



/ Buenos Aires
31 de julio
1 y 2 de agosto de 2013

TEMA: CONTRATOS PRELIMINARES A LA COMPRAVENTA.

Coordinadora: Ana Stern

Subcoordinador: Leonardo Schestenger.

TITULO DEL TRABAJO:

**BOLETO DE COMPRAVENTA: ¿ES EL CONTRATO DE COMPRAVENTA?.
NATURALEZA JURIDICA. ENTREGA DE LA POSESION. LA CORRECTA
ULITLIZACION DE LA RESERVA.**

Autora: Escribana Silvina B. PEREIRA ALVITE

Mail: escpereiraalvite@gmail.com

Teléfono: 4372-0945/4744

ABSTRACT.

TRABAJO:

**BOLETO DE COMPRAVENTA: ¿ES EL CONTRATO DE COMPRAVENTA?.
NATURALEZA JURIDICA. ENTREGA DE LA POSESION. LA CORRECTA
UTILIZACION DE LA RESERVA.**

AUTORA: Escribana Silvina PEREIRA ALVITE

TEMA: Contratos Preliminares a la compraventa.

NATURALEZA JURIDICA DEL BOLETO DE COMPRAVENTA.

Distintas posturas.

Teoría del contrato preliminar o promesa bilateral o antecontrato.

Según esta teoría el boleto de compraventa de inmueble no es contrato concluido, si no un contrato celebrado. Entendiendo por contrato concluido, aquél cuyas prestaciones han sido cumplidas. Agregan que, si bien el contrato de compraventa es “consensual” (vinculante sin necesidad de otro comportamiento), también es “formal”, con un tipo de forma debido (art. 1140, Cód. Civil).

Boleto de compraventa = compraventa imperfecta.

Algunos autores, entre ellos, la dra. Fazio de Bello, sostienen que el boleto de compraventa es una compraventa imperfecta, que obliga no sólo a otorgar la escritura pública sino también al cumplimiento del haz de obligaciones y derechos que contiene, ya que las partes se encuentran vinculadas jurídicamente. Es imperfecto por falta de forma, pero contiene todos los elementos esenciales del contrato de compraventa, especialmente el consentimiento para comprar y vender.

Teoría del contrato definitivo y perfecto de compraventa.

En esta teoría se sostiene que el boleto de compraventa es un verdadero contrato de compraventa, dado que en él están contenidas las dos obligaciones recíprocas

tipificantes del contrato: “*la del actual propietario que se obliga a transferir esa propiedad que tiene sobre un inmueble determinado, y el futuro propietario que se obliga a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero*”.

Postura de Claudio M. Kiper.

Este autor entiende que el boleto de compraventa es un contrato perfecto desde el punto de vista del consentimiento definitivo, que origina la obligación de darle la forma que exige la ley. De lo que se trata es de satisfacer requisitos de forma que, en su momento, no pudieron ser satisfechos. Agrega que no es aceptable la categorización de contrato “preparatorio”, ya que éste no obliga a celebrar un segundo contrato.

POSESIÓN RECIBIDA A LA FIRMA DEL BOLETO DE COMPRAVENTA. ¿CASO DE DOMINIO IMPERFECTO? ¿ES LEGÍTIMA?.

No es un nuevo caso de dominio imperfecto el supuesto del art. 2355 *in fine* del Cód. Civil, acerca de la adquisición de buena fe de la posesión de inmuebles, mediando boleto de compraventa.

Desde luego que no tiene asidero sostener que la adquisición de la posesión mediando boleto le da a ella jerarquía de buena fe, desde que la buena fe no es calidad atribuida por la ley al poseedor en virtud de un boleto, sino requisito impuesto para que mediando ese boleto la adquisición sea considerada legítima.

RESERVA.

La reserva es un documento que refleja la voluntad del comprador de concluir una compra, por medio del cual se compromete a suscribir el boleto de compraventa, o eventualmente la escritura de compra, proponiendo las modalidades básicas de la operación, como ser el inmueble a adquirir, el precio dispuesto a abonar, la forma de pago, designación de escribano, etc.

La reserva sólo permite reclamar la suscripción del boleto de compraventa definitivo. Es decir, que tiene el efecto de generar la obligación de que se suscriba el boleto de compraventa, pero no la escritura traslativa de dominio. Ya que la reserva no

es un medio idóneo para considerar concluido el contrato de compraventa y por lo tanto, para hacer efectiva la obligación de escriturar.

INTRODUCCIÓN.

En la contratación inmobiliaria, es práctica generalizada la suscripción de distintos contratos, “precontratos” o meros acuerdos, antes de la firma de la escritura pública, la que constituye el cierre y concreción final de la tratativa.

“Es una práctica generalizada en la compraventa de inmuebles que ésta se concrete en diversos pasos, lo cual es comprensible si se tiene en cuenta lo dificultoso que resultaría para las partes celebrar la operación en un solo momento”¹

En la actual situación económica, y un mercado inmobiliario prácticamente paralizado, dichos contratos o acuerdos, anteriores a la escritura traslativa de dominio, cobran aún mayor relevancia. Los contratantes, es decir, el vendedor que pretende vender el inmueble y el comprador que, posee el dinero para pagar el precio acordado, indagan sobre la necesidad de asegurar la compraventa, pero se cuestionan entre la firma del conocido, y habitualmente utilizado, boleto de compraventa, o algún otro contrato o acuerdo que responda y se adecúe a los vaivenes de la actual economía.-

Ante esta incertidumbre de las partes contratantes, en cuanto al medio contractual o acuerdo, a firmar para, no sólo dar inicio a todos los trámites que una compraventa inmobiliaria supone, sino sobre todo para asegurar el precio y condiciones pactadas, y mucho más importante, la moneda de pago, es que recurren a nuestras escribanías en busca de respuestas.

Nosotros como autores de contratos, hoy más que nunca, debemos aguzar al máximo nuestras habilidades de redacción, centrarnos en nuestra imparcialidad en cuanto a los intereses de las partes, actualizarnos constantemente, ante toda la batería de resoluciones que, en materia económica sobre todo, se dictan casi diariamente y brindar a nuestros clientes el instrumento que refleje todo ello y garantice sus intereses.

¹ Kiper Claudio M., *Juicio de escrituración. Conflictos derivados del boleto de compraventa*, 3ª edición Ed. Hammurabi – año 2009.

Algún tiempo atrás, digamos hace muy poco tiempo atrás, el boleto de compraventa era el contrato indiscutido por las partes, para asegurar la compraventa pactada.

Sin embargo, los vaivenes económicos, que día a día se hacen más intensos, llevaron a que los contratantes vean con cierto recelo el tradicional boleto de compraventa, y lo reemplacen, en cuanto a su fin, con algún otro instrumento que, al igual que aquél, refleje fielmente sus voluntades.

Entiendo que las restricciones impuestas en cuanto a la adquisición de divisa extranjera, específicamente dólares, la irrupción de los *CEDINES*², consagrados como moneda de pago y medio cancelatorio del precio, y toda su normativa, han afianzado más aún, el distanciamiento entre los contratantes y el boleto de compraventa.

Como conocedores y estudiosos de la contratación inmobiliaria, sabemos que en el boleto de compraventa, las partes expresan su consentimiento en cuanto a los elementos típicos de dicho contrato: cosa y precio. Será necesario, aún cuando ya se haya escrito mucho sobre el tema, recordar las distintas posturas en cuanto a su naturaleza jurídica, porque en virtud de la postura que cada autor sostenga en cuanto a la misma, la doctrina le ha buscado una solución a cada uno de los posibles problemas que pudieran surgir para los contratantes, una vez firmado el boleto.-

Además de las obligaciones que el boleto, genera para las partes, la existencia del mismo tornaba inocua la discusión que, antes con menor frecuencia, se genera con el vendedor en cuanto a la obligación de dejar su título de propiedad en la escribanía. En la práctica del escribano, sabido es que el inicio de los trámites notariales tendientes a la concreción y autorización de la escritura traslativa de dominio, está marcado por la entrega del título de propiedad, por la parte vendedora al escribano. La reserva del dominio, sin la tenencia del título de propiedad por parte del escribano designado para autorizar la escritura, podría generar responsabilidad profesional para el mismo en determinados supuestos.

Y ni mencionar la casi imposibilidad que tenemos de cobrar gastos y honorarios, por los trabajos realizados, en el supuesto que la escritura no llegue a formalizarse y el escribano no haya tenido en su poder el título de propiedad.

Entonces, cuando las partes deciden, por el motivo que fuere, no ir directamente a la firma de la escritura para concluir la compraventa, encontramos en el boleto de

² Ley 26.680 y su reglamentación

compraventa el contrato que mayor claridad brinda, tanto a las partes contratantes como a los profesionales intervinientes, en cuanto a los derechos, obligaciones y responsabilidades que a cada cual le caben.

Sin embargo, y vuelvo a repetirlo, nuestra actual economía, y las pretensiones de nuestros clientes que van acorde a la misma, nos obliga a redactar algunas cláusulas tradicionales con ciertos recaudos, y a buscar otros medios de contratación que den a las partes la misma seguridad jurídica que la firma de un boleto de compraventa; y sobre todo, la certeza que el instrumento que redactemos representará el inicio de ejecución del contrato de compraventa con las consecuencias que ello acarrea.

Como consecuencia de lo expresado, se han desvirtuado contratos como la “Reserva Inmobiliaria”, que sólo se suscribe entre el corredor inmobiliario y el candidato comprador, viendo en la práctica contratos denominados por las partes como *Reservas* y que están firmadas por el vendedor y el comprador.

También boletos que aparecen con el nombre de “*provisorios*” pero que son verdaderos contratos de compraventa, ya que reúnen todos los requisitos de precio y cosa determinada.

Tener presente las distintas teorías en cuanto a la naturaleza jurídica del boleto de compraventa, los alcances respecto a la entrega o no de la posesión al boleto, y la claridad ante los términos: “precontrato”, “reserva”, “boleto provisorio”, etc., será importante a la hora de redactar ese acuerdo de voluntades que las partes nos están requiriendo.

I. NATURALEZA JURIDICA DEL BOLETO DE COMPRAVENTA.

Distintas posturas.

Conforme a nuestro ordenamiento positivo, en virtud del contrato de compraventa no se traspasa el dominio ni se obliga el vendedor a transmitir la posesión, sino que surge para él una obligación, transferir la propiedad, y otra obligación para el comprador, pagar el precio. El comprador no adquiere el dominio, lo que el adquiere es el derecho a que se le transmita.

La compraventa no transfiere por sí sola el dominio. El art. 577 del código civil dispone: “Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real”.³

Generalmente las partes, acuerdan las compraventas inmobiliarias mediante la firma de boletos de compraventa.

Estos contratos, son considerados por algunos autores como antecontratos o precontratos; promesas de venta, títulos provisorios, entre otros.

*“La dogmática y la jurisprudencia nacionales concibieron inicialmente al boleto de compraventa de inmueble como precontrato que no obliga a la tradición del inmueble ni al pago del precio (consecuencia típica de la compraventa, art. 1323, Cód. Civil) y sólo confiere el derecho a pretender el otorgamiento de la escritura (y coetáneamente el consentimiento del contrato definitivo) (arts. 1184, inc. 1° y 1185, Cód. Civil)”.*⁴

A continuación se resumen los principales conceptos en cada una de las concepciones sobre boleto de compraventa.

Como lo he mencionado en la introducción, es importante la postura que adoptemos en cuanto a la naturaleza jurídica del boleto de compraventa, dado que las consecuencias jurídicas serán distintas de acuerdo a cada una de ellas.

a) Teoría del contrato preliminar o promesa bilateral o antecontrato.

Según esta teoría el boleto de compraventa de inmueble no es contrato concluido, si no un contrato celebrado. Entendiendo por contrato concluido, aquél cuyas prestaciones han sido cumplidas. Agregan que, si bien el contrato de compraventa es “consensual” (vinculante sin necesidad de otro comportamiento), también es “formal”, con un tipo de forma debido (art. 1140, Cód. Civil ⁵). La consecuencia del boleto es la compraventa, pero no importa aquí lo que la consecuencia es, sino lo que la

³ Pelosi, Horacio L. “Naturaleza jurídica del boleto de compraventa” Derecho Notarial Registral e Inmobiliario Director: Jorge H. Alterini, Tomo V.

⁴ Zinny, Mario Antonio, “El boleto de compraventa de inmueble como supuesto de conversión”. Derecho Notarial Registral e Inmobiliario Director: Jorge H. Alterini, Tomo V. Editorial La Ley.

⁵ Art. 1140 Cód. Civil: “Los contratos son consensuales o reales. Los contratos consensuales, sin perjuicio de lo que se dispusiere sobre las formas de los contratos, quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento.”

consecuencia jurídica debe ser, teniendo en cuenta el contenido del acto y lo que la ley dispone sobre la manera de darlo a conocer.

Esta posición encuentra respaldo en el texto del art. 1185, el que al decir que no queda “*concluido como tal*”, o sea, como el contrato que se quiso celebrar, por carecer de la forma prescripta, no puede calificarse a la formalidad como *ad probationem*, cuando es evidente que hace a la validez del contrato tenido en mira.

Por su parte, López de Zavalía les asigna a los boletos una naturaleza bifronte: compraventa nula por defecto de forma y, a la vez, preliminar válido bilateral.

La intención de quienes firman un boleto es consentir una compraventa, pero si no exteriorizan el consentimiento en la forma debida, una cosa será lo que pretendan y otra lo que logren; el derecho positivo vigente ni tipifica con método al precontrato, pero aún en el supuesto de ser el precontrato figura atípica no procedería negar la posibilidad de que sea celebrado. El hecho de la carencia de utilidad del precontrato en una legislación que no permite el contrato con efectos reales y admite la celebración coactiva del contrato definitivo (ejecución específica por el juez) es cuestión que conviene tener en cuenta para reformarla, pero que no implica que los pre-contratos dejen de ser tales.

Se enrolan en esta postura autores como Mario Zinny, quien expresa que, sólo adhiriendo a escuelas que confieren al intérprete el derecho de modificar la ley es posible concebir en nuestro derecho al boleto de compraventa de inmueble como contrato de compraventa.

Por su parte, Claudio M. Kiper, expresa ...”*la tesis de que el boleto implica una compraventa definitiva, aún cuando no tenga la virtualidad para transmitir el dominio, no puede ser aceptada ya que no concuerda con las disposiciones del Código Civil. En efecto, la compraventa puede tener por objeto cosas muebles o inmuebles. Cuando se trata de estas últimas, la ley exige una formalidad para el contrato, la escritura pública (arts. 976 y 1184 inc. 1º). Si no se cumple con la formalidad exigida la sanción es la nulidad, y lo que es inválido no puede generar un contrato definitivo y perfecto.*”⁶

La forma exigida (escritura pública) no es una mera formalidad, es una condición de validez del acto, como se desprende de los arts. 973, 976 a 978, 1183 y

⁶ Kiper Claudio M., *Juicio de escrituración. Conflictos derivados del boleto de compraventa*, 3ª edición Ed. Hammurabi – año 2009

concordantes del Cód. Civil. No obstante, después el art. 1185 Cód. Civil, se ocupa de aclarar que no vale como tal, pero vale como productor de otros efectos.

Es decir, que por aplicación de la teoría de la conversión emergente del art. 1185 Cód. Civil, la ley le asigna un valor y no lo fulmina totalmente, al señalar este artículo que ...” *no quedan concluidos como tales (...) pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública*”.

Siguiendo esta postura se concluye que, el boleto de compraventa no puede reputarse el contrato definitivo de compraventa. De lo contrario, sería idéntica una compraventa de una cosa mueble que la de un inmueble, cuando el codificador quiso diferenciarlas exigiendo mayores formalidades para la última, las que no pueden quedar al arbitrio de las partes.

b) Boleto de compraventa = compraventa imperfecta.

Algunos autores, entre ellos, la dra. Fazio de Bello, sostienen que el boleto de compraventa es una compraventa imperfecta, que obliga no sólo a otorgar la escritura pública sino también al cumplimiento del haz de obligaciones y derechos que contiene, ya que las partes se encuentran vinculadas jurídicamente. Es imperfecto por falta de forma, pero contiene todos los elementos esenciales del contrato de compraventa, especialmente el consentimiento para comprar y vender. Los críticos a esta denominación de “*compraventa imperfecta*” sostienen que se trata de una denominación equívoca, que puede generar otros problemas. En verdad, no hay tal compraventa, ya que no se cumplió con la formalidad exigida por la ley; hay un contrato vinculante que obliga a otorgar el definitivo si están dadas las condiciones.

c) Teoría del contrato definitivo y perfecto de compraventa.

En esta teoría se sostiene que el boleto de compraventa es un verdadero contrato de compraventa, dado que en él están contenidas las dos obligaciones recíprocas tipificantes del contrato: *la del actual propietario que se obliga a transferir esa propiedad que tiene sobre un inmueble determinado, y el futuro propietario que se obliga a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero*⁷.-

⁷ Etchegaray, Natalio Pedro, *Boleto de compraventa*.

Se enrolan en esta postura, autores como Borda, quien considera que la escritura no es un requisito formal del contrato de compraventa sino solamente uno de los requisitos de transmisión de la propiedad. Señala que, cumplida la escrituración, sea por el dueño, sea por el juez, el dominio queda transferido, de tal modo que no es necesaria una nueva demanda de cumplimiento de contrato, como lo sería si la escritura fuera sólo un requisito formal. Añade que la concepción del boleto como simple promesa implica escindir el proceso del consentimiento en dos etapas; en la primera se consentiría sólo en escriturar, y en la segunda, en vender. Pero esto es artificioso y se aleja de la voluntad de las partes, las que no tienen en mira la escritura sino la cosa y el precio.⁸

Recordamos en este punto, la opinión de Morello, para quien en el boleto se agota el íter de la declaración de voluntad y el otorgamiento de la escritura no hace sino ejecutar el contrato de compraventa.

Por su parte, Natalio P. Etchegaray, se inclina por esta doctrina al afirmar que ve en el boleto de compraventa y aún en el acuerdo verbal, si puede probarse, un verdadero contrato de compra y venta. Agrega que estamos en el campo obligacional, comprador, vendedor, o viceversa, el contrato perfectamente determinado con todos sus elementos esenciales específicos: sujetos capaces, cosa, precio, consentimiento.

d) Tesis de la venta forzosa.

Sostenida por Gatti y Alterini ... quienes afirman que el boleto de compraventa da lugar a una venta forzosa. Uno de los fundamentos de esta postura es la interpretación del art. 150 de la Ley de Concursos (actual art. 146 de la Ley 24.522) referido a “promesas de contrato” y como un caso especial de ellas, contempla al boleto de compraventa de inmuebles.

Expresan los mencionados autores que, la naturaleza del Boleto de Compraventa, no es conmovida en lo más mínimo por la supresión efectuada por la Reforma de la expresión “Bajo pena de nulidad”, que contenía el art. 1184 del Cód. Civil. Ello es así, porque han mantenido su vigencia artículos que afirman dicha nulidad, por ejemplo el art. 1183 del Código Civil, al decir: “*Cuando la forma instrumental fuere exclusivamente decretada en una determinada especie de instrumento, el contrato no valdrá si se hiciese en otra forma*”.

⁸ Borda, G., *Tratado de derecho civil. Contratos, t. I, ps. 307 a 309.*

“La directiva legal que pretende unirse a la supresión de la frase “bajo pena de nulidad”, debe compaginarse con las reiteradas normas transcriptas que llevan a esa “nulidad” ante la falta de escritura pública en el “contrato de compraventa de inmuebles”. Si los reformadores se propusieron convertir la forma del contrato de compraventa de inmuebles en mera formalidad “ad probationem”, sin requerir ni escritura pública, ni otro instrumento público, la permanencia de los otros textos computados lleva al fracaso del intento.”⁹

Una de las críticas a esta tesis es que, no es necesario acudir a la idea de una “venta forzosa”, pues no podría obligarse al vendedor si el comprador no hubiera cumplido con las obligaciones a su cargo que fueran condición de la escrituración. Además, resulta exagerada la idea de “venta forzosa” cuando, en rigor, el consentimiento ya fue prestado y de lo que se trata es de cumplir con lo pactado voluntariamente. En base a esto sostienen los críticos a esta postura que lo que caracteriza a la venta forzosa es que la persona se encuentra en la obligación de vender aún contra su voluntad.

e) Postura de Claudio M. Kiper.

Este autor entiende que el boleto de compraventa es un contrato perfecto desde el punto de vista del consentimiento definitivo, que origina la obligación de darle la forma que exige la ley. De lo que se trata es de satisfacer requisitos de forma que, en su momento, no pudieron ser satisfechos. Agrega que no es aceptable la categorización de contrato “preparatorio”, ya que éste no obliga a celebrar un segundo contrato. Es más, si este segundo contrato se concretase, debería respetar las bases sentadas en el primero, pero no sería obligatoria su realización. Los contratos preparatorios tienen por objeto establecer la disciplina de convenios que puedan eventualmente celebrarse en el futuro. En cambio, los contratos *preliminares o precontratos*, son *pacta de contrayendo*, ya que existe la obligación de ir al contrato posterior o definitivo.

Lo importante es dejar en claro que, se llame como se llame al boleto de compraventa, éste no requiere de un nuevo consentimiento, porque ya fue prestado, lo que despeja el problema del incumplimiento. Al no ser necesario un nuevo

⁹ Gatti, Edmundo y Alterini, Jorge Horacio: “*Régimen jurídico del boleto de compraventa*” Derecho Notarial Registral e Inmobiliario Director: Jorge H. Alterini, Tomo V. Editorial La Ley.

consentimiento, nada impide que el juez suscriba la escritura en nombre y a costa del obligado.

El contrato ulterior o definitivo es de cumplimiento de las obligaciones contraídas en el primero, una vez que se encuentren dadas las condiciones. No cabe el arrepentimiento si no se lo pactó expresamente.

Entonces, en el precontrato es importante que la manifestación de voluntad de las partes, sea completa, ya que ello permite llegar a la ejecución del contrato definitivo sin necesidad de un nuevo consentimiento. De no ser así, el juez no podría ya suplir la voluntad negocial de las partes y, cuando así correspondiese, sólo podría reclamarse la indemnización de los daños y perjuicios. En el verdadero precontrato, como ocurre con el boleto de compraventa, ya existe el contrato definitivo, en germen, en sus directivas principales. Las partes se obligan a cooperar, completar, desenvolver las bases sentadas en el negocio preliminar.¹⁰

II. POSESIÓN RECIBIDA A LA FIRMA DEL BOLETO DE COMPRAVENTA. ¿CASO DE DOMINIO IMPERFECTO? ¿ES LEGÍTIMA?.

El cuestionamiento que hace de título a esta parte del trabajo, surge a partir de la reforma introducida por la Ley 17.711 al art. 2355 del Código Civil. Según este artículo, “*se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediante boleto de compraventa*”.

Así, algunos autores consideran que la posesión adquirida por boleto importa un derecho real de dominio imperfecto, porque falta la escritura y el registro, pero oponible no sólo al vendedor y sus sucesores sino también a terceros.

Spota al referirse al alcance del texto agregado por la reforma al art. 2355, no habla de dominio imperfecto, y manifiesta que el adquirente mediante boleto y con buena fe contractual, a quien se le ha hecho la tradición posesoria del inmueble por parte del vendedor, cuenta con un derecho real que no es de dominio, el que perdura en cabeza del vendedor o de sus sucesores. Agrega, “*En verdad, el derecho real del*

¹⁰ Roca Sastre, en Roca Sastre – Puig Brutau, “La causa en el negocio jurídico”, Estudios de derecho civil, t. I, p.335.

comprador de buena fe y que cuenta con esa tradición posesoria, consiste en tal posesión. Toda posesión es, a nuestro juicio, un derecho real.”¹¹

Desde un ángulo opuesto, se afirma que la posesión adquirida mediante boleto de compraventa, no equivale a un dominio imperfecto. En primer lugar, para que se configure un supuesto de dominio imperfecto es menester la existencia previa del derecho de dominio, para así poder gravarlo con derecho real hacia otra persona (dominio desmembrado), o sujetar su duración al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición resolutoria (dominio revocable o fiduciario).

En nuestro Código Civil, la adquisición derivada, tanto del derecho real de dominio como de los demás derechos reales por actos entre vivos, requiere el concurso del título y de la tradición, esta última equivale al modo suficiente.

En concordancia con esto, se ha juzgado que la existencia de una sentencia firme que condene a escriturar no constituye título suficiente para adquirir el dominio ni es atributiva del mismo, pues para que esa transmisión se produzca es preciso que el demandado haga tradición de lo vendido al actor y le otorgue la pertinente escritura.

Entonces, al no haber transmisión del dominio por medio del boleto de compraventa, ni por ende, adquisición de dicho derecho por parte del comprador, mal puede ser éste titular de un dominio imperfecto o menos pleno, cuando no adquirió ningún derecho de dominio sobre la cosa. De más está decir que el dominio, aun cuando haya mediado tradición posesoria, permanece en cabeza del vendedor hasta tanto se otorgue la escritura traslativa de dominio.

De los fundamentos expuestos por los autores que sostienen que, de mediar tradición a la firma del boleto de compraventa hay un caso de dominio imperfecto, se desprenden algunas contradicciones. Una de ella es sostener que, el dominio adquirido en tales circunstancias es imperfecto, por faltarle al adquirente la escritura pública, lo cual echa por tierra la teoría, ya que implica reconocer que el instrumento privado no puede ser asimilable al título suficiente, de lo contrario nada habría que perfeccionar.

Otra contradicción se presenta cuando afirman que, el boleto de compraventa no es justo título que sirve de base a la usucapión corta. Afirmación más que cierta, en virtud de lo establecido por el artículo 4010 del Cód. Civil, pero incomprensible en el discurso de los que entienden que el boleto de compraventa, mediando tradición, es un

¹¹ Spota, *El art. 2355 del Código Civil, reformado por la ley 17.711, posesión legítima del comprador de buena fe con boleto de compraventa inmobiliaria*, ED, 98-821.

instrumento apto para adquirir el dominio aunque no esté revestido de las formas legales.

Entonces, basta observar la contradicción seria en que se incurre cuando, luego de señalarse que el boleto es “justo título”, se le niega aptitud para jugar en materia de usucapión corta por no estar revestido de las formalidades requeridas, siendo que la falta de las solemnidades exigidas por la ley determina la inexistencia del justo título (arts. 4009, 4010 y 4012, Cód. Civil).

Entonces, coincido con la conclusión arribada en las “IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, celebradas en Mar del Plata en noviembre de 1983: “No es un nuevo caso de dominio imperfecto el supuesto del art. 2355 *in fine* del Cód. Civil, acerca de la adquisición de buena fe de la posesión de inmuebles, mediando boleto de compraventa”.

Tampoco se trataría de un nuevo derecho real, el *derecho real de posesión*, como lo han llamado algunos autores. Quienes alegan que el párrafo agregado por la reforma al art. 2355 hizo nacer un nuevo derecho real, parten del siguiente razonamiento: en primer lugar, determinan que la posesión así obtenida resulta legítima, para luego establecer que, conforme al texto originario del art. 2355, es necesario para ello que la posesión sea el ejercicio de un derecho real constituido conforme a las disposiciones del Código. Como el derecho real cuyo ejercicio se pretende no puede ser el dominio, por falta de título suficiente, se trata del derecho real de posesión, cuyo título suficiente de adquisición lo configura el boleto privado de compraventa.

Sin embargo, esta premisa es incompatible con el resto del Código Civil, si la posesión adquirida de buena fe mediando boleto de compraventa fuera un derecho real, deberíamos ubicarlo entre los derechos reales sobre cosa ajena, dado que el dominio permanece en cabeza del vendedor.

El primer obstáculo con el que nos encontramos es lo dispuesto por el art. 1184, inc. 1° del Código Civil. Según este artículo deben ser hechos en escritura pública aquellos contratos que tengan por objeto la constitución de derechos reales sobre inmuebles de otro.

Además, tal nuevo “*derecho real de posesión*” resulta incongruente al considerar que, mientras por un lado el legislador del año 1968 introdujera en el campo de los derechos reales la publicidad registral, por el otro incorporara un nuevo derecho real con la característica de ser oponible a terceros sin necesidad de su inscripción en el

Registro, ya que ésta no admite la inscripción de documentos privados a menos que una ley especial así lo disponga (arts. 2° y 3°, Ley 17.801).

Entonces, tampoco puede ser considerada legítima la posesión adquirida mediando boleto de compraventa, puesto que no es “...*el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad a las disposiciones de este Código*” (art. 2355, párr. 1°, supuesto 1°) y que, cuando se califica de ilegítima a la posesión que se tenga sin título (art. 2355, párr. 1°, supuesto 2°), se está refiriendo al título suficiente para adquirir un derecho real, el que debe estar instrumentado en escritura pública (art. 1184, inc. 1°).

En virtud de ello, Gatti y Jorge Alterini sostienen, que la Ley 17.711 considera legítima a la adquisición de la posesión en las condiciones requeridas por la norma, y no a la posesión en sí misma.¹²

Ahora bien, al analizar qué tipo de posesión tiene este adquirente por boleto, si recordamos el ya citado artículo 2355 del Cód. Civil, ... “*La posesión será legítima cuando sea el ejercicio de un derecho real constituido en conformidad a las disposiciones de este Código...*” Y es ilegítima cuando ...” *se tenga sin título, o por un título nulo, o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales...*” Con la reforma producida por la Ley 17.711 se agregó un párrafo al art. 2355 del Código Civil, que dice: “*Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa*”.

Después de todo lo escrito hasta aquí, demás está decir que dicho agregado, inspirado en la finalidad de otorgar protección jurídica a los poseedores en virtud de un boleto de compraventa, sólo ha creado confusión en el sistema del Código Civil, y generado una polémica en la doctrina. Más allá de esta confusión, a la única conclusión que podemos arribar es la de considerar ilegítima a la posesión adquirida en esas condiciones.

Así, para Mariani de Vidal la única consecuencia práctica que se deriva del agregado es que se considere poseedor de buena fe al que lo sea en virtud de un boleto de compraventa, a pesar de lo dispuesto por el art. 4009 del Código Civil.

Sin embargo, Kiper opina que este caso no se trata un supuesto de buena fe, teniendo presente la categórica afirmación del codificador, vertida en la nota al art. 4009 del Cód. Civil, en el sentido de que “nadie debe ignorar la ley sobre las formas esenciales de los actos jurídicos”. Agrega que, la posesión si es legítima, no admite

¹² Gatti – Alterini, *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*, p. 33

subclasificaciones. Y concluye diciendo que, ...” *pienso que el poseedor con boleto podría rechazar la reivindicación que intentase supuestamente el vendedor, no porque su posesión hubiera sido adquirida “legítimamente”, sino porque no habría habido despojo, por hipótesis el desprendimiento fue voluntario, que es uno de los requisitos para la procedencia de la acción reivindicatoria (art. 2758 y cons., Cód. Civil). Cuando hay desprendimiento voluntario, si el vendedor considerara tener derecho a recuperar la posesión, debería atacar el título y obtener su anulación o resolución, en tanto existan motivos que lo justifiquen, pero no estaría legitimado para ejercer la acción real”.*

Desde luego que no tiene asidero sostener que la adquisición de la posesión mediando boleto le da a ella jerarquía de buena fe, desde que la buena fe no es calidad atribuida por la ley al poseedor en virtud de un boleto, sino requisito impuesto para que mediando ese boleto la adquisición sea considerada legítima.

III. RESERVA.

La reserva es un documento que refleja la voluntad del comprador de concluir una compra, por medio del cual se compromete a suscribir el boleto de compraventa, o eventualmente la escritura de compra, proponiendo las modalidades básicas de la operación, como ser el inmueble a adquirir, el precio dispuesto a abonar, la forma de pago, designación de escribano, etc.

En dicha propuesta el candidato comprador ofrece llevar a cabo, bajo esas condiciones, la operación y se obliga durante un plazo breve, a suscribir el boleto, si es que el vendedor acepta su propuesta. Para garantizar la seriedad de su ofrecimiento, entrega al corredor inmobiliario una suma de dinero, que funcionará: a) a cuenta del precio, o como seña, en caso de aceptarse la oferta, c) como indemnización a favor de la inmobiliaria, en caso de desistir de la compra.

Entonces, la reserva sólo se suscribe entre el corredor y el candidato comprador, con lo cual no estamos ante ningún “precontrato” o “contrato preliminar” o “boleto provisorio”. A pesar de este concepto, no podemos desconocer que en la actualidad existen determinados contratos, que denominan “reservas”, y aparecen firmando el vendedor y el comprador. Y, además, el vendedor recibe un importe relativamente pequeño con relación al total del precio pactado.

Expresa Osvaldo Solari Costa, ...” *Según nuestro concepto, dicho documento no es una “reserva” sino un boleto de compraventa. Tal vez muy imperfecto en cuanto a las cláusulas que es deseable que contenga el mismo, pero no por ello con menor eficacia jurídica.*¹³

Los efectos jurídicos de ese contrato que las partes han denominado “reserva” pero que contiene todos los elementos de una compraventa, tomarán relevancia al momento del incumplimiento o desistimiento de una de las partes; y habrá que estar a las reglas generales de los efectos de los contratos, es decir, habrá derecho de arrepentimiento, perdiendo el comprador la seña o devolviéndola doblada el vendedor, si no hubo principio de ejecución del contrato, de lo contrario jugará el pacto comisorio, con la posibilidad no sólo de la resolución del acuerdo, sino también de reclamar su cumplimiento.

La reserva sólo permite reclamar la suscripción del boleto de compraventa definitivo. Es decir, que tiene el efecto de generar la obligación de que se suscriba el boleto de compraventa, pero no la escritura traslativa de dominio. Ya que la reserva no es un medio idóneo para considerar concluido el contrato de compraventa y por lo tanto, para hacer efectiva la obligación de escriturar.

Así como con las “reservas” que se firman habitualmente, y que más allá de la denominación que le hayan dado las partes, por su contenido concluimos que estamos ante contratos de compraventa; ocurre lo mismo, cuando se firman contratos denominados “*provisorios*”.-

No será provisorio por el solo hecho de que así lo expresen en su encabezado o en su contenido, ni siquiera ante la frase: “se obligan a otorgar el boleto definitivo”, si es que en el texto del mismo se encuentran todos los elementos que configuran la compraventa y no se añade razón alguna de por qué se le da el carácter de provisorio o por qué se deberá otorgar otro instrumento definitivo, que nada agrega al primero, más que, normalmente, con la razón de que el vendedor use el ardid de dilatar a su arbitrio la decisión de si vende o no.

La Jurisprudencia también se ha pronunciado en este sentido: “*la existencia de un boleto provisorio no invalida la pretensión de exigir la escrituración, pues*

¹³ Solari Costa, Osvaldo. “La reserva de compra inmobiliaria”. Derecho Notarial Registral e Inmobiliario Director: Jorge H. Alterini, Tomo V. Editorial La Ley.

*reuniendo el mismo todos los requisitos, permite solicitar la respectiva escrituración, economizando el otorgamiento de un boleto definitivo”.*¹⁴

Ante lo expuesto cabe concluir que, la clasificación de provisorio contenida en el boleto no obsta a que la compraventa deba considerarse concluida y definitiva, siempre que estén reunidos los requisitos de precio y cosa determinada.

IV. CONCLUSIONES.

Ante un boleto de compraventa no deben distinguirse un antecrato y un contrato definitivo, sino dos etapas de un solo contrato. En el boleto hay objeto, declaración de voluntad, causa, precio, consentimiento, es decir, todo lo necesario para que la compraventa como contrato quede concluida. Cuando se otorga luego el acto notarial, no es porque las partes quieren volver a contratar, es en virtud del inc. 1° del art. 1184. La compraventa como contrato no necesita la escritura pública, pero la transmisión del dominio no puede realizarse sin aquélla.

El acuerdo, aun privado, de voluntades tipifica un contrato de compraventa inmobiliario, pero la propiedad de ese inmueble no se transmite de acuerdo con nuestro derecho solamente con su entrega como si fuera un bien mueble, sino que además debe cumplir otra serie de requisitos formales por su especial naturaleza inmueble.

La escritura no se hace para comprar y vender, sino que es para cumplir con la compraventa, porque también se medio apto para cumplir con cualquier otra causa que obligue a transmitir el dominio. La escritura es de transmisión del dominio y comparte esa finalidad con la tradición; ni la mera tradición hace adquirir el dominio, ni la sola escritura lo transmite.

Si por posesión legítima se entiende el ejercicio de un derecho real constituido en conformidad a las disposiciones del código, para llegar a ella deben satisfacerse los requisitos integrativos de aquél, es decir, el título suficiente, que no lo será si no tiene la forma exigida por la ley, y el modo suficiente, en ese caso, por tratarse de transmisión por actos entre vivos, la tradición.

El texto adicionado por la Ley 17.711 al art. 2355 del Cód. Civil, no importó cambio alguno en el cuadro clasificatorio de la posesión. La ley parte de un supuesto de buena fe, que, no obstante la modalidad de la expresión utilizada – “se considera

¹⁴ Autos: “Caporale, Alfredo A. c. Comisión Municipal de la Vivienda”. LA LEY, 1988-C,450.

legítima”..-, no encierra ningún caso de ejercicio de derecho real, ni siquiera de un dominio imperfecto, y por tanto ningún caso de posesión legítima.

Cuando hablamos de “posesión legítima”, debemos tener presente la distinción entre posesión legítima (ejercicio de un derecho real) y adquisición legítima de la posesión (posesión adquirida conforme a derecho). Ante una adquisición legítima de la posesión, carece de sentido jurídico apuntar a la buena o mala fe de ella, ya que la adquisición obedece a un título válido a esos efectos, pues proviene de quien tenía derecho y capacidad para dar la posesión.

Entonces, la ley 17.711 considera legítima “la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa”, y no califica como legítima a la posesión adquirida. Al considerarse como legítima la adquisición, no se innova en lo más mínimo, porque aún antes de la Reforma era ésa la tesis del Código Civil. En efecto, cuando la posesión es otorgada por el dueño en virtud de un boleto de compraventa, la adquisición es legítima (conforme a derecho), no obstante no ser legítima la posesión adquirida, por no constituir el ejercicio de un derecho real.

IV. BIBLIOGRAFIA.

Alterini, Jorge H. (dir) – Alterini, Ignacio E. (coord.), *Derecho Notarial Registral e Inmobiliario. Derecho Inmobiliario. Contratos. Tomo V.* Bs. As, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires – La Ley, 2012.

Belluscio, Augusto C. (dir) – Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 1993/2001.

Borda, G., *Tratado de derecho civil. Contratos, t. I.*

Etchegaray, Natalio P., *Boleto de Compraventa. Técnica y práctica documental.* Bs. As., Astrea, 2006.

- *Análisis completo de una escritura. Comparación con los instrumentos privados*, “Revista Notarial”, n° 731.

Morello, Augusto M., *El boleto de compraventa inmobiliario*, Ed. Abeledo-Perrot, 1975.

Pelosi, Carlos, *El documento notarial*, Bs. As., Astrea, 1987.

