

**Concursos. Privilegios. Acreedores con privilegio especial. Concurrencia. Boleto de compraventa. Hipoteca  
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E**

20 de abril de 2007

**Vázquez Estévez, José E.  
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E**

DICTAMEN DE LA FISCAL GENERAL:

1. La jueza de primera instancia, a fs. 214/6 resolvió hacer lugar al pedido de escrituración formulado por el incidentista, reconociendo mejor derecho sobre el inmueble en cuestión al acreedor hipotecario.

Ambas partes apelaron. El incidentista a fs. 219/22, invocó el carácter de cesionario de quien había adquirido el inmueble al fallido mediante boleto en el año 1990. Sostuvo que el juzgado de primera instancia no consideró adecuadamente la posesión invocada sobre el inmueble cuya escrituración solicitara.

El acreedor hipotecario fundó el recurso a fs. 229/31. Expresó que la documentación presentada por la contraparte carecía de fecha cierta y que el boleto de compra venta no resultaba oponible. Argumentó que la escritura de la hipoteca fue debidamente inscripta y que en ella se había estipulado la prohibición de transferir el inmueble. Asimismo, se agravó en relación a la imposición de costas. El incidentista contestó los agravios a fs. 234.

La sindicatura se expidió a fs. 239/40.

2. En el caso, la Sra. Emilia R. Villoldo adquirió del fallido mediante boleto de compraventa, un inmueble sito en la localidad de Tres Arroyos, Pcia. de Buenos Aires. Posteriormente cedió los derechos y acciones sobre dicho boleto a favor del incidentista, y este solicitó la escrituración de la porción indivisa del inmueble de titularidad del fallido.

**3. En primer lugar, señalo que si bien el boleto suscripto por la primer adquirente -Sra. Villoldo- carece de fecha cierta, otros elementos de la causa dan cuenta de la época en la cual se realizó la operación. A tal fin, debe considerarse la carta documento de fecha 9/2/1991 que en copia obra a fs. 10, mediante la cual se citó a la primera adquirente para que concurriera al acto de escrituración del inmueble. Asimismo obran en autos copia de los comprobantes de pago de impuesto inmobiliario a nombre de la adquirente, con intervención del banco cobrador y que corresponden a cuotas comprendidas en el período 1992-1994.**

**No obstante esas circunstancias en referencia a la época en que se llevó a cabo la compraventa, observo que la operación celebrada mediante boleto, sin la forma requerida por el art. 1184, CCiv., nunca fue inscripta.**

4. Por otro lado, no resulta controvertido en autos que la hipoteca otorgada a favor del banco acreedor en fecha 10/11/1993, fue inscripta con antelación a la cesión de derechos a favor del incidentista (fs. 240) y que en su cláusula octava contenía una estipulación que vedaba expresamente la transferencia del inmueble.

**5. Así, si bien el boleto resulta anterior a la hipoteca, la falta de cumplimiento en la operación de la inscripción que le hubiera dado publicidad registral, afecta la oponibilidad a terceros (art. 2505, CCiv.) y, en especial al acreedor hipotecario.**

Señalo al efecto que el régimen de publicidad registral establecido por el art. 21 y ss. de la ley 17801 tiene por finalidad la de establecer un mecanismo seguro y generalizado de publicidad de los derechos reales en materia inmobiliaria, resultando preponderante en su funcionamiento, el conocimiento erga omnes que tiene el asiento registral. Si tal publicidad no se da por medio de la inscripción, el acto no es oponible frente a terceros, quienes pueden actuar con arreglo a lo que surge del informe recibido. Así, **prevalecen los derechos resultantes de la apariencia jurídica y la buena fe registral, que son los que mejor se compadecen con la seguridad del tráfico y la finalidad de publicidad que tienen los registros inmobiliarios (conf. C. Nac. Com., sala C, autos: "Ferrosider S.A. v. Fademet S.R.L. y otros s/ Ejec," del 5/7/2002, sala A, autos: "Stolmar S.A. s/ Concurso Preventivo s/ Inc. de Revisión por M. Royo S.A." del 8/10/2002).**

Ministerio Público de la Nación.

6. De ello se sigue que la hipoteca debidamente inscripta resultaba oponible en todos sus términos tanto al primer adquirente que cedió sus derechos, como al cesionario. Este último además, dada la publicidad de la inscripción al momento en que se llevó a cabo la cesión (1999) no podía alegar el desconocimiento de la existencia del gravamen y de las limitaciones a la transferencia.

De esta manera, la constitución de la hipoteca debidamente registrada y la prohibición de transmitir contenida en la cláusula octava, es oponible al cesionario, pues la cedente no podía transmitir al incidentista un derecho mejor o más extenso que el que tenía (art. 3270, CCiv.).

Opino entonces que, el recurso planteado por el acreedor hipotecario debe ser admitido y los agravios formulados por el incidentista deben ser desestimados.

Por las razones expuestas, considero que V.E. debe modificar la resolución apelada.

4. Las cuestiones relativas a la imposición de costas no comprometen el interés general cuyo resguardo me compete (art. 120, CN.). No me expediré pues al respecto.

Dejo así contestada la vista conferida.- Buenos Aires, noviembre 20 de 2006.- Alejandra Gils Carbó.

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, 20 de abril de 2007.

Y Vistos:

1. Viene apelada por el incidentista y por el acreedor hipotecario la resolución de fs. 214/6 que hizo lugar al pedido de escrituración formulado por Emilio Cereijo, pero reconoció mejor derecho sobre el inmueble al acreedor hipotecario, Banco de la Ciudad de Buenos Aires, distribuyendo las costas en el orden causado.

El incidentista fundó el recurso con la pieza -incontestada- que obra en fs. 219/222.

Por su parte, el Banco de la Ciudad de Buenos Aires presentó el memorial en fs. 229/231, contestada por Cereijo en fs. 234 y por el síndico en fs. 239/240.

La representante del Ministerio Público ante esta Cámara se expidió en fs. 247/8.

2.a) En primer lugar, cabe dejar aclarado que el boleto de compraventa -luego cedido al incidentista- fue suscripto con anterioridad a la constitución de la hipoteca (6/8/1990 y 10/11/1993, respectivamente), pero que la cancelación del saldo del precio se produjo con posterioridad a ello (10/6/1994, fs. 53).

Si bien ese original boleto no contiene fecha cierta, existen otros elementos agregados a la causa y a los autos: "Freire, Humberto s/ Quiebra s/ Inc. de escrituración por Cereijo, Emilio" -que se tienen a la vista- que corroboran que dicha operación tuvo lugar antes de la constitución del gravamen, tal como lo ha destacado la fiscal general.

En efecto, los recibos acompañados con el escrito inicial han sido reconocidos por la concursada y por los firmantes (ver fs. 229/30, 231/2 y 254/290 del incidente mencionado) y hacen expresa mención al boleto invocado.

Asimismo, la carta documento que obra en fs. 10 -en copia- data del 8/2/1991 y, mediante la misma, se informó a la adquirente por boleto que se procedería en fecha cercana al otorgamiento de la escritura traslativa de dominio. En fs. 106 del incidente de escrituración formado en el concurso del condómino Freire obra un informe de Correo Argentino en el que se hizo saber que no se podrían otorgar mayores datos sobre esa misiva porque la documentación respectiva había sido destruida por el transcurso del plazo reglamentario, pero que teniendo en cuenta los sellos, formularios, indicaciones de servicio, etc. de las copias enviadas, podrían las mismas considerarse auténticas.

Finalmente, se han agregado en autos comprobantes de pago del impuesto inmobiliario a nombre de la adquirente por boleto que datan de fecha anterior a la escritura, además de una declaración jurada de bienes del año 1990 y del incidente de la quiebra de Freire surge la conexión de los servicios de agua y gas a nombre de Villoldo también en fecha anterior a la hipoteca (ver contestación de oficio del 18/10/2004 -sin foliar- y contestación de 21/9/2004 -fs. 95-, todo en el incidente de escrituración mencionado).

b) Sentado ello, se encuentra en tela de juicio si la adquirente ostenta la posesión del bien desde la fecha que denunciara (agosto de 1990) y, en su caso, los efectos de esa situación jurídica frente al gravamen constituido posteriormente por la concursada, titular registral del inmueble.

La primera cuestión se aprecia demostrada a partir de los términos del boleto de compraventa (ver cláusula cuarta en fs. 8), y las demás pruebas ya mencionadas (declaración jurada de fs. 57, comprobantes de pago del impuesto municipal de fs. 54/6 y 59/61, conexiones de gas y agua en el local en cuestión a nombre de Villoldo) a lo que cabe agregar la habilitación municipal a los locatarios del inmueble según contrato firmado con Villoldo en fs. 134/152 del incidente de escrituración en la quiebra de Freire.

**Cabe añadir a ello que ni el síndico, ni la hoy fallida y tampoco el acreedor hipotecario desconocieron frontalmente esa posesión pública y pacífica desde la fecha indicada.**

Así, de las constancias arriadas a la causa surge que la adquirente tuvo tanto el corpus como el animus domini (ver que incluso dio el inmueble en arrendamiento) -es decir, la posesión- desde fecha anterior a la constitución de la hipoteca (arg. arts. 2351 y 2352, CCiv.).

No resulta necesario indagar aquí en presunciones y en el análisis de actos posesorios. Pues, se encuentra probado que la adquirente ocupó el inmueble en virtud del título que le confería el boleto de compraventa. Es decir, no hay dudas que utilizó la cosa como dueña y no en virtud de algún título que pudiera reconocer en otro el derecho de propiedad.

En este sentido, **se ha dicho que, a partir del agregado que la ley 17711 ha introducido al art. 2355, CCiv., ya no quedan dudas acerca de la calidad de poseedor que reviste la persona a quien se ha hecho tradición de un inmueble en virtud de un boleto de compraventa (conf. Mariani de Vidal, "Curso de Derechos Reales", t. I, Ed. Zavallia 1993, p. 130 y sus citas). En efecto, esa norma establece que "Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa" (último párrafo).**

Siendo ello así, reitérase, es claro que la adquirente por boleto tuvo la posesión legítima y pacífica del inmueble con anterioridad a la constitución de la hipoteca.

c) Ahora bien, esta sala, con una composición parcialmente distinta ha decidido -por remisión a los fundamentos del representante del Ministerio Público- que aún cuando la hipoteca haya sido constituida con posterioridad al boleto de compraventa, prevalece la primera pues el vendedor conserva el dominio y, siendo propietario, es el único que puede constituirla (ver "Artesi Hnos. Constructora S.R.L. s/ Quiebra s/ Inc. de escrituración por Tebele, Margarita", del 9/4/2003).

En ese precedente se destacó, además, que no se había perfeccionado la transferencia de dominio porque no se había cumplido con la forma solemne exigida por el art. 1184, inc. 1, CCiv. ni con la registración prevista por el art. 2505, CCiv. Finalmente, se decidió que el acreedor hipotecario era titular de un derecho real frente al personal del adquirente por boleto y que en el régimen actual de publicidad de los derechos reales resulta más apropiado dar primacía a la que deriva de las inscripciones en los registros inmobiliarios, pues de otro modo se perjudicaría gravemente la seguridad del crédito.

**No obstante, un nuevo y detenido análisis de la cuestión a la luz de la controversia que se ha suscitado en autos, y ya exteriorizado recientemente por la sala en el marco de otro concurso (ver "Goamko s/ Conc. prev. s/ Inc. de mejor derecho por Méndez, Adolfo G.", del 31/10/2006), permite modificar dicho criterio.**

d) Juzga la sala, luego de reanalizar el conflictivo thema decidendum, que **el derecho del adquirente por boleto -aunque personal- debe prevalecer frente a los acreedores hipotecarios posteriores -titulares de un derecho real-, pues el primero cuenta con publicidad posesoria que puede válidamente oponer a estos últimos.**

En este aspecto, y que ésta existirá cuando a través de ella los terceros interesados hayan conocido o podido conocer la realidad extrarregistral. Así, ante una colisión entre la **se ha dicho que en el derecho positivo vigente conserva toda su trascendencia la publicidad posesoria y la registral, primará la precedente en el tiempo (conf. Highton, "Juicio Hipotecario", t. III, Ed. Hammurabi, 1996, p. 236; en igual sentido, Borda, "Tratado de Derecho Civil. Contratos", t. I, Ed. Perrot, p. 317/8).**

Sucede que, si bien con la reforma de la ley 17711 al art. 2505 se exige la registración de las operaciones inmobiliarias sobre inmuebles, esa inscripción no se refiere a la constitución del derecho, que sigue naciendo y resultando oponible erga omnes cuando hay título y modo, sino que sus efectos son declarativos; es decir, el derecho y la titularidad nuevos se configuran plenamente fuera de la órbita registral (conf. Papaño, Kiper, Dillon y Causse, "Derechos Reales", t. III, Ed. Depalma, 1990, p. 216).

**Entonces, quien ha adquirido un inmueble mediante el procedimiento usual en nuestro medio, que consiste en suscribir un boleto de compraventa, ha recibido la posesión de ese bien y ha pagado una parte sustancial o la totalidad del precio (como en el caso), tiene adquirido frente al vendedor el derecho de obtener de éste una prestación última destinada a formalizar su derecho real de dominio (escritura pública e inscripción registral).** Pero su situación respecto de ese bien ha trascendido del estrecho ámbito de la relación con su cocontratante y se ha exteriorizado a través de la posesión (pública y pacífica), a veces matizada con actos posesorios de innegable trascendencia. En rigor, no debe soslayarse el valor de la tradición y de la subsiguiente posesión por el adquirente como medios de publicidad en relación con terceros (ver Alterini y Gatti, "Régimen jurídico del boleto de compraventa", LL 143-1168). En tal contexto, la ejecución coactiva del bien importaría para él un virtual aniquilamiento de su derecho (conf. C. Nac. Com., sala C, "Saiegh, Daniel O. s/ Tercería en autos: "Mariezcurrera, Gustavo v. Ajón, Simón s/ Ejecutivo", del 25/9/2001, voto del Dr. Monti)

**En el mismo sentido ha fallado la sala A de este tribunal en la causa "Yazzli, María del Carmen s/ Tercería de mejor derecho en autos: "Ocariz, Raúl E. v. Márquez, Julio C. s/ Ejecutivo", del 25/6/1999. Expusieron los jueces en dicho pronunciamiento que "el comprador que se halle en posesión pública, pacífica e ininterrumpida de un bien -inmueble- cuyo boleto tiene fecha cierta, goza de un derecho preferente sobre los acreedores del vendedor. Por lo tanto, surgiendo: 1) prioridad en el tiempo de su crédito; y 2) publicidad que le da esa posesión, ello permite, en efecto, determinar el mejor derecho que -en la especie- tiene la tercerista, al quedar compensada la publicidad registral con la citada posesión, estando, por ende, satisfecho el modo indispensable para la transmisión de cualquier derecho real".**

En el caso, el acreedor hipotecario es una entidad bancaria oficial que aceptó como garantía del préstamo otorgado a "La Ganga" y al fallido una serie de inmuebles (locales) situados en un complejo comercial y no podía desconocer, con un mínimo de diligencia, que dichas unidades estaban ocupadas por terceros que los habían adquirido por boleto de compraventa y habían abonado todo o parte de los precios pactados, lo que hubiera sido fácilmente comprobable con la constatación del estado de ocupación del bien en cuestión (ver en similar sentido, Corte Sup. "Compañía Financiera Universal v. Provincia de Santiago del Estero", Fallos 306:2029 e "Inverfin S.A. v. Provincia de Buenos Aires", Fallos 308:2461).

Por el contrario, el gravamen hipotecario no se había constituido ni, por ende, tenía publicidad en el momento en que la señora Villoldo adquirió por boleto. Así, esa adquisición fue legítima con apoyo en un título suficiente a tales efectos -adquisición posesoria y boleto de compraventa- (conf. C. Nac. Civ., Sala C, "Rey, Raúl v. Fisicaro, Daniel S. y otro", del 17/6/1988, LL, 1990-A-208; en igual sentido, Sala L, "Lopez, Juan C. y otro v. Giménez Zapiola Soc. de Ahorro y Préstamo para la vivienda y otro s/ Tercería de mejor derecho", del 7/5/2004; Sala C, "Chiappano, José P. v. Prealco S.A.I.C.I.F. s/ Tercería de Dominio", del 26/10/1993).

La tradición de la posesión -aparte de la función publicitaria que pueda tener- implica un desplazamiento del poder sobre la cosa del transmitente al adquirente, es decir que consiste en un acto de investidura de poder; tiene por función investir del poder sobre la cosa al adquirente de la misma (conf. Highton, "Colección derechos reales. Dominio y usucapición", t. II., Ed. Hammurabi, 1986, p. 91, citada por Flah, "El boleto de compraventa y su oponibilidad", LL, 1990-A-207). Y esta posesión de que está investido el adquirente es oponible a los terceros que razonablemente podían tener conocimiento de su existencia (conf. Morello, "El boleto de compraventa inmobiliaria", Ed. Platense-Abeledo Perrot, 1975, p. 105, cit. por Flah, "El boleto..." cit. p. 209).

No puede dejar de mencionarse que, luego de la reforma introducida por la ley 17711 a los arts. 2355 y 2505 del CCiv., parecería que ambos preceptos encierran una contradicción. **Pues, según esta última norma, la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles sólo se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros competentes y no son oponibles a terceros mientras no estén registradas. Pero el CCiv. 2355 in fine considera -como ya fue dicho- legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa.**

**Sin embargo, comparte la sala el detenido análisis que efectuara sobre el tema el distinguido Dr. Cuartero en su voto en la causa "Fiorina, Marta y otro v. Admicon S.A.", del 3/10/1988 (JA, 1989-II-708). Citando a Spota, el vocal expuso que la estimativa jurídica de la reforma introducida por la ley 17711 al segundo de estos preceptos quedaría desconocida si se quiere deducir de la falta de publicidad registral la inoponibilidad del derecho del comprador -con boleto y posesión de buena fe- frente al titular de un derecho real registrado. Así, si se aplica en toda su extensión literal la norma del art. 2505 del CCiv., la última parte del art. 2355 debería darse, lisa y llanamente, por no escrita. Frente a ello, cabe interpretar que el art. 2505 establece una norma general que reconoce, empero, dos excepciones: a) la hipótesis del art. 2355 in fine; y b) la del art. 1185 bis del CCiv. que torna oponibles los boletos al concurso o quiebra del vendedor cuando se ha pagado el 25% del precio (se aclara que en la referida sentencia, el Dr. Arecha, integrante por entonces de la sala D votó en disidencia, pero en virtud de hallar fraude en la actuación de vendedor y acreedor hipotecario en perjuicio del adquirente por boleto, sin efectuar consideraciones sobre la cuestión citada aquí).**

Finalmente, cabe traer a colación el plenario de la Suprema Corte de justicia de Mendoza, con voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci al que adhirieron los restantes integrantes del tribunal.

En los autos "Coviram Ltda.", del 30/5/1996 (JA 1997-I-83), la Suprema Corte de Mendoza, luego de un detallado análisis de la evolución de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada, concluyó que **el adquirente de un inmueble mediando boleto triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad ejercida en el proceso individual o concursal si se cumplen los siguientes recaudos: I) el boleto tiene fecha cierta o existe certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo a la apertura del concurso (en el caso, se ha probado la fecha del boleto anterior a la constitución del gravamen); II) el boleto tiene publicidad, ya sea ésta registral o posesoria (como fue dicho, en el sub lite, existió publicidad posesoria); III) el tercerista o peticionante en el concurso ha adquirido de quien es el titular registral (lo que en el caso también aparece incontrovertido); IV) el tercerista o peticionante en el concurso es de buena fe y ha pagado el 25% del precio con anterioridad a la traba del embargo o a la apertura del proceso universal (lo que aquí ha acontecido también).**

De modo que las consideraciones efectuadas por la prestigiosa jueza en el plenario citado refuerzan las conclusiones que se vienen proponiendo a lo largo de este pronunciamiento.

e) **En cuanto a la oponibilidad absoluta de los derechos reales frente a la relativa de los derechos personales, cabe también citar el fallo plenario de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en el que se destacó que la más jerarquizada doctrina sostiene que los derechos ya no deberían clasificarse en personales y reales, sino en oponibles y no oponibles, concluyendo que la oponibilidad exige publicidad más o menos perfecta según los casos y admitiendo que ésta opere por la tradición de la posesión.**

f) Ahora bien, establecido el mejor derecho de la primera adquirente frente al acreedor hipotecario, cabe considerar si esa preferencia alcanza también a cesionario del boleto, transacción esta última que acaeció en fecha posterior a la constitución de la hipoteca.

**Mediante el contrato de cesión no se transfiere la propiedad de una cosa, sino la de un crédito o de un derecho y la persona que lo adquiere lo hace para ejercerlo en su propio nombre (conf. Rezzónico, "Estudio de los contratos en nuestro derecho civil", t. I, Ed. Depalma, 1967, p. 433).**

**Así, el cesionario pasa a ocupar el lugar del cedente y puede, en consecuencia, pretender el cumplimiento en su favor de la prestación pactada (ver Garrido y Zago, "Contratos Civil y Comerciales", t. II, Ed. Universidad, 1993, p. 162). En consecuencia, lo que el cesionario del boleto ha adquirido no es un derecho ex-novo sino el mismo del que gozaba el cedente.** Entonces, si la enajenante tenía preferencia temporal frente a los acreedores hipotecarios, con esa misma extensión transfirió la propiedad de sus derechos (conf. esta sala, "Goamko S.R.L. s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de mejor derecho por Castaldi, Dora H.", del 31/10/2006).

Frente a ello, carece de relevancia la circunstancia apuntada por la a quo en el sentido de que el cesionario debió conocer que la unidad se encontraba hipotecada al momento de adquirir el derecho, pues, si dicho gravamen no le era oponible a la cedente, tampoco debía perjudicarlo.

g) **Finalmente, la cláusula contenida en el contrato de mutuo hipotecario, en el sentido de que los titulares registrales se comprometieron a no enajenar el inmueble, no resulta oponible a los adquirentes por boleto, que no suscribieron dicha escritura ni asumieron obligación alguna frente al acreedor privilegiado.**

3. En virtud de lo expuesto, se resuelve:

- a) Estimar los agravios del incidentista, desestimar la pretensión recursiva del Banco de la Ciudad de Buenos Aires y modificar la resolución apelada reconociendo mejor derecho al adquirente por boleto frente al acreedor hipotecario;
- b) Distribuir las costas de ambas instancias en el orden causado, en atención a las particularidades de la cuestión y a la existencia de criterios jurisprudenciales disímiles.

Notifíquese y devuélvase.- Rodolfo A. Ramírez.- Ángel O. Sala.- Martín Arecha. (Prosec.: Valeria Pérez Casado).