

# Distintas interpretaciones sobre la etapa previa a la escritura y posibles alternativas en la contratación\*

Claudia L. Busacca, Ana L. Díaz Prandi, Silvia Impellizzeri y Ma. Ivana Pacheco de Ariaux

*Sumario:* PARTE I. Lineamientos conceptuales de la reserva. PARTE II. La reserva, un contrato que se suma al iter-contrato para llegar a la transmisión definitiva de la propiedad de la cosa a favor del adquirente. PARTE III. Posibles salidas a la contratación inmobiliaria frente al actual marco económico-financiero. 1. Introducción. 2. Arrepentimiento. Una salida posible. 3. Conclusión. PARTE IV. Nuestras propuestas.

## PARTE I. LINEAMIENTOS CONCEPTUALES DE LA RESERVA

La contratación inmobiliaria presenta dos etapas, netamente diferenciadas, de cuyo recorrido, en la práctica, no es frecuente prescindir. Nos referimos al *precontrato* y al *contrato*. Estas etapas están sujetas a regímenes jurídicos bien diferenciados, constituyendo la expresión de una necesidad fuertemente advertida para dotar al tráfico inmobiliario de máxima seguridad jurídica.

La contratación inmobiliaria se inicia a partir del otorgamiento de un precontrato vinculante; en el tema en estudio, la reserva. Ocurre cuando una persona que es titular de dominio celebra una autorización de venta con un intermediario, quien, a su vez, lo ofrece al público en general a través de los medios de publicidad. Esta oferta no tiene los elementos de la oferta contractual, ya que falta la característica de la oferta dirigida a una persona determinada. Luego, una vez que el comprador o adquirente deja una suma de dinero en la inmobiliaria, aparece la llamada reserva de compra, que consiste en una verdadera oferta de compra, dado que reviste todas aquellas características de la oferta contractual: se realiza sobre los elementos del negocio a realizar y a persona determinada.<sup>1</sup>

\* Este trabajo fue presentado en la XL Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 1 y 2 de agosto de 2013).

1. ACQUARONE, María T., *Los emprendimientos inmobiliarios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007 (2ª ed. actualizada y ampliada), p. 91.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la reserva celebrada ante el agente inmobiliario constituye una oferta, que se ubica dentro del marco de la contratación entre ausentes. La aceptación de la oferta por parte del propietario es la que hace nacer el contrato.

Morello sostiene que la reserva constituye un contrato innominado mediante el cual se entrega una suma de dinero en calidad de reserva de un inmueble durante algunos días y el dueño contrae la obligación de no comprometer con un tercero su venta durante ese lapso, pagando la otra parte aquella suma por la espera de su conveniencia. Sostiene, asimismo, que aunque el precontrato designado como reserva de compra reúna todos los requisitos propios del contrato de compraventa (cosa, precio, forma de pago, designación del escribano, etc.), si la venta quedó condicionada a la conformidad del inquilino o a la firma del boleto respectivo, operaciones estas que no se cumplieron por no haberse llegado a un acuerdo, debe considerarse extinguida e inexistente la operación a que se refiere dicho documento, debiendo restituir el vendedor la suma recibida por el comprador.<sup>2</sup>

En esta etapa de la transacción inmobiliaria, cabe preguntarse –manteniendo el firme objetivo de dotar al mercado de seguridad jurídica– qué ocurre frente al incumplimiento de una de las partes y cuáles serían sus consecuencias. ¿Estamos frente a la posibilidad de demandar el cumplimiento forzoso del contrato principal? ¿Se puede reclamar el doble de la suma entregada? ¿Se pierde la suma dada en concepto de reserva? Todo dependerá del acuerdo de voluntades de los contratantes y de la redacción de los instrumentos por los que decidan vincularse en esta etapa inicial.

Gastaldi divide la cuestión en tres partes:

- 1) Los instrumentos de reserva: frecuentemente denominados preboletos o boletos provisorios, que no constituyen en sí mismos boletos de compraventa y cuyo desistimiento no causa pérdida de lo entregado, llegándose a denominarlos contratos de reserva; por lo tanto, el único objetivo es “asegurar por un tiempo determinado el bien sobre el cual se tendrá prioridad”.
- 2) La reserva: considerada como una modalidad contractual atípica, mediante la cual el propietario se obliga, contra la entrega de una suma de dinero, a no enajenar el bien a un tercero en el plazo estipulado, acuerdo que caduca auto-

2. MORELLO, Augusto, *El boleto de compraventa inmobiliaria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981 (3ª ed.), p. 225.

máticamente si las partes no concretan el boleto definitivo, existiendo un plazo esencial, tácitamente determinado, incorporado al contrato.

- 3) La reserva pura: en la que se subordina la relación contractual instrumentada en ella a la firma de un boleto definitivo como una condición suspensiva, en donde la frustración provoca los efectos del artículo 548 del Código Civil.<sup>3</sup>

Entendemos, contestes con la jurisprudencia, que la reserva es un contrato en virtud del cual el futuro vendedor se compromete a mantener indisponible el inmueble por un tiempo determinado, a cambio de una suma de dinero. Si el plazo vence sin que se arribe a la conclusión del negocio, se produce su caducidad, con la consecuente retención o reintegro de las sumas entregadas según lo hayan pactado en el contrato. La responsabilidad frente al incumplimiento dependerá del análisis de las intenciones que han tenido en mira las partes al contratar. El *reservante* no celebró el contrato principal, sólo fijó en él las bases de aquel, por lo que es inaceptable, frente a un incumplimiento, que se opte por el cumplimiento forzoso del principal. El juez no podrá, por vía de ejecución, sustituir la voluntad del precontratante que no celebró el contrato principal.

El precontrato es un contrato en el que las partes se comprometen a celebrar en el futuro otro contrato, el principal, que actualmente no pueden celebrar porque no se dan las circunstancias para ello, ya sea porque no se han verificado los títulos, porque está sujeto al otorgamiento de un crédito o porque está condicionado a la venta de otro inmueble, entre otros.

La compraventa inmobiliaria, como contrato definitivo, puede ser precedida por precontratos o contratos previos, también denominados por la doctrina como negocios preparatorios y negocios preliminares. El contrato preparatorio se instrumenta previendo la celebración de uno u otros contratos futuros principales y dando en el inicial las bases de dichos negocios. Los preparatorios, reglamentarios o normativos no obligan a la celebración del contrato futuro; sólo tienen en común su función de preparar la concertación de otro u otros contratos, que serán los definitivos.<sup>4</sup>

Este instituto, la reserva, al que los profesionales del derecho rescatamos como eslabón fundamental para el andamiaje inmobiliario en momentos de gran incertidumbre social, eco-

3. GASTALDI, José M., "Las cláusulas de 'reserva' y otras cuestiones en la compra y venta inmobiliaria", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, tomo 124, p. 287.

4. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Compraventa inmobiliaria*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991 (2ª ed. actualizada), p. 99.

nómica y financiera, como el actual, fue empleado como paso anterior al boleto en tiempos de fuertes demandas y a tenor de ciertas características localizadas de algunas plazas. Sobre tal variante, se ha dicho que constituye un contrato innominado, mediante el cual se entrega una suma de dinero en calidad de reserva de un inmueble durante algunos días, en virtud de la cual el dueño contrae la obligación de no comprometer con un tercero la venta de un inmueble durante ese lapso, *pagando* la otra parte aquella suma por la espera de su conveniencia.<sup>5</sup>

Aunque el precontrato designado como reserva de compra reúne los lineamientos de los elementos esenciales del contrato de compraventa inmobiliaria (es decir, se acuerde sobre cosa, precio, moneda y forma de pago, designación de escribano, plazos, etc.), no constituye la celebración del contrato principal de compraventa. Ahora bien, una vez otorgado, este precontrato es vinculante para las partes y genera el inicio del proceso escriturario, con las consecuencias y responsabilidades analizadas, según el acuerdo de voluntades al que hayan arribado.

En un mercado cercado por disposiciones económicas, financieras e impositivas de notorio tinte regresivo, paralizado por la pérdida de confianza en el sistema y el temor a no obtener la contraprestación pactada entre las partes, la reserva es la herramienta jurídica que viene a dar alivio a los sujetos que interactúan en el tráfico inmobiliario, dotándolo de seguridad y certeza.

En nuestros días, constituye una gran preocupación del mercado inmobiliario y frente a la misma se paraliza el cumplimiento por parte del comprador del pago del precio en la moneda pactada. Los escribanos debemos asesorar a nuestros clientes, recurriendo a esta herramienta, la reserva, en virtud de la cual si no se cumple el pago en la moneda pactada, en el momento de la escrituración, sólo se deberán restituir las sumas recibidas en concepto de reserva, con las consecuentes responsabilidades mínimas como ser el pago de los gastos y honorarios incurridos, pero en absoluto generará, por vía de ejecución, el cumplimiento forzoso de un contrato que las partes aún no han celebrado.

Cabe hacer una distinción en el abanico de las responsabilidades para aquella instancia en la que los sujetos contratantes han acordado que las sumas entregadas no revisten el carácter de reserva, sino que lo son en concepto de seña. Sabemos que con la sola mención de que las sumas entregadas lo son en con-

5. MORELLO, Augusto, ob. cit. (cfr. nota 2), p. 225.

cepto de seña, se presume la intención de los contratantes de arrepentirse, con la consecuente sanción de devolver la suma recibida, más otro tanto igual en concepto de indemnización, para el supuesto en que el vendedor ejerza la facultad de arrepentirse, o, en su caso, de perder la suma entregada cuando dicha facultad la ejerce el comprador. Ahora bien, cuando se pacta que la suma entregada es a “cuenta de precio y principio de ejecución”, se interpreta que el hecho de la entrega efectuada en el acto del boleto tuvo ese carácter, no siendo intención de las partes pactar la facultad de arrepentirse, la que no puede presumirse, sino que debe surgir inequívocamente del texto del contrato; allí sí viabiliza por vía de ejecución y frente al incumplimiento forzoso del contrato principal.

El proceso de la contratación inmobiliaria dentro del mercado actual requiere, para ser llevado a cabo con éxito, la intervención de profesionales del derecho especialistas en el tema, revistiendo tal calificación los escribanos, en cuya experiencia y pericia descansa, en buena parte, la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

Asesoremos a nuestros clientes, proporcionándoles certeza y seguridad jurídica desde el inicio de la contratación inmobiliaria, como hacedores de instrumentos que tutelen y garanticen sus derechos, en especial en las circunstancias actuales del mercado en las que nos toca ejercer.

## **PARTE II. LA RESERVA, UN CONTRATO QUE SE SUMA AL ITER-CONTRATO PARA LLEGAR A LA TRANSMISIÓN DEFINITIVA DE LA PROPIEDAD DE LA COSA A FAVOR DEL ADQUIRENTE**

En una secuencia normal de negociación inmobiliaria, existen distintos actos de relevante significación previos al otorgamiento de la escritura de venta, como, por ejemplo, la autorización de venta, la reserva y el boleto de compraventa, con la posibilidad de que en el devenir de la negociación se deban convenir prórrogas o modificaciones.

Este trabajo se centrará en la reserva, debido a que la política cambiaria que impera en la actualidad en el país ha obstaculizado el pago del precio en dólares estadounidenses, moneda por excelencia elegida por los argentinos a la hora de vender. De esta manera, se tornan vulnerables los compromi-

sos asumidos, se desalienta a las partes a asumir mayores responsabilidades y se afecta el mercado inmobiliario, que, como tal, necesita reglas claras.

La reserva, hoy por hoy, es el instrumento preferido para vincular a las partes en una negociación inmobiliaria. Las expresiones “vamos a escritura directa”, “firmen reserva, no boleto” suponen la necesidad de contar, mínimamente, con un compromiso por escrito. La reserva se convirtió en el instituto ideal para receptor los presupuestos de la contratación. Es, en su esencia, una propuesta de compra que se formaliza conjuntamente con la entrega de una pequeña suma de dinero a los efectos de demostrar la seriedad del reservante y de lograr que el vendedor no venda el inmueble a un tercero por el tiempo fijado.

Asimismo, la reserva contiene todos los elementos de la compraventa: “describirá la cosa, objeto de la negociación, el precio, la forma de pago, la designación del escribano, pero falta el consentimiento pleno”.<sup>6</sup> Sin embargo, su redacción defectuosa la desnaturaliza y puede convertirla en un verdadero boleto de compraventa, corriendo el riesgo de cambiar el tipo de responsabilidad civil a que queda sujeto el incumplidor. La reserva supone una obligación basada en la responsabilidad *in contraendo*. En cambio, en el boleto de compraventa la parte incumplidora está alcanzada por la responsabilidad contractual, dándole derecho a la otra parte a exigir el cumplimiento de lo pactado.

Algunos autores sostienen que la reserva supone vincular al corredor inmobiliario con el futuro comprador, algo que sucede en la práctica. La misma estaría sujeta a la aprobación por parte del vendedor respecto del precio ofrecido o bien a la aprobación por parte del comprador de la documentación y distintos detalles de la venta. Otros autores sostienen que la reserva es un instrumento que puede suscribirse entre vendedor y comprador, directamente, ya que al existir la intervención de una inmobiliaria, la reserva releva una operación sujeta a alguna condición.

Una vez que es aceptada, tendrá lugar la celebración del boleto de compraventa definitivo o bien el otorgamiento de la escritura de venta. Si las condiciones no son aceptadas por alguna de las partes y, por lo tanto, desisten de continuar con la negociación, el comprador tiene derecho a recuperar la suma entregada. La reserva documenta todas las tratativas de las

6. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*.

partes, pero su redacción debe dejar en claro que es un paso previo y que la contratación definitiva puede frustrarse por decisión de cualquiera de las partes, con causa en dicha reserva. Vincula a las partes en la medida en que la misma se acepte.

Si una de esas condiciones, aceptada por el comprador, fuese que el precio se abone en dólares y luego no puede ser cumplida al momento de la escrituración, se daría lugar al desistimiento de la operación y el vendedor tendría derecho de retener la suma recibida como reserva, por cuanto el comprador aceptó el pago del precio en moneda extranjera. Distinto sería el caso si se pactara el precio en dólares y la reserva contemplara como condición la obtención de los dólares por parte del comprador con el deber de notificar esta situación antes de la escrituración. En este supuesto, el vendedor permite y acepta que la venta no se concrete si el comprador no obtiene la moneda pactada y ello deberá devolver la suma entregada, sin ningún aditamento.

Se refuerza la idea de que la reserva es un documento que puede utilizarse en situaciones donde la venta está sujeta a ciertas condiciones y las partes no han querido darle el carácter de instrumento definitivo. Asimismo, todo ello debe surgir claramente de la redacción.

No se necesita crear una nueva figura ni acudir a contratos innominados. En la etapa de negociación, la reserva es un elemento que fácilmente encuadra los puntos salientes de la misma.

### **PARTE III. POSIBLES SALIDAS A LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA FRENTE AL ACTUAL MARCO ECONÓMICO-FINANCIERO**

#### **1. Introducción**

La actual coyuntura económico-financiera influye en la contratación en la medida de la incertidumbre reinante. Frente a esta realidad, toman fuerza los contratos provisorios, preliminares y los diversos pactos que prevé nuestra legislación (seña, pacto comisorio, retroventa, obligaciones condicionales), pero, más aún, constatamos la necesidad de innovación en la redacción y creación de cláusulas contractuales.

El fantasma de si el comprador podrá o no cumplir con el pago del precio en la forma pactada ronda, desde su génesis, la mayoría de las compraventas. La ruptura del sinalagma por desequilibrio en las contraprestaciones, devenido con posterioridad al aparente cierre del negocio, obstaculiza, sin más, la posibilidad de llegar a la firma de la escritura sin perjuicio para las partes. En muchos casos, esta dificultad conduce a la suscripción de los llamados instrumentos provisorios, donde, especialmente, el elemento precio está sujeto a posibles cambios –por ello, recurrimos a cláusulas tales como las que hacen referencia a que “en caso imposibilidad de adquirir la moneda pactada...”–.

En esta etapa, no deberíamos hablar propiamente de compraventa definitiva y, así, propiciar que las partes, roto el sinalagma, puedan tener una salida distinta al incumplimiento de las obligaciones a su cargo, del negocio que devino injusto para alguna de las partes o para ambas. Es más apropiado hablar en esta instancia de instrumento provisorio, que prevea la salida mediante el arrepentimiento, pero sin el carácter penitencial que le otorga el artículo 1202 del Código Civil, que justiprecie el recupero de los gastos y honorarios ocasionados hasta el momento y que, en caso de que las partes así lo convengan, haya una compensación pecuniaria mediante una cláusula penal.

Debe quedar bien claro que ese instrumento no constituye ni tiene la entidad que le da el artículo 1185 del Código Civil, que permitiría demandar la escrituración. Además, debemos saber que no por llamar a estos instrumentos provisorios así lo serán “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”.<sup>7</sup>

Los elementos que configuran la compraventa están enumerados en el artículo 1323 del Código Civil que reza:

Habrà compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero.

... no cabe duda que el contrato queda perfeccionado cuando se han reunido los tres elementos esenciales contenidos en el artículo: consentimiento de las partes, la cosa y el precio.<sup>8</sup>

Sin embargo, ello no impide que le agreguemos el carácter de provisorio –tal como lo señalaba Solari Costa–, ateniéndonos a

7. SOLARI COSTA, Osvaldo, “La reserva de compra inmobiliaria”, en Alterini, Jorge H. (dir.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, La Ley, 2012, tomo 5, p. 47.

8. NAVAS, Raúl (h) y NUTA, Ana R., [comentario al fallo 42503, CNCiv., Sala I, 20/2/1990, “Sánchez, Lilian E. c/ Goldfarb, Abraham”].

que, de este modo, estamos interpretando acabadamente la voluntad de las partes y dándole a este consentimiento una condición.

Ahora bien, aclarado este aspecto básico, necesitamos mirar más lejos, ir en búsqueda de instrumentos que plasmen la voluntad de las partes de manera tal que las expectativas no se vean frustradas, más allá de la concreción o no del negocio que tienen en miras: un documento que les brinde una solución sencilla en caso de que sobrevenga un cambio de las circunstancias de manera tal que, aun si se resuelve la contratación, sufran el menor perjuicio económico. Aspiramos a un instrumento autosuficiente, que no requiera la necesidad de recurrir a la justicia para su interpretación; en fin, que prevea que las partes puedan desobligarse siguiendo lo previsto allí.

Con nuestro trabajo, pretendemos aportar un instrumento que soslaye los obstáculos del mercado actual, con un sacrificio pecuniario mínimo y acudiendo a la buena fe contractual como pilar del negocio. Esta búsqueda nos ha impulsado a trabajar sobre *arrepentimiento o señal o arras*.

## 2. Arrepentimiento. Una salida posible

Entre los posibles acuerdos viables frente al actual estado de situación del mercado inmobiliario, la *señal o arras* que receipta el artículo 1202 del Código Civil, con las particularidades que desarrollaremos, se nos presenta como una solución atractiva y a tener en cuenta en la medida en que se trabaje la redacción del contrato de forma tal que refleje claramente la voluntad de las partes y prevea una desvinculación sencilla en su tramitación, sin mayores costos, todo lo cual, sumado a la buena fe contractual –que descontamos–, puede generar un incentivo en las transacciones inmobiliarias además de llevar tranquilidad a las partes.

En esta tarea, el asesoramiento del notario como profesional imparcial y experto en derecho toma preponderancia y un protagonismo especial, por ser el profesional mejor capacitado en este ámbito.

Se requiere ahondar en el estudio del arrepentimiento, para aplicarlo con pleno conocimiento de su función contractual.

### 2.1. Concepto de arrepentimiento. Doctrina y jurisprudencia

Conforme lo señala Etchegaray, citando a Morello:

Es el derecho discrecional que puede hacerse valer por uno y otro de los contratantes, cuando hay entrega de seña, mediante la pérdida de ella, o su devolución con otro tanto, o cuando se ha pactado expresamente. Se basa en los artículos 1202 y 1373 del Código Civil.<sup>9</sup>

Para Abella, “se trata de un pacto de displicencia que constituye, por tanto, una de las causales de ineficacia del contrato posterior a su celebración”.<sup>10</sup>

Como bien señala Etchegaray:

Los pactos que hacen al campo del arrepentimiento están en la normalidad del contrato, y permiten que alguna de las partes pueda desistir del convenio, y no llevarlo adelante, sin por ello incurrir para nada en incumplimiento, ni pena adicional alguna, excepto lo inicialmente convenido para poder válidamente arrepentirse, ya que tal variante ha figurado desde el inicio como actitud posible de las partes.<sup>11</sup>

La Sala H de la Cámara Nacional Civil ha establecido que

La ley civil distingue la cláusula penal (art. 665 del C. Civil) y la entrega como seña (art. 1189 C. Civil), diferencia que es muy clara porque la pena o multa se dispone para el caso de retardo o inejecución de lo prometido, en tanto que la seña está dispuesta como potestad de arrepentimiento y para cualquiera de los contratantes [...] para hacer valer el arrepentimiento, es necesario que se manifieste antes de haber incurrido en mora y dentro de un lapso razonable para la desvinculación del negocio.<sup>12</sup>

Es decir, cuando hablamos de cláusula penal, hablamos de una pena pecuniaria preestablecida, pactada para asegurar lo conenido en un contrato y que se ejecuta en caso de incumplimiento.

La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal ha señalado:

... considero necesario hacer algunas precisiones sobre la naturaleza jurídica de la seña tal como aparece regulada en el

9. ETCHEGARAY, Natalio P., *Boleto de compraventa*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 14.

10. ABELLA, Adriana N., *Derecho inmobiliario registral*, Buenos Aires, Zavalía, 2008, p. 213.

11. ETCHEGARAY, ob. cit. (cfr. nota 9), p. 4.

12. CNCiv., Sala H, 7/12/2010, “Sierra, Patricia Eugenia c/ Brea, Elena Marta s/ daños y perjuicios”, en *La Ley Online*, AR/JUR/18135/2009.

art. 1202 del Cód. Civil, la que desempeña un doble papel; es garantía de la seriedad del acto y tiene el carácter de adelanto de pago de precio, y, por otro lado, otorga a las partes la facultad de arrepentirse de lo pactado, perdiendo la suma de dinero dada –en el supuesto de que quien se arrepienta sea el comprador–, devolviéndola doblada en el caso del vendedor. Es así que nuestra legislación recepta el régimen de seña penitencial que da origen al derecho de arrepentirse, que se extingue cuando se despliegan actos que configuran principio de ejecución del contrato, aspectos que dependen de las particulares circunstancias de cada caso y conforme se demuestre si quien lo ejecutó lo hizo con espíritu consumativo o no...<sup>13</sup>

Coincidentemente, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria entienden que

El derecho a implementar el “arrepentimiento” debe distinguirse cuidadosamente del que tiene la parte no culpable de pedir la resolución del contrato por “incumplimiento” de la otra, dado que el primero es prerrogativa que debe ser diáfananamente ejercida por quien no quiere cumplir el contrato y voluntariamente se retracta, mientras que la hipótesis de incumplimiento no exterioriza un afán de desligarse de la relación por una voluntad unilateral que así lo posibilite, sino que, a lo sumo, será el fundamento de la intención resolutoria que esgrima el contratante fiel, en orden a lo previsto en el art. 1204 CC...<sup>14</sup>

Es conveniente recordar la definición que nos brinda Etchegaray sobre el principio de ejecución: “es cuestión de hecho, pues, como indica la voluntad de las partes –o de alguna de ellas– de cumplir o iniciar el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, surge de la actividad en tal sentido”.<sup>15</sup>

Por su parte, la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha dicho que

... aunque el actor haya enmarcado el caso en forma errónea en el art. 1202 del Código Civil, de todos modos su enfoque tiene un efecto resolutorio, pues no obstante tratarse de supuestos nitidamente distinguibles el de la seña y el del pacto comisorio, ambos producen la extinción del contrato, aunque con consecuencias diferentes.<sup>16</sup>

Es de suma importancia tener presentes los conceptos arrojados por el plenario “Méndez”:

13. CNCas.Penal, Sala II, 16/3/1999, “Albert, Margarita”.

14. Cfr. art. 1202; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Contratos*, tomo I, p. 242, §315; CNCiv., Sala C, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, tomo 60, p. 298, fallo 23365; CNCiv., Sala B, 8/5/1986, n° 18150; CNCiv., Sala F, 12/4/2005, “Salgueiro, Oscar R. c/ Ochagavía, María C. y otros”.

15. ETCHEGARAY, Natalio P., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 4.

16. CNCiv., Sala F, 12/4/2005, “Salgueiro, Oscar R. c/ Ochagavía, María C. y otros”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 28/6/2005, tomo D, p. 36 (cita online AR/JUR 573/2005). Ver LLAMBÍAS, Jorge J. y otros, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, tomo III-A, p. 181, § 5ª.

1º) La cláusula “como seña y a cuenta de precio” tiene una doble función sucesivamente: como seña si el contrato no se cumple y a cuenta de precio en caso contrario. 2º) Si existe plazo para escriturar, ese será también para optar por el arrepentimiento, hasta la constitución en mora. 3º) Si no hubiese constitución en mora extrajudicial, el arrepentimiento puede tener lugar válidamente hasta la contestación de la demanda. 4º) El arrepentimiento es procedente siempre que el contrato no haya tenido principio de ejecución [...] Debe recordarse que ese derecho a arrepentirse debe ser ejercitado en tiempo oportuno y no puede serlo útilmente por el contratante que ha incurrido en mora, según el antiguo plenario de la Cámara Civil, el cual, además del supuesto en que se han realizado actos que importan principio de ejecución de contrato, previó como límite para manifestar el arrepentimiento aquel en que [...] Si existe plazo para escriturar, ese será también para optar por el arrepentimiento, hasta la constitución en mora...<sup>17</sup>

De lo antedicho se desprenden las siguientes características del arrepentimiento:

- Está en la normalidad del negocio
- Es accidental (puede o no pactarse)
- No se presume (debe ser expresa y claramente pactado)
- Puede ser renunciado (lo que tampoco debe presumirse)
- Se ejercita en un plazo determinado
- Su ejercicio debe ser cierto e inequívoco

## 2.2. *Diferencia entre reserva y seña*

La jurisprudencia ha dicho que

La reserva es un contrato atípico cuya función es comprometer al futuro vendedor en la indisponibilidad del inmueble por un período dado a cambio de una suma de dinero, entonces el futuro comprador paga para que el bien sea retirado de la venta mientras se negocian las condiciones de la operación. Si las partes acordaron que las consecuencias que implicaría la no concurrencia a la escritura traslativa de dominio serían que la compradora perdería la suma entregada y la vendedora debería pagar una indemnización equivalente a otro tanto del importe entregado por la adquirente, dicha cláusula configura en los términos del art. 1202 del Código Civil una señal o arras, ya que los efectos previstos por las partes no son los propios del

17. CNCiv., en pleno, 29/12/1951, “Méndez, Roberto con Perrupato de Ferrara, Antonia”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1952, tomo II, p. 277.

incumplimiento contractual, sino más bien una posibilidad de arrepentimiento manifestada en la no concurrencia al acto de escritura.<sup>18</sup>

A su vez, la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil expresó que

... el instrumento firmado por las partes lejos está de constituir una verdadera “seña” en los términos del art. 1202 del Código Civil, sino que la voluntad de las partes al momento de celebrar el contrato fue la de firmar una “reserva provisoria”, que quedaba ad referendum de la aceptación de los propietarios y, consecuentemente, esperaría la celebración del correspondiente boleto de compraventa.<sup>19</sup>

En resumen, ubicamos la reserva en una etapa preliminar de la compraventa en la que comprador y corredor –suerte de nuncio de la parte vendedora– generan un vínculo contractual diferente a la compraventa propiamente dicha, en tanto que el arrepentimiento es un derecho que se guardan las partes de un contrato ya perfeccionado. Por ello, insistimos con que la imprecisión en la redacción puede generar efectos no deseados.

Al respecto, Solari Costa aclara:

... es menester que el acuerdo se celebre entre comprador y vendedor y no entre comprador e inmobiliaria, que es lo que ocurre normalmente cuando se redacta una reserva.<sup>20</sup>

### 2.3. Diferencias entre reserva y boleto de compraventa

A lo anteriormente dicho agregamos que

Se entiende por reserva la entrega de dinero a fin de demostrar la voluntad de compra de un inmueble por un precio que se ofrece en dicha oportunidad y con la finalidad que el vendedor no lo enajene a otra persona. Explica el doctor Augusto Morello que la reserva tiene por efecto asegurarse que por un tiempo determinado el inmueble que se pretende adquirir no será comprometido en venta con terceros, sobre los cuales, llegado el caso, se tendrá prioridad y, de no concretarse la operación, el monto entregado debe ser devuelto. En ciertas ocasiones, es un intermediario quien recibe una suma de dinero en concepto de reserva. En tal caso, se trata de una operación ad referendum

18. C.Civ.yCom. San Isidro, Sala I, 9/8/2007, “Córdoba, María Luz c/ Cuevas, Olga Rosa y otros”, *La Ley Buenos Aires*, La Ley, noviembre 2007, p. 1186 (cita online AR/JUR/5645/2007).

19. CNCiv., Sala L, 19/7/2007, “Rizzo, Atilio c/ Shenk SRL y otros”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 9/1/2008, p. 67 (cita online AR/JUR/5168/2007).

20. SOLARI COSTA, Osvaldo, ob. cit. (cfr. nota 7).

del propietario de la cosa, en cuyo caso éste no se encuentra obligado por ser ajeno al negocio al no haber expresado su consentimiento.<sup>21</sup>

En principio, la reserva no es un contrato de compraventa, pero se dan casos en los cuales la reserva y el boleto provisorio se confunden e, inclusive, otros en que el compromiso de reserva se constituye, de acuerdo con las circunstancias, en un contrato definitivo. En determinados casos se ha asimilado el contenido del boleto de reserva a los denominados boletos provisorios, cuya eficacia ha sido reconocida a condición de que contengan los elementos propios de la compraventa, es decir, consentimiento, cosa y precio.<sup>22</sup>

También ha resuelto la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sin embargo, cuando contiene los recaudos básicos del contrato de compraventa, tales como la designación de las partes, el precio, la forma de pago, fecha de escrituración y la de entrega de la posesión, puede entenderse que se trata de un verdadero boleto, excediendo el marco de una mera reserva; en tales casos, se ha admitido que puede ser la base incluso de un reclamo escriturario a fin de concretar la transferencia de dominio que involucra...<sup>23</sup>

En conclusión, es de suma importancia plasmar en la reserva la clara intención de las partes de manera que permita establecer en qué figura jurídica estamos al momento de interpretar el instrumento, que, a su vez, según fuere uno u otro, producirá distintos efectos. A modo de conclusión, citamos el fallo de la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil:

En estas cuestiones no conviene atenerse a pautas rígidas porque en cada caso particular hay que examinar cuál fue la verdadera intención que tuvieron las partes al celebrar el contrato que las une. En este sentido, juegan un papel preponderante las reglas de interpretación de los contratos en los términos de los artículos 1197 y 1198 del Código Civil, en las que priva ante todo la buena fe, por lo que corresponde hacer una interpretación de las cláusulas atendiéndose a la intención común de los contratantes.<sup>24</sup>

21. CNCiv., Sala H, 6/7/2006, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 2006-F, p. 376 y *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 15/11/2006, p. 809.

22. Cfr. LAVALLE COBO, Jorge E. en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, tomo 5, p. 844.

23. Arts. 1185, 1187, 1197, 1323 y 1356 del C. Civ.; C.Civ.yCom. La Plata 2ª, Sala III, causa 93577, "Naiser, Carlos Simón c/ Aranda, Cayetano y/o ocupantes"; y CNCiv., Sala G, 3/6/1981, "Lore, Rómulo c/ Labaronne, Lía B."

24. CNCiv., Sala L, 19/7/2007, "Rizzo, Atilio c/ Shenk SRL y otros", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 9/1/2008, p. 67 (cita online AR/JUR/5168/2007).

### 3. Conclusión

Luego de analizar estos fallos, es posible acercar un esbozo de solución a la problemática actual tendiente a recuperar la confianza en la compraventa inmobiliaria, planteada desde la intervención notarial, que recepta la voluntad de las partes y permite que llegue a buen término por contar con un instrumento que deja prevista la posibilidad de resolución por arrepentimiento como derecho acordado en forma previa.

Puede aportar luz a una solución generar convenios donde se les dé a las partes esta posibilidad de salir de un negocio que deviene antieconómico con el menor impacto financiero posible.

Actualmente, encontramos muy complicado dejar transcurrir cualquier lapso entre el primer acuerdo y la escritura. Una vez cerrada la etapa de oferta (aceptación), hay que escriturar lo antes posible, a riesgo de que la compraventa se frustre por el cambio en las condiciones imperantes, que alteren la valoración de lo debido. Frente a este riesgo, necesitamos dar especial redacción a todas y cada una de las cláusulas que ligen a las partes en esta etapa, aun cuando su destino sea durar lo mínimo para la firma de la escritura.

En la medida en que podamos darles a las partes certeza de la posibilidad de dejar sin efecto lo acordado, con el menor esfuerzo económico posible, aportaremos una solución superadora que ayudará a reactivar el negocio inmobiliario. Cumpliremos con nuestro cometido si logramos con nuestro aporte eliminar la posibilidad de conflicto en caso de frustración del negocio, generando el menor impacto financiero posible en los contratantes, permitiendo recuperar la confianza en el mercado, posibilitando la resolución del contrato de manera simple y con la certeza de no incurrir en situaciones que puedan estar sujetas a interpretación judicial.

No es necesario alegar un acontecimiento extraordinario, ni la excesiva onerosidad de la prestación, sino, por el contrario, en un ámbito de respeto y bajo el imperio de la buena fe, interpretar acabadamente la voluntad de las partes, propender al acercamiento de sus posiciones, al entendimiento de las circunstancias propias y del cocontratante con justicia, dando a cada uno lo que corresponde, evitando que uno se beneficie a costas de la imposibilidad de concretar el negocio, de modo

de quitarles a los contratantes ese riesgo de ser víctimas cuando sólo querían comprar y vender.

Las circunstancias hacen que debamos revisar los viejos conceptos y dar la posibilidad de resolver lo acordado sin que ello sea gravoso para las partes. En la medida en que podamos lograr fórmulas superadoras de esta situación que minimicen el riesgo, tendremos éxito y lograremos el cometido de generar confianza en la sociedad, lo que permitirá reactivar el mercado inmobiliario, bajo las actuales circunstancias y aun intentando ponderar lo imponderable, asumiendo que somos actores de este mercado y que es necesario que la confianza que genera en la gente la intervención notarial haga que se fortalezca nuestra profesión, posibilitando nuevas alternativas de instrumentación acorde a los tiempos actuales.

Recurrimos al Código Civil, donde el Codificador, al tratar los efectos de los contratos, sienta el principio *pacta sunt servanda*, que será la primera fuente a la que debemos recurrir para interpretar lo convenido en caso de duda (arts. 1197 y 1198, C. Civ.). En fin, las partes pueden acordar lo que mejor resulte a sus intereses.

No conviene caer en la utilización del vocablo *seña* sin tener en claro su funcionamiento, dado que, conforme a los fallos analizados, puede que ésta, que por el artículo 1202 del Código Civil es penitencial e impone la pérdida de lo entregado o la devolución doblada, sea excesivamente onerosa y perjudicial. El mismo cuerpo legal dice:

Si se hubiera dado una señal para asegurar el contrato o su cumplimiento, quien la dio puede arrepentirse del contrato o puede dejar de cumplirlo perdiendo la señal. Puede también arrepentirse el que la recibió y, en tal caso, debe devolver la señal con otro tanto de su valor. Si el contrato se cumpliera, la señal debe devolverse en el estado en que se encuentre. Si ella fuera de la misma especie que lo que por el contrato debía darse, la señal se tendrá como parte de la prestación, pero no si ella fuere de diferente especie o si la obligación fuese de hacer o de no hacer.

#### **PARTE IV. NUESTRAS PROPUESTAS**

Propugnamos la suscripción de un acuerdo de voluntades que responda a las siguientes pautas:

- 1) Un instrumento con cláusula de arrepentimiento con características especiales:
  - a. Que reúna todos los elementos de la compraventa (consentimiento, cosa, precio).
  - b. Cláusula clara y expresa que refiera al arrepentimiento.
  - c. Que contemple la entrega de una cifra *módica* en garantía de la oferta (conforme a las circunstancias). Puede entregarse en garantía de cumplimiento, incluso, cosa de distinta especie a la contraprestación principal (seguro de caución, p. ej.).
  - d. Que determine el plazo en que podrá ejercitarse el derecho a arrepentirse, que podrá ser hasta el momento mismo de la escrituración, sin considerar los trámites previos, como la etapa de ejecución del contrato (inaplicabilidad del art. 1185 del C. Civ. pactada expresamente).
  - e. Que establezca que las características especialísimas y extraordinarias del mercado llevan a las partes a acordar que el derecho a arrepentirse pactado no tiene carácter penitencial ni confirmatorio, así como que no implicará sacrificio pecuniario alguno para las partes, quienes deberán restituirse y/o recibir lo entregado sin tener derecho al otro tanto, a compensación o indemnización alguna, ni reclamo judicial alguno por estar así pactado expresamente conforme a los artículos 1197 y 1198 del Código Civil.
  - f. Que estipule que los gastos y honorarios que devengan los trámites prescriturarios han sido estimados y ascienden a una cifra determinada, la que satisfacen en el momento mismo de suscripción del acuerdo, lo que evitará reclamos posteriores.
  - g. Que establezca que no se entenderá que el contrato se encuentra en curso de ejecución por la mera realización de estos trámites prescriturarios, por lo que no puede alegarse incumplimiento (inaplicabilidad del art. 1185 del C. Civ., pactada expresamente).
  - h. Que determine las cuentas bancarias de una y otra parte para facilitar la entrega de lo dado o recibido en concepto de arrepentimiento, sin diferencia alguna, evitando así la consignación judicial.
  - i. Notificación notarial o por otro medio fehaciente si se ejerciera el derecho de arrepentimiento con anteriori-

dad al acto escriturario, unida a la prueba fehaciente de haber cumplido con lo acordado en la forma que expresamente se haya pactado.

- 2) Un instrumento que contemple arrepentimiento y cláusula penal, también con características especiales (a lo anteriormente dicho, agregar):
  - a. Que fije una penalidad representada en un monto *módico*.
  - b. Que expresamente prevea la imposibilidad de recurrir a la justicia para exigir indemnización por daños derivados del arrepentimiento.
  - c. Que determine las cuentas bancarias de una y otra parte para facilitar el cumplimiento de la pena.
  - d. Notificación notarial o por otro medio fehaciente si se ejerciera el derecho de arrepentimiento con anterioridad al acto escriturario, unida a la prueba fehaciente de haber cumplido con lo acordado en la cláusula penal en la forma que expresamente se haya pactado.