribió el boleto, puede resolver el contrato, o al menos pedir una reducción del precio por estar alquilada la cosa.

Si manejamos el derecho en su integralidad tenemos que considerar que los estados de hecho tienen función publicitaria, porque así como la posesión tiene función publicitaria, la tenencia de un locatario también tiene función publicitaria. Esta es una tendencia que está triunfando en los últimos simposios de derecho civil, y resulta una conclusión muy difundida en la doctrina comparada. Pero en la Argentina había un poco de exceso de tecnicismo publicitario registral y se restaba significado a la publicidad extrarregistral, como es la publicidad de los estados de hecho.

Si el estado de hecho de tenedor de un locatario genera publicidad, normalmente el comprador de una cosa que la recibe con un inquilino sabía o debía saber de su existencia cuando se firmó el boleto. Entonces, no sería de buena fe, con lo cual el mecanismo corrector que propone esa doctrina quedaría esterilizado.

Pero mi intención no es generar escepticismo a este calificado auditorio, sino todo lo contrario: es sugerir pautas de aproximación que resuelvan problemas concretos.

¿Cómo se resuelve éste? Como lo hacen muchos boletos, para evitar problemas: pactar la entrega de posesión libre de ocupantes.

Si se pacta la entrega de la posesión del inmueble libre de todo ocupante, no hay ninguna duda. Pero si no se lo pacta expresamente, son planteables las dudas que tiene la doctrina y que carecen de solución cabal en un sentido o en otro. Por eso una actitud de prudencia en la redacción de un boleto aconseja indicar que la entrega de la cosa se va a realizar libre de todo ocupante, si es que ése ha sido el sentir de los contratantes.

Estamos hablando de la entrega de la posesión como dando por sentado que es lo que se suele hacer si cuando se entrega la posesión así se la denomina: entrega de la posesión.

Ustedes saben que en muchos boletos se desplaza el poder sobre la cosa con relación al comprador y que a ese desplazamiento no se lo llama

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entrega de la posesión. Se dice que se le entrega la tenencia, y hasta para desjerarquizar más su poder de hecho se alude a una "tenencia provisoria", o para no asustar al comprador se habla de "posesión", pero para que no se ensoberbezca, se le agrega "provisional" o "precaria".

¿Cómo han interpretado la doctrina y la jurisprudencia ese tipo de cláusulas? Cuando en un boleto se dice que se entrega la tenencia o la posesión provisional o la posesión precaria, se entrega la posesión en sentido estricto.

Para el adquirente es muy importante el nacimiento de la relación real posesión, por los efectos jurídicos que ella genera. La jurisprudencia ha entendido generalmente que más allá de lo que expresen los instrumentos, existe una presunción muy fuerte de que lo entregado es la posesión. Hay, presume la jurisprudencia, un intento de distorsionar el verdadero sentido del desplazamiento del poder. Se lo oscurece diciendo que es tenencia o posesión debilitada para desvanecer la situación jurídica del adquirente por boleto.

De todas maneras, hay casos extremos en los cuales si se dice que el adquirente tendrá la tenencia, el intérprete tendrá que admitir que en verdad se trata de una tenencia, supuesto que puede darse en el caso de un locatario que compre un inmueble y se diga en el boleto que este locatario seguirá en tal condición, como tenedor y no como poseedor, hasta determinado momento. Por tanto, llegar a afirmar allí que a pesar de que es inquilino, que se dice que es tenedor, que seguirá siendo tenedor, es poseedor, puede ser un exceso interpretativo por encima de la literalidad de lo pactado y de lo que se infiere del modus operandi.

Pero en principio hay una grave sospecha de que eso que se oscurece para disimular que es una posesión, es efectivamente posesión.

Ustedes saben que la fórmula "posesión precaria" es muy usada. En este aspecto, para la mentalidad afrancesada de Vélez Sársfield, que fluye del artículo 2480 y de su nota - idea que también flota en el artículo 2473 -, posesión precaria es equivalente a tenencia.

La posesión precaria, históricamente, era revocable, era una posesión más bien temporaria. Pero en el derecho francés, en la doctrina francesa, posesión precaria es equivalente a tenencia. De ahí la importancia de determinar el recto sentido del alcance del desplazamiento del poder hacia el adquirente, hacia el comprador.

Este desplazamiento posesorio tiene singulares implicancias en el plano de la resolución del contrato, ya sea por la vía del arrepentimiento o ante el incumplimiento.

Ustedes saben que las operaciones se pueden señalar. Un boleto de compra y venta se puede otorgar con una señal. Dentro del movimiento habitual esto implica que el comprador que dio señal puede arrepentirse, es decir, desligarse de la obligación, desatarla, perdiéndola, y el vendedor que la recibió, devolverla doblada.

Partamos de la base de que la señal sea plenamente operante, que no se haya previsto de alguna manera que la operación, pese a la entrega de señal, es definitiva, que no se haya acordado que la entrega es a cuenta de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

precio o que haya algún principio de ejecución del contrato.

Hablamos de un caso donde en principio el mecanismo del arrepentimiento estaría vivo y a tenor de lo pactado - y aquí lo que interesa para el tema que estamos tratando - se entrega la posesión, inicialmente o luego de cierto tiempo.

La jurisprudencia, con acuerdo doctrinario, coincide en que esa operación ya no es pasible del mecanismo del arrepentimiento. Hay un principio certero de ejecución del contrato y es sabido que en tal caso no es posible el arrepentimiento de quienes lo concertaron.

La cláusula seña queda esterilizada luego de la entrega de la posesión, porque la entrega de la posesión, al involucrar un principio de ejecución del contrato, le da carácter definitivo, al menos en este marco, a la operación concertada. O sea, la entrega de la posesión obsta al arrepentimiento.

En otros casos, la entrega de la posesión por vía elíptica puede obstar a la resolución por incumplimiento.

El comprador incumple, pero por una secuencia unida a la entrega de la posesión, el vendedor no podría resolver el contrato.

¿Qué queremos significar? La entrega de la posesión brinda la posibilidad al adquirente de realizar mejoras en la cosa, por lo menos desde el punto de vista fáctico; si se entrega la posesión de un lote es muy factible que el adquirente realice construcciones en él, que no podría efectuar sin la posesión.

La ley 14005, de venta de inmuebles fraccionados en lotes y comercializados por mensualidades, indica que cuando el comprador ha pagado al menos el veinticinco por ciento del precio o ha realizado construcciones equivalentes al cincuenta por ciento de ese precio, el vendedor ya no puede resolver el contrato por incumplimiento del adquirente (artículos 7° y 8° de la ley 14005).

Lo expuesto es una solución normativa concreta en el ámbito de la venta de inmuebles comercializados en lotes y vendidos por mensualidades. Si bien se podría objetar lo reducido de su campo de acción, debemos señalar que esa pauta para cierta jurisprudencia es aplicable analógicamente fuera del ámbito propio de la ley 14005, con lo cual, si nos encontráramos con un comprador que realizó construcciones, sobre todo si son significativas, si absorben al menos el cincuenta por ciento del precio, es muy probable que algunos tribunales resuelvan desconocer al vendedor la facultad resolutoria, aunque el comprador incurriese en incumplimientos. Por eso la entrega de la posesión por vía elíptica puede trabar la resolución por incumplimiento.

La entrega de la posesión tiene importancia muy clara en otro plano que el derecho vivo nos muestra reiteradamente: el de la prescripción de la acción de escrituración.

La acción de escrituración, como toda acción personal que no tenga un plazo específico, prescribe a los diez años (artículo 4023 del Cód. Civil).

Supongan el caso de un vendedor que está esperando que pasen los diez años para que, luego de transcurridos, el comprador no le pueda reclamar la escrituración. Razona: yo voy a esperar diez años; si el comprador no me reclama la escrituración, pasado ese lapso, cuando él quiera escriturar, le

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

opondré la prescripción.

Uno de los elementos que obstan a la posibilidad de alegar la prescripción de la acción de escrituración, es la entrega de la posesión al adquirente.

Pero aquí hay que hacer una precisión que no se hace en doctrina ni en jurisprudencia. Téngase en cuenta que lo que obsta al curso de la prescripción no es sólo la entrega de la posesión, sino, también el mantenimiento de la posesión en cabeza del adquirente. Porque podría ser que hubieran transcurrido cinco años desde que se firmó el boleto de compra y venta. Si a los cinco años se entrega la posesión, no hay duda que esa entrega de la posesión obrará como interruptiva del curso de prescripción. ¿Por qué? Porque una norma del Cód. Civil, el artículo 3989, dice que el reconocimiento expreso o tácito que se haga del derecho de la persona contra la cual se prescribía interrumpe el curso de la prescripción. El "vendedor", al entregar la posesión al "comprador", está reconociendo que algún derecho tenía; por ello la prescripción de la acción de escrituración quedaría interrumpida.

La interrupción de la prescripción tiene un efecto enérgico: todo el plazo transcurrido, en el ejemplo cinco años, queda borrado. Comenzamos de nuevo, empiezan a correr los diez años. Podría pensarse que si al entregarse la posesión, se perdieron los cinco años, habría que volver a contar los diez. No es así, porque el mantenimiento de la posesión en cabeza del comprador es obstáculo permanente al curso de la prescripción de la acción de escriturar. Es como si el vendedor permanentemente reconociera que el comprador tenía algún derecho al mantener la posesión. Y al reconocerlo, quedaría impedido el curso de la prescripción.

Más: no sólo traba la prescripción, la entrega de la posesión - sabemos que la entrega de la posesión es causal de interrupción -, sino también la mera toma de la posesión por un adquirente si no es controvertida. Esto es patológico, pero a ustedes no se les escapa que a veces ocurre que un adquirente por sí y ante sí toma la posesión de una cosa, sobre todo de inmuebles no edificados; un comprador que toma la posesión aunque no le haya sido entregada. Esa toma de posesión, obra como causal de interrupción de la prescripción, porque si él sabía o debía saber que había un comprador poseyendo y no dice nada, tácitamente al menos reconoce el derecho del comprador. Incluso por aquello de la publicidad de los estados de hecho, de la publicidad de la posesión, porque la posesión normalmente es conocida o al menos debe ser conocida.

Hay muchos otros aspectos en los que la entrega de la posesión tiene efectos significativos.

Quiero ocuparme ahora de los efectos que tiene la entrega de la posesión con relación a los reclamos que puedan hacerse las partes en lo que atañe al estado de la cosa.

En este tema quiero ser incluso más prudente de lo que pretendo serlo en el desarrollo de otros temas, porque existe una jurisprudencia plenaria de la Cámara Civil de la Capital, que data del 10 de diciembre de 1982, en los autos "Cipolletti c/Barracas", que con el único disenso de la Sala C que integro - plenario que, como tal, es de aplicación obligatoria aun para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

quienes no compartimos su criterio -, resolvió que la entrega de la posesión al adquirente, si éste nada cuestiona en ese momento, obra como una suerte de renuncia a reclamar luego por los defectos aparentes que tenga la cosa entregada.

Vale decir, que si un vendedor entrega la posesión al comprador y éste la recibe sin ninguna reserva concreta acerca del estado de la cosa, se interpreta que el adquirente ha consentido tal estado y luego no podrá agravarse por las diferencias de estado o calidad de la cosa.

El vendedor entrega un departamento y el comprador lo recibe. Resulta que el departamento, en vez de tener ascensores de una determinada marca, los tiene de otra o en lugar de tener pisos de cerámica, los tiene de otra cobertura. Si el comprador recibe la posesión sin hacer reparos, se interpretará que no puede reclamar luego, porque ése era un defecto aparente que consiguientemente él aceptó.

Me referiré brevemente al fallo plenario con la prudencia que impone la ética y la estética, sobre todo porque no hemos aceptado esa tesis adoptada por abrumadora mayoría. Soy de los que piensan que no hay que enorgullecerse de ser minoría, porque la minoría puede o no tener razón, o teniéndola no pudo o supo convencer a los demás que no la tenían.

Pero ello no obsta para que siga convencido por las razones a exponer con objetividad, que esa es la verdadera doctrina, la doctrina clásica del derecho civil.

¿Cuáles son los principales argumentos ponderados por la mayoría de la Cámara Civil? Los paso a enunciar.

Si se entrega la posesión al adquirente y éste no dice nada, hay una renuncia tácita a reclamar después. Hasta se invoca la aplicación analógica de determinados textos del Cód. Civil: el artículo 1647 bis, en materia de locación de obra, que dice que cuando se realiza una obra y el que la recibe no cuestiona los defectos aparentes, se entiende que acepta la cosa en el estado en que se encuentra. También se invoca otra norma en materia de contrato de locación de cosas, la del artículo 1525. Se alude asimismo a los efectos permanentes que tiene el pago. La entrega de la posesión y la aceptación por el adquirente es un pago que realiza el vendedor, y entonces el pago es irreversible hasta por razones de estabilidad jurídica. Si se aceptó el pago, basta. Se invocan igualmente fundamentos de tipo constitucional.

Se desliza otro argumento que es altamente polémico. Se dice que el desplazamiento de la mera posesión al adquirente también involucra desplazar los riesgos de la cosa a ese adquirente. De este argumento vamos a hacer mérito a posteriori. Pero aquí está el nudo de la cuestión. Si se parte de esta base, que no me parece compartible, que no la comparte la doctrina nacional, la derivación es natural.

¿Qué decía esa minoría? Por de pronto, que el desplazamiento de los riesgos de la cosa al comprador no se realiza por la mera entrega de la posesión. Hay un hito fundamental en nuestro Cód. Civil para que los riesgos de la cosa pasen del vendedor al adquirente.

Hablando de riesgos, estoy pensando, verbigracia, en un incendio que no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

haya sido previsto, inevitable.

Si la cosa se incendia antes de su entrega, habría que aplicar el artículo 578 del Cód. Civil, en virtud del cual la obligación quedaría disuelta; el vendedor no tendría que entregar otra cosa similar, ni podría reclamarle al comprador el pago del precio. Los dos quedan desligados, quedan resueltas las prestaciones de los dos.

Pero en el fondo, ¿quién pierde? El vendedor, porque el comprador no va a desembolsar el precio. La cosa se perdió, no se entregó, pero el comprador tampoco la pagará. Sin duda, perdió el vendedor.

En cambio, para la mayoría del plenario, después que se entregó la cosa, esos riesgos correrían por cuenta del comprador por boleto.

Esto no es así en la óptica de la doctrina tradicional. Y cuando hablo de doctrina, estoy pensando en Lafaille, en Busso, en autores más modernos como Borda, Llambías, López de Zavallá, Piantoni, casi todos los que han tratado el tema, aunque más no sea incidentalmente y han tenido oportunidad de definirse.

El traslado de los riesgos de la cosa del vendedor al comprador recién se produce cuando hay transmisión de la propiedad. Y no hay transmisión de la propiedad con la mera entrega de la posesión. La transmisión de la propiedad se produce cuando se conjugan todos los requisitos propios para transmitirla. Aquí falta el requisito de la escritura pública. En esto todos estamos de acuerdo: no hay transmisión de derechos reales sin escritura pública.

No es la nuestra una posición formalista, insisto que todos estamos contestes en que no hay transmisión del derecho real sin escritura pública. Como tampoco hay traslación de riesgos antes de la transmisión del derecho real; el resultado es muy simple: si la entrega de la posesión no involucra transmisión del derecho real, tampoco involucrará desplazamiento de los riesgos.

Con el punto de partida, que no aceptamos, de que el desplazamiento de los riesgos surge con la mera entrega de la posesión sin que haya transmisión del derecho real, se concluye, lógicamente, en el sentido que nosotros no compartimos.

Hay algo que nos parece claro: los vicios aparentes pueden reclamarse hasta que haya transmisión del derecho real, y no hay tal transmisión sin escritura pública.

Esto no lo descubrimos nosotros; es la aplicación de normas precisas del Cód. Civil, como las de los artículos 2164, 2165 y 2168.

¿Qué dicen esos artículos? Que por los vicios ocultos puede reclamarse. Hay un plazo breve, que consta en el artículo 4041 del Cód. Civil, para reclamar por los vicios ocultos, por los vicios redhibitorios. Pero ese plazo breve de tres meses empieza a correr desde que media transmisión del derecho real y la transmisión del derecho real necesita de la escritura pública.

Antes de la transmisión del derecho real y hasta la escritura pública, son reclamables los vicios aparentes, aunque haya mediado la entrega de la posesión al adquirente. Ello es así porque el vendedor no agotó el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cumplimiento de su obligación.

Se dice que si el vendedor tenía que entregar la posesión y la entregó, pagó. Y si pagó, pagó; le aceptaron el pago. Sin embargo, no pagó, él no sólo tenía que entregar la posesión, él tenía que hacer mucho más que entregar la posesión, tenía que hacer tradición traslativa de la propiedad. Es decir, no se paga hasta que no se transmite la propiedad, y no se transmite la propiedad hasta que no se otorgue la escritura pública.

Esto es claro en la escolástica civil: los vicios aparentes son reclamables hasta que exista transmisión del derecho real.

¿Y por qué vía son reclamables? Por las vías para exigir el cumplimiento del contrato. Se entregó la unidad, pero con defectos de terminación; debía utilizarse cerámica italiana y la empleada es de segunda calidad. Aunque el adquirente nada dijera al recibir la unidad, podría exigir el cumplimiento del contrato y de lo contrario acudir a las acciones de resolución, de disminución del precio, en fin, a las distintas acciones que caben ante el incumplimiento.

Y no queremos manejar argumentos de tipo sentimental. Si quisiéramos acudir a la metodología sentimental, hasta se podría decir que el comprador probablemente accedió a la unidad luego de un sinnúmero de dificultades de tipo económico, agudizados en estos tiempos argentinos, que no podía creer que la unidad estuviera terminada y que se la iban a entregar. Y luego, al recorrer la unidad con mayor detenimiento, pudo apreciar que el ascensor no era el de la marca prometida, que el piso no era de tal madera, etcétera. Hay que ubicarse en el contexto. No llega a configurarse un vicio de la voluntad en el adquirente; no llega a ser la suya una voluntad viciada, pero la vida real nos lleva a jugar con fenómenos reales. Para tomar posesión habría que concurrir con un especialista en calderas, un especialista en mármoles, un especialista en ascensores, un especialista en pinturas, etcétera, para tener una asistencia técnica perfecta, porque si nada se dijera en ese momento, se asentaría acerca del estado de la cosa en las condiciones en que se encontraba.

Por todo este cortejo de argumentos jurídicos y muchos otros y aun por dicha pincelada sentimental, la minoría no compartió la teoría mayoritaria, bien sentada, bien elaborada, pero que no despertó nuestra adhesión en el plenario aludido, de gran importancia, pero que ha pasado casi inadvertido. En el desarrollo de este tema fui adelantando criterios acerca del momento en que se operaba la transmisión de los riesgos.

Yo no comparto el criterio de que si la cosa se incendió en sede del poseedor adquirente por boleto, que todavía no era dueño, por carecer de la escritura, el "vendedor" sostenga que nada tiene que ver y que los riesgos corren por cuenta del "comprador".

Va de suyo que supongo que en ese incendio el poseedor no tiene culpa; si la tuviera no habría dudas que no podría trasladar al vendedor una responsabilidad propia. Yo hablo del caso puro en que el adquirente no tenga responsabilidad. Esto lo dice el doctor Busso con todas las letras: a los principios jurídicos no les interesa que por una alternativa del contrato la posesión haya llegado al adquirente antes de la transmisión del derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

real. Ello no cambia el sistema de los riesgos. Los riesgos siguen manejados por esa palanca mágica de cuño romano: las cosas crecen y perecen para sus dueños; los beneficios y los perjuicios que reciba la cosa corren por cuenta de su dueño.

¿Y el dueño, quién es? El vendedor, hasta que haga la tradición traslativa de la propiedad. Y no la podrá hacer sin la escritura pública.

Enfatizo otra vez en este tema: una cosa es la entrega de la posesión y otra, la tradición traslativa de la propiedad. Se entrega la posesión, pero para transmitir el derecho real, y esto supone la escritura pública. Y es así no porque lo diga yo, sino porque lo dice Vélez Sársfield, el codificador civil. ¿Y dónde lo dice? En el artículo 2602 del Código: la tradición no es traslativa de la propiedad, si no está fundada en un título suficiente para transmitir el derecho real, y el título no es suficiente - en esto no hay ninguna duda - sin escritura pública.

Si se entrega la posesión, ¿qué pasa con los frutos? Los que dicen que la entrega de la posesión desplaza los riesgos, o sea que la cosa perece, pero también crece, también beneficia al adquirente ahora poseedor, no tienen dudas que los frutos son del comprador.

Tampoco yo tengo duda de ello, aunque desde una visión distinta.

No entraré a analizar si el comprador por boleto es de buena fe o no es de buena fe. Estamos trabajando con la hipótesis de que el que entrega la cosa es el vendedor dueño. No tiene sentido hablar de un comprador de buena fe frente a un vendedor dueño. La buena fe tendría sentido si el vendedor no fuera el dueño; allí sí interesaría determinar si el comprador sabía o no que el vendedor no era el dueño. Si el "vendedor" es el dueño, ¿qué sentido tiene que crea el "comprador" que es dueño o que crea que no lo es? Es irrelevante que subjetivamente el adquirente sea de buena o mala fe.

De todas maneras, el poseedor de buena fe por artículos claros del Cód. Civil como el 2423, hace suyos los frutos percibidos. De un terreno, frutos naturales, o industriales; de una unidad edificada, frutos civiles, como los alquileres. Si incluso el poseedor de buena fe los haría suyos, con mayor razón quien adquiere por boleto. No tenemos ningún problema en reconocer los frutos al poseedor por boleto, aunque los riesgos permanezcan con los módulos clásicos, o sea hasta la escritura, en cabeza del dueño, que hasta entonces seguirá siendo el vendedor.

En los pocos minutos que restan quiero dar un pantallazo en torno de otro grupo de temas.

Un tema sobre el que tenemos que emitir juicio es el que atañe al pago de los impuestos, luego de la tradición posesoria. Por supuesto, luego de la tradición traslativa de la propiedad, corresponde al comprador. Pero, si hay mera tradición de la posesión, tampoco debemos dudar: en el Cód. Civil hay normas explícitas que imponen este pago al que posee la cosa, porque son una suerte de gravámenes a los frutos; así como el que está en la cosa recibe los frutos, tiene que afrontar las cargas que involucra la posesión. Hay un correlato, porque tú posees, te quedas con los frutos; pero también afronta las obligaciones como impuestos. Una directiva nítida al respecto es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la del artículo 2427, que nos permite inferir que los impuestos ordinarios tienen que ser pagados por el poseedor.

¿Cuáles son los impuestos ordinarios?, los municipales, los de Obras Sanitarias. No debe pagar los impuestos extraordinarios, que por imperio del artículo 2427 siguen a cargo del dueño, no del poseedor.

La conclusión tiene fuerte apoyo en otro texto en materia de usufructo, el artículo 2894, que pone a cargo del usufructuario el pago de los impuestos ordinarios, porque es una deuda del goce, es un gravamen de los frutos, al decir de Vélez en la letra de ese artículo.

Estamos razonando frente a un supuesto hipotético de que no se haya pactado concretamente que el poseedor con boleto deberá afrontar el pago de los impuestos. Si hubiera pacto no entraríamos en la polémica, pero aun de no haberlo llegaríamos al mismo resultado.

Para las expensas no hay disposiciones concretas ni en el Código ni en la ley de propiedad horizontal, pero los principios generales llevan a igual conclusión: las expensas debe pagarlas el poseedor. Una interpretación jurisprudencial muy difundida asevera que esta es una obligación propter rem. Hemos sostenido en otra ocasión que algunas derivaciones no se corresponden con las de una obligación propter rem pura. Pero de todas maneras en lo que nos interesa ahora la obligación de pagar las expensas es propter rem, ya que la relación con la cosa genera esa obligación; propter rem quiere decir "en razón de la cosa", por virtualidad del contacto con la cosa.

Es razonable, entonces, y hasta responde a fines de equidad, que las expensas las afronte el poseedor y no el dueño. Con mayor razón todavía si debe pagar los impuestos ordinarios, y las expensas, aunque nada se diga en el boleto, deberá responder por los gastos de luz, de gas, y en general, por todos los servicios específicos de la unidad.

Y me pregunto ahora: ¿el boleto de compra y venta es un justo título para usucapir? Ustedes saben qué significa esto. En nuestro Código hay una prescripción larga; se posee durante veinte años y el poseedor aun de mala fe se hace dueño. Yo les digo a mis alumnos que el poseedor se hace dueño después de veinte años porque insistentemente expresa durante esos veinte años "soy el dueño", "soy el dueño", y llega el momento en que el codificador dice: bueno, ante tu pertinacia, admito que tú eres el dueño. Se convierte en dueño por usucapir, por prescripción adquisitiva.

Si el poseedor es de buena fe y cuenta con un justo título, basta que posea diez años para usucapir: es la prescripción adquisitiva breve.

¿No podría ocurrir que un poseedor de buena fe adquirente por boleto luego de diez años dejara de pagarle al vendedor y pretendiera usucapir por la vía breve invocando que el justo título para usucapir es el boleto de compra y venta?

No me quiero detener en algunos argumentos sutiles que serían demostrativos de que ese resultado es inadmisibles porque no se da el supuesto de hecho. ¿Cómo ser poseedor de buena fe frente al dueño? La usucapir corta salva falencias de un título que no otorgó el dueño sino un tercero. Pero cuando el título - ese boleto de compra y venta - lo otorga el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dueño, la temática propia del justo título no se compatibiliza con este supuesto de hecho.

A pesar de que este tema merecería una explicación particular, hay una respuesta rotunda para negar la posibilidad de que el boleto sea justo título para usucapir. Más allá de que en disonancia con la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia el doctor Borda interprete que el boleto de compra y venta es un justo título para usucapir.

La respuesta concluyente en sentido negativo surge de que el justo título, en virtud del artículo 4010 del Cód. Civil, necesita las formalidades establecidas en la ley para transmitir el derecho real, esto es, la escritura pública. Más aún: a tenor del artículo 4012 y su nota, específicamente de la parte final de ésta, con palabras del propio Vélez, el instrumento privado, el boleto no es un justo título para usucapir.

Por ello de ninguna manera nos resulta compartible la tesis minoritaria, puesto que el boleto de compra y venta no sirve para acortar el lapso de la prescripción.

Quedaría por preguntarnos si el adquirente por boleto poseedor tiene, para defender su emplazamiento de hecho, acciones posesorias contra el dueño vendedor.

Respondemos rotundamente que sí, porque invocamos ante todo normas del Cód. Civil, como la del artículo 2490, que concede defensas aun contra el dueño.

El dueño es el vendedor, pero si desposee o perturba al comprador, éste tiene acciones posesorias aun frente a él. La acción posesoria se da aun contra los dueños. Los dueños que tienen derechos - supuesto de que efectivamente en el caso los tengan - deben ejercerlos por las vías que prevé el orden jurídico.

En el mundo de las acciones posesorias, no interesa ser dueño o no, lo que interesa es que no se acuda a vías de hecho. Hay que pacificar las relaciones comunitarias.

Cuando tengo que explicar desde la cátedra cuál es el fundamento de que se proteja a un poseedor frente a un dueño, señalo que hay muchas teorías que ya sistematizó desde antaño uno de los máximos exponentes de las especulaciones posesorias: Ihering.

La cuestión es mucho más simple: ¿no será que en el trasfondo de esto está el fundamento mismo del estado de derecho? ¿Por qué el Estado reprime las vías de hecho? Porque absorbe la totalidad de la fuerza en su ámbito. Esto explica con toda naturalidad por qué un estado de derecho no puede admitir ni a quienes conspiran para destruirlo ni a los que diciendo defenderlo lo hacen sin someterse a las formas jurídicas.

Todo eso es contrario al estado de derecho, y el fundamento mismo del estado de derecho explica por qué existen acciones posesorias contra los dueños. Y esta alusión al estado de derecho implica una definición de un expositor que anhela alcanzarlo, porque cree en sus excelencias, y como lo tiene tan cerca espera que la Argentina lo viva en plenitud porque acaso pocas veces lo haya vivido.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal