



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

---

TEMA “CONTRATOS PRELIMINARES A LA COMPRAVENTA”

COORDINADORES: Escribana Ana Stern

Escribano Leonardo M.Schestenger

“DISTINTAS INTERPRETACIONES SOBRE LA ETAPA PREVIA A LA ESCRITURA  
Y POSIBLES ALTERNATIVAS EN LA CONTRATACION”

**I.- “LINEAMIENTOS CONCEPTUALES DE LA RESERVA”** por Esc. Silvia  
IMPELLIZZERI

**II.- “RESERVA, UN CONTRATO QUE SE SUMA AL INTER-CONTRATO PARA  
LLEGAR A LA TRANSMISION DEFINITIVA DE LA PROPIEDAD DE LA COSA, A  
FAVOR DEL ADQUIRENTE ”** por Esc. Ana Lia DIAZ PRANDI

**III.-“POSIBLES SALIDAS A LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA FRENTE AL  
ACTUAL MARCO ECONÓMICO FINANCIERO”** por Esc. Claudia L.BUSACCA, y  
Esc. María Ivana PACHECO de ARIAUX

Teléfonos y Correos Electrónicos:4573-0306 - [escribaniainpellizzeri@arnet.com.ar](mailto:escribaniainpellizzeri@arnet.com.ar)

4374-5042 - [diazprandi@gmail.com](mailto:diazprandi@gmail.com)

4813-1677 – [escribaniabusacca@fibertel.com.ar](mailto:escribaniabusacca@fibertel.com.ar)

4371-5273 - [escpacheco@itcom.com.ar](mailto:escpacheco@itcom.com.ar)

## PONENCIA

Actualmente encontramos muy complicado dejar transcurrir cualquier lapso de tiempo, 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, aún cuando su destino sea durar lo mínimo para la firma de la escritura.- Propugnamos la suscripción de un acuerdo de voluntades que responda a las siguientes pautas:

**a) Un instrumento con cláusula de Arrepentimiento con características especiales, a saber:**

- \* que reúna todos los elementos de la compraventa: consentimiento, cosa, precio
- \* cláusula clara y expresa que refiera al Arrepentimiento
- \* que contemple la entrega de una cifra “módica” en garantía de la oferta –conforme las circunstancias-. Recordemos que, puede entregarse en garantía de cumplimiento, incluso, cosa de distinta especie a la contraprestación principal (seguro de caución, por ejemplo)
- \*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 Código Civil pactada expresamente)
- \*establecer 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 el artículo 1197 y 1198 del Código Civil.
- \*estipular que los gastos y honorarios que devengan los trámites pre escriturarios 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

\*establecer que no se entenderá que el contrato se encuentra en curso de ejecución por la mera realización de estos trámites pre escriturarios por lo que no puede alegarse incumplimiento (inaplicabilidad del art. 1185 del Código Civil pactada expresamente)

\*determinar 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

\*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 forma que expresamente se haya pactado

**b) Un instrumento que contemple Arrepentimiento y Cláusula Penal, también con características especiales, a saber:**

A lo anteriormente dicho, agregar

\*que fije una penalidad representada en un monto “módico”

\*que expresamente prevea la imposibilidad de recurrir a la justicia para exigir indemnización por daños derivados del arrepentimiento.

\*determinar las cuentas bancarias de una y otra parte para facilitar el cumplimiento de la pena.

\*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.-

**RESERVA, UN CONTRATO QUE SE SUMA AL INTER-CONTRATO PARA LLEGAR A LA TRANSMISION DEFINITIVA DE LA PROPIEDAD DE LA COSA, A FAVOR DEL ADQUIRENTE.-**

**por Esc. Ana Lia DIAZ PRANDI**

En una secuencia normal de negociación inmobiliaria, previo al otorgamiento de la escritura de venta, nos encontramos con distintos actos de relevante significación, así 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.-

En este trabajo nos centramos en la RESERVA , debido a que la política cambiaria que impera en la actualidad , en nuestro país, ha obstaculizado el pago del precio, en la moneda, que por excelencia eligen los Argentinos a la hora de vender, el dólar estadounidense billete.

Así se tornan vulnerables los compromisos asumidos, desalentando a las partes a asumir mayores responsabilidades, afectando 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.- Conocemos las expresiones “vamos a escritura directa” “firmen Reserva no Boleto”, lo que supone la necesidad de contar mínimamente con un compromiso por escrito.-

Así la reserva se convirtió en el instituto ideal para receptar los presupuestos de la contratación.-Es de su esencia una propuesta de compra que se formaliza conjuntamente con la entrega de una pequeña suma de dinero, a efectos de demostrar la seriedad del reservante y de lograr que el vendedor no venda el inmueble a un tercero por el tiempo fijado.-

La RESERVA contiene todos los elementos de la compra venta.-***“Describirá la cosa, objeto de la negociación, el precio, la forma de pago, la designación del escribano, pero falta el consentimiento pleno” (Ricardo Lorenzetti-Tratado de los contratos)***

Pero 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, lo que sucede en la práctica.-Esta reserva 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 o en fin otros detalles de la venta.-Otros autores a los que adherimos sostienen que la RESERVA es un instrumento que puede suscribirse entre vendedor y comprador, directamente, cuando no hay una inmobiliaria interviniendo, porque en definitiva la reserva releva una operación sujeta a alguna condición.-

Una vez aceptada la reserva tendrá lugar la celebración del boleto de compraventa definitivo o bien el otorgamiento de la escritura de venta.-

Si las condiciones de la reserva no son aceptadas por alguna de las partes, y por tanto desisten de continuar con la negociación, el comprador tiene derecho a recuperar la suma entregada.-

Concluimos que la RESERVA documenta todas las tratativas de las 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, circunstancia que luego no puede ser cumplida al momento de la escrituración, 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 billetes 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 por tanto deberá devolver la suma entregada, sin ningún aditamento.-

Reforzamos entonces 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, todo lo cual 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.-

## LINEAMIENTOS CONCEPTUALES DE LA RESERVA

por Esc. Silvia IMPELLIZZERI

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”. Etapas que están sujetas a regímenes jurídicos bien diferenciados; constituyendo esto, la expresión de una necesidad fuertemente advertida para dotar al tráfico inmobiliario de máxima seguridad jurídica.

Sabemos que la contratación inmobiliaria se inicia a partir del otorgamiento de un precontrato vinculante. En el tema en estudio, “la reserva”.

Ello ocurre cuando una persona que es titular de dominio celebra con un intermediario una autorización de venta, 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, ya que se realiza sobre los elementos del negocio a realizar y a persona determinada.<sup>1</sup>

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. Siendo la aceptación de la oferta por parte del propietario, la que hace nacer el contrato.

El doctor Augusto 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 la venta del inmueble 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 quedo 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

---

<sup>1</sup> ACQUARONE, María T. Los emprendimientos inmobiliarios. Segunda edición actualizada y ampliada. Editorial Ad – Hoc. 2.007 pag 91.

inexistente la operación a que se refiere dicho documento, debiendo restituir el vendedor la suma recibida por el comprador.<sup>2</sup>

Y en esta etapa de la transacción inmobiliaria, cabe preguntarnos, manteniendo el firme objetivo de dotar al mercado de seguridad jurídica, que ocurre frente al incumplimiento de una de las partes, y cuales 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.

El doctor José María Gastaldi, divide la cuestión en tres partes: - los instrumentos de reserva, frecuentemente denominados “pre boletos” o “boletos provisorios”, que no constituyen en sí mismos, boletos de compraventa, y su desistimiento no causa pérdida de lo entregado, llegándoseles a denominar “contratos de reserva” por lo tanto el único objetivo es “...asegurar por un tiempo determinado el bien sobre el cual se tendrá prioridad...”; - 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 automáticamente, si las partes no concretan el boleto definitivo, existiendo un plazo esencial, tácitamente determinado, incorporado al contrato; y 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, y al vencer el plazo 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. Dependerá la responsabilidad frente al incumplimiento, del análisis de las intenciones que han tenido en mira las partes al contratar. El reservante no celebró el contrato principal, solo 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 ejecución sustituir la voluntad del pre-contratante que no celebró el contrato principal.

---

<sup>2</sup> Morello, Augusto, El Boleto de Compraventa Inmobiliaria, tercera edición, Abeledo Perrot, 1981, pag 225.

<sup>3</sup> GASTALDI, José María. Las cláusulas de “reserva” y otras cuestiones en la compra y venta inmobiliaria. El Derecho 124-287

Sabemos que 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 esta sujeto al otorgamiento de un crédito, porque esta condicionado a la venta de otro inmueble, entre otros.

Estudiamos que 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, dando en el inicial las bases de dichos negocios. Los preparatorios, reglamentarios o normativos, no obligan a la celebración del contrato futuro; solo tienen en común su función de preparar la concertación de otro u otros contratos que serán los definitivos<sup>4</sup>.

Recordemos, que este instituto, “la reserva”, al que los profesionales del derecho rescatamos como eslabón fundamental para el andamiaje inmobiliario, en momentos de gran incertidumbre social, económica 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>

Ya establecimos que aunque el precontrato designado como “reserva de compra” reúna los lineamientos de los elementos esenciales del contrato de compraventa

---

<sup>4</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, *Compraventa Inmobiliaria*, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, 1991, página 99.

<sup>5</sup> Morello, Augusto, *El Boleto de Compraventa Inmobiliaria*, tercera edición, Abeledo –Perrot, 1981, pag 225.

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, otorgado este precontrato, entendemos que el mismo es vinculante para las partes, y que genera el inicio del proceso escriturario, con las consecuencias y responsabilidades ut supra 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, es la “reserva” la herramienta jurídica que viene a dar alivio a los sujetos que interactúan en el mismo, dotando de seguridad y certeza al tráfico inmobiliario.

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, solo se deberá 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 aun 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 concepto 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 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”, lleva a interpretar 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, si no que debe surgir inequívocamente del texto del contrato, y allí si viabiliza por vía de ejecución y frente al incumplimiento, el cumplimiento 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, siendo hacedores de instrumentos que tutelen y garanticen sus derechos, en especial en las circunstancias actuales del mercado en las que nos toca ejercer.

# **“POSIBLES SALIDAS A LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA FRENTE AL ACTUAL MARCO ECONÓMICO FINANCIERO”**

**por Esc. Claudia L.BUSACCA y Esc. María Ivana PACHECO de ARIAUX**

## INTRODUCCION

La actual coyuntura económico-financiera influye en la contratación en la medida de la incertidumbre reinante.

Entendemos que 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.

Observamos que el fantasma de si podrá o no cumplir, el comprador, 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 la posibilidad sin más de llegar a la firma de la escritura sin perjuicio para las partes. Esta dificultad conduce, en muchos casos, a la suscripción de los llamados instrumentos provisorios, donde en especial, el elemento “precio” está sujeto a posibles cambios (y por ello recurrimos a cláusulas tales como las que hacen referencia que en caso imposibilidad de adquirir la moneda pactada ....). Pensamos que 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.

En consecuencia creemos, 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 tanto el recupero de los gastos y honorarios ocasionados hasta el momento, y que en caso 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>6</sup>

Los elementos que configuran la compraventa están enumerados en el artículo 1323 del Código Civil que reza: “*Habrá 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.*”

“Con lo dicho 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>7</sup> Pero ello no impide que le agreguemos el carácter de “provisorio” tal como lo señalaba el Dr. Solari Costa ateniéndonos a que de este modo estamos interpretando acabadamente la voluntad de las partes y dándole a este consentimiento –si se quiere- una condición.

Ahora bien, aclarado este aspecto básico, necesitamos mirar más lejos, ir en búsqueda de instrumentos que plasmen la voluntad de la 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 a seguir en caso de sobrevenir cambio de las circunstancias de manera tal que, aún de resolverse 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 en él previsto.

---

<sup>6</sup> Solari Costa, Osvaldo “La Reserva de compra inmobiliaria” pág.47, Tomo 5 en “Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario”

<sup>7</sup> Nuta, Ana Raquel y Navas, Raúl (h) Comentario al Fallo 42.503 C.N.Civil, Sala I, 20-2-1990, “Sanchez, Lilian E.c/Goldfarb, Abraham”

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”.

### ARREPENTIMIENTO: UNA SALIDA POSIBLE

Entre los posibles acuerdos viables frente al actual estado de situación del mercado inmobiliario, “la Señal o Arras” que recepta el artículo 1202 del Código Civil, con las particularidades que desarrollaremos, se nos presenta como una solución atractiva y muy 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 para las partes todo lo cual sumado a la buena fe contractual, que descontamos, puede generar un incentivo en las transacciones inmobiliarias a más 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 para lo cual traemos a este trabajo lo dicho en doctrina y jurisprudencia, al respecto.-

Concepto de arrepentimiento vertidos por la Doctrina y la Jurisprudencia:

Conforme los señala el Escribano Natalio Echegaray 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>8</sup>

---

<sup>8</sup> Echegaray, Natalio, Boletín de Compraventa, pág. 14, Editorial Astrea, Año 1999

Para la Dra. Adriana 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>9</sup>

Como bien señala Echegaray, “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>10</sup>

La Cámara Nacional Civil, Sala “H” en autos “Sierra, Patricia Eugenia c/Brea, Elena Marta s/daños y perjuicios 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>11</sup> Es decir que cuando hablamos de cláusula penal hablamos de una pena pecuniaria preestablecida, pactada para asegurar lo convenido en un contrato, y que se ejecuta **en caso de incumplimiento.**

La Sala II de la Cámara de Casación en autos “Albert Margarita”, ha señalado “...considero necesario hacer algunas precisiones sobre la naturaleza jurídica de la seña tal como aparece regulada en el 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 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>12</sup>

---

<sup>9</sup> Abella, Adriana, Derecho Inmobiliario Registral, pág 213, Editorial Zavalía, Año 2008

<sup>10</sup> Echegaray, ob.cit, pág 4

<sup>11</sup> Cámara Nacional Civil, Sala “H”, 7/12/2010, “Sierra, Patricia Eugenia c/Brea, Elena Marta s/daños y perjuicios Publicado en La Ley On Line AR/JUR/18135/2009

<sup>12</sup> Cámara Nacional Casación Penal, Sala II, 16-03-99, “Albert, Margarita)

Coincidentemente, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria entiende 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 C.C"...<sup>13</sup>

Aquí es conveniente recordar la definición que nos brinda el esc Natalio Echegaray 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>14</sup>

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "F" en autos "Salgueiro, Oscar R. c. Ochagavía, María C. y otros, 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 nítidamente distinguibles el de la seña y el del pacto comisorio, ambos producen la extinción del contrato, aunque con consecuencias diferentes"<sup>15</sup>

Es de suma importancia tener presentes los conceptos arrojados por el Plenario "Méndez, Roberto con Perrupato de Ferrara, Antonia "...1º) La cláusula "como seña y a cuenta de precio" tiene una doble función sucesivamente: como señal 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

---

<sup>13</sup> (conf. art. 1202 cit.; Borda, G. A., "Tratado de Derecho Civil argentino. Contratos", t. I, p. 242, n. 315; C. Nac. Civ., sala C, ED 60-298; fallo 23365 [...]; sala B, mi voto en L. n. 18150, del 8/5/86; etc. y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F(CNCiv)(SalaF) 12/04/2005 autos Salgueiro, Oscar R. c. Ochagavía, María C. y otros)."

<sup>14</sup> Echegaray, Natalio O.Cit.pág.4

<sup>15</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F(CNCiv)(SalaF) 12/04/2005 autos Salgueiro, Oscar R. c. Ochagavía, María C. y otros – Publicado en LL 28/6/2005, D, 36. Cita On line AR/JUR 573/2005 - **Conc. Jorge Joaquín Llambías-Atilio Aníbal Alterini, "Código Civil Anotado" T. III-A, p. 181, n° 5 a, Abeledo Perrot, Bs. As. 1982).**"

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>16</sup>

De lo antedicho se desprenden las siguientes características del Arrepentimiento, a saber:

- Está en la normalidad del negocio
- Es accidental, ya que 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

#### Diferencia entre Reserva y Señal

Ha dicho la jurisprudencia 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 incumplimiento contractual, sino más bien una posibilidad de arrepentimiento manifestada en la no concurrencia al acto de escritura.”<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en Pleno, 29-12-51, “Méndez, Roberto con Perrupato de Ferrara, Antonia, J.A. 1952, II, pág 277

<sup>17</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, 09/08/2007, “Córdoba, María Luz c. Cuevas, Olga Rosa y otros” Publicado en LLBA 2007 –noviembre-1186 – On line: AR/JUR/5645/2007

A su vez, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L en autos “Rizzo, Atilio c. Shenk S.R.L. y otros expresó que “Todo esto me permite concluir 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 referéndum" de la aceptación de los propietarios, y, consecuentemente, esperaría la celebración del correspondiente boleto de compraventa.”<sup>18</sup>

En resumen, la reserva la ubicamos 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 en que la imprecisión en la redacción puede generar efectos no deseados.

Al respecto aclara el Doctor Osvaldo Solari Costa “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”

#### 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 referéndum” 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>19</sup>

---

<sup>18</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L(CNCiv)(SalaL) 19/07/2007, “Rizzo, Atilio c. Shenk S.R.L. y otros” – Publicado en DJ09/01/2008, 67 On line: AR/JUR/5168/2007

<sup>19</sup> Cámara Nacional Civil, Sala H, 6/7/2006, LA LEY, 2006-F, 376 —DJ, 15/11/2006, 809—)

“En principio, la reserva no es un contrato de compra venta, 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>20</sup>

También ha resuelto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G que ...“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>21</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 los que a su vez según fuere uno u otro producirá distintos efectos ya que nuestros tribunales, tal lo reseñado, y a modo de conclusión citamos el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala L, ...“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>22</sup>

---

<sup>20</sup> Ob.cit.conf. Llavalle Cobo, Jorge E. en "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", Belluscio, (director) - Zannoni (coordinador), tomo 5, pág. 844).

<sup>21</sup> (arts.1185, 1187, 1197, 1323 y 1356 Código Civil; Cám. Civ.Com., La Plata 2ª. Sala III, causa 93.577, "Naiser, Carlos Simón c. Aranda, Cayetano y/o ocupantes" y Cámara N.Apel. Civil, sala G, 3-6-1981, "Lore, Rómulo c. Labaronne, Lía B."

<sup>22</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L(CNCiv)(SalaL) 19/7/2007, “Rizzo, Atilio c. Shenk S.R.L. y otros” Publicado en DJ 09/01/2008, 67 – Cita On line: AR/JUR/5168/2007

## CONCLUSIÓN

Luego de analizar estos fallos encontramos 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 recepte la voluntad de las partes y permita que llegue a buen término por contar con un instrumento que deje prevista la posibilidad de resolución por Arrepentimiento como derecho acordado en forma previa.-

Pensamos que puede aportar luz a una solución generar convenios donde se 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 de tiempo, 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, aún cuando su destino sea durar lo mínimo para la firma de la escritura.-

Entendemos que en tanto podamos dar a las partes certeza de la posibilidad de dejar sin efecto lo acordado, con el menor esfuerzo económico posible, estaremos aportando a una solución superadora que ayudará a reactivar el negocio inmobiliario.- Estaremos cumpliendo 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 en nuestra opinión, 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 co-

contratante, 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 quitar ese riesgo de ser “víctimas” a los contratantes, 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 tanto podamos lograr fórmulas superadoras de esta situación, que minimicen el riesgo, tendremos éxito y lograremos el cometido de generar confianza en la sociedad que permita reactivar el mercado inmobiliario, bajo las actuales circunstancias y aún 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 nuestro 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.Civil).- 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 los fallos analizados, puede que la seña que por el artículo 1202 del Código Civil es PENITENCIAL e impone la PERDIDA DE LO ENTREGADO o la DEVOLUCION 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.-“

## NUESTRAS PROPUESTAS

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

**a) Un instrumento con cláusula de Arrepentimiento con características especiales, a saber:**

- \* que reúna todos los elementos de la compraventa: consentimiento, cosa, precio
- \* cláusula clara y expresa que refiera al Arrepentimiento
- \* que contemple la entrega de una cifra “módica” en garantía de la oferta –conforme las circunstancias-. Recordemos que, puede entregarse en garantía de cumplimiento, incluso, cosa de distinta especie a la contraprestación principal (seguro de caución, por ejemplo)
- \*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 Código Civil pactada expresamente)
- \*establecer 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 el artículo 1197 y 1198 del Código Civil.
- \*estipular que los gastos y honorarios que devengan los trámites pre escriturarios 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
- \*establecer que no se entenderá que el contrato se encuentra en curso de ejecución por la mera realización de estos trámites pre escriturarios por lo que no puede alegarse incumplimiento (inaplicabilidad del art. 1185 del Código Civil pactada expresamente)
- \*determinar 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
- \*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 forma que expresamente se haya pactado

**b) Un instrumento que contemple Arrepentimiento y Cláusula Penal, también con características especiales, a saber:**

A lo anteriormente dicho, agregar

\*que fije una penalidad representada en un monto “módico”

\*que expresamente prevea la imposibilidad de recurrir a la justicia para exigir indemnización por daños derivados del arrepentimiento.

\*determinar las cuentas bancarias de una y otra parte para facilitar el cumplimiento de la pena.

\*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.-

## BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ABELLA, Adriana – “Derecho Inmobiliario Registral” Editorial Zavalia – Año 2008
- 2.- ACQUARONE, María T. – “Derecho Inmobiliario – Teoría y Práctica” – Di Lalla Ediciones – Año 2010
- 3.- ACQUARONE, María T. LOS EMPRENDIMIENTOS INMOBILIARIOS, Segunda edición actualizada y ampliada. Editorial Ad – Hoc. 2.007 pág 91.
- 4.- ALTERINI, Jorge Horacio (Director) – “Derecho Notarial Registral e Inmobiliario” Tomo V, Editorial La Ley – Año 2012
- 5- BAZ IZQUIERDO, Fernando. DERECHO INMOBILIARIO E HIPOTECARIO INGLÉS Y SU COMPARECIÓN CON EL SISTEMA INMOBILIARIO ESPAÑOL. Editoriales de Derecho Reunidas. 1980
- 6.- ETCHEGARAY, Natalio Pedro, “Técnica y Práctica documental Boleto de Compraventa” -3a edición – Editorial Astrea - Año 2002
- 7.- GASTALDI, José María. Las cláusulas de “reserva” y otras cuestiones en la compra y venta inmobiliaria. El Derecho 124-287
- 8.- KIPER , Claudio M. – “Juicio de escrituración - Conflictos derivados del boleto de compraventa” - 2da edición – Ed. Hammurabi -Año 2004
- 9.-MOREIRA, Laureano Arturo. CONTRATOS SOBRE DEPARTAMENTOS EN CONSTRUCCION. Abaco. 1.985
- 10.-MORELLO, Augusto. EL BOLETO DE COMPRAVENTA INMOBILIARIA. Tercera Edición reelaborada y actualizada. Abeledo-Perrot. 1.981
- 11.- MOSSET ITURRASPE, Jorge. COMPRAVENTA INMOBILIARIA. Segunda edición actualizada. Rubinzal-Culzoni. 1.991
- 12.-MOSSET ITURRASPE, Jorge. MOISSET DE ESPANES, Luis. CONTRATACION INMOBILIARIA. Hammurabi. 1.980
- 13.- ROCCO, Emma Adelaida. BOLETO DE COMPRAVENTA. Segunda reimpresión. Astrea. 1.992