

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En efecto, la ley 14005 exige la inscripción preventiva, aunque sólo con relación a los lotes adquiridos en cuotas periódicas (Morello, ob. cit. , pág. 848). Y el dec. ley 9032/63 la reclama para las unidades que se comercialicen dentro del régimen de la propiedad horizontal.

Tampoco el instrumento de fs. 96 es de aquellos cuya inscripción exige la ley 17801, habida cuenta de que el mismo sólo da nacimiento a un crédito en favor del adquirente, una obligación de hacer: la escrituración .

La orfandad legislativa de que adolece el tema queda evidenciada por Morello en su Boleto de compraventa inmobiliaria cuando expresa: ". . . el boleto de compraventa quedó siempre en la penumbra y a la vera de una razonable solución que satisficiera y orientara la deseada seguridad jurídica. . ." (pág. 848).

Y si bien es cierto que la publicidad registral hace a la seguridad jurídica de quien adquiere, también lo es que no existe norma legal que establezca esa obligación. De manera que su ausencia no empece a la posibilidad de oponer el boleto contra quien adquiriera un derecho sobre el bien con posterioridad al mismo, puesto que para ello la ley exige que adquiriera fecha cierta por alguno de los supuestos establecidos por el art. 1035 del Código Civil, circunstancia que en el sub lite se encuentra corroborada a fs. 96 vta. , como quedó dicho.

En lo que hace al agravio referido a las costas, conforme a cómo ha sido resuelta la cuestión, ha perdido virtualidad en tanto corresponde su imposición a los vencidos, en cumplimiento de lo preceptuado por el art. 68 del ritual.

Si lo que dejo dicho es compartido, deberá hacerse lugar al recurso traído, casándose el fallo impugnado, y acoger la demanda de tercería incoada. Con costas (arts. 289 y 68, CPCC). Voto por la afirmativa.

Los señores jueces doctores Negri, Laborde, Mercader y San Martín, por los fundamentos expuestos por el señor juez doctor Pisano, votaron también por la afirmativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, casándose la sentencia impugnada y acogiendo la demanda de tercería incoada, con costas (arts. 289 y 68, CPCC).

El depósito previo efectuado se restituirá al interesado. Notifíquese y devuélvase. - Elías Homero Laborde. - Miguel Amílcar Mercader. - Alberto Obdulio Pisano. - Héctor Negri. - Guillermo David San Martín (Sec. : Adolfo Abdón Bravo Almonacid).

Conflicto entre acreedor embargante y poseedor con boleto de compraventa(*) (272)

JULIO CÉSAR RIVERA

SUMARIO

1. Planteo de la cuestión. 2. El caso. 3. La solución dada al caso. 4. Estado jurisprudencial de la cuestión. 5. Cuestiones a examinar. 6. Conclusiones.

1. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En el fallo anotado la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires vuelve a pronunciarse sobre el remanido tema del conflicto entre el titular de un boleto de compraventa y quien ha adquirido emplazamiento registral de un derecho real de garantía hipoteca) o de un embargo sobre la cosa prometida en venta.

2. EL CASO

En el caso, concretamente se trataba de un poseedor que había recibido la cosa (un inmueble rural destinado a explotación agropecuaria) en razón de una dación en pago y que había obtenido sentencia de escrituración en juicio individual, quien pretendía oponer tal relación jurídica a los acreedores del enajenante que habían registrado un embargo sobre la misma cosa.

3. LA SOLUCIÓN DADA AL CASO

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires resolvió:

- que la dación en pago está comprendida en la tutela conferida al boleto de compraventa por el art. 1185 bis, Cód. Civil;
- que la oponibilidad que el art. 1185 bis acuerda al boleto de compra venta frente al concurso del deudor, se extiende a conflictos entre el titular del boleto y otros acreedores del enajenante que se desarrollen en un proceso no universal;
- que en esa hipótesis, la oponibilidad del boleto de compraventa debe hacerse valer por la vía de una tercería de mejor derecho;
- que en cambio no resulta exigible a los efectos de hacer valer el boleto de compraventa frente a los acreedores del enajenante, que el inmueble esté destinado a vivienda, pues la disposición del art. 150, LC se aplica exclusivamente a las situaciones concursales;
- que no es tampoco exigible que el boleto de compraventa haya tenido exteriorización registral, bastando que él tenga fecha cierta.

4. ESTADO JURISPRUDENCIAL DE LA CUESTIÓN

No escapa al conocimiento del lector que en la materia tratada por la sentencia existe un verdadero caos jurisprudencial.

A título de ejemplo traemos a la memoria algunos fallos que señalan las distintas tendencias comprobables:

- en una primera aproximación al tema la misma Corte provincial de la cual emana el pronunciamiento comentado, declaró admisible la tercería de dominio propuesta por el adquirente sobre la base de un supuesto dominio imperfecto que tendría el poseedor de inmueble que hubiera adquirido tal posesión con causa en un contrato de compraventa otorgado en instrumento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

privado (SCBA 12/3/74, ED, 55 - 202, con nota de Borda; JA, 22 - 1974 - 451, con nota de Morello; solución inspirada en los criterios de Bustamante Alsina expuestos en "El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor", LL, 131 - 1274);

- descartando que el poseedor causado en boleto fuera titular de un derecho real, otros tribunales declararon la improcedencia de la tercería de dominio propuesta por el poseedor, por considerar que el art. 1185 bis sólo se aplica a las hipótesis concursales, no siendo susceptible de extensión a conflictos planteados fuera del juicio universal (en este sentido v. CCC Bahía Blanca, Sala I, 1/3/89, ED, 135 - 307 con nota de Palmieri). Los argumentos de esta sentencia fueron que el dominio sólo puede adquirirse existiendo la escritura pública exigida por el art. 1184, Cód. Civil, a la cual debe unirse la publicidad registral conforme al art. 2505, y que la reforma al art. 2355, Cód. Civil no hace más que considerar legítima la posesión pero no modifica las reglas sobre adquisición del dominio;

- más recientemente todavía la Cámara de Apelaciones en lo Comercial sostuvo por su Sala A y aclaró que la tercería propuesta por el poseedor causado en boleto no debe ser calificada como "de dominio", sino como "de mejor derecho"; pero más allá de esta precisión conceptual, que importa descartar la existencia de derecho real en cabeza del poseedor, agregó que "su acreencia no tiene preferencia sobre la del acreedor embargante de no presentarse los extremos previstos por el art. 1185 bis del Código Civil, es decir, si no se trata de la adquisición de un inmueble para vivienda ni el boleto se pretende oponer al concurso del vendedor";

- en el fallo anterior se advierte que el tribunal agregó al art. 1185 bis un requisito que no aparece explícito en el Código Civil: el destino a vivienda, que en realidad emana del art. 150, LC. Sin embargo no puede decirse que ello haya sido producto de una inadvertencia inexcusable de los jueces, sino que - al menos en la hipótesis de concurso del deudor - el art. 1185 bis aparece integrado por esa regla que emana de la ley de concursos. Ahora bien, tal integración se propicia aun para el caso en que el conflicto entre el adquirente con boleto y otros acreedores del enajenante se produzca en una litis no universal. Así lo ha resuelto la prestigiosa Suprema Corte de Mendoza, con erudito voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci (sentencia plenaria del 6/12/91, registrada en LL, 1992 B - 160), en pronunciamiento que resolvió: (i) que el embargante anterior al boleto triunfa en el conflicto; (II) que interpretando el ordenamiento jurídico de manera integral, el protegido por el art. 1185 bis es el adquirente por boleto de inmueble destinado a vivienda; (III) que la ley no exige la posesión, sino que la tutela se confiere al adquirente con boleto; (IV) que el adquirente debe enderezar su pretensión por la vía de la tercería de mejor derecho; (v) que para otorgar oponibilidad al boleto en la tercería de mejor derecho, es necesario que el boleto tenga fecha cierta o exista certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo, que el tercerista haya adquirido de quien es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el titular registral o estuviera en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes y, finalmente, que el tercerista haya sido de buena fe y hubiese pagado el 25 % del precio con anterioridad al embargo;

- se advierte que entre otras cuestiones trascendentes, la sentencia de la Corte de Mendoza ha descartado la exigencia o eficacia de la posesión; solución que gozaba del respaldo de otro prestigioso y especializado tribunal, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que también en sentencia plenaria hubo resuelto que "el pago del 25% del precio a que alude el art. 1185 bis del Cód. Civil debe haber sido efectuado por el comprador antes de la falencia del vendedor, haya mediado o no por parte del ahora fallido la entrega de la posesión del inmueble vendido a aquél" (sentencia del 8/7/81, registrada en ED, 94 - 649); señalamos que en el voto del doctor Barrancos y Vedia expresamente se manifiesta que el art. 1185 bis no exige la posesión para declarar oponible el boleto al concurso;

- en cambio otros tribunales han otorgado amparo al adquirente sobre la base exclusiva de la posesión. Así, se ha dicho recientemente que "desde que la tradición tiene una función publicitaria el poseedor con boleto para lograr prelación frente al embargante no precisa otra cosa que la tradición recibida de buena fe, extremo que se presume", agregándose que el poseedor con boleto no goza exclusivamente de un derecho personal, sino de un derecho que no es real ni personal sino un ius ad rem (CS Tucumán, Sala Civ. y Penal, 23/4/92, LL, del 24/3/94, fallo N° 92. 042). No hay que profundizar mucho para ver que este fallo es una verdadera "comedia de equivocaciones", pues empieza por confundir la función de la tradición como "modo" de adquisición del derecho real con la función publicitaria de la posesión (posesión exteriorizadora), para concluir en la invención de un tertium genus entre el derecho real y personal francamente incomprensible. Es más, la sentencia tucumana cita a Gatti (Teoría general de los derechos reales, Buenos Aires, 1980, pág. 96); lo que no dice la sentencia es que Gatti después de explicar esta categoría intermedia que tiene origen probable en el derecho canónico concluye expresando: "Por nuestra parte entendemos que no se justifica, desde ningún punto de vista, la admisión de una tercera categoría que rompería la clara dicotomía: derechos personales - derechos reales, pero consideramos que la expresión ius ad rem es la más técnica para designar al derecho personal cuyo correlato consiste en la obligación de entregar cosas ciertas para transferir el dominio o constituir sobre ellas derechos reales y que esa expresión está virtualmente contenida en el artículo 2468 del Código Civil cuando habla del derecho a la posesión". De donde es claro que Gatti no reconoce la existencia de un tertium genus, y por el contrario califica claramente de derecho personal al que tiene el acreedor a la transmisión del dominio;

- la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires viene inclinándose decididamente por la protección del adquirente con boleto en los términos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del art. 1185 bis aun fuera del ámbito concursal, pues ". . . las razones tuitivas y éticas que llevaron a la incorporación de este precepto deben observarse y atenderse para extender su aplicación. . ." a los casos de conflicto extraconcursales (SCBA, 246/86, citada en CCC Mercedes, Sala 1^a, 30/6/92, Jurisprudencia Argentina del 5/1/94);

- en este último sentido se ha pronunciado también la Corte provincial en la sentencia del 2/9/93 (registrada en ED, 153 - 635 con nota de Jorge H. Alterini);

- y finalmente en el fallo que comentamos la Corte provincial aborda concretamente la posible integración del art. 1185 bis con el art. 150, LC, prescindiendo explícitamente del requisito del destino a vivienda que emana de la última norma citada.

5. CUESTIONES A EXAMINAR

De lo expuesto hasta ahora surge la existencia de varias cuestiones a abordar, entre las cuales y sin excluir otras, mencionamos: (i) si hay un dominio imperfecto u otro derecho real que autorice la procedencia de la tercería de dominio; (II) cuál es la vía procesal apropiada para sostener la oponibilidad del crédito a la escrituración; (III) si el art. 1185 bis puede hacerse valer fuera del concurso del enajenante; (IV) de mediar respuesta positiva a esta última cuestión, si el titular del boleto debe acreditar el destino a vivienda; (v) si la posesión por sí sola, adquirida con anterioridad al embargo o constitución del derecho real, asegura la protección del poseedor.

5.1. Inexistencia de dominio u otro derecho real

La tesis inicial de la Corte provincial en el sentido de existir una suerte de dominio imperfecto está hoy virtualmente abandonada. Basta para descartarla con recordar que el dominio no se extingue sino en las condiciones del art. 2609 que literalmente dice: "Se pierde igualmente el dominio por enajenación de la cosa, cuando otro adquiere el dominio de ella por la tradición en las cosas muebles, y en los inmuebles después de firmado el instrumento público de enajenación, seguido de la tradición".

De modo que antes de la escritura pública el dueño sigue siendo el enajenante, y es obvio que no pueden coexistir dos dominios sobre la cosa (art. 2508) ni aun cuando uno de ellos fuera imperfecto, pues en la hipótesis final del art. 2661 coexisten nuda propiedad y usufructo u otros derechos de esa especie, con lo que en realidad el Código alude a un caso de dominio desmembrado (Alterini, J. H. , en Llambías - Alterini, Código civil anotado, t. IV - A, pág. 472).

5.2. Vía procesal

Descartado que exista un derecho real, parece razonable sostener que: (I) el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

titular de un boleto de compraventa o quien sea parte de cualquier otro negocio jurídico que cause un crédito a la transmisión del dominio del inmueble, no tiene sino un crédito a esa transmisión que se satisface mediante el otorgamiento de la escritura pública; (II) para hacer valer un crédito pretendidamente preferente a otros, la vía procesal adecuada es la tercería de mejor derecho.

De todos modos queda claro que el nomen iuris es indiferente; aun llamada de dominio, el tribunal puede, iura novit curia, tratarla como de mejor derecho.

5. 3. Posibilidad de extender el art. 1185 bis a situaciones no concursales

No cabe duda de que el art. 1185 bis fue incorporado al Código Civil para dejar sin efecto la doctrina del plenario "Lozzi" de la Cámara Comercial de la Capital Federal, conforme al cual no procedía la demanda por escrituración de un inmueble deducida por el titular del boleto de compraventa cuando el vendedor, con posterioridad a su otorgamiento, ha caído en quiebra, aun habiendo mediado tradición y pago del precio (registrada en ED, 20 - 947). Y que, naturalmente, se refiere a la situación de concurso (civil liquidativo) o quiebra(1)(273) del enajenante, con lo que se trata de una norma concursal (conf. voto de Anaya en CNCom. , en pleno, 8/7/81, citado), aun cuando esté incluida en un cuerpo legal extraño a la ley de concursos.

Para saber si podemos extender esa oponibilidad a una situación no contemplada por la norma, sugerimos detenernos un instante en cuál sea la naturaleza de esa "oponibilidad" que disponen el art. 1185 bis y el art. 150, L. C.

Desde nuestro punto de vista estas normas consagran una excepción a una regla concursal: esto es, que en la quiebra los créditos de dar y de hacer contra el fallido, se resuelven siempre en dinero, no habiendo derecho a requerir el cumplimiento en especie; regla expresada en el art. 131, LC que bajo el acápite "Prestaciones no dinerarias" dispone que "Los acreedores de prestaciones no dinerarias, de las contraídas en moneda extranjera o aquellos cuyo crédito en dinero deba calcularse con relación a otros bienes, concurren a la quiebra por el valor de sus créditos en moneda de curso legal de la República, calculado a la fecha de la declaración o, a opción del acreedor, a la del vencimiento, si éste fuera anterior".

Es decir que, satisfechos los requisitos de los arts. 1185 bis y 150 LC, el crédito a la escrituración (rectius: a la transmisión del dominio sobre la cosa inmueble) no se transforma - en la quiebra del enajenante - en crédito dinerario, sino que puede exigirse su cumplimiento en especie, debiendo el síndico suscribir la escritura pertinente.

Ahora bien; no mediando concurso o quiebra, la regla es exactamente la inversa, o sea, que normalmente el acreedor tiene derecho a exigir que el deudor le procure exactamente aquello a lo que se ha obligado (art. 505, inc I.). Por lo cual, por regla general, el acreedor a la escrituración puede requerir el cumplimiento en especie. Así lo tienen decidido nuestros

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tribunales desde antaño, esto es, desde que la Cámara Nacional en lo Civil en pleno resolvió que en el juicio de escrituración el juez puede firmar la escritura si no lo hace el obligado (registrado en LL, 64 - 538, ED, 2 - 405). De donde el art. 1185 bis sólo ha tenido en miras la situación concursal por ser ésta excepcional al derecho común; en otras palabras, el art. 1185 bis vuelve al derecho común, a la regla general del art. 505.

Pero en definitiva, dirá el lector, hay ciertos casos en que el adquirente con boleto no puede escriturar, o alguien pretende impedirlo. Es cierto; esos casos son varios: (I) que otro sujeto haya adquirido el dominio; (II) que otro sujeto haya recibido un derecho real de disfrute de la cosa ajena (usufructo, uso, habitación, servidumbre); (III) que otro sujeto tenga otro boleto de compraventa y también pretenda escriturar; (IV) que otro sujeto haya adquirido emplazamiento registral como acreedor hipotecario; (v) que un acreedor del enajenante haya obtenido emplazamiento registral de un embargo.

Y nosotros afirmamos que estos conflictos de concurrencia de acreedores se resuelven por reglas particulares aplicables a cada uno. Así, si alguien adquirió el dominio (de buena fe) el promisorio de la venta tendrá una acción de daños contra el promitente⁽²⁾(274); si alguien adquirió un derecho real de disfrute de la cosa ajena, el adquirente con boleto deberá soportarlo si adquiere el dominio o podrá resolver el contrato reclamando además los daños y perjuicios pertinentes. Si hay dos compradores con boleto, la solución del conflicto depende de factores tales como la efectiva entrega de la posesión a uno de ellos y la respectiva buena fe.

En cuanto al conflicto entre el adquirente por boleto y el acreedor hipotecario, parece ineludible resolverlo en favor del acreedor hipotecario si aquél no tiene posesión; ello así por razón del *ius persecuendi* característico del derecho real que le permite excluir a otros acreedores que pretendieran ejercer derechos sobre la cosa.

Una hipótesis particular es que el boleto tuviera emplazamiento registral en las provincias cuya ley registral admite tal posibilidad. Habría que analizar en tal caso cuál es el alcance y eficacia de tal registración, esto es, si ella genera una suerte de exclusión de otros acreedores al causar una preferencia sobre el inmueble; supuesto en el cual podría darse precedencia a su titular; amén de que podría invocarse que esa exteriorización excluiría la buena fe del acreedor hipotecario posterior. En el número 5. 5. nos referimos a la situación del poseedor.

En cuanto al conflicto entre el adquirente por boleto y el embargante parece tener que resolverse por reglas semejantes a las del acreedor hipotecario, habida cuenta que el acreedor embargante goza de un privilegio creado por los códigos procesales, mientras que el derecho de fondo ni el procesal acuerdan ningún privilegio o preferencia al adquirente con boleto de compraventa en situación con concurrencia con otros acreedores que se desenvuelva fuera del procedimiento concursal.

En síntesis, pensamos que las situaciones de conflicto entre adquirente con boleto y otros acreedores del vendedor se resuelven por reglas distintas a la del art. 1185 bis, precepto que responde a la finalidad de excepcionar la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

regla concursal de la conversión de todas las obligaciones de dar dinero.

5. 4. El art. 1185 bis y el destino a vivienda

De acuerdo a lo que hemos expuesto en los números precedentes, la cuestión planteada es abstracta para nosotros, ya que no consentimos en que la solución de un conflicto extraconcursal se resuelva por el art. 1185 bis.

Pero si, como lo propicia la Corte de la Provincia de Buenos Aires, se toma a esa disposición del código de derecho común, como sustento de la solución que autoriza la escrituración postergando así a otros acreedores, no parece posible prescindir de la aplicación del precepto íntegro, esto es, con el requisito del art. 150 de la ley concursal.

Es que, como hemos señalado antes, no puede dudarse de que el art. 1185 bis es una regla de derecho concursal; como tal ha sido integrada con el art. 150, LC: los dos artículos componen una sola y única norma. Así surge incluso de la letra del art. 150, LC.

Por lo que su escisión, haciendo caso omiso del destino a vivienda constituye una solución arbitraria, en el sentido de la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, pues prescinde de la aplicación del texto legal vigente sin que medie declaración de inconstitucionalidad.

5. 5. La protección del poseedor

En el número 5. 3. aclaramos que nos referíamos a la tutela del adquirente por boleto de compraventa, cuestión distinta de la tutela del poseedor (con causa o no en un boleto de compraventa).

Justamente en otro comentario a un anterior precedente de la misma Corte provincial, Jorge H. Alterini expone claramente esta distinción, propiciando la protección del poseedor en razón de la función publicitaria que asigna a la posesión exteriorizadora (o "posesión exteriorización" como la llama Molinario, Alberto D. , quien alude expresamente a esa función: De las relaciones reales, 2da. ed. , Buenos Aires, pág. 101). Sigue así Alterini su prédica iniciada hace varios años ya en algunos trabajos muy difundidos (La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral, Buenos Aires, 1974; Prehorizontalidad y boleto de compraventa, en colaboración con Gatti, Buenos Aires, 1973), que encontrara eco en algunos precedentes de la Sala C de la CNCiv. (v. sentencia del 7/9/76 registrada en ED, 72 - 383 y del 21/11/78 registrada en ED, 83 - 299) y en numerosos certámenes científicos que enumera en su reciente nota de ED, 153 - 635.

En muy apretada síntesis, Alterini sostiene que la posición de quienes hacen prevalecer al acreedor hipotecario frente al poseedor incurren en: (I) una contradicción, en cuanto sí admiten la precedencia del locatario de fecha cierta anterior a la constitución de la hipoteca; (II) una interpretación disvaliosa, pues se desprotege al adquirente con boleto que exterioriza su derecho de la única manera que el ordenamiento le autoriza.

Nosotros reconocemos la función publicitaria de la posesión, pero a la tesis de Alterini hacemos las siguientes observaciones:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- la precedencia del locatario deriva del ius persecuendi "postizo" como lo llamaba Alsina Atienza en sus clases, que le asigna el art. 1498, Cód. Civil;
- la del acreedor hipotecario se funda en los caracteres propios del derecho real;
- la del embargante en la existencia de un privilegio de fuente legal;
- mientras que ninguna disposición legal asigna al poseedor el derecho de excluir a otros acreedores del dueño.

Cierto es que podría sostenerse que el acreedor hipotecario "debe" consultar el estado de la posesión del inmueble, y si no lo hiciera no podría invocar su buena fe. Pero es difícil encontrar fuente legal para sostener tal "deber" siendo reconocido que no ejerciéndose la hipoteca a través de la posesión, puede incluso ser constituida por quien no es poseedor.

Y además es claro que tal "deber" no rige para el acreedor embargante. De donde la tal publicidad causada por la posesión, no parece suficiente para excluir la buena fe del acreedor hipotecario y embargante.

Y en cuanto a que sea disvalioso tutelar a estos acreedores por encima del poseedor, es afirmación por lo menos cuestionable. En orden a la seguridad jurídica, parece mucho más razonable proteger a quienes se someten a la realidad registral que a la siempre voluble realidad posesoria. Mucho más cuando hoy en día en la mayor parte de las provincias argentinas y naturalmente en la Capital Federal es muy sencillo obtener la escrituración y registración de un inmueble en cuestión de pocos días.

6. CONCLUSIONES

En síntesis sostenemos:

- (I) el art. 1185 bis es una norma concursal;
- (II) su finalidad es excluir al adquirente con boleto de la conversión de su crédito al dominio, en crédito dinerario;
- (III) la norma concursal del art. 1185 bis se integra con la norma también concursal del art. 150, LC;
- (IV) los conflictos del adquirente con boleto y otros acreedores del vendedor que se planteen fuera de un juicio universal, se resuelven por la aplicación de otras reglas distintas a la del art. 1185 bis;
- (V) si de todos modos se pretendiera aplicar el art. 1185 bis a una situación extraconcursal, no puede prescindirse de su integración con el art. 150, LC;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(VI) la posesión cumple una función publicitaria, que según una importante corriente de opinión es lo que permite amparar al poseedor causado en boleto frente a otros acreedores del vendedor que pretendan ejercer derechos contra la cosa; pero a nuestro juicio esa publicidad posesoria no es suficiente para excluir la buena fe del acreedor hipotecario o del embargante, quienes pueden fundar su pretensión excluyente de terceros en claras disposiciones legales.

IV SIMULACIÓN. Legitimidad, prueba: carga; indicios, valoración

Doctrina: 1) Quien acciona por simulación no puede tener un derecho imaginario, sino por el contrario, sus facultades en tal sentido deben quedar establecidas, aunque no fuera de un modo absolutamente cierto e incontrovertible, por lo menos de una manera que lo hagan atendible para demostrar el interés jurídico en la utilización de un recurso de tan importantes proyecciones.

2) Los legitimarios carecen de acción para impugnar los actos ficticios del causante en vida del de cujus, porque hasta ese momento sus prerrogativas son simples expectativas, en la medida que la efectividad de su derecho depende de muchas circunstancias, como ser la sobrevivencia de los titulares de la legítima del causante y del hecho de dejar algunos bienes, cuya entidad, sujeta a los vaivenes que puede sufrir la fortuna del antecesor, podrán hacer modificar la contingente legitimación para entablar una demanda donde se controvierta la eficacia de los actos celebrados por aquél.

3) Mientras que el examen de la prueba del acto simulado debe ser rigurosa cuando es aportada por sus otorgantes, no puede en cambio serlo respecto de la reunida por los terceros que son ajenos al mismo, pues aquellos habrán podido y, salvo casos excepcionales, debido procurarse un contradocumento, pero los terceros no pueden poseerlo, justamente porque la simulación se hace en su perjuicio y si aquél se otorgó, los simuladores lo mantendrán en secreto. Más aún, como la simulación realizada para perjudicar a terceros supone un hecho ilícito y a veces un delito criminal, las partes procurarán generalmente rodear al acto de todas las apariencias de realidad, ocultando los indicios comprometedores y borrando los rastros, como también armando una escena que convenza de una realidad aparente y eligiendo el momento oportuno.

4) No podría pensarse en exigirse a quien demanda por simulación la prueba escrita de la misma, puesto que siendo el actor la víctima del delito civil, los autores no pondrán en sus manos tales elementos. Por ello, el medio frecuentemente utilizado por los terceros es la prueba de presunciones o indicios suficientes, para llevar al ánimo del juzgador la convicción de que ha ocurrido la simulación, siendo la apreciación de esa prueba una cuestión de hecho librada al recto criterio judicial.

5) La carga de la prueba de la simulación recae sobre ambas partes, pues a quien la invoca le incumbe demostrarla y la parte demandada tiene que colaborar con su aporte probatorio para acreditar la efectiva realidad del acto, sin que por ello se derogue de modo absoluto el principio general de que la prueba debe ser alegada por quien alega el hecho.

6) Descubrir la causa simulandi tiene una gran importancia, porque arroja una luz esclarecedora sobre todo el negocio controvertido y facilita la interpretación de la conducta de las partes. Es necesario, empero, no exagerar su notoriedad y erigirlo en requisito cuya prueba sea inexcusable, dado que muchas veces los móviles de la simulación son inciertos, imprecisos, ambiguos o de contornos indefinidos.

7) No debe ni puede exigirse una prueba de los móviles de la simulación, pues es muy